

ANTONIO MARCOS GAVAZZONI

**DISPONIBILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO:
A LEITURA DO GARANTISMO JURÍDICO**

Florianópolis

2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: INSTITUIÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS

**DISPONIBILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO:
A LEITURA DO GARANTISMO JURÍDICO**

**Dissertação submetida à
Universidade Federal de Santa
Catarina – UFSC, para obtenção do
grau de Mestre em Direito.**

Antonio Marcos Gavazzoni

Orientador: Professor Doutor Sérgio Cademartori

Florianópolis, 2001

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

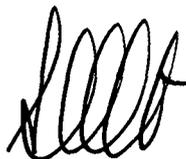


Dr. Sérgio Cademartori
Professor Orientador



Dr. Christian Guy Caubet
Professor Coordenador do CPGD/CCJ/UFSC

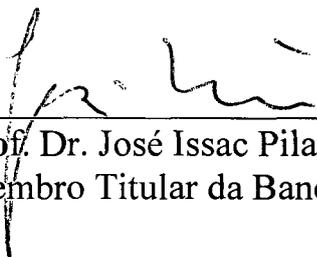
Apresentada perante a Banca Examinadora composta dos Professores:



Prof. Dr. Sérgio Cademartori - UFSC
Presidente da Banca



Prof. Dr. Orides Mezzaroba
Membro Titular da Banca



Prof. Dr. José Issac Pilati
Membro Titular da Banca

As duas pessoas que merecem minha expressa gratidão: Gelson Luiz Merísio e Ermínio Amarildo Darold, familiares que me ensinaram a importância da humildade e da responsabilidade. Pessoas de caráter digno e sereno, justos de coração, que me preparam para as veredas da vida...

A meus irmãos e suas famílias, pela sempre compreensão de meus desejos.
A meu pai Antonio Luiz Gavazzoni e minha mãe Adiles Angela Gavazzoni, que me mantiveram firmes na religião e na moral para sempre.
As minhas sobrinhas Estephanie e Andressa e ao meu sobrinho Arthur, por serem a alegria de minha família.

AGRADECIMENTOS

Não se vai a lugar algum sem o prestimoso auxílio das várias pessoas que no decorrer das lides da vida tornam-se caras em todos os sentidos.

Em especial, ao meu querido e Caro Professor Orientador Dr. Sérgio Cademartori, por compreender, mais que ninguém, as vicissitudes da vida e me oportunizar seguir a diante.

O meu fraterno amigo e futuro Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina, Leonardo Arquimimo de Carvalho, quem primeiro me incentivou a ingressar em um programa de mestrado, e após, meu eterno escudo para as discussões lúcidas sobre todos os temas, da literatura ao tecnicismo, dos filmes aos códigos, das razões às paixões.

Preciso, por merecimento, dedicar este trabalho ao Professor e Mestre Genésio Téo (Pró-Reitor de Administração da Unoesc/Xanxerê) colega e amigo que me outorgou a grata tarefa de coordenar o Curso de Pós Graduação em Direito e o Curso de Direito da Unoesc – Campus de Xanxerê.

Aos meus calorosos e bravos alunos, que me fizeram descobrir a alegria de estar em sala de aula, mais que em qualquer outro lugar.

Ao caro Juiz Ermínio Amarildo Darold, por ser a razão única de ter conhecido o Direito, e encontrar nele, a razão da minha vida.

Ao caro Dr. Leonir Baggio, amigo, por ter me dado a oportunidade de ingressar em sua banca de advogados e de construirmos juntos um grande futuro, mas principalmente, por ter suportando minha ausência quando esta dissertação o exigia.

Aos meus colegas de mestrado, porque em sala de aula ou nos bares, buscamos o conhecimento e a alegria.

Aos caros Professores de nosso programa de Mestrado, sem qualquer exceção, o agradecimento pela boa vontade em socializarem seus preciosos conhecimentos e nos proporcionarem a evolução na Ciência Jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 QUANDO É VÁLIDO O CONTEÚDO DO DIREITO	14
1.1 Uma idéia do direito	14
1.2 Formas de Estado – absoluto, liberal e social	20
1.3 Estado de Direito – Da liberdade para os direitos	24
1.4 A teoria geral do garantismo	39
1.4.1 Garantismo como modelo normativo de direito.....	39
1.4.2 Garantismo como teoria jurídica de “validade e efetividade” – A Redefinição Garantista	41
1.4.3 Garantismo como filosofia política.....	44
1.4.4 Direitos e garantias dos direitos	45
2 A DISPONIBILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO NO REGIME CONSTITUCIONAL HODIERNO	49
2.1 Considerações Gerais	49
2.2 Evolução constitucional sobre a disponibilidade do servidor público	53
2.2.1 As Constituições de 1824, 1891 e 1934	55
2.2.2 A Constituição Federal de 1937	57
2.2.3 A Constituição Federal de 1946	59
2.2.4 A Constituição Federal de 1967, o Ato Institucional n.º 5 de 1968 e o Ato Institucional n. 6º de 1969.....	62
2.2.5 A Constituição Federal de 1988	65

2.2.6 A Emenda 19/98.....	68
2.2.6.1 A justificativa da Emenda no tocante à disponibilidade	69
2.2.6.2 As objeções opostas à Emenda no tocante à disponibilidade.....	70
2.2.6.3 A irretroatividade de vencimentos	71
2.2.6.4 Disponibilidade como Quebra da Estabilidade	73
2.3 A natureza jurídica da disponibilidade.....	74
2.3.1 Disponibilidade e vitaliciedade	78
2.3.2 Extinção e declaração de desnecessidade de cargos públicos.....	80
2.3.3 A disponibilidade e o direito ao reaproveitamento	82
2.4 O regime jurídico do servidor público	84
2.4.1 O regime jurídico e a Emenda n.º 19/98	86

3 A TEORIA GARANTISTA COMO RESPOSTA À CRISE DE VALIDADE ESTABELECIDADA

90

3.1 Aspectos introdutórios.....	90
3.1.1 Os direitos do servidor em face à sua fundamentalidade	93
3.1.2 O direito adquirido como óbice às reformas implementadas.....	98
3.1.3 O garantismo como resposta à crise de validade estabelecida pela Reforma	105

CONSIDERAÇÕES FINAIS	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	119

RESUMO

A Teoria Geral do Garantismo foi criada por Luigi Ferrajoli, um magistrado italiano e professor da Universidade de Camerino (Itália). Numa primeira concepção o garantismo teve um caráter eminentemente penalístico, sendo que, a partir da publicação de uma sua obra intitulada *Diritto e Ragione*, especialmente nos seus dois últimos capítulos (13 e 14), Ferrajoli expôs o garantismo como uma Teoria Geral que, nas palavras de Cademartori, apresenta suficiente aptidão para dar conta do modelo do Estado de Direito e propor um resgate de sua legitimação. Um dos aspectos referenciais que o garantismo externa é a redefinição de conceitos confusos na doutrina mundial relativos à *vigência, validade/invalidade, eficácia/ineficácia* das normas jurídicas. Assim, considerando a *vigência* atrelada à criação formal da norma, a *validade/invalidade* como decorrente do respeito ao conteúdo fundamentalizado nas Constituições e a *eficácia/ineficácia* dependente do grau de aceitabilidade da norma no mundo fático, se é possível a aferição de um maior ou menor teor de garantismo em um sistema jurídico. Especificamente no Brasil hodierno, tem se estabelecido, por vontade política do Governo de Fernando Henrique Cardoso, e embalado pelos ares do neoliberalismo, uma política de reformas constitucionais visando a implementação de uma *administração pública gerencial*, voltada mais aos seus resultados do que aos meios de implementação. Assim porque surge no cenário nacional a Emenda Constitucional n.º 19/98, que modifica mais de cem dispositivos constitucionais relativos à Administração Pública, em específico o artigo 41, § 3º, que trata do instituto da *disponibilidade* do servidor público, que na redação original tratava o mesmo como um direito do servidor público à estabilidade no serviço. Se posto em disponibilidade, perceberia remuneração integral. Agora, sob os novos ares da reforma, a remuneração passou a ser proporcional ao tempo de serviço. Contudo, a natureza jurídica do instituto da disponibilidade não permite que lhe seja conformado este caráter sancionatório ou punitivo, de cuja decorrência se vislumbra uma manobra para a quebra da estabilidade, corolário lógico de um direito fundamental do servidor. Demonstra-se pelo veio histórico que somente em períodos ditatoriais fora imposto o caráter punitivo ao instituto e que este caráter não fora acolhido pela Carta Política de 1988. A partir desta nova realidade democrática, o servidor público não mais fora reconhecido como uma peça da burocracia estatal, mas como um trabalhador que presta labor ao Estado, e este, por sua vez, visto como ente empregador, de cuja relação sobreleva prerrogativas e deveres. O liame jurídico que os une é estabelecido em lei (estatuto), e este estatuto pode ser modificado segundo a vontade da Administração, mas, em algum momento a Carta Política de 1988 reconheceu o supercaráter de fundamentalidade a diversos direitos sociais dos servidores públicos, dentre eles o direito à disponibilidade remunerada de forma integral, sem característica de penalidade. Assim, o instituto, dotado de fundamentalidade substancial, não pode ser desconstruído pelo constituinte derivado, vez que este encontra limites, além de formais, também substanciais ao seu agir. Mas em havendo emendas aprovadas formalmente, que ganhem vigência, e afrontem direitos fundamentais, pelo garantismo estas normas são inválidas. É assim que o garantismo resolve o problema de validade trazido pela Emenda n.º 19/98 no tocante ao instituto da disponibilidade.

“Quando você dirige a proa visionária para uma estrela e estende a asa para tal excelsitude inalcançável, no afã da perfeição e rebelado contra a mediocridade, leva com você a mola misteriosa de um Ideal. É fogo sagrado, capaz de temperá-lo para grandes ações. Cuide dele; se você deixar que se apague, jamais se reacenderá. E se morre em você, você ficará inerte: fria bazófia humana. Você só vive por essa partícula de sonho que o põe acima do real”.

*JOSÉ INGENIEROS
(in O Homem Mediocre)*

INTRODUÇÃO

Inicialmente havíamos pensado em elaborar um trabalho de dissertação que buscasse justificar o conteúdo e encontrar as limitações práticas da Reforma Administrativa produzida pelas Emendas Constitucionais que modificaram as relações do servidor público com o Ente estatal que os empregava.

Mas logo nos deparamos com um problema de maior estatura, referente ao conteúdo modificado em sede constitucional, que não poderia ser válido porque desmontava ou desconstruía o “projeto político” elaborado pela Carta Democrática de 1988.

Nossa Constituição, seguindo o paradigma traçado ao longo do século XX, acolhia em sede máxima os princípios e os preceitos básicos relativos aos servidores públicos, e com enfoque especial, os direitos sociais fundamentais ganhavam tessitura constitucional.

A qualificação da fundamentalidade em direitos dos servidores modifica a visão plasmada na vulnerabilidade do regime jurídico que o vincula com o Estado. Ocorre que os direitos fundamentais são considerados indestrutíveis pelo Poder Constituinte Derivado, e assim, as reformas implementadas na parte que afrontassem tais direitos, estariam maculadas pelo insanável vício da inconstitucionalidade.

Para resolver o problema de validade de normas constitucionais modificadas e vigentes, encontramos na Teoria Geral do Garantismo Jurídico, uma maneira de localizar a invalidade, criar o argumento fundamental para se demonstrar a afronta substancial ao direito originário, justificar essa invalidade e finalmente, propor a correção do vício garantindo a vontade primária da Constituição.

Essa vontade primária é reconhecida através do chamado “projeto político” que uma Constituição traz consigo ao longo de sua história, projeto este forjado com o trabalho e o suor, com a luta e o sangue de um povo. Não se pode, via derivada, modificar este projeto pela simples vontade de uma maioria, no mais das vezes corrompida.

Se tomarmos como ponto de partida o Congresso Nacional, como reflexo da vontade das maiorias, estaríamos cometendo um equívoco nunca mais sanável, pois não se apresenta legitimidade em um Poder que é acusado a todo o tempo de ser o precursor da quebra de direitos fundamentais.

O garantismo traz uma nova concepção de legitimidade. É a legitimidade pelo conteúdo, sem dispensar a legitimidade pela forma, já que é um sistema crítico construído dentro do positivismo jurídico.

Assim, no capítulo primeiro, busca-se apresentar uma Idéia do Direito, partindo da pergunta que os homens se fazem ao longo dos tempos: Quando é válido o conteúdo do Direito? Trabalhando toda esta construção de visão do direito, demonstra-se que o garantismo pressupõe um modelo de Estado de Direito, decorrente do constitucionalismo, qualificado pela junção de ideários liberais e sociais, mas com a característica de primar pela igualdade como elemento transformador e assegurador da evolução das sociedades, representado pelo respeito ao projeto político de uma Carta Democrática que privilegia os direitos fundamentais. É o conteúdo de Democracia que se adere ao Estado de Direito formando o Estado Democrático de Direito.

Apresenta-se a Teoria Geral do Garantismo como forma de dar conta deste modelo de Estado, que no mais das vezes, não encontra eficácia no mundo da práxis, pelo desrespeito ao seu primado maior, qual seja, o conteúdo de igualdade entre os homens e o respeito aos direitos fundamentalizados.

No segundo capítulo, partindo dos ventos neoliberais que avassalam os direitos fundamentais mundo afora, explana-se sobre o projeto de Reforma do

Estado implementado pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, buscando a implementação de um modelo *gerencial* de administração, este preocupado mais com os resultados do que efetivamente com os meios de sua implementação. Demonstra-se o momento político que se manifestou no País e condicionou a aprovação do Projeto de Emenda Constitucional n.º 173/95, transformado na Emenda n.º 19/98.

Desta Emenda surge a modificação ao instituto da disponibilidade do servidor público, impondo-lhe agora, a proporcionalidade de vencimentos ao seu tempo de serviço.

Para se localizar a verdadeira natureza jurídica desse instituto, se percorre toda a história do constitucionalismo brasileiro, desde a Carta Imperial até a Carta Democrática de 1988, demonstrando-se que somente nos períodos ditatoriais o instituto teve caráter punitivo, e que a vontade de nossa Constituição em seu sentido originário, era manter o mesmo como garantia em favor do servidor.

Discorre-se sobre a estabilidade do servidor como garantia fundamental, e trata-se de alguns aspectos práticos do instituto, os quais também podem constituir-se, se mal vislumbrados, como meios antigarantistas para vulnerar direitos dos servidores.

No terceiro capítulo, busca-se demonstrar os óbices às reformas implementadas, partindo da verificação e existência de conteúdos de direito adquirido contra Emendas constitucionais, os quais impedem o agir do constituinte derivado para desconstruir os direitos fundamentais.

Finalmente, apresenta-se o garantismo como mecanismo de identificação da invalidade do conteúdo normado pelas reformas, em específico ao instituto da disponibilidade dos servidores públicos, localizando-se ainda o problema maior da doutrina, qual seja, a falta de preocupação com as garantias fundamentais e a busca única de justificação do conteúdo alterado.

Este trabalho, fruto de estudos para uma dissertação de mestrado, tem a finalidade de estabelecer uma visão de garantias efetivas, via controle de conteúdo substancial, não apenas formal, de todas as alterações produzidas pelas Emendas constitucionais.

A metodologia que se utiliza nesta dissertação é o método de abordagem hipotético-dedutivo, partindo de uma teoria geral que forme uma idéia de direito e que possa ser aplicada ao caso concreto analisado.

1.- QUANDO É VÁLIDO O CONTEÚDO DO DIREITO

1.1 Uma idéia do direito

Ao longo da evolução da história da humanidade uma pergunta tem acompanhado o seu racionalismo: quando é válido o conteúdo do direito?

Esta indagação é a força vital da teoria do direito, a qual deu origem às várias correntes do pensamento jurídico, cada uma fundamentando o direito de forma diferente.

O direito é produto da cultura humana e como tal deve ser desenvolvido e estudado. Reconhecer a falibilidade das teorias é um primeiro passo para a desmistificação de uma idéia estagnada do pensamento jurídico.

O direito, se considerado apenas no aspecto normativo, pode privilegiar um conteúdo de justiça ou injustiça¹.

¹ FAGÚNDES, Paulo Roney Ávila. *Direito e Holismo: introdução a uma visão jurídica de integridade*. São Paulo: LTr, 2000. p. 93. Comenta o professor da Universidade Federal de Santa Catarina que "... *O Direito é regido por princípios. Os princípios são os alicerces do sistema, ou ainda podem constituir-se em válvulas de escape do sistema, quando este produz um engessamento, não permitindo fluir a criatividade. Contudo,*

Essa problemática não tem uma resolução estanque. A história da humanidade tem sido, da barbárie aos nossos dias, uma sucessão incessante de traumas, desigualdades, conflitos, destruição e morte. Em todos os lugares em todo o tempo, apesar do progresso e do domínio das ciências e técnicas, dor, sangue e sofrimento, juntamente com um desejo ardente e sempre renovado de superar a precariedade da condição humana, tem sido a sina e a meta da humanidade².

Este desejo de superação decorre da sociabilidade do homem, ligação da qual depende a manutenção das liberdades, das ideologias, da segurança individual, do patrimônio pessoal e difuso, da ordem e da paz social do direito.

E a história tem ensinado que o direito não pode corresponder à idéia de manifestação de vontade divina, de vontade arbitrária de legisladores e muito menos atender aos interesses de minorias, mas sim, estar conectado com um ideal de direito válido substancialmente e respeitado pelas maiorias³. Contudo, ao tocar no tema das maiorias, necessário relembrar a ressalva de Ferrajoli⁴, quando menciona que nenhuma vontade de *maiorias* pode mudar o que seja falso ou verdadeiro. Existe uma elementar ligação entre o justo e a natureza jurídica dos argumentos, obrigando as ficções a se afastarem do campo das idéias.⁵

não são valorizados os princípios, que podem ser instrumentos importantes para a promoção da justiça. A prisão à lei pode ser uma garantia, se a lei for justa e, no entanto, poderá ser um obstáculo à promoção da justiça, se a lei for injusta e tiver sido elaborada para atender os interesses das classes dominantes. Há leis que defendem os interesses coletivos e há normas que buscam preservar os interesses de alguns poucos detentores do poder político ou econômico”.

² COELHO, Sacha Calmon Navarro Coelho. *Curso de direito tributário brasileiro*. 4 ed. Rio de Janeiro:Forense, 1999, p. 06.

³ “Considerar, como já se considerou em vários períodos históricos, o direito na dependência exclusiva de interesses das classes predominantes, tem levado a promulgação, sob o manto jurídico, de direitos injustos, desprovidos de apoio da opinião pública, fato que sobrecarrega os aparelhos policial e judicial. Isto porque quanto mais o direito corresponder ao ideal histórico predominante, mais será espontaneamente observado”. (GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 25. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1999. p. 364)

⁴ FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. (Coord) *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 1997. p. 102.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. de Juarez Tavares. São Paulo:RT, 1995. p. 38. O autor argentino faz a seguinte afirmação quando trata da *supremacia da*

As *escolas do pensamento jurídico* surgiram para justificar, cada uma a seu modo e tempo, o conteúdo do direito. Como exemplo temos a *Escola do Direito Natural* dos séculos XVII e XVIII, a *Escola Histórica* alemã do século XIX, a *Escola Positivista* francesa e italiana e a *Escola de Viena*, de nossa época. Derivaram dessas *escolas* as diversas *correntes* ou *direções* do pensamento jurídico, resumidas em dez, por Paulo Dourado de Gusmão,⁶ popularizadas sob o rótulo de teorias do pensamento.

