

## Dias de Souza: Socorro público ou fraude às urnas?

Muito se tem dito sobre a recém promulgada Emenda Constitucional (EC) nº 123/2022, decorrente da EC nº 15/2022, apelidada de "PEC dos benefícios".



De iniciativa do governo, o projeto permitiu a distribuição,

até 31 de dezembro de 2022, de mais de R\$ 41 bilhões em benefícios, a poucos meses das eleições. Isso, com base num "estado de emergência" de escopo apenas orçamentário, motivado pela alta dos combustíveis.

Com a manobra, tenta-se imprimir ares de legitimidade aos valores que o Governo pretende transferir à população, aos caminhoneiros, aos taxistas e aos entes federados etc. Afinal, se concedidos por lei, eles seriam inválidos, pois desrespeitam o "teto de gastos" e têm o propósito de interferir no resultado da eleição a ser realizada a poucos meses dos pagamentos.

De fato, a Constituição prevê a ineficácia de mudanças nas condições de disputa em relação às eleições realizadas em até um ano de sua vigência (art. 16). E, para dar concretude a esse mandamento nuclear do sistema, a Lei n. 9.504/97 proíbe, em ano de votação, a distribuição "de bens, valores e benefícios" por parte da Administração Pública (artigo 73, §10), de modo que os cofres públicos não sejam utilizados a fim de interferir nas urnas. A Lei excepciona a proibição em caso de "estado de emergência". Todavia, como seu intuito é inviabilizar o emprego de bens e dinheiros públicos para atração de votos, a exceção é condicionada à existência de "estado de emergência... já em execução... no exercício anterior" (artigo 73, §10). Por isso, o próprio governo descartou a realização da manobra via projeto de lei, até porque o "teto de gastos" é previsto constitucionalmente. Daí a opção pela PEC, que, no seu entender, operaria "no mesmo nível" do teto e da anualidade, o que a tornaria "válida".

Bem se vê, portanto, que o governo tenta trabalhar com sutilezas. Aposta-se numa aparência de legitimidade, a partir da "tese" de que, formalmente, emenda constitucional revoga normas preexistentes de mesmo nível e se sobrepõe àquelas de inferior hierarquia, como se isso ocorresse sem quaisquer restrições (*sic*). Contudo, tal construção é frágil, pois, em nosso sistema, a validade de toda norma editada pelo Poder Legislativo depende de sua forma, de seu conteúdo[1] e da idoneidade dos fins a serem alcançados[2]. As emendas não se eximem dessas condições de validade, tanto que a própria Constituição proíbe que elas sejam "*objeto de deliberação*" quando se inclinam a abolir, amesquinhar ou fraudar, por exemplo, o sentido democrático inaugural do direito ao "*voto direto, secreto, universal e periódico*" (CF/88, art. 60, §4º, II)[3]-[4]. Por isso, na eventual incompatibilidade com o espírito democrático/republicano da Constituição, a emenda é materialmente inválida[5], ainda que atendidos os pressupostos procedimentais para sua inserção no ordenamento[6]. Tudo a evidenciar que há um limite entre "*aquilo que se oferece mutável e aquilo que imprime caráter e razão de ser à Constituição*", devendo-se "*adotar preceitos sem bulir com princípios*"[7].

Nesse quadro, a tentativa de fraude eleitoral chega a ser ostensiva. Afinal, na situação em que o País se encontra, se o verdadeiro intento fosse prestar socorro público, as medidas valeriam por tempo indeterminado, e não apenas até dezembro. É dizer: em si mesma, a limitação temporal do benefício, coincidente com o período de eleições e a fase final de mandato, denota que o motivo determinante para sua concessão não foi a preocupação do governo com as condições de vida da população (!)

Ainda que a EC seja inconstitucional, o importante para o Governo era apenas a sua aprovação, pois, se e quando ela for assim declarada, já terá surtido o efeito de atrair votos e até de alterar o resultado das urnas. Para piorar, a Presidência da República encurralou aqueles que, em tempos normais, seriam contrários ao auxílio. De fato, como toda a classe política se encontra em campanha, os congressistas e seus aliados estariam sujeitos a danos políticos em caso de manifestações não favoráveis à proposta (perda de votos). Daí o estranho "acordo" entre situação e oposição para a aprovação da "PEC dos benefícios", a despeito da tônica eleitoreira e da consequente inconstitucionalidade material do que foi feito.