É preciso dizer que muitos daqueles que propalam, mesmo sob manto nobilíssimo da boa fé, as teorias do pensamento jurídico, nem sempre o fazem com o conhecimento necessário. Por essa razão, a fundamentação científica de suposta teoria é facilmente derrubada pela fragilidade do argumento que fora reproduzido de forma imprópria.

Oliveira Junior escreveu ao prefaciar a obra *Estado de Direito e Legitimidade*: uma abordagem garantista de Sérgio Cademartori⁷ que um dos pais do conhecido *direito alternativo* – Luigi Ferrajoli –, lhe confidenciou o quanto o seu pensamento havia sido mal compreendido em alguns lugares do mundo. Diz que na verdade a “alternatividade era face a um ‘Direito’ oriundo de um Estado fascista, e não a um Direito originado de um Estado de Direito, pois o que preconizava era justamente a defesa da constitucionalidade da ordem jurídica”.

Essa percepção de falha na comunicação e reprodução de teorias também é um risco para o propósito desta dissertação. Pretender dizer quando

Constituição ou da maioria: “A opção pela maioria como único poder legitimado, que reconhece limites constitucionais apenas como um ato de boa vontade, ainda que não o explicita e nem sequer o admita, também é uma concepção transpersonalista, porque corresponde a uma idéia orgânica do Estado, pela qual a minoria deve submeter-se à vontade irrestrita da maioria. Isto importa na legitimação de uma ditadura da maioria. No fundo, nada mais é do que uma reformulação do velho tema das eventuais contradições do liberalismo e da democracia, exploradas por todos os autoritarismos e totalitarismos.”

⁶ Idem. p. 364: jusnaturalismo, contratualismo jurídico, idealismo jurídico, positivismo jurídico, historicismo jurídico, kantismo jurídico, culturalismo jurídico, sociologismo jurídico, purismo jurídico e realismo jurídico.

⁷ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

é válido o conteúdo do direito, via teoria garantista, é um desafio ainda mais marcante pela hodiernidade do tema.

Mas a realidade social abre um espaço todo especial para a Teoria Geral do Garantismo Jurídico, que aqui é explicada por Cademartori da seguinte forma:

“Em nível epistemológico, esta teoria embasa-se no conceito de centralidade da pessoa, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir. Esta concepção instrumental do Estado é rica em conseqüências, tanto como teoria jurídica quanto visão política, dado que as mesmas vêem o Estado de Direito como artifício criado pela sociedade, que é logicamente anterior e superior ao poder político⁸”.

Para se compreender o tema citado, seria necessário admitir-se o panorama da classificação dos Estados segundo o seu grau de penetração na vida social e individual, sendo clássicos os Estados Absoluto, Liberal e Social.

O Estado Liberal tem como idéia fundamental a fixação de limites ao poder do Estado Absoluto, antítese justificável face ao poder totalitário que não reconhece acima de si mesmo nenhum outro poder superior.

A reação ao absolutismo do príncipe e os movimentos que lutam contra o abuso do poder estatal caracteriza o surgimento do *constitucionalismo*. Bobbio⁹ referenda três grandes grupos em busca do remédio a ser preferencialmente proposto contra o abuso do poder.

⁸ Idem. p. 72.

⁹ BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 4 ed. Brasília:Universidade de Brasília, 1997. passim.

A *teoria dos direitos naturais ou jusnaturalismo*, a qual o poder do Estado encontra limites externos, porque decorre do fato de, além do direito proposto pela vontade do príncipe (direito positivo), existir um direito que não é proposto por vontade alguma, mas pertencente ao indivíduo, a todos os indivíduos, pela sua própria natureza de homens, independentemente da participação desta ou daquela comunidade política. É o chamado Estado Liberal no sentido originário da palavra, pois os direitos naturais, preexistindo ao Estado, dele não dependem, e, não dependendo do Estado, o Estado tem o dever de reconhecê-los e garanti-los integralmente.

Ainda no período pré-socrático, a idéia de um direito natural superior ao direito positivo aparece no episódio de Antígona, personagem do poeta trágico Sófocles. A narração mostra a crença num direito natural oriundo dos deuses, que dá fundamento ao direito positivo, e este só é válido se concordante com os mandamentos do direito natural. Antígona, quando indagada pelo rei Creonte se sabia que ao enterrar seu irmão desrespeitava uma lei, afirma¹⁰:

“-Sim, sabia – disse Antígona, firme e serena. – Mas esta não é uma lei que foi dada pelos deuses imortais. Eu conheço outras leis, que não foram criadas ontem ou hoje, mas que têm um valor perene, e que ninguém sabe de aonde vieram. Nenhum mortal pode infringi-las sem tornar-se vítima do ódio dos deuses. Uma lei como esta obriga-me a não deixar insepulcro o filho de minha própria mãe. Se esta forma de agir parece-lhe tola, tolo é quem me acusa de tolice.”

¹⁰ SCHWAB, Gustav. *As mais belas histórias da antiguidade clássica; os mitos da Grécia e de Roma*. Trad. Luís Drauss. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 305 et seq, apud GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 23.

Os direitos naturais vão se positivar nos grandes textos constitucionais surgidos com as revoluções do final do século XVIII, máxime nos Estados Unidos e na França, através das declarações fundamentais que os proclamam e lhes garantem a eficácia.

A *teoria da separação dos poderes* que se caracteriza pela limitação interna: independentemente do fato que o poder estatal tenha que se deter frente a direitos preexistentes ao Estado, as mesmas sustentam que a melhor maneira de limitar este poder é *quebrá-lo*, ou seja, o poder estatal não deve ser concentrado nas mãos de uma só pessoa e que as diferentes funções estatais não se confundam num só poder, mas sejam atribuídas a órgãos distintos que se controlarão reciprocamente (teoria dos freios e contrapesos ou equilíbrio dos poderes).

Por fim, a *teoria da soberania popular ou democracia*, que se qualifica por rechaçar as duas anteriores e privilegiar a participação de todos os cidadãos.

Trata-se de uma verdadeira quebra do poder estatal, o qual, pertencendo a todos, é como se não pertencesse totalmente a ninguém. A regra é a mudança incondicional do titular do poder. É hipótese que confia em que o poder outorgado pelo consenso popular não poderia cometer abusos, ou seja, que o povo não possa exercer o poder que lhe pertence contra si mesmo.

Pelo *constitucionalismo* o homem passou a ser o dono de seu próprio destino, inserido no mundo físico para transformá-lo e tornar disponível a realidade à intervenção de sua própria vontade, livre de quaisquer obstáculos externos. Não mais sujeito à dominação dos monarcas e dos senhores feudais, passou a fazer parte da sociedade, enquanto indivíduo livre por sua própria natureza, sujeito de direitos e de obrigações.

Ferdinand Lassale¹¹ faz ressalva sobre o nascimento do constitucionalismo, informando:

“Todos os países possuem, possuíram sempre, em todos os momentos da sua história, uma Constituição real e efetiva. A diferença que agora se verifica – e isto deve ser realçado porque tem muita importância – não são as Constituições reais e efetivas, mas sim as Constituições escritas nas folhas de papel.”

Faz tal referência para fixar que o aparecimento da constituição não é novidade dos tempos modernos, pois já existiam como regramentos reais e efetivos de poder. A novidade é o incremento *escrito em papel*.

De todo o modo, é de ser admitido que o *constitucionalismo* deixa de ser registros históricos para fazer projeções de futuro. É o chamado projeto político que as constituições carregam como primado e devem vincular o agir daqueles investidos no poder estatal e também o agir dos cidadãos¹².

1.2 Formas de Estado – absoluto, liberal e social

Já se mencionou que os Estados podem ser classificados historicamente segundo o grau de penetração na vida social e individual em Estado Absoluto, Estado Liberal e Estado Social.

¹¹ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição política*. Trad. Manoel Soares. São Paulo:Global, 1987. p. 48.

¹² O exemplo mais remoto de norma jurídica imposta ao poder político do Estado para limita-lo e proteger os seus destinatários é o da Magna Carta da Inglaterra que os barões e prelados ingleses impuseram ao rei em 1215.

O Estado Absoluto caracteriza-se pela formação de um poder soberano dentro de certo território sujeitando todos os demais. Nasce a idéia de soberania, formulada inicialmente por Jean Bodin¹³ (*Les Six Livres de la Republique, 1576*), a qual identificará a partir de então as normas ligadas ao exercício do poder político. Por uma via, explicará a unificação do poder dentro de certo território, com a submissão de todas as pessoas a mesma ordem jurídica e o não reconhecimento de outras ordens. Por outra, esta concepção de soberania servirá para a justificação do absolutismo. O poder soberano que não encontra limitação, quer interna, quer externamente. Sundfeld¹⁴ sintetiza as cinco características principais do Estado Absoluto. São elas:

- a) o Estado, sendo criador da ordem jurídica, não se submetia a ela, dirigida apenas aos súditos.
- b) O soberano, e portanto, o Estado, era indemandável pelo indivíduo. Parecia ilógico que o Estado julgasse a si mesmo ou que, sendo soberano, fosse submetido a algum controle externo.
- c) O Estado era irresponsável juridicamente, impossível de se exigir ressarcimento por dano causado por autoridade pública.
- d) O Estado exercia um poder de polícia sobre todos os indivíduos. Era o Estado-Polícia, que impunha de modo ilimitado, quaisquer obrigações ou restrições às atividades dos particulares. Em consequência, inexistiam direitos individuais contra o Estado, mas apenas direitos dos indivíduos nas suas recíprocas relações.

¹³ Apud SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo:Malheiros, 2000. p. 34.

¹⁴ Idem. p. 34-35.

- e) Internamente ao Estado, todos os poderes estavam centralizados nas mãos do soberano, a quem cabia editar as leis, julgar os conflitos e administrar os negócios públicos.

Pierangelo Schiera¹⁵ sintetiza informando que o absolutismo do poder monárquico é alcançado, ao menos em teoria, na medida em que o príncipe não encontra mais limites para o exercício de seu poder nem dentro nem fora do Estado. Ele não é mais súdito de ninguém e reduziu a súditos todos aqueles que estão debaixo de suas ordens.

No que concerne ao Estado Liberal, este deve ser compreendido sem atrelamento ao conceito clássico de Democracia. Neste contexto, Democracia tem significado a participação do povo nas decisões ou o governo da maioria. Também deve ser dito, que o cidadão pode ter as suas prerrogativas esmagadas, tanto por ato de um soberano absolutista, como pela vontade esmagadora da maioria. Por outro lado, Democracia significa a proteção de um Estado negativo, ou seja, a proteção da liberdade do indivíduo contra as intromissões de outrem.

O resguardo da liberdade no sentido de não-constrangimento pessoal é o primado do Estado Liberal. O seu pressuposto fundamental é que o máximo de bem-estar comum deve ser atingido em todos os campos com a menor presença possível do Estado. Sua máxima principal está esculpida na expressão francesa *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-meme*¹⁶.

Dizem que quanto menor a presença do Estado, melhor¹⁷. No campo da economia, a lei da oferta e da procura se encarregaria de colocar os preços em

¹⁵ SCHIERA, Pierangelo. MATTEUCCI, Nicola. BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. v I, 5 ed. Brasília:UNB, 2000. p. 3.

¹⁶ (Deixai fazer, deixai passar, o mundo caminha por si só)

¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo:Saraiva, 1995. p. 69. Nesta obra, o autor informa que o “fundamental é que o indivíduo seja livre para agir e realizar as suas opções fundamentais”. Diz ainda: “...o liberalismo econômico foi responsável por um surto de desenvolvimento material sem precedentes na História. Toda Revolução Industrial de fins do século XVIII e todo o século XIX se deu sob sua égide. Nesse sentido o ideário iluminista foi correspondido pelos fatos. De outro lado, embora tenha falhado em muitos outros pontos, o que o obrigou a atenuar as suas postulações

níveis justos sem deixar de estimular o empresário a produzir cada vez mais e por menores preços. Contudo, o liberalismo não resolveu problemas emblemáticos da humanidade, como exemplo clássico, o bem estar da classe trabalhadora. Logo se percebeu que a presença do Estado se fazia necessária para suprir omissões, coibir abusos e para empreender objetivos não implementados pela iniciativa privada.

As crises ocorridas no século XX, sobretudo as de fundo econômico, provocando recessões e desemprego, demonstraram que os mecanismos autorreguladores do ideário liberal eram insuficientes para promover a justiça social, ou seja, a elevação do nível cultural dos cidadãos e a extinção das injustiças na divisão do produto econômico.

Assim, o Estado fora levado a abandonar o papel estático que ocupava e passou a fomentar a instalação de indústrias, ampliar serviços, financiar atividades, e mesmo a ser intermediário na competição entre miséria e poder econômico, como o caso da defesa dos trabalhadores e consumidores, e mesmo entregando prestações positivas, sendo o direito à previdência, educação, saúde, seguro desemprego e outros direitos sociais. Este modelo se titula Estado Social.

Avançando no tema, Paulo Bonavides¹⁸ distingue duas modalidades de Estado Social:

“...o Estado Social do marxismo, aonde o dirigismo é imposto e se forma de cima para baixo, com a supressão da infra-estrutura capitalista, e a conseqüente apropriação social dos meios de produção – doravante pertencentes à coletividade, eliminando-se, dessa forma, a contradição,

iniciais, de certa forma até ingênuas, o certo é que o liberalismo é uma ideologia viva até hoje sob as vestes de uma mensagem atualizada e própria para enfrentar os desafios do século XX. É a mais útil e aperfeiçoada arma que se conhece no combate contra a estatização e, em toda parte que esta se afigura excessiva e opressora das liberdades individuais, apela-se sempre para o recurso a medidas de cunho liberalizante.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo:Malheiros, 1996. p. 25

apontada por Engels no Anti-Duehring entre a produção social e a apropriação privada, típica da economia lucrativa do capitalismo – e o Estado social das democracias, que admite a mesma idéia de dirigismo, com a diferença apenas de que aqui se trata de um dirigismo consentido, de baixo para cima, que conserva intactas as bases do capitalismo.”

1.3 Estado de Direito – Da liberdade para os direitos

No plano teórico, o Estado de Direito emerge como uma construção própria na segunda metade do século XIX, nascendo na Alemanha – como *Rechtstaat* – e, posteriormente, sendo incorporado à doutrina francesa, em ambos como um debate apropriado pelos juristas e vinculado a uma percepção de hierarquia das regras jurídicas, com o objetivo de enquadrar e limitar o poder do Estado pelo Direito¹⁹.

Diz Paulo Bonavides²⁰ que o Estado de Direito nasce da oposição histórica e secular na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca.

Uma idéia de Estado de Direito é dita por Zagrebelsky da seguinte forma²¹:

“El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El

¹⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de Moraes. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, passim.

²⁰ Ibidem. p. 41.

²¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995. p. 21. “O Estado de direito indica um valor e alude a uma das direções da organização do Estado, porém não encerra em si conseqüências precisas. O valor é a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que diz respeito aos cidadãos.”

valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos”.

O Estado de Direito objetiva a proteção dos cidadãos frente à arbitrariedade da Administração, e a organização estatal passa a submeter-se à liberdade da sociedade, dentro de um primado estabelecido pela lei.

Todavia, algo mais interessa além desta roupagem institucional normativa que o estabelece, porque para além da legalidade estatal, o Estado de Direito representa e referenda um conjunto de direitos fundamentais que constituem o seu conteúdo jurídico.

Canotilho corrobora este entendimento, ditando²²:

“O princípio do estado de direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal, que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do estado. Ao <<decidir-se>> por um estado de direito a constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito.”

Desta forma, dependendo do conteúdo jurídico que se agrupará ao modelo de Estado de Direito, teremos o desdobramento dos seguintes Estados: Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito.

Como verificamos anteriormente, cada um dos modelos prima por uma estrutura de conteúdo que decorre da identificação de anseios, ora da sociedade, ora dos detentores do poder de comando.

²² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra:Almedina, 1999. p. 239.

O Estado de Direito será um tanto mais próprio ao momento cultural de uma sociedade, dependendo do conteúdo jurídico que o qualificar. Assim, para o Estado de Direito não é suficiente sua forma Legal, mas que seu conteúdo reflita um certo ideário.

Se não houvesse essa qualificação do Estado de Direito pelo seu critério de conteúdo, conheceríamos apenas um modelo legalista, decorrente do positivismo jurídico que identifica o Direito à lei, e conseqüentemente, do Estado de Direito a um Estado Legal.

O *Estado Liberal de Direito* privilegia as liberdades negativas, e a lei, como instrumento de legalidade, caracteriza-se como uma ordem geral e abstrata, regulando a ação social através do não-impedimento de seu livre desenvolvimento.

O *Estado Social de Direito* decorre da necessidade de se ajustar ao ideário liberal, as necessidades sociais inatingidas num modelo industrial e desenvolvimentista. São garantias e prestações positivas que se implementam na busca de um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal. O Estado passa a ser o intermediário entre as necessidades sociais e o acesso à satisfação de tais necessidades pelos indivíduos.

O *Estado Democrático de Direito* apresenta os conteúdos já identificados tanto no modelo liberal como no social, mas com uma característica própria, o primado da *igualdade* como elemento transformador e assegurador da evolução das sociedades, representado pelo respeito ao projeto político de uma constituição, manifestado pelos *direitos fundamentais*.

É Cademartori²³ que sentencia:

“Esse panorama evidencia que a culminação do processo de racionalização da dominação, mais o triunfo da

²³ Ibidem. p. 32.

idéia política de democracia representativa – cujo processo de consolidação é mais ou menos coetâneo – dá lugar ao nascimento daquela forma política que é conhecida hoje como ‘Estado Democrático de Direito’, que tem como característica a constitucionalização de Direitos naturais estampados nas diversas Declarações de Direitos e Garantias, cuja posse e exercício por parte dos cidadãos devem ser assegurados como forma de evitar o abuso do poder por parte dos governantes.”

Os direitos naturais, considerados como inalienáveis, imprescritíveis, permanentes, anteriores à Constituição e dotados de eficácia *erga omnes*, vão se positivar nos grandes textos constitucionais surgidos com as revoluções do final do século XVIII, máxime nos Estados Unidos e na França.

As palavras de Thomas Jefferson²⁴ na *Declaração de Independência das Treze Colônias* (1776) confirmam o vínculo entre o direito natural moderno ao discurso político-jurídico:

“Sustentamos que estas verdades são evidentes, que todos os homens foram criados iguais, que foram dotados por seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre eles estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade.”

A Revolução Francesa é pródiga de exemplos. A *Declaração dos Direitos dos Homens* de 1789 é um deles²⁵:

²⁴ Apud LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história: lições introdutórias*. São Paulo:Max Limonad, 2000. p. 206.

²⁵ Idem. p. 207.

“Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, decidiram apresentar, em solene declaração, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente atual para todos os homens do corpo social, lembre incessantemente os seus direitos e seus deveres.”

Assim dá-se a positivação dos direitos naturais nas declarações fundamentais que os proclamam e lhes garantem a eficácia.

Surge, então, a idéia da *supremacia da constituição*. O estado de direito é um estado constitucional, pois pressupõe a existência de uma constituição que sirva de ordem *jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos.²⁶

E os direitos não pairam abstrata e eternamente com o mesmo conteúdo, eis que sofrem modificações e se adaptam às novas realidades históricas. Há diversas gerações de direitos, adotando-se aquela preconizada por Bobbio²⁷: direitos da liberdade (1^a Geração); direitos sociais (2^a); direito de viver num ambiente não poluído (3^a) e direito contra as manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo (4^a). Por acréscimo ditado por Oliveira Junior²⁸, ainda encontramos uma geração de direitos da realidade virtual, que nascem do grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando no rompimento das fronteiras tradicionais, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via Internet, por exemplo (5^a). E Bobbio ainda defende a idéia de que os direitos naturais são direitos históricos, pois não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. E em

²⁶ Cf. CANOTILHO, *ibidem*, 241.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro:Campus, 1992. p. 5-6.

²⁸ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2000. p. 166.

face aos poderes constituídos, estes direitos elencam duas espécies de condicionantes: impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios.

A *fundamentalização dos direitos*²⁹ é tratada por Canotilho como um reflexo da especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material.

No sentido “formal” associam-se quatro dimensões relevantes: a) as normas consagradoras de direitos fundamentais estão colocadas no grau superior da ordem jurídica; b) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; c) como normas incorporadoras de direitos fundamentais, passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão; d) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.

No sentido “material”, a idéia de fundamentalidade insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Esta idéia pode fornecer suporte para: a) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados; b) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; c) a abertura a novos direitos fundamentais.

E é no aspecto da fundamentalidade material que se situa o objeto do conteúdo do modelo de Estado de Direito. De uma evolução de “liberdades” à “conquista de direitos”, e de “mecanismos que garantam a efetividade” destes direitos, se estabelece a dignidade de um Estado Democrático de Direito.

Adota-se ainda, para posteriormente construir-se a crítica, o conceito informativo de Canotilho³⁰ sobre a democracia, o qual aduz que uma

²⁹ Cf. CANOTILHO, *ibidem*, *passim*.

definição mínima implicaria: a) *participação* de um número tão elevado de cidadãos quanto possível; b) *regra da maioria* para a tomada de decisões coletivas e vinculantes; c) *existência de alternativas* reais e sérias que permitam opções aos cidadãos de escolher entre governantes e programas políticos; d) *garantia de direitos* de liberdades e participação política.

O grande impasse que se verifica com relação à conceituação de democracia por parte de Canotilho - também vista em face aos tradicionais conceitos que a ciência política tem ditado sobre o assunto-, é a qualificadora da “regra da maioria”.

Já foi dito que Ferrajoli ressalva que “nenhuma vontade de maiorias pode mudar o que seja falso em verdadeiro” e principalmente, “que as garantias dos direitos não são derogáveis nem disponíveis³¹”.

A vontade da maioria, ou mesmo a vontade unânime dos cidadãos, não poderia impor um comportamento que negasse direitos qualificados pela fundamentalidade constitucional.

A existência de regras de procedimento para a “forja” de leis, insculpidas nas constituições, dão um caráter “formal” ao processo legislativo.

No entanto, existe a outra faceta da produção normativa, esta vinculada ao conteúdo do direito legislado. Aqui tem relevância, segundo Cademartori,³² duas facetas que informam a Legalidade: a *validade formal* (em sentido amplo) e a *validade substancial* (em sentido estrito).

A *validade formal* deve ser compreendida como as normas de procedimento legislativo, constitucionalmente qualificadas, para a construção de uma lei.

No tocante à *validade substancial*, deve ser visto que ao se dotar de caráter de fundamentalidade aqueles direitos naturais constitucionalizados,

³⁰ Ibidem, p. 1324.

³¹ FERRAJOLI. op. cit. p. 102.

³² Ibidem, p. 156.

eles acabam por vincular o legislador sobre o conteúdo do que pode ou não ser decidido.

Assim Ferrajoli:³³

“As duas classes de normas sobre a produção jurídica acima distinguidas – as formais que condicionam a vigência, e as substanciais que condicionam a validade – garantem de fato outras tantas dimensões da democracia: a dimensão formal da ‘democracia política’, que respeita ao quem e ao como das decisões e que é garantida pelas normas formais que disciplinam as formas das decisões, assegurando com elas a expressão da vontade da maioria; e a dimensão material daquilo a que podemos chamar ‘democracia substancial’, dado que respeita ao que não pode ou deve ser decidido pela maioria, e que é garantida pelas normas substanciais que das mesmas decisões disciplinam a substância ou o significado, vinculando-as, sob pena de invalidade, ao respeito dos direitos fundamentais e dos outros princípios axiológicos por elas estabelecidos”.

É assim que pretendemos qualificar o Estado Democrático de Direito, algo vinculado ao primado da democracia, que absorve os ideários liberais e sociais, mas que se diferenciam pelo seu conteúdo de subordinação aos direitos fundamentais, negando aplicação ao critério “da maioria” sempre que se tratar do conteúdo normado, ou seja, da validade “substancial”. Desta forma, as garantias democráticas idôneas postulam a existência de certos direitos na qual nem a maioria pode decidir, pelo fato de serem invioláveis, inalienáveis e imprescritíveis, e neste sentido também não poderá ser violada a igualdade de direitos entre todas as categorias de cidadãos.

Ainda Ferrajoli:³⁴

³³ *O direito como sistema de garantias*. Ibidem. p. 98.

³⁴ Ibidem. p. 98-99.

“Os direitos fundamentais, precisamente porque igualmente garantidos a todos e subtraídos à disponibilidade do mercado e da política, formam a esfera do indecível que e do indecível que não; e operam como fatores não só de legitimação, mas também, e sobretudo, de deslegitimação das decisões ou das não-decisões”.

Assim, Ferrajoli defende que o constitucionalismo vinculou também o legislador, não apenas na forma de produção normativa, mas também no seu conteúdo, e o Estado Democrático de Direito, como um sistema de limites e vínculos, corresponde a uma dimensão substancial àquilo que não deve ser objeto de decisão pela maioria.

1.3.1 A fundamentalização dos direitos

É necessário abordar com maior profundidade os aspectos teóricos que qualificam a fundamentalidade dos direitos, porque esta será a característica que designará a esfera de intocabilidade constitucional protegida pelo garantismo jurídico.

Num primeiro momento se diz que os direitos fundamentais tem correlação com os direitos humanos, e em alguns casos, existe ainda a sua identificação sinonímica, o que acarreta algumas confusões de ordem teórica.

Entretanto, pode ser afirmado que os direitos humanos decorrem do ideário de reconhecimento de direitos naturais que acompanham a condição humana diferenciada. Já os direitos fundamentais nascem com as

Constituições nas quais foram reconhecidos e positivados, tornando-se matérias juridicamente delimitadas em campo de observância concreta.

É possível se reconhecer que os direitos fundamentalizados, em quase toda a sua maioria, decorrem da positivação de direitos naturais reconhecidos universalmente como direitos humanos.

Esta é a correlação que existe entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”.

Para além disto, também é importante ressaltar que os direitos fundamentais somente encontram eficaz observação em um autêntico Estado de Direito. Um modelo de Estado pautado pela observância de uma Constituição que privilegie o conteúdo liberal, social e democrático, seria uma escola perseguida pela grande maioria dos pesquisadores e um anseio de qualquer povo.

Pérez Luño, citado por Sarlet, enfatiza:³⁵

“... existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito”.

A garantia dos direitos fundamentais, proporcionada pelo constitucionalismo de um Estado de Direito, fortifica aquilo se pode titular de “reserva de justiça”, porque no mínimo haverá um resguardo dos direitos preconizados e escritos em uma Constituição. Essa “ordem justa” concebe um reflexo sobre os jurisdicionados, uma vez que além de verem assegurados os

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 61.

direitos subjetivos públicos, também se solidifica uma sistemática que lhes transmite a confiança pela ordem jurídica, havendo a observância espontânea a seus comandos.

Num primeiro momento, diante de um Poder Constituinte Originário, acolhem-se os princípios e os fundamentos para a elaboração de um “projeto político” que vinculará todos os poderes e também o povo indistintamente.

No seguinte, este “projeto político” não poderá ser alterado sequer pela vontade política da maioria, porque seria desconstruir os planos vinculativos da edificação de um Estado planejado.

Esta negação tem força de existir, porque ao se admitir a espontânea modificabilidade do projeto constitucional, seria, no mais das vezes, ceder espaço ao casuísmo e aos interesses de uma maioria privilegiada.

Aqueles que defendem a quebra da rigidez constitucional, dizem que o Estado está amarrado em conceitos inúteis e desnecessários, que o Estado é pesado e não acompanhará os ares da modernidade.

Entretanto, esses “ares” aparecem banhados por conveniências neoliberais que, sabemos, devem ser interpretados com resguardo. Os direitos que o projeto constitucional estabeleceu originariamente, também extensivo às minorias, lhes garantem de igual forma, proteção jurídica. Não será a vontade da maioria que poderá desconstruir esse legado.

Disse o Professor Celso Ribeiro Bastos:³⁶

“... em havendo aprovação popular direta, não há nada que não possa ser alterado na nossa Constituição, haja vista que seu artigo primeiro estabelece que todo o poder emana do povo”.

³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. A reforma da Constituição. *Revista Consulex*. Brasília, n. 47, p. 50-51, novembro. 2000.

Esse posicionamento reflete bem o interesse do casuísmo. O povo, é certo, detém todo o poder que lhe interessa. Mas a palavra “povo” tem de refletir uma conjunção de interesses identificados pelo anseio histórico de uma gente, não pelo interesse específico e casuístico de uma maioria.

Na primeira, a historicidade conduz a elaboração de uma Constituição, de uma nova Ordem jurídico-política. Na segunda, essa vontade histórica não aparece, e a vontade casuística da maioria não tem o poder de desconcertar, de desconstruir o planejado em campo próprio e constitucional.

Por estes motivos que os direitos fundamentais, quando positivados em uma Carta Política, passam a integrar uma esfera de intocabilidade, seja por parte dos congressualistas, seja por parte da vontade da maioria. Apenas um novo Poder Constituinte Originário teria a força de modificar ou derrogar estes fundamentalizados direitos.

Os direitos fundamentais sociais, também consagrados pela Constituição, constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de oportunidades inerentes à noção de democracia no Estado de Direito. Conforme saliente Sarlet, o reconhecimento de direitos sociais pela Constituição, tem a finalidade de cumprir com o princípio da dignidade da pessoa humana, concedendo segurança social não apenas ao indivíduo em isolado, mas principalmente à capacidade funcional da democracia considerada na sua integralidade.³⁷

Os direitos fundamentais sociais detêm um conceito amplo em nossa Constituição, incluindo posições jurídicas tipicamente prestacionais, como exemplo o direito à saúde, educação, assistência social, e outros, e também quanto a uma gama de direitos de defesa dos trabalhadores concretizadores do direito de liberdade e do princípio da igualdade.

A grande indagação que se apresenta, diz respeito a eficácia dos direitos fundamentais. É a própria Carta Política que estabelece que os

³⁷ SARLET, op. cit. p. 63.

direitos fundamentais terão aplicabilidade imediata³⁸. No entanto, é sabido que nem sempre se efetiva na prática o que a Constituição estabelece no papel.

Este fato traz o lume sob o conceito de validade e eficácia, que veremos adiante no sentido garantista. Mas a eficácia tem relação com a sua aplicabilidade e a produção de efeitos no mundo da práxis.

É preciso ter presente, que os direitos fundamentais devem ser observados sob qualquer argumento, pois são eles que qualificam o conteúdo de direito que se agrega ao modelo de Estado de Direito.

Este conteúdo de direito deve vincular o agir da Administração Pública, em todos os seus níveis, bem assim, o Poder Judiciário, também nos seus variados níveis. Não é dado o direito a ninguém, de agir contra a Constituição.

O problema que imbrica de dúvidas a doutrina nacional e é a grande ocupação desta dissertação, é o nível permissivo de “reformas” ao conteúdo de direito fundamentalizado pela Carta Política.

Sarlet salienta que o Poder Constituinte Originário é uma “potência”, enquanto o Legislador Constituinte Derivado tem poderes de “competência”, aonde o primeiro não encontra qualquer limite, mas impõe ao segundo, limitações de ordem formal e material.³⁹

No campo formal, o processo legislativo preconiza a forma como poderá ocorrer a reforma da constituição, exigindo-se quorum qualificado, etc. Já, e principalmente, no campo material, se apresentam as chamadas “cláusulas pétreas”, que qualificam de imutáveis os conteúdos normados pelo Poder constituinte originário, mesmo face ao legislador derivado.

É o que se chama de limites materiais, ou na visão garantista, limites substanciais, criados para edificar o futuro do país, como um grande projeto

³⁸ Art. 5º, 1º da Constituição Federal de 1988. “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.”

³⁹ Idem. passim.

político que não pode ser destruído, senão por um novo Poder Constituinte Originário.

Esta posição defendida por inúmeros constitucionalistas, faz Sarlet afirmar:⁴⁰

“A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional, de tal sorte que por detrás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração”.

O projeto político busca realizar um fim planejado pelo Constituinte originário, projeto este edificado em meio a um ambiente histórico de anseios e afirmações para o futuro. As constituições que não privilegiarem estes limites, tornar-se-iam verdadeiras constituições provisórias, constituições em branco, à mercê da discricionariedade do poder reformador.⁴¹

Assim, os limites materiais asseguram a identidade da Constituição, e, por conseqüência, suas cláusulas pétreas são parte integrante do sistema de garantia dos cidadãos.

Alguns ainda questionam se os direitos fundamentais estariam abrigados no elenco de cláusulas pétreas, já que o texto da Constituição faz referência aos “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º da CF/88). Sarlet, uma vez mais responde elucidando com os seguintes argumentos: a) a Constituição brasileira não traça qualquer diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos; b) os partidários de uma exegese

⁴⁰ Idem. p. 349.

⁴¹ Idem. p. 351.

conservadora e restritiva em regra partem da premissa de que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações materiais estatais, quando, em verdade, os direitos sociais são equiparáveis, no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, aos direitos de defesa; c) para além disso, relembremos que uma interpretação que limita o alcance das “cláusulas pétreas” aos direitos fundamentais elencados no art. 5º da CF acaba por excluir também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no artigo 60, § 4 inciso IV, de nossa Lei Fundamental.⁴²

Assim, afasta-se por completo uma interpretação literal do mencionado artigo, exigindo-se uma interpretação constitucional abrangente para se resolver o problema aventado pelos defensores da reforma irrestrita do conteúdo disposto na Carta Política original.

Cumprе lembrar ainda, que a função das cláusulas pétreas é a de impedir a destruição dos elementos identificadores e essenciais da Constituição, mormente no caso dos direitos fundamentais, que implicariam em redução das garantias que proporcionam e efetivam a dignidade da pessoa humana.

Pode-se finalizar, citando-se uma vez mais Sarlet:⁴³

“Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das ‘cláusulas pétreas’ – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional”.

⁴² Idem. p. 361.

⁴³ Idem. p. 362.

1.4 A teoria geral do garantismo

É Cademartori⁴⁴ quem primeiro traz o lume no Brasil, uma obra específica sobre a Teoria Garantista com um enfoque de Teoria Geral. Este autor, partindo dos ideários de Ferrajoli, demonstra a crise do Direito moderno em seus diversos aspectos, concluindo com o apontamento de uma saída via teoria garantista. Sua obra será utilizada como guia para a dissertação neste tópico.

Luigi Ferrajoli⁴⁵, no seu livro *Direito e Razão*, estabelece idéias e metodologias de uma teoria que chamou de “garantismo penal”. Percebeu, contudo, que seu grau de teorização poderia servir como base para uma Teoria Geral do Direito que informasse todos os ramos do Direito. Assim, dedicou os últimos dois capítulos daquela obra (capítulo 13 e 14) para alinhar os ideários de uma *teoria geral do garantismo*.

1.4.1 Garantismo como modelo normativo de direito

A palavra *garantismo* é vinculada em uma primeira acepção, como um modelo normativo de direito, que significa dizer, um modelo legalista que decorre da primeira noção de Estado de Direito.

⁴⁴ CADEMARTORI, Sérgio U. de. *Estado de direito e legitimidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 188 p.

⁴⁵ CADEMARTORI, op. cit. 72-73: “Luigi Ferrajoli é membro aposentado da magistratura italiana e professor da Universidade de Camerino (Itália), tendo sido, na década de 70, um dos expoentes da chamada ‘jurisprudência alternativa’, a qual propugnava a interpretação da lei conforme a constituição, atacando assim o dogma da sujeição cega do juiz à lei”. Publicou em 1989 a obra *Diritto e Ragione*, com versão espanhola de 1995 publicada em/por Madrid: Trotta.

Três planos se apresentam nesta contextualização normativa: a) no plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo; b) no plano político como uma técnica capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade; c) no plano jurídico, um sistema de proteção aos direitos dos cidadãos que seria imposto ao Estado. Ou seja, o próprio Estado, que pela dogmática tradicional tem o poder pleno de criar o direito, e todo o direito, sofre uma limitação garantista ao seu poder. Assim, mesmo com sua "potestade punitiva", o Estado deve respeitar um elenco sistêmico de garantias que devem por ele ser efetivados. Este é o primeiro passo para a configuração de um verdadeiro Estado Constitucional de Direito⁴⁶.

E Cademartori conclui⁴⁷:

“Esse modelo permite ao estudioso analisar um determinado sistema constitucional para verificar eventuais antinomias entre as normas inferiores e seus princípios constitucionais, bem como incoerências entre as práticas institucionais efetivas e as normas legais. A partir daí, poderá inferir-se o grau de garantismo do referido sistema, ou seja, o grau de efetividade da norma constitucional”.

Esta teoria busca dar efetividade aos direitos normativamente proclamados, mas, principalmente, servir de mecanismo que permita identificar e após, corrigir ou neutralizar direitos ilegitimamente disponíveis ao Estado⁴⁸.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid:Trotta, 1985. p. 851-852.

⁴⁷ Idem, p. 76.

⁴⁸ Ibidem, p. 852.

1.4.2 Garantismo como teoria jurídica de “validade e efetividade” – A Redefinição Garantista

Existe uma íntima confusão na doutrina sobre os temas relativos à *vigência, validade/invalidade, eficácia/ineficácia (efetividade)*, das normas jurídicas.

O garantismo se dispõe a se elevar como teoria explicativa dessas confusões, redefinindo e reorganizando a sistematização desses predicados, e mormente, buscando aproximá-los, muito embora parta do pressuposto de que são diferentes, visto que pode existir validade sem efetividade e, em um grau inferior de garantismo, efetividade sem validade.

Fala-se muito em *validade* como referência a uma norma forjada dentro do que preconiza o processo legislativo constitucional (formal). Assim, uma norma é considerada como *válida* se aprovada pelas Casas Legislativas consoante seu *status* e respeitante todas as formalidades exigidas pelo processo legislativo.

Contudo, para o garantismo jurídico, esta ótica não é correta, porque ao partir de uma conceituação equivocada de *validade*, todos os demais predicados restam contaminados e inservíveis a compreensão da teoria.

É preciso que se admita, como já dito alhures, que num dado momento ocorreu a fundamentalização de direitos, sempre a nível constitucional, os quais passam a vincular o Estado não somente no aspecto de aplicação do direito, mas também, no tocante à função legislativa. Impôs-se limites formais, mas principalmente, limites substanciais ao processo legislativo.

Para tanto, o garantismo jurídico propõe uma redefinição dos predicados da *vigência*, *validade*, *efetividade*, passando a conformá-los da seguinte maneira⁴⁹:

- a) *Vigência*: decorre da *legitimidade jurídica formal*, vez que a norma fora construída consoante preconiza a sistemática do processo legislativo constitucionalizado – adequação formal-.
- b) *Validade*: decorre da *legitimidade jurídica substancial*, porque o conteúdo normado está conforme os princípios constitucionalizados - adequação substancial-.
- c) *Eficácia*: decorre do grau de aceitabilidade no mundo fático, seja no tocante à sujeição, seja na aplicação. Dependente do grau de eficácia, a norma terá o mesmo grau de efetividade.

Assim, o garantismo ganha alguns pontos de fixação de análises. Se observarmos um sistema jurídico, partindo do aspecto *vigência*, o grau de garantismo seria elevado, porque as normas ao serem forjadas, normalmente o são via processo legislativo, sem máculas. Ao menos em grande parte dos países, o ambiente formal de produção legislativa é respeitado.