Enfim, a concessão de auxílios bilionários em ano de eleições, ao amparo de um inédito estado de emergência orçamentária dissociado de eventos traumáticos (v.g., pandemia), materializa o que Fernando Henrique Cardoso designou de inclinação dos poderosos a fazerem "*o impossível para se reelegerem*"[8]. Com isso, consagra-se a "*inversão de fins e meios na política*", em que "*o poder é dado aos políticos para que realizem*" o interesse público, mas, na prática, eles o utilizam apenas com o objetivo de manter esse mesmo "*poder que, de meio, passa a ser o fim real da sua ação*"[9]. E, no caso, a obtenção de finalidade não republicana se dá pelo mecanismo inerentemente democrático de reforma à Constituição. Trata-se, portanto, de desvio de finalidade contido na lei (emenda), frequente na atualidade e típico do chamado constitucionalismo abusivo (ou furtivo)[10]-[11]-[12]-[13].

Ocorre, entretanto, que, segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), nosso sistema dispõe de mecanismos que reconhecem e repelem a inadequação finalística de emendas à Constituição. Com efeito, há iterativos julgados do Plenário de nossa Corte Suprema no sentido de que *"a teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas"*, inclusive as de reforma constitucional, impõe que *"se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar"* (ADI 2667, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/10/2020).

Com o que acima se disse, não se está a ignorar que a decretação de situações excepcionais (calamidade, guerra, estados de sítio e de defesa) é e sempre foi considerada questão de "alta política", objeto dos chamados atos de governo. De fato, trata-se de ato especial, caracterizado por elevada margem de discricionariedade, pois envolve decisões estratégicas *"que dizem respeito ao futuro nacional"*. Porém, nunca se cogitou, sob a égide de nosso regime democrático, que tais competências pudessem ser utilizadas para fins que a própria Constituição repele. Afinal, num sistema republicano, somente situações de fato verdadeiramente atípicas são capazes de justificar medidas vocacionadas à insindicabilidade, observada a condição, decorrente do próprio Estado democrático de Direito, de que a competência para adoção dessas mesmas medidas seja manejada de forma *"oportuna, conveniente e rápida, adequada à imprevisibilidade do caso emergente"*. Por isso, elas devem sempre se pautar por interesses do Povo (públicos, não particulares)[\[14\]](#)–[\[15\]](#)–[\[16\]](#), sob pena de invalidade.

Enfim, por legitimar-se finalisticamente, a discricionariedade inerente a essas competências extremas, apesar de acentuada, não é absoluta. Isso, porque discricionariedade e arbitrariedade não se confundem, daí dizer-se que a *"regra de competência não é um cheque em branco"* (Caio Tácito). Assim, a invocação de estados excepcionais (de defesa, de sítio, de emergência), ainda que com o concurso do Congresso (leis, emendas), é passível de invalidação, se pautada por propósitos alheios ao interesse público e ao espírito democrático do sistema[\[17\]](#). É que, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., em tais casos, há o desvio da norma em relação aos fins subjacentes à competência para editá-la:

*"haverá inconstitucionalidade por desvio de finalidade quando e se a lei... pretender alcançar objetivo diverso do que lhe é dado pela norma constitucional atribuidora de competência, com o fito de provocar finalidade [diversa daquelas admitidas pela própria Constituição]"*[\[18\]](#)

E não poderia ser diferente, pois, em qualquer nível ou escalão, a Administração Pública e a representação política devem conduzir-se pela moralidade e pela impessoalidade. A primeira impõe que os políticos exerçam suas funções com ética, boa-fé e lealdade perante os eleitores. A segunda impede que seus interesses e necessidades pessoais, ou de seus grupos e facções, interfiram na gestão da coisa pública e nos demais temas de interesse nacional. Além disso, a Constituição exige que o exercício das competências inerentes ao mandato obedeça à razoabilidade, do modo *"mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios... concebíveis como... idôneos para tanto"*[\[19\]](#). Em suma, a ausência de integridade na prática do ato o vicia, seja ele proveniente do governo, do Congresso, ou, ainda, do concurso de ambos.

Conseqüentemente, a distribuição de auxílios governamentais, ainda que amparada num "estado de emergência" reconhecido pelo Congresso, só seria válida se motivada por fins constitucionais, de interesse público. Nesse sentido, mesmo que a situação econômica do país seja delicada e os benefícios em questão possam remediar a vida população, eles são inconstitucionais. Crise econômica e necessidade de oferecer assistência à população são apenas "pretextos", incongruentes com o motivo determinante para a concessão do auxílio de que se cuida.

E a Constituição não tolera o uso oportunista do sofrimento popular para manobras às vésperas das eleições, fase que ela própria qualifica como inoportuna, a ponto de tolher a eficácia de atos capazes de alterar as condições de disputa, se publicados no mesmo ano. Enfim, socorro público não se presta à manutenção, a qualquer custo, de um determinado grupo no poder.

De fato, uma coisa são os interesses que a Constituição qualifica e reconhece como nacionais; outra, distinta, são os interesses ligados à pessoa do governante, de seus partidos e de grupos correlatos. Não há, nem pode haver, confusão entre ambas, sob pena de esvaziar-se a legitimidade do próprio Estado, ao extremo, inclusive, de arruinar as conquistas democráticas das últimas décadas e de impossibilitar a concretização do "projeto institucional" insculpido na Constituição.