Se, de outro norte, fixarmos a análise sob o aspecto da *validade*, ou seja, da sua conformação com os direitos qualificados pela fundamentalidade constitucional, o grau de garantismo seria diminuto, porque não raras vezes, mesmo via processo legislativo perfeito, normatizam-se “direitos” que afrontam o conteúdo substancial das constituições. Isto ocorrendo, teríamos normas vigentes mas inválidas (porque afrontantes dos direitos fundamentais).

Uma vez mais Cademartori⁵⁰ é brilhante:

⁴⁹ CADEMARTORI, Idem. p. 79-80.

⁵⁰ Ibidem. p. 78.

“Ora, se uma norma inferior entrar em vigor respeitando os procedimentos previstos para sua criação, mas não já os conteúdos previstos nesses parâmetros supracitados (os Direitos fundamentais, por exemplo), à obviedade, ela existirá até ser declarada sua inconstitucionalidade pela corte competente. Ou seja, ela será válida (na terminologia positivista tradicional) até que o referido tribunal declare que ela é inválida. Então, para evitar tais confusões, o garantismo propõe uma redefinição das categorias tradicionais, passando a entender como vigentes (ou de validade meramente formal) as normas postas pelo legislador ordinário em conformidade com os procedimentos previstos em normas superiores, reservando a palavra validade à validade também substancial dos atos normativos inferiores”.

Assim, o garantismo se constitui na visão de Ferrajoli, uma forma de Direito que se preocupa com aspectos formais e substanciais que devem sempre existir para que o direito seja válido. Essa junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes. É como se a categoria dos direitos fundamentais fosse um dado ontológico para que se pudesse aferir a existência ou não de um direito; em outras palavras, se uma norma é ou não válida⁵¹.

O aspecto da *eficácia/ineficácia*, também sobreleva o grau de garantismo se fixada ótica por esse viés. Será maior e diria ideal, o grau de garantismo, se a norma *vigente* (aspecto formal) e *válida* (aspecto substancial), for também *eficaz* (efetividade), ou seja, observada e produtora de resultados no mundo da práxis.

⁵¹ FERRAJOLI, Idem. passim.

Finalizando, se o grau de garantismo for aquele ideal, é decorrente a afirmação de que o elemento *justiça* (valor extra-jurídico) acompanhará a norma *vigente/válida/eficaz*, porque nesta equação, se estará privilegiando o conteúdo substancial que tem relação com a fundamentalidade dos direitos constitucionalizados. Estes são decorrentes dos direitos naturais, e, portanto, “deveriam” lhe acompanhar o cotejo *justiça*.

1.4.3 Garantismo como filosofia política

A terceira acepção que o termo "garantismo" pode estabelecer é o de uma busca de justificativa externa das finalidades que os Estados devem perseguir.

Alexandre da Maia⁵² disserta sobre este tópico:

*“Assim, Ferrajoli determina que a legitimidade dos comandos e práticas garantistas são de cunho ‘ético-político’, externos, portanto, ao sistema interno, propriamente jurídico no pensamento do autor (ou, como afirma em seu livro, a distinção entre o ser e dever-ser **no** direito, de cunho político, em relação ao mundo do ser e dever-ser **do** direito, próprios do âmbito interno de observação). Diz Ferrajoli que tais elementos políticos são as bases fundamentais para o surgimento dos comandos jurídicos do Estado. Seriam, pois, bases meta-jurídicas, algo como uma “metafísica jurídica”...*

⁵² MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*. Recife:Resenha Universitária da Faculdade de Direito de Recife, 2000. p. 34.

O garantismo busca ampliar o leque de possibilidades para a garantia efetiva de direitos, fazendo da norma estatal um ponto de partida (logo, uma ontologia) para a observação de sua adequação ou não à realidade social.

A busca de realização de valores meta-jurídicos (externos) se efetua através da autonomia crítica e prescritiva da política e da moral sobre o direito positivo⁵³.

1.4.4 Direitos e garantias dos direitos

Como já ficou evidente, o pensamento de Ferrajoli é direcionado a identificar um dos mais graves problemas do Estado moderno, qual seja, a confusão que se faz entre democracia e onipotência da maioria (despotismo da maioria). A democracia é um sistema frágil e complexo de separações e equilíbrios entre poderes, de limites e vínculos ao seu exercício, de garantias estabelecidas para a tutela dos direitos fundamentais e de técnicas de controle e reparação contra a sua violação⁵⁴.

Além destes aspectos, Ferrajoli⁵⁵ ainda elenca a seguinte realidade:

“Uma leitura hoje bastante difundida de uma tal crise é a que a interpreta como crise da própria capacidade reguladora do Direito, originada pela elevada ‘complexidade’ da sociedade contemporânea. A multiplicidade das funções deferidas ao Estado Social, a inflação legislativa, a pluralidade das fontes normativas, a sua subordinação aos imperativos sistêmicos de tipo econômico, tecnológico e político e, por outro lado, a

⁵³ CADEMARTORI, Idem. passim.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *O estado constitucional de direito hoje: o modelo e sua discrepância com a realidade*. In *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid:Trotta, 1996, passim.

⁵⁵ FERRAJOLI. *O Direito como sistema de garantias*. Idem. p. 91

ineficácia dos controles e a larga margem de irresponsabilidade do poder público gerariam – segundo autores como Luhmann, Teubner e Zolo uma crescente incoerência, falta de plenitude (incompletezza), opacidade e ineficácia do sistema jurídico. Daí resultaria um enfraquecimento da própria função normativa do Direito e, em particular, a falência das suas funções de limite e de vínculo à política e ao mercado, e portanto de garantia dos direitos fundamentais, quer de liberdade, quer sociais”. (sic)

Daí o garantismo toma corpo e forma de proteção, de segurança da ordem jurídica, como a regulação jurídica do próprio Direito Positivo, não só quanto às formas de produção, mas também sobre a produção de seus conteúdos⁵⁶.

Essa sistemática já traduz uma das espécies de garantias que tanto Ferrajoli preconiza.

Mas além desta faceta, existe ainda a questão que envolve o poder judiciário frente ao tema dissertado.

⁵⁶ FERRAJOLI. *Derecho y Razón*. Op. Cit., p. 856-857. Sobre o garantismo “...Por eso designa no simplemente un <<estado legal>> o <<regulado por la ley>>, sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado: a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público – legislativo, judicial y administrativo – está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de juices separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los juices ordinaries para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter); b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, asi como de los correlativos poderes de los ciudadanos deactivar la tutela judicial”. (Por isso designa não simplesmente ‘um estado legal’ (aquele regulado pela lei), mas sim um modelo de estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, em virtude do qual todo poder público – legislativo, judicial e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas, que disciplinam suas formas de exercícios e cuja observância está submetida ao controle de legitimidade por parte dos juizes, independentes entre si (o Tribunal Constitucional para as leis, os juizes ordinário para as sentenças, os tribunais administrativos para as decisões deste nível); b) no plano substancial, pela funcionalidade de todos os poderes do estado a serviço a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, mediante a incorporação limitativa em sua Constituição e os deveres públicos correspondentes, ou seja, as proibições de lesionar os direitos de liberdade e as obrigações de dar satisfação aos direitos sociais, assim como os correlatos poderes dos cidadãos de provocar a tutela judicial).

Os juízes não devem se apegar friamente à letra da lei, mas à lei em sentido substancial, enquanto garantidora dos princípios de direitos fundamentalizados, lei *válida*, coerente com a constituição⁵⁷.

É conhecido o problema do poder judiciário, com um quadro de magistrados tecnicistas, desapegados da ciência jurídica, moldados em escolas de preparação para concursos, sem matérias sequer deontológicas, agravando-se ainda pela falta de estrutura para a demanda judicial de processos, seja de servidores, seja de tempo para a devida instrução pessoal para o direito.

Esta situação, catalisadora de sentenças inválidas, faz majorar a descrença no poder judiciário e conseqüentemente o apego maior às armas.

O Estado de Direito, que se constrói caso a caso, também resta maculado, porque em havendo decisões inválidas, corrói-se a estrutura de garantias que se preconiza na constituição.

Bem ao contrário do que fora propagado sobre o direito alternativo ao longo da crítica que os positivistas elaboravam, aliado à incompreensão dos seus defensores sobre o real objetivo da teoria, a idéia de alternatividade que Ferrajoli sempre defendeu, foi um apego incondicionado à constitucionalidade substancial, constitucionalidade de conteúdo, que primava pelo reconhecimento e conseqüente validade de direitos fundamentais e suas garantias em face ao cidadão, sendo dever do magistrado, sempre que vislumbrasse inconstitucionalidade substancial, não somente formal, lhe decretar a nulidade. Isto porque inexistente norma constitucional válida se o seu conteúdo é contrário ao primado da fundamentalidade dos direitos.

É claro que esta teoria poderá sofrer crítica severa, uma vez que nos sistemas constitucionais rígidos, o conteúdo de direitos fundamentalizados pode sofrer a influência daqueles que detém o poder, mormente via congressual. Por direitos fundamentais, sobre o que já se disse alhures, ainda restam algumas deficiências, pois o que se vai fundamentalizar pode não ser

⁵⁷ FERRAJOLI. *O direito como sistema de garantias*. Op. Cit., p. 100.

um direito fundamental, ou mesmo, deixar de se fundamentalizar algum direito naturalmente fundamental.

Diante deste quadro, sobreleva a crença na ciência jurídica, aonde seus cientistas estarão de plantão, sempre identificando, via indicação supra-constitucional, os direitos naturais que, mesmo não constitucionalizados, tem a qualidade de fundamentais. Imagine-se a constituição que não fundamentalizasse o direito à vida. Seria por essa razão de se considerar válido uma norma que limitasse tal direito? Óbvio que não, porque a fundamentalidade do direito consiste também na sua natureza jurídica e identificável via razão crítica e meta-jurídica (ponto de vista externo).

Os direitos fundamentais, como afirmou Bobbio, são direitos históricos que se apresentam conforme a evolução das sociedades, nascedouros permanentes de significados necessários à humanização do Direito e sua busca incessante pela justiça.

Quando é válido o conteúdo do direito? (pergunta inicialmente elaborada como temática deste capítulo) – Sempre e quando se encontrar um direito que privilegie e reconheça o conteúdo substancial de uma constituição, conteúdo esse apegado à fundamentalidade de direitos históricos, reconhecidos também como direitos humanos.

2.- A DISPONIBILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO NO REGIME CONSTITUCIONAL HODIERNO

2.1 Considerações Gerais

É de boa data as discussões que se travam em torno da reforma do Estado, principalmente na área da Administração Pública⁵³. A polêmica já grassava em nosso País quando se apontou, em nível federal, a vontade do Presidente Fernando Henrique Cardoso, em encaminhar proposta de emenda

⁵³ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. V. I. Coimbra:Almedina, 1986, p. 185. “Um respeitado político francês – André Tardieu – costumava dizer que se um Primeiro-Ministro pretendesse ser aplaudido por unanimidade em todas as bancadas do Parlamento, bastar-lhe-ia anunciar a reforma administrativa. E acrescentava em seguida: ‘... porque ninguém sabe o que isso quer dizer’”.

constitucional no sentido de “flexibilizar” a estabilidade no serviço público,⁵⁴ fato que se concretizou em agosto de 1995 com o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n.º 173/95, que propunha a modificação de vários pontos do capítulo da Administração Pública de nossa Constituição.

Após 34 meses de tramitação e diversas alterações no texto original, ocorreu a promulgação da Emenda n.º 19 em 04.06.98, corolário da reforma administrativa, aonde foram introduzidos mais de cem modificações em dispositivos constitucionais, afora os pontos que ainda restaram controvertidos para futura normatização.

A doutrina tem identificado duas grandes linhas neste projeto de reforma administrativa, ambas com efeitos diretos sobre os Estados e, portanto, sobre a Federação como um todo. Uma é vinculada à preocupação com o ajuste fiscal, a qual motivou a reforma. Nessa linha, o objetivo principal é o de diminuir os gastos com pessoal, especialmente o dos governos estaduais e municipais. A outra linha da reforma administrativa reside nas alterações constitucionais que objetivam flexibilizar a administração pública e criar um novo modelo de aparato administrativo voltado para uma nova forma de gestão pública⁵⁵.

Embora a reforma administrativa tenha tido como referente básico o aspecto fiscal, o governo não a justificou com o argumento do inchaço da máquina pública federal, ao contrário, sustentou que a União tinha um número relativamente pequeno de funcionários públicos em comparação a outros países. Demonstrou, além disto, que o número de funcionários públicos da União vem caindo continuamente, devido à diminuição dos concursos públicos (desde o Governo Collor) e o crescimento vertiginoso das aposentadorias, iniciado com a promulgação do Regime Jurídico Único, bem

⁵⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Flexibilização sem medo. *Correio Braziliense*, Brasília, 26 jan. 1995. p. 13. Disse o colunista e então Ministro da Administração Federal e da Reforma do Estado: “a estabilidade rígida e generalizada, prevista na Constituição de 1988, é um obstáculo fundamental à reforma do Estado e à consolidação do Plano Real”.

⁵⁵ REZENDE, Ubiratan. *A crise do Estado no Brasil*. Florianópolis: Resenha Sebrae, 1999. p. 17.

assim, à temerosa dúvida sobre as políticas que se adotam no país, sem um referencial de segurança para os servidores.

A reforma administrativa, neste pertinente, tinha endereço certo: os estados e municípios. Esses, em sua maioria, mantinham um quadro inchado de servidores, fazendo com que o déficit fiscal fosse crescendo permanentemente, e como este é peça fundamental do déficit global, a nova legislação mirava o curto prazo para a resolução dos problemas dos estados e dos municípios.

Existe um pacto de benefício mútuo entre governadores e congressistas. Os parlamentares votam com os governadores contanto que estes os auxiliem na manutenção de suas bases eleitorais regionais. É a prática do clientelismo e do patrimonialismo (distribuição de cargos públicos para correligionários e auferição de vantagens econômicas para os indicados políticos através de alocação personalizada de recursos públicos). A *flexibilização* da estabilidade, num primeiro momento traz um prejuízo a estes “políticos”, porque ao quebrarem o *status* criado pela Constituição de 1988, os “apadrinhados” estáveis na Administração seriam atingidos.

Num clima de barganha política, os governadores dos estados passaram a apoiar o projeto de reforma, por quatro fatores: a) a crise das contas públicas estaduais – o excessivo gasto com pessoal inviabilizou os investimentos públicos de outras áreas; b) a decisão do Governo Federal de aproveitar a crise fiscal dos estados para trocar a renegociação da dívida dos estados pela votação de apoio ao governo na Emenda da reforma administrativa; c) a aprovação da Emenda da reeleição. Com a possibilidade de serem reeleitos, abriu-se aos governadores a possibilidade de compensar o custo político do ajuste num futuro segundo mandato (neste eventual segundo mandato, eles teriam maior capacidade de controlar a máquina pública, retomando as

práticas patrimonialistas e clientelistas)⁵⁶; d) a longa tramitação da PEC 173/95 permitiu que sua votação final ficasse para o ano do término de mandato dos governadores e parlamentares. Pensando na reeleição, ambos poderiam apoiar a aprovação da reforma e só implementá-la no ano seguinte, quando reeleitos.

Aparentemente, o terreno se desenhava para as modificações que o Governo Federal entendia necessárias ao ajuste das contas públicas e para o novo alinhamento do mapa clientelista/patrimonialista dos estados e municípios.

Outro discurso que se sustentava, dizia respeito ao incessante movimento de desestatização e do profuso emprego das concessões e permissões como formas de descentralização de serviços públicos. Ocorre, que como reflexo da disseminação dos diversos meios de parceria entre o poder público e os particulares, grande número de cargos foram se tornando desnecessários no cenário da Administração. Também, as dificuldades financeiras enfrentadas pelas administrações públicas de todas as esferas federativas colocaram a *disponibilidade* em evidência, encarada como uma solução capaz de abrandar a situação deficitária dos cofres públicos, pois a remuneração dos servidores passaria, em tese, a ser proporcional ao tempo de serviço⁵⁷.

Assim, as propostas de alteração do texto constitucional na parte concernente à Administração Pública, formuladas pelo Governo Federal e inicialmente descritas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, têm o condão de conferir novos contornos à disponibilidade dos servidores públicos⁵⁸.

⁵⁶ Ibidem. p. 19.

⁵⁷ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A disponibilidade remunerada dos servidores públicos à luz da Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 211, p. 201-219, jan./mar. 1998.

⁵⁸ Ibidem, p. 202.

A partir do atual tratamento constitucional que refere à *disponibilidade* e das disposições legais pertinentes, com suporte nas posições doutrinárias e decisões judiciais mais significativas, construiremos o segundo capítulo desta dissertação.

2.2 Evolução constitucional sobre a disponibilidade do servidor público

Ao longo dos anos, o instituto da *disponibilidade* fora recebendo tratamentos constitucionais variados. Em alguns momentos o instituto recebeu caráter de garantia e em outros o caráter de penalidade. Assim, para se indagar sobre a sua verdadeira natureza jurídica, faremos um estudo histórico sobre os diversos tratamentos que as constituições brasileiras lhe foram atribuindo.

A disponibilidade era conceituada como sendo a situação advinda de reconhecimento de direito a cargo público, sem se poder, no momento, aproveitar o funcionário.

A Lei n.º 614⁵⁹ de 22 de agosto de 1851, em seu artigo 7º, regulava uma situação interessante. Como o corpo diplomático tinha tratamento diferenciado e não se compenetrava nos assuntos da administração de negócios exteriores, quando os diplomatas eram chamados ao Brasil (à Corte, diz o artigo 7º): a) ficariam em disponibilidade, até que fossem empregados no exterior, ou aproveitados no serviço da Secretaria de Estado dos Negócios Estrangeiros, ou noutra repartição; b) caso não fossem aproveitados nos cinco anos, perderiam o direito, ou, se tivessem tempo, seriam aposentados.

⁵⁹ Lei que tratava do corpo diplomático e o considerava separado dos demais ramos administrativos do serviço de negócios exteriores

Era a chamada *disponibilidade atributiva*. Como o empregado do Corpo Diplomático não tinha garantia, nem havia quadro permanente, criou-se essa situação especial, favorável, para se evitar que, chamado à Corte o diplomata (em comissão), ficasse ao dispor do Governo Imperial⁶⁰.

Na República também era assim, pois o Decreto n.º 3.263 de 20 de abril de 1899 manteve o mesmo tratamento antes comentado.

Posteriormente, o Decreto n.º 19.552 de 31 de dezembro de 1930, permitiu a disponibilidade de funcionários públicos do Ministério da Agricultura, por exigência do serviço público, a juízo do Governo.

A disponibilidade com caráter punitivo é uma criação espúria do Governo nos anos de 1931 a 1934, quando os revolucionários de 1930 e seus sucessores queriam cargos a qualquer custo. A suspensão de servidores, que era um das espécies de pena, com o conseqüente afastamento do servidor do cargo, não tinha o efeito de *abrir vagas*, e os revolucionários pretendiam *vagas*. A demissão de servidores, fora dos casos próprios preconizados pela lei, seria de injustiça gritante e não era conveniente ao momento.

Assim, pensaram em um mecanismo que afastasse o servidor e que sua vaga restasse aberta para novo provimento. Era a disponibilidade punitiva, evidentemente ilegal, porém em vigor naquele momento.

Com esse conceito antijurídico, atendeu-se à necessidade de abertura de vagas, para os afeiçoados, e à satisfação de certos intuitos de perseguição a juizes e outros funcionários públicos com os quais a revolução de 1930 tinha de prestar contas ou não simpatizava, ao mesmo tempo que, sem se ter coragem de chegar ao extremo de injustiça, que seria a demissão, se conseguiam, com o espúrio conceito, aqueles fins⁶¹.

⁶⁰ MIRANDA, Pontes. *Comentários à constituição de 1946*. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. p. 345-346.

⁶¹ *Ibidem*. p. 348.

2.2.1 As Constituições de 1824, 1891 e 1934

A constituição de 1824 e as duas constituições republicanas, 1891 e 1934, nada dispuseram sobre o tema da *disponibilidade* dos servidores públicos. No entanto, é na constituição de 1934 que se apresenta, pela primeira vez, a garantia da *estabilidade* dos servidores públicos⁶².

A estabilidade é uma qualidade jurídica do vínculo administrativo estabelecido entre a pessoa estatal e o servidor nomeado para o cargo de provimento efetivo. Esta qualidade identifica uma condição daquele vínculo, segundo o qual o seu desfazimento não pode ocorrer senão nos casos e segundo os modos definidos legalmente, afastando-se qualquer possibilidade de discricionariedade por parte do administrador público⁶³.

O princípio da estabilidade no serviço público pode ser enunciado como a proteção de alçada constitucional contra a perda do cargo público, conferida apenas a servidor efetivo, nomeado em razão de concurso público, após o desenrolar de um determinado período de estágio probatório (presentemente de três anos de real exercício no cargo) e mediante avaliação exitosa ao cabo do aludido estágio, não sendo suficiente o mero transcurso do lapso temporal apontado⁶⁴.

Uadi Lammêgo Bulos⁶⁵ ressalta que a estabilidade, decorrente do estágio probatório, é uma garantia da própria Administração, antes mesmo de configurar uma garantia do agente público, mesmo porque este poderá ser

⁶² O artigo 169 da Constituição de 1934 estabelecia: “Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e no qual lhes será assegurado plena defesa”.

⁶³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo:Saraiva, 1999.

⁶⁴ FREITAS, Juarez. *O novo regime do servidor público estável*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Curitiba:Juruá, v. 2, 1999. p.79-80.

⁶⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo:Saraiva. 2000. p. 628.

afastado da função que estiver ocupando, caso infrinja as leis e a Constituição. Nem precisa mencionar que o descumprimento de deveres ou o exercício abusivo de direitos enseja o término da estabilidade, visto que a sua concessão não se presta para gerar locupletamentos nem desmandos administrativos.

A estabilidade protege o vínculo, mas não impede, como visto, a sua extinção se, e quando ocorrerem situações prescritas em lei e após o cumprimento do devido processo legal.

Como a emenda constitucional n.º 19/98 modificou substancialmente essa matéria, a estabilidade fragilizou-se, no sentido de ruptura do vínculo, ainda que dotado de tal qualidade, passou a ser objeto de maior número de hipóteses que a podem fundamentar⁶⁶.

Mas, na verdade, a estabilidade, que culturalmente significava uma garantia dos servidores, agora passa a ser tratada como uma faculdade, apenas exercida em níveis de poder de gasto.

Esta relativização dos direitos dos servidores pode declarar um reflexo contrário. O Governo Federal pretende a implementação da chamada *Administração Gerencial*, um modelo de administração pública que reflita as grandes e marcantes transformações econômicas, políticas e sociais do Estado contemporâneo, no sentido da globalização da economia, da crescente diminuição do intervencionismo estatal que marcou este século, e do amplo desenvolvimento de parcerias com o setor privado, bem como de uma democracia participativa⁶⁷. Contudo, não faz a análise do argumento em contrário, o qual dita que a estabilidade jurídica do vínculo administrativo

⁶⁶ Na Constituição: art. 41: “São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º - O servidor público estável só perderá o cargo: I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. Também o artigo 169 dispôs que a despesa com pessoal ativo e inativo das pessoas políticas não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar, em o excedendo, poderá o servidor estável perder o cargo mediante indenização. Ainda, o artigo 247 trata da insuficiência de desempenho, razão pela qual o servidor estável também poderá perder o cargo, mas sempre presente e respeitado o contraditório e ampla defesa.

⁶⁷ BORGES, Alice Gonzalez. *A implantação da Administração Pública Gerencial na Emenda Constitucional 19/98*. Revista Trimestral de Direito Público. v. 24. São Paulo:Malheiros. 1998.

firmado entre servidor e a pessoa estatal tem como finalidade, primeiramente, garantir a qualidade do serviço prestado por uma burocracia⁶⁸ estatal democrática, impessoal e permanente. Assim, conjuga-se o profissionalismo que deve predominar no serviço público contemporâneo com a impessoalidade, que impede práticas nepotistas e personalistas na administração pública⁶⁹.

Por essa razão é que a estabilidade não pode ser considerada uma garantia tão somente do servidor. É antes de tudo, uma garantia de segurança para o próprio jurisdicionado, para o cidadão. Ela confere estabilidade ao próprio serviço público e à administração pública, marcando uma qualidade que dá segurança à sociedade quanto à continuidade das atividades que lhe são essenciais.

2.2.2 A Constituição Federal de 1937

A Constituição de 1937 – regime ditatorial do Estado Novo - inaugura a previsão da disponibilidade do servidor estável como medida disciplinar, segundo a conveniência ou o interesse público, determinando-se o critério da proporcionalidade do provento em função do tempo de serviço.

Assim está dito no artigo 157 da Carta de 1937:

“Poderá ser posto em disponibilidade, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, desde que não caiba no caso a pena de exoneração, o funcionário civil que estiver no gozo das garantias de estabilidade, se, a juízo

⁶⁸ Entenda-se “burocracia” pelo seu sentido original de manutenção necessária da máquina estatal, e não, o sentido pejorativo conquistado pela ineficácia dos serviços públicos.

⁶⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. Cit. p. 252.

de uma comissão disciplinar nomeada pelo Ministro ou chefe de serviço, o seu afastamento do exercício for considerado de conveniência ou de interesse público”

E é com este caráter sancionatório que a disponibilidade do servidor público aparece na realidade constitucional brasileira, sendo que a lei ordinária geral - Estatuto dos Funcionários Públicos Civil da União⁷⁰ -, determinava, em seu artigo 174, que os “proventos” (sic) da disponibilidade fossem calculados proporcionalmente ao tempo de serviço em razão de “um trinta avos por ano”.

Neste mesmo período, as figuras da aposentadoria para servidores civis e da reforma para servidores militares, eram empregadas pela administração como formas de punição disciplinar, conforme preconizava o artigo 177 das Disposições Transitórias e Finais da Carta de 1937⁷¹.

Fora um período aonde o Governo se manifestava pela União encarnada no presidente, senhor de todos os instrumento de comando político, consoante bem explica Raymundo Faoro⁷².

⁷⁰ Decreto-Lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939.

⁷¹ Conforme artigo 177 da Carta de 1937 – Disposições Transitórias e Finais: “*Dentro do prazo de sessenta dias a contar da data desta Constituição, poderão ser aposentados ou reformados de acordo com a legislação em vigor os funcionários civis e militares cujo afastamento se impuser a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime*”.

⁷² FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Globo, 1998. p. 705. Conforme menciona o Ilustre Autor: “*O Governo – a União encarnada no presidente – era senhor de todos os instrumentos de comando político: da lavoura e da indústria, cartelizadas e controladas; do operariado, sindicalizado sob as rédeas do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio; grande parte dos Estados, aprisionados ao Banco do Brasil e às ordens do Catete, com o governador de Minas Gerais dócil instrumento das manobras da Capital Federal. As classes, dissociadas internamente em grupos de pressão, desvinculadas dos partidos, aceitam, incapazes de expressão política autônoma, a rédea de cima. Como consequência da revolta de 1935, a repressão se centraliza nas forças do centro. Além disso, o presidente, de frieza maquiavélica, para os conservadores, resplandecia, no povo, como o mito, capaz de todas as artes. A força militar não atuava apenas movida no combate ao comunismo: ela quer, principalmente, modernizar o país, com a indústria siderúrgica. Desandar o caminho percorrido era impossível, senão ao preço da luta social. O rumo estava a indicar a retomada, também formalmente, do governo autoritário, por via militar ou civil. ... Getúlio Vargas evitaria o comunismo, conciliando o operariado, e se afastaria do fascismo, oficializando os grupos de pressão capitalistas. O centro de equilíbrio, igualmente afastado dos extremismos, não se situa na democracia, nem no liberalismo. Não seria ele homem de, convidado por tantas oportunidades, afastar o poder, em nome de escrúpulos constitucionais, seja dos vigentes ou dos por ele próprio outorgados. ‘Somente os países economicamente fortes’-confidenciara mais tarde – ‘são realmente livres’. E é essa liberdade que desejaria dar ao meu país. A*

Certo de se compreender que no período do Estado Novo, poucas garantias eram mantidas em sede constitucional. O Governo de Getúlio Vargas, em 1937, impõe regras que entende necessárias para o fortalecimento financeiro do país. De se reconhecer que não seria estranho entender o caráter punitivo dos institutos em estudo, porque o que interessava ao Poder, naquele momento, não era garantir direitos fundamentais ou direitos sociais, mas apenas e tão somente, fortalecer o Estado.

2.2.3 A Constituição Federal de 1946

O Brasil retorna à normalidade democrática com a Constituição de 1946, com o especial fato de que, além de remodelar o instituto da disponibilidade afastando o caráter de penalidade até então primado pela Constituição de 1937, ainda procura reestabelecer e corrigir as injustiças praticadas sobre aquele comando.

Assim foi que o artigo 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1946, dispôs:

“Os funcionários que, conforme a legislação então vigente, acumulavam funções de magistério, técnicas ou científicas e que, pela desacumulação ordenada pela Carta de 10 de novembro de 1937 e Decreto-lei n.º 24, de 29 de novembro do mesmo ano, perderam cargo efetivo, são nele considerados em disponibilidade remunerada até que sejam

Constituição de 1937... é apenas uma tentativa uma experiência transitória, para atravessarmos a tempestade que se aproxima com o mínimo de sacrifícios possível. Digamos que é um meio para atingir um fim, e não um fim em si próprio’. Não haveria, para legitimá-la, nem plebiscito, nem o chefe do governo se comunicaria com a nação por meio de partidos – ou do partido único -: entre o povo e o ditador só a burocracia, sem coronelismo, sem oligarquias, mas num vínculo ardente com as massas, gerando o populismo autocrático, esteio hábil para evita o predomínio de outros grupos”.

reaproveitados, sem direito aos vencimentos anteriores à data da promulgação deste Ato.

Parágrafo único. Ficam restabelecidas as vantagens da aposentadoria aos que as perderam por força do mencionado Decreto, sem direito igualmente à percepção de vencimentos anteriores à data da promulgação deste Ato” (sic)

Aqueles que haviam perdido cargo efetivo sob a ordem da Carta anterior e pelo Decreto n.º 24/37, estariam automaticamente em disponibilidade remunerada até que fossem reaproveitados, mas sem que tal direito fosse retroativo a 1937. Passaria a valer do momento da publicidade do ato presente.

Especificamente sobre a disponibilidade na Constituição de 1946, a mesma veio regulada no artigo 189, parágrafo único, *verbis*:

“Os funcionários públicos perderão o cargo:

Parágrafo único. Extinguindo-se o cargo, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada até o seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava”.

Face a este especial tratamento, o instituto aqui tributava direito ao servidor público de usufruir da disponibilidade remunerada, omitindo-se, contudo, quanto ao seu valor, se integral ou proporcional, bem assim, houvesse obrigatório aproveitamento do servidor quando surgisse um cargo compatível com sua estatura.

Então, foi a Constituição de 1946 que outorgou a concepção garantista da disponibilidade, imediatamente relacionada à estabilidade conquistada pelos titulares de cargos públicos.

Contudo, como já dito, ainda levantou-se indagações sobre o valor dos vencimentos dos disponibilizados. Entendia-se que a constituição havia silenciado a respeito do caráter de disponibilidade remunerada, se com vencimentos integrais ou proporcionais. Por essa razão, nos julgados daquela época são encontradas decisões que admitiam a fixação de vencimentos proporcionais ao tempo de serviço.

Paradigmático foi o julgamento do RE n.º 21.020 do Supremo Tribunal Federal, cujo Relator fora o Ministro Luiz Gallotti, aonde pretendia-se a inconstitucionalidade do artigo 194 do Decreto-lei n.º 1.913 de 1939 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União -, que previa vencimentos proporcionais na disponibilidade, frente ao artigo 189 e seu parágrafo único que não deixava claro, se integrais ou se proporcionais.

O Relator, ao examinar o artigo 189 da Constituição, salientou⁷³:

“Deixou claro, portanto, que não quis derogar a regra da lei ordinária que, em caso de disponibilidade, faz depender o provento do funcionário do tempo de serviço que possa contar.

É certo que, com relação à disponibilidade do art. 24 das Disp. Const. Transitórias, temos entendido que a ela correspaodem vencimentos integrais, pois se trata de medida especial votada com o inequívoco propósito de restaurar direitos preexistentes à Carta de 1937 e por esta suprimidos, e não seria verdadeira restauração de direitos a que apenas em parte os restabelecesse”(sic)

Com o advento da Lei n.º 1.711 de 28 de outubro de 1952, novo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, a questão pacificou-se no sentido da disponibilidade remunerada dar-se com vencimentos integrais, em razão da expressa determinação legal, no artigo 174 do novo Estatuto:

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário em mandado de segurança n.º 21.020. União Federal e Francisco Bastos Monteiro e outros. Relator: Ministro: Luiz Gallotti. 27 de novembro de 1952.

“Extinguindo-se o cargo, o funcionário ficará em disponibilidade com provento igual ao vencimento ou remuneração até seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimento compatível com o que ocupava”.

Sob este regime, o funcionário corria menor risco de ficar em disponibilidade e, quando isto ocorresse, ficava ele com o direito de ser aproveitado e enquanto não ocorresse o aproveitamento, era-lhe assegurada a remuneração. Muito embora o texto constitucional não especificasse o caráter integral ou proporcional da remuneração que se assegurava, a legislação ordinária acabou por atribuir ao funcionário em disponibilidade a sua remuneração integral. Tendo nascido como um castigo, a disponibilidade acabou se transformando em um prêmio⁷⁴.

2.2.4 A Constituição Federal de 1967, o Ato Institucional n.º 5 de 1968 e o Ato Institucional n. 6º de 1969

A Carta Constitucional de 1967, em sua redação original, consolida a natureza jurídica do instituto ditada pela Constituição antecedente, acrescentando o critério expresso da integralidade da remuneração do servidor público colocado em disponibilidade, nos exatos termos do artigo 99, § 2º, *verbis*⁷⁵:

⁷⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. V. III. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 227.

⁷⁵ MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*. v. III. São Paulo: RT Editora, 1967. p. 480.

“O funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos integrais, até o seu obrigatório aproveitamento em cargo equivalente”.

Entretanto, o instituto da disponibilidade foi afetado por normas editadas pela ditadura de então, através do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, que em seu artigo 6º alterou o critério para qualificar que o ato de disponibilidade asseguraria “vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço”, e o Ato Complementar n.º 40 de 30 de dezembro de 1968, atribuindo nova redação ao artigo 99 e seu § 2º da Carta Constitucional, para dela excluir a referência “vencimentos integrais”, passando a emitir a regra de que à disponibilidade remunerada equivalem “proventos proporcionais ao tempo de serviço”⁷⁶:

“Extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com proventos proporcionais ao tempo de serviço”.

Nessa mesma data, 30 de dezembro de 1968, advém o Decreto n.º 63.946, que autorizava os Ministros de Estado a “extinguir cargos e funções, de qualquer natureza, considerados desnecessários ao desempenho dos objetivos básico do Ministério, inclusive as exercidas no regime da legislação trabalhista”, podendo, para tanto, colocar em disponibilidade ou dispensar, conforme o caso, os ocupantes ou exercentes daqueles cargos e funções⁷⁷.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 313-5/600. Partido Democrático Trabalhista e Presidente da República. Relator: Ministro Paulo Brossard. 21.08.91. p. 514.

⁷⁷ SILVA, Corsíndio Monteiro da. *Diálogos com um aprendiz de funcionário*. Brasília: Dasp Cendoc, 1972. p. 72.

Para sanar o vício de inconstitucionalidade, vez que um Ato Complementar havia modificado o texto constitucional, se é que num regime ditatorial haja esta necessidade, adveio o Ato Institucional n.º 6, de 1º de fevereiro de 1969, que em seu artigo 3º estabeleceu:

“Ficam ratificadas as emendas constitucionais feitas por Atos Complementares subseqüentes ao Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como seus respectivos efeitos”.

Posteriormente, com o advento da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, a matéria foi inscrita no parágrafo único do artigo 100, com a seguinte redação:

“Extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço”.

O texto promulgado em 1967 impunha na parte final do § 2º do artigo 99, a “obrigatoriedade do aproveitamento em cargo equivalente”. A Emenda n.º 1, de 1969, não o repetiu. Isto não impedia o aproveitamento, todavia deixava-o a critério facultativo e não mais obrigatório do Poder Executivo. Os diplomas ditatoriais que elaboraram esta reforma constitucional, consolidaram também, o critério da proporcionalidade dos vencimentos ao tempo de serviço do disponibilizado, atribuindo ao instituto um crasso caráter de punição disciplinar.

Assim também, revogado ficou, por incompatibilidade, o disposto no artigo 174 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civil da União que manifestava a integralidade dos vencimentos e o obrigatório aproveitamento do disponibilizado⁷⁸.

2.2.5 A Constituição Federal de 1988

Depois de longos anos amargando o caráter de punição disciplinar o instituto da disponibilidade volta a receber em sede constitucional o tratamento para o qual sua natureza jurídica fora concebido, qual seja, o seu caráter garantista.

Claro que o constituinte de 1988 buscou inspiração na Carta de 1946, pois não é equivocado mencionar que o critério da proporcionalidade da remuneração, na situação anômala de disponibilidade onerosa, só prevaleceu, no Brasil, sob a égide de Cartas Constitucionais outorgadas, autoritárias pela via de sua revelação e ilegítimas por vício de origem⁷⁹.

Promulgada em 1988, a nova Constituição omitiu-se, à semelhança do que já havia ocorrido em 1946, quanto ao tratamento do tema, nada dispondo a respeito do caráter integral ou proporcional da remuneração dos servidores.

Assim estava originalmente dito no artigo 41, § 3º da Constituição de 1988:

“Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo”.

⁷⁸ BROSSARD, Paulo. Op. Cit., p. 534.

⁷⁹ Ibidem. p. 615.

O silêncio do então vigente texto constitucional suscitou, em consequência, amplo dissídio doutrinário e jurisprudencial.

O texto primitivo da Medida Provisória n.º 150, de 13 de março de 1990 pretendeu dar, a partir do inciso IV do artigo 28, nova disciplina ao instituto da disponibilidade, estabelecendo a proporcionalidade da remuneração. No processo de conversão da medida provisória na Lei n.º 8.028 de 12 de abril de 1990, o critério proporcional da retribuição fora suprimido.

Adveio então, em 11 de maio de 1990, o Decreto n.º 99.251 que imediatamente fora revogado pelo Decreto 99.256 de 15 de maio de 1990. Com propósito idêntico fora expedido o Decreto n.º 99.300 de 15 de junho de 1990, que dispôs “sobre os proventos dos servidores postos em disponibilidade”, sendo que o seu artigo 1º e o parágrafo único do artigo 2º estabeleciam, na hipótese de disponibilidade do servidor estável, a proporcionalidade dos proventos ao seu tempo de serviço público.