Por tais razões, mais que inadmissível, a criação de auxílio emergencial como moeda para a compra de votos, ao colocar os cofres públicos a serviço da vitória nas urnas, chega a ser teratológica. Não há interesse público que a legitime. Toda ela é pautada critérios populistas atrelados à manutenção de um grupo no poder.

Note-se, aliás, que a "compra" de votos mediante auxílios financiados por dinheiro público não difere, quanto aos efeitos, da "compra" com dinheiro próprio, ainda que, do ângulo moral, seja ainda mais reprovável. Afinal, o que se *"proíbe obter diretamente, não se pode obter por meios transversos, [o] que configuraria hipótese clássica de fraude à Constituição"*, como já decidido pelo STF<sup>[20]</sup>. Dinheiros, bens e cargos públicos estão a serviço não de pessoas, mas de atividades estatais, desde que legítimas e compatíveis com responsabilidade orçamentária e os demais princípios da boa gestão. Não podem, portanto, ser utilizados com o propósito de fraudar as urnas. Daí a inconstitucionalidade da EC n. 123/2022, decorrente da chamada PEC dos benefícios: por serem objeto de troca escusa, os auxílios nela previstos são materialmente inválidos, *"por violação ao princípio da moralidade... e... por desvio de finalidade"* (STF, MS 24020, DJ 12-06-2012)

Pelo exposto, como a EC 123/2022 não deriva de finalidades e interesses verdadeiramente públicos, ela padece de desvio de finalidade, sendo inconstitucional. Assim, é de todo recomendável que o STF seja acionado para, na qualidade de guardião da Constituição, sustar os efeitos da medida, fazendo-o de imediato, em prestígio à dignidade do processo eleitoral a realizar-se neste ano e à própria respeitabilidade institucional do país.

[1] Ver ADI-MC 1910, ADI-MC 2551, ADI-MC 2667, dentre inúmeros outros precedentes do STF.

[2] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. *Do amálgama entre razoabilidade e proporcionalidade na doutrina e na jurisprudência brasileiras e seu fundamento no devido processo legal substantivo*. Barueri, SP: Manole, 2007.

[3] Como ensina José Afonso da Silva, “o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: ‘fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado’, ‘fica abolido o voto direto’, ‘passa a vigorar a concentração de poderes’, ou, ainda, ‘fica extinta a liberdade religiosa (...)’”. Mais do que isso, “a vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa” (SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. PP. 68-70.).

[4] DIAS DE SOUZA, Hamilton & FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e a Federação. In: Pesquisas Tributárias (nova série) n. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais / Centro de Extensão Universitária, 2002.

[5] STF, ADI 2024/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 22/06/2007. No mesmo sentido: HC 18178, Rel. Min. Moniz Barreto; ADIN-MC 830, Rel. Min. Moreira Alves; ADINs 926 e 939, Rel. Min. Sidney Sanches; ADIN-MC 2031, Rel. Min. Octávio Galotti; dentre inúmeros outros precedents

[6] SILVA, Jose Afonso da. Op. Cit. Ibid.

[7] Cf. STF, RE 587008/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJ 02/02/2011.

[8] CARDOSO, Fernando Henrique. Reeleição e crises, 05/09/2020. In: opiniao.estadao.com.br. Acesso em 24/11/2021.

[9] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri, SP: Manole, 2007, pp. 530 e ss.

[10] LANDAU, David. Abusive constitutionalism. UC Davis Law Review, Estados Unidos, v. 47, n. 1, pp. 189-260, nov/2013.

[11] TUSHNET, Mark. Authoritarian constitutionalism. Cornell Law Review, v. 393, pp. 451-452, jan/2015.

[12] VAROL, Ozan. Stealth Authoritarianism. 100 Iowa Law Review 1673 (2015); Lewis & Clark Law School Legal Studies Research Paper No. 2014-12.

[13] BANDEIRA DE MELLO, Celso A. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 414.

[14] Cf. CRETELLA JR., José. Dos atos administrativos especiais. P. 172-187.

[15] Cf. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. P. 164-165.

[16] Cf. GONÇALVES, William Couto. Judicialidade dos atos políticos. Disponível no link: <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/viewFile/12/13>

[17] “(...) há desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação da finalidade legal, tanto nos casos em que atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naqueles em que o fim perseguido, se bem que o interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato” (cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. P. 122-123).

[18] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. IPI – estrutura e função – breve estudo sobre a finalidade constitucional dos tributos. Manuscrito do autor, datado de 03/05/2006.

[19] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. P. 122-123.

[20] Voto vencedor do Min. Sepúlveda Pertence na ADI 2.984-MC/DF – J: 04/09/2003.

## Date Created

19/07/2022