A constitucionalidade do Decreto n.º 99.300/90 fora questionada perante o Supremo Tribunal Federal na ADIn n.º 315-3/600, quando o Pretório Excelso decidiu:

“CONSTITUCIONAL. Servidor em disponibilidade. Vencimentos. Súmula 358 do STF.

Segundo a Constituição de 1988, também era assim em 46 e 67, disponibilidade não é punição.

Disponibilidade e aposentadoria. Vencimentos e proventos. Conceitos distintos: vencimentos de servidor em atividade, ainda que em disponibilidade, e proventos da inatividade. Linguagem legal e sumular. Irredutibilidade de vencimentos e de proventos.

Dec. 99.300/90. Fixação de vencimentos proporcionais ao servidor em disponibilidade. Inconstitucionalidade em face do art. 41, § 3º, CF.

Ação julgada procedente”.

E do corpo do voto do Ilustre Ministro José Néri da Silveira, no julgamento da ADIn supra, extrai-se:

“Se fosse possível tornar disponíveis servidores estáveis, com redução dos vencimentos, afrontadas restariam a regra básica da estabilidade e, ainda, a garantia da irredutibilidade de estípidios. Se é certo que o juízo de conveniência ou oportunidade, quanto à extinção do cargo ou à declaração de sua desnecessidade, há de ter-se como reservado à Administração, cumpre-lhe, todavia, em assim procedendo, atentar à condição de estável do ocupante do cargo, com as conseqüências daí decorrentes. É de ver que o parágrafo 3º, aonde se prevê a disponibilidade remunerada, nas hipóteses aí indicadas, é parte do art. 41, da Constituição, que dispõe sobre a estabilidade, com as garantias dela promanantes, consoante previstas em seus parágrafos 1º e 2º. O parágrafo 3º em referência, quanto à disponibilidade remunerada, compõe, dessa maneira, o sistema de garantias do servidor estável. Ora, entre estas garantias, está a integralidade de seus vencimentos”⁸⁰.

Com esta decisão, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que face à redação originária do artigo 41, § 3º da Constituição de 1988, mesmo diante do silêncio da Carta Maior sobre o *quantum* da remuneração, se proporcional ou integral, reconhecia-se o caráter garantista que a norma atribuía ao instituto, qual seja, a integralidade dos vencimentos.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 313-5/600. Partido Democrático Trabalhista e Presidente da República. Voto do Ministro José Néri da Silveira. 21.08.91. p. 647.

2.2.6 A Emenda 19/98

A Constituição de 1988 tem sofrido constantes modificações via Emendas Constitucionais. Até setembro de 2000 foram 30 Emendas e além destas, mais seis chamadas de “emendas de revisão”.

O reformismo tem o objetivo, sempre muito claro, de desconstituição de direitos e obedece a uma tendência voltada ao afastamento do Poder Público de funções que lhe vinham sendo atribuídas ao longo do século, como consequência de conquistas de direitos, especialmente sociais⁸¹.

A Emenda Constitucional n.º 19/98 é a exteriorização do ideário reformista (reforma do Estado) tão propalada desde o ano de 1994. Objetivando a implantação de uma “administração gerencial” o Governo enviou à deliberação do constituinte reformador uma proposta pela qual se pudesse reavaliar algumas das opções e modelos adotados, assimilando novos conceitos que reorientem a ação estatal em direção à eficiência e à qualidade dos serviços prestados ao cidadão. A revisão de dispositivos constitucionais está direcionada para o delineamento de condições propícias à revisão de rotinas e procedimentos e à substituição dos controles formais pela avaliação permanente de resultados⁸².

Especificamente no tocante à disponibilidade, a Emenda n.º 19/98 trouxe um novo tratamento constitucional ao instituto. Novamente a celeuma é acesa e agora será necessário discutir esse tema para a delimitação do alcance das alterações ocorridas.

⁸¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. Cit., p. 97.

⁸² Mensagem n.º 886, de 1995, encaminhada como justificativa à Proposta de Emenda Constitucional.

A nova redação do artigo 41, § 3º da Constituição Federal assim está redigida:

*“Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo”.*⁸³

Como se depreende da redação do artigo mencionado, o constituinte reformador incluiu a possibilidade de o servidor ser disponibilizado com remuneração proporcional ao tempo de serviço, retomando assim, o caminho tão odioso e combatido ao longo da história do constitucionalismo brasileiro.

2.2.6.1 A justificativa da Emenda no tocante à disponibilidade

A Exposição de Motivos Interministerial n.º 49/95, conduziu a mensagem do Governo Federal ao Congresso Nacional com o seguinte teor:

“O instituto da disponibilidade remunerada foi revisto, prevendo-se expressamente a percepção de remuneração proporcional ao tempo de serviço, até o reaproveitamento do servidor em cargo de mesma natureza atributiva. A readequação proposta visa reforçar a sua viabilidade como instrumento destinado a facilitar processos de reorganização

⁸³ Redação dada pela Emenda 19/98.

*administrativa, podendo ser empregado alternativamente ao desligamento do servidor”.*⁸⁴

2.2.6.2 As objeções opostas à Emenda no tocante à disponibilidade

Defendendo a constitucionalidade do Projeto de Emenda à Constituição, o Deputado Prisco Viana, Relator da Comissão de Constituição e Justiça, afirmava⁸⁵:

“...revêem a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal sobre a remuneração do servidor em disponibilidade, fixando-a como proporcional ao tempo de serviço. Sem óbices, sob o plano da constitucionalidade, por não se assentar o direito anterior em norma positiva, por ser fruto de construção pretoriana”.

Disse o relator, que não haveria inconstitucionalidade na adoção da proporcionalidade dos vencimentos em caso de disponibilidade, revendo desta forma a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIn 313-5/600, porque a mesma não se fundava em norma positiva expressa sobre a integralidade ou proporcionalidade. Verbera que o entendimento vitorioso na ADIn é construção jurisprudencial e que a norma constitucional originária traz nenhuma restrição material sobre o tema.

⁸⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da Reforma Administrativa Constitucional*. Rio de Janeiro:Renovar, 1999. p. 261.

⁸⁵ BRASIL. Senado Federal. *Relatoria da Comissão de Constituição e Justiça*. Relator Deputado Prisco Viana. Diário da Câmara, p. 42-43.

2.2.6.3 A irretroatividade de vencimentos

De imediato advieram as objeções à proposta, sendo mais relevantes e significativas as expostas no voto dos Deputados Marcelo Deda, Milton Mendes e Milton Temer, assim expresso:

*“... fere o princípio da irredutibilidade salarial – cláusula pétrea – a previsão de que ao servidor estável posto em disponibilidade sejam pagos proventos proporcionais ao tempo de serviço... Não sendo o servidor culpado pela sua colocação em disponibilidade – uma vez que não tem o instituto caráter punitivo ou disciplinar – não pode o mesmo ser onerado pela incapacidade ou morosidade da Administração em dar ao cargo ocupado melhor aproveitamento. Sendo o trabalho valor social e princípio fundamental da República Federativa..., é inadmissível a previsão de redução salarial em decorrência da indisponibilidade. A disponibilidade é mecanismo excepcional que permite que, privado do direito ao trabalho em face da desnecessidade ou extinção do cargo ocupado, o servidor permaneça disponível pra aproveitamento em outro órgão ou cargo compatível com o original, não se admitindo que seja privado do seu salário ou remuneração”.*⁸⁶

Nesta objeção tocou-se num assunto estrategicamente garantista, qual seja, o princípio da irredutibilidade salarial. É previsão constitucional do artigo 37, XV que o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis⁸⁷.

⁸⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Op. Cit., p. 262.

⁸⁷ Artigo 37, inciso XV da Constituição Federal, alterado pela Emenda n.º 19/98: “o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvados o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos artigos 39, § 4º, 150, II, 153, § 2º, I”.

A Emenda n.º 19/98 também acresceu algumas situações que limitam esse dispositivo, exatamente na intenção de se constitucionalizar as alterações procedidas pela própria Emenda.

O Governo Federal, quis dar ares de constitucionalidade aos seguintes casos: a) a irredutibilidade de vencimentos e subsídios não impede a observância do teto fixado pelo inciso XI (subsídio mensal dos Ministros do STF);⁸⁸ b) a irredutibilidade de vencimentos e subsídios não impede a aplicação da norma do inciso XIV, segundo a qual se impede os cálculos cumulativos de vantagens pecuniárias, significando que, quem estiver recebendo em desacordo com esse dispositivo, poderá ter a remuneração reduzida, sem poder invocar o princípio da irredutibilidade⁸⁹; c) a referência ao artigo 39, § 4º, quer significar que o membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado quaisquer acréscimos e sempre obedecido o teto fixado pelo art. 37, X e XI;⁹⁰ d) o teto salarial deve corresponder ao valor bruto, não impedindo que o valor líquido seja inferior ao teto, em decorrência da incidência do imposto de renda (art. 150,II e 153, § 2º, I da CF/88).

Não se pretende discutir a constitucionalidade desta previsão originada da Emenda n.º 19/98, pois que haveria celeuma para a confrontação da disposição frente ao direito adquirido, e mesmo, face à dicção da Suprema Corte sobre a inexistência de direito adquirido em sede de regime jurídico,

⁸⁸ Artigo 37, inciso XI da Constituição Federal, alterado pela Emenda n.º 19/98: “a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal”.

⁸⁹ Artigo 37, inciso XIV da Constituição Federal, alterada pela Emenda n.º 19/98: “os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores”.

⁹⁰ Artigo 39, § 4º da Constituição Federal, alterado pela Emenda 19/98: “o membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI”.

tema que será analisado no capítulo seguinte, quer se chamar a atenção de que não se fez constar em tais alterações, o novel tratamento do instituto da disponibilidade.

Se é princípio constitucional a irredutibilidade de vencimentos, afora os casos acima descritos, então também é impossível de se reduzirem vencimentos via disponibilidade.

A regra da proporcionalidade opera drástica redução nos vencimentos do servidor disponibilizado. Será que não há afronta ao princípio da irredutibilidade de vencimentos?

A resposta é clara: a disponibilidade opera redução de vencimentos, o que é vedado por princípio constitucional.

2.2.6.4 Disponibilidade como Quebra da Estabilidade

Já nos manifestamos sobre significar a proporcionalidade de remuneração, uma espécie de quebra da estabilidade.

O senador Jefferson Peres fez pronunciamento na tribuna do Senado Federal, objetando ao projeto, o seguinte⁹¹:

“... a colocação em disponibilidade do servidor, com vencimentos proporcionais... é uma forma inteligente, disfarçada, esperta de quebrar a estabilidade... vai ser muito fácil para governos, em todos os níveis, mas principalmente estaduais e municipais, atingirem adversários políticos indesejáveis, incômodos, e praticamente demiti-los. Um funcionário com três anos de serviço público, já estável, concursado, vai ser praticamente demitido, porque se

⁹¹ PEREIRAJUNIOR, Jessé Torres. Op. Cit., p. 262.

extingue o seu cargo, ele é colocado me disponibilidade com 10% dos seus vencimentos. É uma forma esperta de praticamente demiti-lo. Creio que essa quebra oblíqua da estabilidade deve ser considerada com muito cuidado...” (sic)

Corroborado pelo parlamentar as ilações que afirmam ser a disponibilidade proporcionalmente remunerada, portanto, uma espécie de atalho para a quebra da estabilidade, quebra de garantias constitucionais.

O constituinte originário afastou o caráter punitivo do instituto, assim, não pode o constituinte derivado quebrar tal regramento. A modificação é substancialmente inconstitucional.

2.3 A natureza jurídica da disponibilidade

A disponibilidade remunerada é uma garantia especial do servidor público estável, e não mera vantagem, prerrogativa ou benefício funcional.⁹² Toda e qualquer construção teórica a respeito de sua natureza jurídica não pode desconsiderar o fato, e isso com suporte na Constituição de 1988, de tratar-se a disponibilidade como uma manifestação e dimensão da estabilidade.⁹³

É interessante o desdobramento do tema na doutrina, pois Ilustres Doutrinadores, em que pese entendam este caráter garantista da disponibilidade, a *contrario sensu*, defendem a proporcionalidade da remuneração ao tempo de serviço.

⁹² A disponibilidade que tratamos difere da penalidade chamada *disponibilidade do magistrado*, esta sim é característica de penalidade administrativa aplicada no interesse público por decisão, mediante voto, de dois terços do respectivo Tribunal, assegurado a ampla defesa (art. 93, VIII da CF/88).

⁹³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Op. Cit., p. 205.

O caso mais paradoxal que encontramos é ditado por Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁴:

“A declaração de desnecessidade, surgida ao tempo do golpe militar de 1º de abril de 1964 e consagrada constitucionalmente na Carta de 1969 (art. 100, parágrafo único) é um instituto obscuro e rebarbativo”.

Antes teria comentado:

“Desde o ‘Emendão’, a proporcionalidade dos proventos, em tal caso, está expressa. Dantes, o texto constitucional era omissivo quanto ao ponto e o STF já decidira que os proventos seriam integrais, solução esta que, todavia, não nos parecia correta”⁹⁵.

Não há logicidade em considerar o instituto, com suas características de sanção disciplinar – odiosa porque elaborada por Governos ditatoriais -, como um “instituto obscuro e rebarbativo” e logo após, manifestar sua adesão à tese da proporcionalidade da remuneração.

Não obstante, autores renomados também avalizam a tese da possibilidade de se entregar remuneração proporcional ao tempo de serviço dos servidores.⁹⁶

⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo:Malheiros, 1999. p. 201.

⁹⁵ *Ibidem*. p. 200.

⁹⁶ Assim também pensa RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público na constituição de 1988*. São Paulo:Saraiva, 1989. p. 170-172); DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*.10. ed. São Paulo:Atlas, 1999. p. 388.

O cerne da questão é que o servidor aprovado em concurso público regular, após o cumprimento do estágio probatório e da avaliação exitosa, adquire a estabilidade no serviço público, e por conseqüência, tem assegurado constitucionalmente o direito de não ser excluído dos quadros de pessoal em virtude da extinção do cargo ou da declaração de sua desnecessidade⁹⁷.

Celso Ribeiro Bastos faz um raciocínio garantista, ao mencionar que se aparentemente parece ser vantajosa a condição de disponibilidade remunerada na integralidade ao servidor, é de ser lembrado, que não foi o servidor quem a provocou, e mais, a disponibilidade integralmente remunerada é um consectário natural do próprio direito à estabilidade⁹⁸. Imagine-se um funcionário com apenas três anos de serviço: se posto em disponibilidade com vencimentos apenas proporcionais, receberia três trinta e cinco avos dos seus vencimentos. A estabilidade estaria reduzida a nada.⁹⁹

É a própria Constituição que delimita como e quando a estabilidade pode ser quebrada. Aliás, diga-se por oportuno, que as recentes alterações que atingem o tema, não devem ser utilizadas como fundamento de nossa dissertação, porque quase todas elas, por absoluta inconstitucionalidade substancial, não são *válidas*, conforme haveremos de referir no capítulo terceiro.

Como visto, a natureza jurídica do instituto da disponibilidade é eminentemente garantista e não pode ser reduzida a uma alternativa para a quebra da estabilidade.

⁹⁷ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Op. Cit., p. 206.

⁹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. v. VI. 3. ed., São Paulo: Borsoi, 1960. p. 347. Aduz o renomado mestre: "Ao argumento de que, no caso de extinção do cargo público, ou de não haver vaga, a Fazenda Pública continua a sustentar o funcionário público que não trabalha, tem-se de responder: - Se o Estado acha que é peso, para ele, sustentar tal funcionário público, que o chame à primeira vaga, ou o aproveite em cargo público equivalente. Foi isso o que a Constituição de 1946 determinou. Se o Poder Executivo não cumpre, a responsabilidade é sua, com todas as conseqüências".

⁹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 227.

O poder constituinte originário estabeleceu regras substanciais ao instituto da disponibilidade, quando manifestamente quebrou a regra ditatorial derivada de 1969 e que vingava até a sua promulgação em 1988.

Na época da Assembléia Nacional Constituinte, uma corrente de legisladores pretendia imprimir a proporcionalidade dos vencimentos da disponibilidade, tanto que consta do 1º Substitutivo, no artigo 63, inciso IV. Esse critério fora expurgado no 2º Substitutivo, em seu artigo 44, § 3º e que se manteve até a aprovação do texto definitivo, expressado no artigo 41, § 3º da Constituição originária de 1988.

Mesmo no período da Revisão Constitucional, o então Deputado Federal Nelson Jobim, lavrando o Parecer n.º 74, tentou sem sucesso a modificação na garantia da integralidade¹⁰⁰:

“... a adoção de remuneração integral para o servidor em disponibilidade é, portanto, injusta, em relação aos titulares que permanecem no exercício de suas funções, descabida, por falta de suporte bastante, e inadequada, em relação ao próprio instituto da estabilidade”.

Assim o Constituinte originário estabeleceu a verdadeira natureza jurídica do instituto, erigida a garantia do servidor frente ao Estado.

Pretender admitir a proporcionalidade é desarmonizar os princípios fundantes do moderno Estado Democrático de Direito.

E o que mais estarrece na doutrina é que bastou a modificação do texto da constituição para se propalar, sem qualquer receio, “que agora sim”, o instituto pode ser aplicado imediatamente, vez que alterou o regime jurídico

¹⁰⁰BRASIL. Senado Federal. *Relatoria da revisão constitucional: pareceres produzidos*. Brasília:Subsecretaria de Edições Técnicas, 1994, t. 3. p. 269.

dos servidores públicos, e como é sabido, não existe garantia em sede de regime jurídico.

2.3.1 Disponibilidade e vitaliciedade

A vitaliciedade é uma prerrogativa funcional que impede a perda do cargo titularizado por parte de alguns servidores públicos.

No caso de servidores que ocupam cargos, funções ou empregos em comissão, inexistente direito à permanência, porque são dispensáveis *ad nutum*, ou seja, pela vontade livre e consciente da Administração.

Já os servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo a Constituição Federal no seu art. 41 outorga a estabilidade ordinária, o que pressupõe concurso público, estágio probatório, avaliação, etc. Contudo, ainda existe a chamada estabilidade extraordinária, que são aqueles casos aonde os textos Constitucionais atribuíram a garantia da estabilidade àqueles servidores não ocupantes de cargo efetivo, mas que tinham cinco anos de serviço público na data em que foram promulgadas¹⁰¹.

Adquirindo qualquer das espécies de estabilidade (ordinária ou extraordinária), o servidor somente perderá o cargo ou o vínculo de trabalho com a Administração nos seguintes casos: a) em virtude de sentença judicial transitada em julgado; b) mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; c) mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa;¹⁰² e,

¹⁰¹ As Constituições Federais de 1946, no art. 23 da ADCT, de 1967 no art. 177, § 2º, de 1988 no art. 19 da ADCT.

¹⁰² Artigo 41, § 1º, I, II e III da CF/88, alterada pela Emenda 19/98.

d) para assegurar o cumprimento do limite de despesa com pessoal ativo e inativo, estabelecido em lei complementar.¹⁰³

Mas, o direito à permanência no cargo é qualificado sobremaneira, quando se apresenta o caráter da vitaliciedade, pois nesta, a perda do cargo somente ocorrerá mediante sentença judicial transitada em julgado.

A Constituição Federal garante vitaliciedade: a) aos Magistrados; b) aos membros do Ministério Público; c) aos membros dos Tribunais de Contas.¹⁰⁴

Contudo, como já observado alhures, a disponibilidade – que mantém caráter eminentemente garantista -, assume uma figura de feições punitivas em face ao artigo 93, VIII da Constituição¹⁰⁵.

Aqui, entendemos que a disponibilidade fora utilizada como exemplo para um figura tipicamente punitiva, iluminada pelo período ditatorial. Veja-se que até mesmo o constituinte originário se deixa contaminar pelos vícios culturais daquela época, fazendo constar como figura punitiva, o instituto da disponibilidade. Mas não se trata de disponibilidade com feição de garantia, esta preconizada pelo artigo 41, §3º de nossa Carta.

Trata-se de um mecanismo que possibilite o imediato afastamento do magistrado dos quadros de juízes, protegendo assim, a investidura nobre na qual se projeta a função. É de ser ressaltado ainda, que sendo característico de punição, a LOMAN estabelece a proporcionalidade da remuneração ao tempo de serviço do magistrado disponibilizado¹⁰⁶.

¹⁰³ Artigo 169, § 4º da CF/88, alterada pela Emenda 19/98.

¹⁰⁴ Art. 95, I (magistrados), art. 128, § 5º, I, *a* (ministério público) e art. 73, § 3º e 75 (Tribunal de Contas), todos da Constituição Federal de 1988.

¹⁰⁵ Art. 93, VIII da CF/88 aduz: “o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa”.

¹⁰⁶ Lei Complementar n.º 35, de 14.03.79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), nos seus artigos 27, 28 42, IV e 46.

2.3.2 Extinção e declaração de desnecessidade de cargos públicos

Esta é uma questão formal que não poderia ficar de fora do presente estudo, por apegar-se à forma pela qual pode ou não instrumentalizar-se a extinção ou a declaração de desnecessidade de cargos públicos.

A doutrina, quando trata do assunto, não faz a necessária distinção entre a “extinção” e a “declaração de desnecessidade”.

Está dito no artigo 48, X da Constituição de 1988, que cabe ao Congresso Nacional a *criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas*¹⁰⁷.

Em relação aos cargos públicos federais do Poder Executivo, cabe privativamente ao Presidente da República prover e extingui-los, *na forma da lei*, segundo preconiza o artigo 84, XXV da Constituição Federal¹⁰⁸.

Assim, pelo princípio do paralelismo ou homogeneidade das formas, sendo os cargos criados por lei, por lei devem ser extintos.¹⁰⁹

Já a declaração de desnecessidade do cargo, pela própria sistemática constitucional, não se situa na esfera da criação, transformação ou extinção de cargos e, portanto, no terreno da definitividade que estas outras medidas traduzem.

Encontra-se dito instituto, no que tange ao seu uso, no âmbito da discricionariedade do Administrador, tanto que poderá ele próprio, à vista de novas circunstâncias fáticas, revogar a desnecessidade antes declarada, convocando o servidor em disponibilidade para reassumir suas funções. A

¹⁰⁷ Diz o artigo 48, X da CF/88: “Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas.

¹⁰⁸ Diz o artigo 84, XXV da CF/88: *Compete privativamente ao Presidente da República: prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei*”.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Op. Cit., p. 210.

situação é comparada a de preenchimento de cargos criados ou vagos, aonde o Administrador poderá ou não provê-los, segundo sua avaliação pelos critérios de oportunidade e conveniência, não estando obrigado à nomeação.¹¹⁰

Mas o tema não é tão tranquilo quanto pareça. O Supremo Tribunal Federal já decidiu¹¹¹:

“... que a extinção do cargo e a declaração de sua desnecessidade decorrem de juízo de conveniência e oportunidade formulado pela Administração pública, prescindindo da edição de lei ordinária que as discipline”.

Concluiu nossa Corte Suprema, que tanto a extinção quanto a declaração de desnecessidade *prescindem da edição de lei*. Tal entendimento, como manifestado alhures não é correto. Seria dizer, que por Decreto, o Presidente da República poderia extinguir cargo criado pela lei, numa crassa afronta ao princípio da reserva de lei preconizado pelo artigo 48, X da Constituição.

Assim, na esfera do Poder Executivo, se optar-se pela via da *declaração de desnecessidade de cargos*, deverá haver a edição de decreto motivado do Presidente, Governador ou Prefeito; optando-se pela *extinção de cargos* deverá haver a edição de lei formal, cuja iniciativa competiria às mesmas autoridades antes mencionadas.¹¹²

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Comarca de Xanxerê. Sentença em mandado de segurança n.º 080.98.003078-1 lavrada pelo Eminentíssimo Juiz de Direito Ermínio Amarildo Darold, em 07 de dezembro de 1998. O Juiz Ermínio Amarildo Darold, foi quem primeiro analisou um caso de disponibilidade sob a novel regulamentação constitucional dada pela Emenda 19/98.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 21.227, j. 05.08.93 *apud*. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Op. Cit., p. 210.

¹¹² OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Op. Cit., p. 210.

2.3.3 A disponibilidade e o direito ao reaproveitamento

Instrumentalizando-se a disponibilidade do servidor, será ele desligado do seu cargo e colocado na inatividade, precária, é certo, porque logo que apareça outro cargo compatível com aquele declarado desnecessário ou extinto, haverá o reaproveitamento do servidor.

Esta figura ganha relevo e importância, na medida em que pode ou não ser utilizada como mecanismo de discriminação e vulneração de direitos.

Não interessa no momento a questão que tanto discutimos, referente à remuneração do servidor. Mas o seu reaproveitamento em cargo compatível.

É de ser visto que a Constituição de 1946 afirmava no artigo 189, parágrafo único, que o servidor disponibilizado deveria ser “obrigatoriamente” aproveitado em outro cargo de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava.

Assim também a redação originária da Constituição Federal de 1967, aonde o aproveitamento era obrigatório, consoante preconizava o seu artigo 99, § 2º. A alteração procedida pelo Ato Complementar 40 e ratificado pelo Ato Institucional n.º 6, trouxeram novamente os ares ditatoriais ao instituto, aonde o parágrafo único do artigo 100, tolhia o direito do servidor ao reaproveitamento. Então, com a Constituição democrática de 1988, o caráter garantista do instituto novamente é fixado como paradigma, informando que deverá haver o adequado aproveitamento do servidor em outro cargo.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. faz a seguinte afirmação sobre o tema do reaproveitamento, após diferenciar o aproveitamento “conforme as

qualificações do servidor” em “sentido subjetivo” e conforme “as necessidades da administração” em “sentido objetivo”¹¹³:

“Não se pode, assim, aproveitar o servidor para um cargo inadequado às suas qualificações (um médico tornar-se enfermeiro-chefe), mas também não exige que a administração se transforme e se altere apenas para reaproveitar o servidor (criar-se um cargo de médico só para reaproveitar o médico em disponibilidade).”

Claro que a administração não precisa “forçar” o reaproveitamento do servidor disponibilizado, mas em havendo um cargo compatível com a natureza daquele do servidor, passa a vigorar o “sentido subjetivo”, seria dizer, o direito subjetivo do servidor em ser reaproveitado de forma obrigatória. Qualquer malversação desta situação poderia caracterizar desvio de finalidade.

Em face ao direito de ser adequadamente aproveitado no serviço público, surge o direito de não ser preterido, desde que configurada a criação de cargos semelhantes ou ainda a vacância de cargos, aliada à necessidade da Administração Pública em preenchê-los¹¹⁴.

Logo, face ao seu caráter eminentemente garantista, o reaproveitamento do servidor é obrigatório sempre que haja a necessidade de preenchimento de uma vaga na Administração com características da função e vencimentos similares ao cargo declarado extinto ou desnecessário.

¹¹³ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Servidores públicos postos em disponibilidade. Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo:Atlas, 1990, p. 109.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Op. Cit.*, p. 216.

2.4 O regime jurídico do servidor público

É preciso fazer uma distinção entre o conteúdo do regime jurídico e os direitos sociais fundamentalizados em favor do servidor, exatamente para se ter condições de identificar quais os temas que o constituinte derivado pode ou não decidir. Vejamos alguns aspectos sobre o regime jurídico.

O Constituinte de 1988 vislumbrava uma realidade na Administração Pública, em todos os níveis, que era considerada caótica, porque era comum a indefinição de regimes para servidores, como exemplo, aqueles servidores contratados de forma precária, ou seja, temporária, e que permaneciam longos anos, sem que houvesse uma delimitação precisa de seus direitos, deveres e responsabilidades¹¹⁵.

Existiam situações, aonde se chegava ao ponto de se adotar dois regimes conjuntamente, “somando-se normas que acabavam por formar um *status híbrido*” causadores de problemas judiciais face as injustiças que acometiam aos servidores, porque, em que pese iguais, eram tratados de forma diferenciada.¹¹⁶

A Constituição de 1988, com o texto originário do artigo 39, propiciou a superação daquele estado caótico que se verificava, tornando obrigatório o tratamento único e igualitário para todos os servidores públicos de cada entidade, afastando assim, possibilidade de gerar-se situações de injustiça, insegurança, comprometimento da qualidade do serviço e atendimento da demanda social¹¹⁷.

¹¹⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Op. Cit., p. 124.

¹¹⁶ Ibidem. p. 124.

¹¹⁷ Artigo 39 da Constituição Federal de 1988, texto original: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”.

Criou um único e possível regime para todos os servidores nas suas relações com as pessoas estatais, principalmente, pela natureza da relação jurídica que os entrelaçava.

O vínculo que se estabelece entre servidor e pessoa política é caracterizado pela ausência do elemento vontade de qualquer das partes, pois que submetido à conformação legal.

Poderia ser dito com Celso Antônio Bandeira de Mello que¹¹⁸:

“Isto significa que o funcionário se encontra debaixo de uma situação legal, estatutária, que não é produzida mediante um acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo Estado e, por isso mesmo, suscetível de ser, a qualquer tempo, alterada por ele sem que o funcionário possa se opor à mudança das condições de prestação de serviço, de sistema de retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações, em uma palavra, de regime jurídico”.

Mas essa conceituação deve ser estudada com muita responsabilidade. Em que pese o vínculo existente entre servidor e pessoa política seja decorrente de lei, a qual pode ser alterada por conveniência do interesse público, existe um espaço de garantia de direitos dispostos em favor dos servidores, em que pese gritem em contrário muitos tribunais e doutrinadores de renomada fama.

É preciso diferenciar o regime jurídico (que tem esfera de abrangência na qual qualifica o servidor como agente, que vivifica a pessoa jurídica, sendo dela parte integrante) dos direitos sociais fundamentais que estão garantidos em sede constitucional em favor do “trabalhador público” – servidor público.

¹¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1991. p. 19.

O regime jurídico pode ser alterado sempre que a Administração assim o deseje e busque a via legal para tanto. Aqui se diz que não existe direito adquirido em sede de regime jurídico. Todavia, se as alterações que se manifestem, mesmo sob o manto do regime jurídico, atingirem direitos sociais do servidor público, direitos estes constitucionalizados em 1988, estas alterações são inconstitucionais.

É que o constituinte derivado não pode alterar a substancialidade de direitos que foram consagrados na Constituição de 1988 pelo constituinte originário.

Trataremos com mais vagar deste assunto no capítulo seguinte, quando demonstraremos como o garantismo resolve este problema de invasão inconstitucional de temas substanciais.

2.4.1 O regime jurídico e a Emenda n.º 19/98

A Emenda n.º 19/98 trouxe modificações no artigo 39 da Constituição Federal, vez que teria suprimido a obrigatoriedade de instituição de regime jurídico único.

A nova redação do artigo 39 expressa:

“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes”.

A Exposição de Motivos Interministerial n.º 49/95 explicitava que a opção adotada na Constituição de 1988 caracterizou-se pela ênfase em um formato uniformizador, rígido e centralista, representando verdadeira reversão em relação às estratégias descentralizadoras que haviam inspirado a adoção, pela administração pública, das figuras jurídicas da autarquia e da fundação. A implantação do regime jurídico único teria imposto pesada restrição à autonomia indireta, realimentando as tendências no sentido de um tratamento indiferenciado em relação à administração direta. Também, acabou por estender a Estados e Municípios o mandamento centralizador e uniformizante, retirando-lhes a possibilidade de encontrar soluções próprias e diferenciadas para a organização de seus quadros¹¹⁹.

Vozes alçaram-se contra este posicionamento, aduzindo que ao argumento de que inexistente direito do servidor a determinado regime jurídico, passível sempre de alteração unilateral, contrapõe-se o fato de que, em face da Carta de 1988, especificamente em seu art. 39, *caput*, e principalmente tendo em vista a total e definitiva implantação do Regime Jurídico Único já verificada em toda a administração pública brasileira, não é lícito ao legislador constitucional, no exercício de poder constituinte derivado, admitir a alteração até mesmo da natureza do vínculo jurídico preestabelecido entre o Estado e seus servidores.¹²⁰

Ou seja, a natureza mutável do regime jurídico diz respeito às normas estatutárias, que poderão alterar-se pelo legislador ordinário, de forma unilateral, não se criando o vínculo com determinada Lei que venha a ser editada, mas esse poder de império não pode ir ao ponto de transmutar em contratual uma relação que se formou e se consolidou sob a natureza legal-

¹¹⁹ JUNIOR, Jessé Torres Pereira. Op. Cit., 187-188.

¹²⁰ Relatório da Comissão de Constituição e Justiça, Relator Deputado Prisco Viana. *Apud.* JUNIOR, Jessé Torres Perreira. Op. Cit., p. 189.

estatutária, fazendo celetistas e titulares de empregos os servidores que hoje são estatutários, ocupantes de cargos públicos.¹²¹

O regime jurídico para os servidores públicos deve estar conexo com a natureza jurídica dos serviços públicos prestados pela Administração. Existem regras especiais que regem ditos serviços, distanciando-os frontalmente dos serviços ou relações travadas na área privada.

Carmem Lúcia Antunes Rocha constrói este raciocínio com clareza¹²²:

“Sendo as atividades administrativas desenvolvidas sob regime jurídico próprio, de direito público, dotado de configuração própria e vocacionada ao atingimento de um objetivo social peculiar e indisponível, não se poderia aceitar pudessem elas ser prestadas por agentes submissos senão a regime jurídico informado por idênticos princípios e de igual natureza. Não haveria de ser sob um regime dirigido ao desempenho de atividades próprias aos interesses particulares, disponíveis, renunciáveis, possíveis de descontinuidade apenas segundo a vontade e o interesse das partes que poderiam aqueles serviços ser desempenhados”.

A natureza jurídica do serviço público, sem qualquer comparação àquela do mundo privado, enseja um tratamento peculiar e adequado a incidir sobre o servidor público.

Assim porque a reforma, mesmo modificando o texto do artigo 39 da Constituição, não tem a capacidade para desconstituir a obrigatoriedade de instituição de um regime jurídico único ao servidor. Existem serviços e funções na administração pública, que são totalmente incompatíveis com o regime trabalhista comum.

¹²¹ Ibidem. Mesma página.

¹²² Op. Cit., p. 129.

O que deve ser primado é a obediência à Constituição, considerada como um completo sistema de garantias.

3.- A TEORIA GARANTISTA COMO RESPOSTA À CRISE DE VALIDADE ESTABELECIDADA

3.1 Aspectos introdutórios

As modificações constitucionais edificaram novo tratamento a diversos institutos constitucionalizados originariamente, e a este fato, acompanha sempre o questionamento sobre a validade dos direitos modificados posteriormente por “reformas”, devendo-se ainda, fazer

referência à irretroatividade de leis face à sobrevivência daqueles direitos originariamente postos na Constituição.

Também sobreleva importância questionar a própria validade, na redefinição garantista proposta por Ferrajoli, sobre as normas de revisão.

Antes, porém, é preciso reconhecer que nosso sistema jurídico, extremamente formalista e obcecado por estigmas legislativos postos incoerentemente, busca resolver os problemas de aplicação da lei e distribuição de justiça de forma ininteligível, descurando das contradições existentes entre o sistema jurídico-positivo e as condições reais de poder.

Mas, essa rotina de aplicação de leis postas vem sendo dificultada pelo reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais.¹³¹

Desde a promulgação da Constituição em 1988, viu-se expandir, tanto o elenco de direitos sociais quanto um padrão descentralizado de intervenção pública na área social. Mas, o olhar frio e estático de alguns operadores mantém estas inovações impositivas, apenas postas no papel, em total desprestígio à vontade política de um povo que outorgou poder constitucional originário a Assembléia que construiu o projeto político para o Brasil.¹³²

O Poder Público, por todos os seus braços, pratica a negação contundente dos direitos fundamentalizados, remetendo ao Poder Judiciário o exame dos conflitos que se instalam em face a esta ocorrência. Também este Poder, no mais das vezes, corrobora as injustiças praticadas, confluindo forças para a ineficácia dos direitos fundamentais.

Claro que deve ser admitido, que muitos juízes e alguns tribunais tem sido sensíveis à correta interpretação destes direitos, fazendo edificar um sentido mais humano e coerente com o projeto político estabelecido,

¹³¹ FARIA, José Eduardo. (org.) *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo:Malheiros, 1998. p. 94.

¹³² *Ibidem*.

quebrando a vulgaridade do sistema jurídico que formalmente privilegia os mais afortunados.

José Eduardo Faria faz audaciosa afirmação, quando aduz que se o Judiciário não souber despertar para a realidade social, política e econômica do país, aprendendo a lidar com os conflitos grupais, comunitários e classistas, logo será considerado como uma instituição descartável por parte da sociedade. E esse grau de descartabilidade será o significado da fraqueza do Estado de Direito, conquistado após tamanha luta pelo povo.¹³³

O servidor público, eleito o grande mal do Estado, tem sofrido todos os tipos de violência a seus direitos fundamentais expressados na Carta fundamental. Entretanto, é pela razão de se dar efetividade aos seus direitos que o garantismo jurídico resolve o problema da ineficácia das normas constitucionais. Privilegiar o conteúdo da constituição, no tocante aos direitos fundamentais, torna-lo praticável e reconhecido perante o Poder Judiciário, é a grande meta da teoria de Ferrajoli.

Reconhece-se o problema de déficit financeiro do Estado, mas não se pode tributá-lo especificamente contra os seus servidores. Existem mecanismos outros que poderiam reduzir os problemas de caixa desse grande Leviatã, como tem sido constantemente sugerido pela imprensa nacional, aonde se divulgam os excessos, os esquemas, os desperdícios, os favorecimentos praticados com o dinheiro público, sempre em detrimento do povo, detentor primeiro do poder, e também primeiro a sofrer com os desmandos praticados.

Os direitos sociais são direitos fundamentais, inseridos no Título I sobre direitos e garantias fundamentais, razão porque é possível se implementar mecanismos que dêem efetividade ao projeto político de nossa Carta Maior.

¹³³ Idem. Op. Cit. 112.

3.1.1 Os direitos do servidor em face à sua fundamentalidade

Quando naufragou o ideário liberal, pois que insuficiente para promover a justiça social, a elevação do nível cultural dos cidadãos e a extinção das injustiças na divisão do produto econômico, os direitos sociais transmudaram-se na manifestação legítima e necessária da intervenção do Estado em matéria econômica e de política social¹³⁴.

A constitucionalização dos direitos sociais se opera com maior evidência no século XX, pela Constituição do México de 1917, e também com a promulgação em 1919 da Constituição de Weimar¹³⁵.

Sobre a importância desta Constituição, Cármen Lúcia Antunes Rocha expressa, *verbis*¹³⁶:

“Na matéria dos direitos fundamentais, essa Constituição inovou não apenas ao impor uma limitação negativa do Estado em sua conduta para garantir os

¹³⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. Cit., p. 30-31. Afirma a autora que: *“A insatisfação com o constitucionalismo liberal fez vicejar o constitucionalismo social, num reflexo direto do descontentamento dos povos com o liberalismo econômico renegador da eficácia dos direitos fundamentais à liberdade igual e à dignidade da vida de todos. O sistema constitucional liberal capengava pela obstrução econômica que o abstencionismo estatal propiciava, despojando de efetividade social e jurídica os direitos fundamentais. Necessário se fez, então, que a estrutura do Estado fosse reconstitucionalizada sob novo modelo, de cunho social em suas garantias básicas voltadas para o homem, ali se incluindo um novo subsistema temperador, ampliador e plenificador do macrossistema constitucional: o subsistema (ou o microssistema) dos direitos sociais”*.

¹³⁵ A gênese dessa Constituição deriva de um movimento revolucionário ocorrido a 9 de novembro de 1918, quando se tornou pública a abdicação do Imperador e renúncia do Príncipe Imperial aos direitos à coroa da Prússia e do trono alemão. O Governo provisoriamente formado em 10 de novembro de 1918, foi composto por três membros do partido social democrata e de três membros do partido socialista independente. Tendo ele sido confirmado naquela mesma data, à noite, pela Assembléia dos Conselhos dos Operários e Soldados de Berlim sob o título de Conselho dos Delegados do Povo, proclamou de imediato que “a velha Alemanha não existe mais. As dinastias deixaram de existir. A Alemanha é uma República, um República socialista. Os titulares do poder público são os Conselhos de Operários e de Soldados”.

¹³⁶ Op. Cit., p. 32.

direitos fundamentais (o que era o traçado constitucional que viera com o Estado Liberal), mas ao ampliar a sua estrutura e rebalizar as suas funções para inserir no elenco dos serviços públicos necessários e essenciais aqueles garantidores da eficácia dos direitos sociais. Mais ainda, ela limitou o próprio indivíduo em sua ação juridicamente protegida segundo a necessidade do outro. ... Os direitos fundamentais individuais passaram a ser garantidos sob uma nova concepção, segundo a qual o seu exercício condicionava-se pela dignidade do outro. Limitavam-se eles, pois, segundo o interesse de todos, segundo os direitos sociais, aos quais se achavam jungidos como elo complementar necessário e obrigatório”.

A Constituição de Weimar inaugura uma concepção que envolve a eficácia dos direitos humanos pela realização dos direitos sociais constitucionalizados.

Também na Encíclica Papal *Rerum Novarum* a Igreja advertiu a todos sobre a necessidade de uma atuação intervencionista do Estado para assegurar os direitos dos despossuídos, e, aos ricos e aos patrões, especial menção para não tratarem o operário como escravo, e sim, respeitar nele a dignidade do homem. Entre os deveres principais do patrão, “é necessário colocar, em primeiro lugar, o de dar a cada um o salário que convém”.¹³⁷

Para comemorar os quarenta anos dessa Encíclica, o Papa Pio XI, em 03 de maio de 1931, expediu a Encíclica do *Quadragésimo Ano*, voltando ao tema do Estado Social, garantidor dos direitos sociais.¹³⁸

Também no nonagésimo aniversário da *Rerum Novarum*, o Papa João Paulo II retorna ao tema dos direitos sociais, mormente aos direitos dos trabalhadores, na Encíclica *Laborem Exercens*¹³⁹:

¹³⁷ Ibidem. p. 35. A Encíclica *Rerum Novarum* foi elaborada pelo Papa Leão XIII e datada de 03 de maio de 1891.

¹³⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit. p. 35.

¹³⁹ Idem. p. 36.

“Se o trabalho – nos diversos sentidos da palavra – é uma obrigação, isto é, um dever, ele é, ao mesmo tempo também, fonte de direitos para o trabalhador. Tais direitos hão de ser examinados no vasto contexto do conjunto dos direitos do homem, direitos que lhe são conaturias, tendo sido muitos deles proclamados pelas várias instituições internacionais e estão cada vez mais garantidos pelos diversos Estados para os respectivos cidadãos. ... Os direitos humanos que promanam do trabalho inserem-se, também eles, precisamente no conjunto mais vasto dos direitos fundamentais da pessoa”. (sic)

Esta foi uma contribuição positiva ofertada pela Igreja, que influenciou as sociedades do mundo todo, renovando o ideário no qual os direitos sociais deveriam ter uma atenção especial, porque formadores da dignidade do homem em toda a sua completude.

No Brasil os direitos sociais tomaram evidência constitucional, sendo elencados como direitos fundamentais do homem, e em alguns casos também, espalhados na parte relativa à ordem econômica, à ordem social e à organização da administração pública.

Nesta ótica, o servidor público - que é um trabalhador cujo vínculo com o seu empregador, inicialmente tem características específicas que o distanciam dos demais trabalhadores, quer quanto aos fins de sua atividade e à vocação pública da prestação na qual se empenha, quer quanto à qualificação constitucional da pessoa pública empregadora, da qual se faz uma peça a desempenhar cargo voltado ao atendimento de uma demanda pública -, tem a mesma condição primária de um trabalhador: a) realiza trabalho; b) é remunerado pelo seu desempenho; c) submete-se a um conjunto de normas jurídicas que regem a relação com a pessoa política que o emprega. Existem profissões que somente podem ser prestadas no

exercício de cargos públicos, como exemplo os bombeiros, policiais, juízes, etc.¹⁴⁰

Desta forma, como exemplo o artigo 39 § 3º da Constituição, o servidor público externa sua condição primária de trabalhador, emergindo daí, seus direitos sociais trabalhistas¹⁴¹.

Carmem Lúcia Antunes Rocha faz síntese nuclear¹⁴²:

“É que a ênfase dos estudos em sempre viu o servidor não como um ‘trabalhador’, no sentido usualmente adotado, mas como uma ‘peça’ ou mesmo um ‘objeto’ na ‘engrenagem’ da máquina estatal. Depois foi ele visto como um ‘agente’ da administração pública, irrelevante na tônica dominante da pessoa pública, a engolir os seus membros (órgãos e agentes) para viver como entidade soberana (ou, ao menos, autônoma). A visão, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, deitada sobre o tema tem sido dirigida para um equacionamento unicamente interno da Administração. Esta é sempre cuidada na sua relação com o administrado, o que é justificado em face de sua natureza servidora da sociedade. Em geral, não se analisa a pessoa pública como uma entidade empregadora em relação a seus empregados. E, no entanto, os servidores públicos são trabalhadores: o seu trabalho é exercido, no ofício público, por um vínculo de ‘emprego’, em seu significado mais alargado”.

E conclui adiante:

¹⁴⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Op. Cit., passim.

¹⁴¹ Artigo 39, § 3º da Constituição Federal alterada pela Emenda 19/98: “Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir”.

¹⁴² Op. Cit., p. 42.

“... Portanto, são titulares de direitos sociais ao trabalho, tendo o seu estatuto constitucionalmente fixado quanto aos princípios e em seus preceitos primários”.

E a nossa Carta, que tencionou superar o atraso resultante da opressão do regime autoritário, promovendo uma gama de direitos que, no mais das vezes, ainda não encontraram efetividade, mas que estariam garantidos, aguardando a movimentação político-social necessária para sua implementação, sofre agora com a ideologia do neoliberalismo, que tem formado um novo ideário, atropelando os direitos sociais, pois que o Estado precisa ser mínimo para ser eficiente, e considera os direitos humanos, um luxo a ser extirpado.

É desta forma que o Governo tem agido no tocante às reformas constitucionais que procede. Abusa de seu poder econômico, pautando o Congresso Nacional, o qual manifesta subserviência até hoje nunca vista no País.

Com este abuso, consegue modificações substanciais na Constituição, as quais não poderiam ser caracterizadas como *válidas*, porque afrontantes aos direitos fundamentalizados.

O servidor público, como já dito, é detentor de direitos sociais fundamentalizados, que sob nenhuma hipótese – a não ser frente ao constituinte originário – poderiam ser vulnerados.

3.1.2 O direito adquirido como óbice às reformas implementadas

A Constituição é um documento que aspira à permanência, mas não à perenidade¹⁴³. É por essa razão que quase todas as Constituições modernas prevêm regras que vão reger a matéria tocante às reformas constitucionais¹⁴⁴.

Ditas reformas são tributadas ao poder constituinte derivado, ou seja, um poder juridicamente limitado sob um aspecto substancial e outro formal. Daí dizer-se que é o poder constituinte originário que regula o processo de criação de novas normas constitucionais, inclusive determinando o conteúdo sobre o qual o poder reformador pode dispor.

A Constituição de 1988, no seu artigo 60 e incisos, estabeleceu as pessoas que teriam legitimidade para propor emendas constitucionais, bem assim, elencou as seguintes condicionantes formais: a) discussão e votação em cada Casa do Congresso, em dois turnos; b) aprovação mediante voto de três quintos dos membros de cada Casa.¹⁴⁵

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed., São Paulo:Saraiva, 1999. p. 62.

¹⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo:Malheiros. 2000. p. 173. Informa o Autor que “a pretensão à imutabilidade foi um sonho de alguns iluministas do século XVIII. Cegos de confiança no poder da razão, queriam eles a lei como um produto lógico e absoluto, válido para todas as idades, atualizado para todas as gerações. Dessa fanática esperança comungou um membro da Convenção, conforme nos lembra notável publicista francês, pedindo durante os debates do Ano III a pena de morte para todo aquele que ousasse propor a reforma da Constituição”.

¹⁴⁵ Artigo 60 da Constituição Federal de 1988: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

Porém, como já dito, existem critérios limitativos de ambiente material ou substancial, conhecidos como cláusulas pétreas, previstas no § 4º do artigo 60, aonde diz ser vedado emendas tendentes a abolir: a) a forma federativa de Estado; b) o voto direto, secreto, universal e periódico; c) a separação dos Poderes; d) os direitos e garantias individuais.

O respeito às cláusulas pétreas dão ares de validade ou legitimidade jurídica substancial à eventual reforma. Contudo, derivando da característica de pedra inabalável de nosso ordenamento jurídico, a Constituição ainda faz expressa menção no Título II – dos Direitos e Garantias Fundamentais:¹⁴⁶

“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Desta forma, os limites materiais postos de forma expressa na Constituição incluem os “direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV), e um desses direitos consubstancia-se no princípio do direito adquirido (art. 5º, XXXVI), daonde se extrai que o constituinte derivado não tem poderes para atingi-lo.

A construção levada a efeito pelo constituinte originário dispendo sobre direito adquirido se aloja na esfera do que não pode ser alterado pelo constituinte derivado.

Carmem Lúcia Antunes Rocha, uma vez mais informa:¹⁴⁷

¹⁴⁶ Artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal de 1988.

¹⁴⁷ Op. Cit., p. 106.

“Contra o quanto este tenha disposto não pode atentar o poder constituinte reformador. Por isso, não vale aqui a ilação feita sem a expressa referência ao poder constituinte originário, porque o que se adquire na vigência de uma norma constitucional não pode ser desconstituído por ação do elaborador normativo constituído, como é, dentre outros, o reformador constituinte. Não se pode desconstituir o quanto já integrado ao patrimônio jurídico de uma pessoa, porque assim determinado pela Constituição da República, no capítulo dos direitos fundamentais e que é ali definido como limite material inexpugnável à ação do órgão competente a promover as alterações que lhe venham a ser necessárias”.

É corrente na doutrina e propalado constantemente por alguns constitucionalistas, principalmente por aqueles que tem a incumbência de tentar constitucionalizar os atos praticados pelo Governo, que não existe direito adquirido contra emendas constitucionais.¹⁴⁸

Se afirmarmos que inexistente direito adquirido contra a Constituição, tomada esta, no sentido derivado do Poder Constituinte originário, a afirmação deve ser aceita. É que nada escapa à força de construção e ao mesmo tempo de demolição normativa que é inerente à Constituição originária, no sentido de que tudo que ela disser de forma expressa ou até mesmo implícita passa a vigorar como norma jurídica e todo o Direito anterior que não estiver de acordo com ela deixa de vigorar como norma igualmente jurídica.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Tem sido ferrenho defensor da inexistência de direito adquirido contra emendas à Constituição, o Professor da Universidade Federal da Bahia, Dr. Paulo Modesto, quando afirma: *“Contra a Constituição inexistente o princípio do direito adquirido, e tampouco o princípio da irretroatividade. As normas constitucionais não apenas incidem imediatamente (o que se presume, salvo inequívoca disposição em contrário), como é-lhes permitido retroagir, para alcançar ‘efeitos passados de fatos passados’, nesse último caso desde que se faça a ressalva mediante declaração expressa.”* É de ser dito ainda, que o Eminentíssimo Professor foi Assessor Especial do Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil, cf. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 18, São Paulo:Malheiros, 1997. p. 165 e sgts.

¹⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. (org). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo:Malheiros, 1997. p. 153.

Já no que tange às emendas à Constituição, o tratamento é outro, pois o seu órgão de elaboração é destituído de poder desconstituinte, exatamente porque está preso ao que foi estabelecido como limites pelo constituinte originário, limites estes que são formais e substanciais.

As emendas constitucionais estão hierarquicamente abaixo da Constituição originária, e não podem desfazer ou desconstituir o patrimônio jurídico que esta outorgou aos seus jurisdicionados.

Uma exteriorização manifestada pelo direito adquirido é o fenômeno da irretroatividade das leis, porquanto decorrente da proteção que da primeira ordem constitucional emana. Quando menciona que “a lei não prejudicará...” quer significar que a nova ordem não poderá levar efeitos inovadores às situações nascidas sobre a primeira, ou seja, a lei é irretroativa, pois a eficácia retroativa da nova norma será inadmissível se a lei anterior revogada veio a incidir plenamente.

É Clóvis Bevilacqua quem nos ensina:¹⁵⁰

“a) Os direitos realizados ou apenas dependentes de um prazo para que se possam exercer, não podem ser prejudicados por uma lei que lhes altere as condições de existência.

...

c) Os direitos adquiridos, que as leis devem respeitar, são vantagens individuais, ainda que ligadas ao exercício de funções públicas. Assim, o empregado vitalício não pôde ser privado de seus vencimentos por ter havido alteração ou ainda extinção do seu logar”. (sic)

O Supremo Tribunal Federal já de bom tempo reconheceu a sua prerrogativa de controlar a constitucionalidade, na forma difusa ou

¹⁵⁰ BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. São Paulo:RED Livros, 1999. p. 22.

concentrada, sobre emendas constitucionais, partindo dos limites impostos ao constituinte derivado pelo artigo 60 da Constituição, vejamos:¹⁵¹

“... o Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário, que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício quanto às categorias temáticas ali referidas”.

Assim porque os direitos e garantias individuais, aqui incluído os direitos sociais fundamentalizados, constituem uma esfera intangível da Constituição Federal face à preservação da identidade substancial do Texto Maior.

E como se conceitua o direito adquirido em nosso sistema jurídico?

Quase a unanimidade da doutrina tem se utilizado do conceito de direito adquirido formulado por Gabba, citado por Maria Helena Diniz¹⁵² como sendo todo o direito que é consequência de um fato idôneo para gerá-lo em razão de lei vigorante ao tempo em que tal fato teve lugar, muito embora a ocasião em que ele possa vir a atuar ou a valer ainda não se tenha apresentado antes da entrada em vigor de uma nova norma relativa ao mesmo assunto e que, nos termos da lei nova sob o império da qual o fato

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 23.087-5 São Paulo. Relator Ministro Celso de Mello, Coleção de Jurisprudências do STF, Brasília, 1998, p. 57.

¹⁵²DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 3. ed. São Paulo:Saraiva, 1997. p. 185.

aconteceu, tenha ele (o direito originado do fato acontecido) entrado, imediatamente, a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.

O sistema legislativo brasileiro tem na Lei de Introdução ao Código Civil, de 04.09.42, no artigo 6º, § 2º, um conceito de direito adquirido, *expressis*:

“§ 2º - Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

Mas é a própria natureza jurídica do direito adquirido que lhe outorga a melhor conceituação: a situação nascida sob a ótica de uma lei, confere proteção eterna ao sujeito, uma vez que seus benefícios já integraram o seu patrimônio jurídico subjetivo.

Se uma reforma constitucional pretender afrontar situações solidificadas em condições jurídicas passadas sobre as quais retroagem as novas normas, vulnera-se o princípio do direito adquirido.

No caso dos servidores públicos, tem-se que a Constituição de 1988 lhes outorgou direitos sociais fundamentais, não somente aqueles dispostos no artigo 5º, mas de forma extensiva, a todos aqueles elencados com o caráter da fundamentalidade constitucional.

Neste contexto é que sobreleva a importância em diferenciar o conteúdo do chamado “regime jurídico” dos “direitos sociais fundamentalizados”.

Como já mencionado, os direitos sociais dos servidores públicos que foram constitucionalizados, refogem ao âmbito do regime jurídico. É que este pode dispor sobre vários direitos, repetindo o conteúdo daqueles

constitucionalizados e fundamentalizados. Mas também, em sede de regime jurídico, pode se contemplar regras de estruturação institucional que tocam o patrimônio político da sociedade, alterável à sua conveniência. Assim, forja-se um grande equívoco na doutrina e na jurisprudência, quando se anuncia a tese de que “não há direito adquirido em sede de regime jurídico”.

Como o vínculo entre servidor e pessoa política decorre de sistema legal e não contratual, mudando-se a lei, não se poderia invocar o direito adquirido.

Contudo, quando o direito adquirido diga respeito às garantias que se situem no campo constitucional, então, estes direitos refogem à maleabilidade do poder reformador.

Alexandre de Moraes também sustenta esta tese, *verbis*:¹⁵³

“Aqui, necessário se faz outro esclarecimento. A posição pacificada no jurisprudência da Corte Suprema sobre a inexistência de direito adquirido em relação à imutabilidade do regime jurídico do servidor público, sendo as espécies normativas que o alterem aplicáveis desde o início de sua vigência, não afasta a proteção constitucional dos direitos adquiridos relacionados a eventuais vantagens pessoais que já tenham crescido ao patrimônio do servidor público, pois são coisas absolutamente diversas”.

O conteúdo constitucionalizado é rígido quando se trata de direitos fundamentais.

¹⁵³ MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa: emenda constitucional n.º 19/98*. 2.ed. São Paulo:Atlas. 1999. 102.

*“Assim, os direitos sociais e todos os demais direitos compreendidos no rol daqueles contemplados, expressa ou implicitamente, e mais os ‘outros decorrentes do regime e dos princípios adotados (pela Constituição), ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’, são intangíveis pelo constituinte reformador quanto à sua abolição. Os direitos sociais relativos ao trabalhador público são, portanto, inseridos no mesmo padrão normativo daqueles assegurados, paralelamente, ao trabalhador particular, e uns como outros não podem, portanto, ser abolidos pelo constituinte reformador”.*¹⁵⁴

Por essas razões que se eleva o direito adquirido o óbice contra as reformas que afrontem os direitos sociais fundamentalizados. A desconsideração ao direito adquirido fragiliza o estigma protetivo do princípio constitucional da segurança jurídica que é fundamento de firmeza das relações jurídicas perante o Direito futuro.

Diz Carlos Ayres Britto, que hoje está sendo lesada a estabilidade dos servidores públicos, amanhã serão as prerrogativas dos membros da Magistratura e do Ministério Público, e de emenda em emenda, o princípio da segurança perderá de vista todo e qualquer direito adquirido.¹⁵⁵

3.1.3 O garantismo como resposta à crise de validade estabelecida pela Reforma

O que se quer dizer com todas estas colocações, é que as reformas constitucionais que afrontem os direitos sociais fundamentalizados dos

¹⁵⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. Cit., p. 110.

¹⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Op. Cit. p. 159.

servidores, são substancialmente inconstitucionais, e, portanto, inválidas. E não se trata apenas de servidores que já ingressaram no serviço público no regime anterior. Trata-se de invalidez substancial que impede a modificação deste patrimônio jurídico constitucionalizado e feitor de um projeto político constitucional que deve ser preservado sob todos os percalços.

A aparição de um modelo constitucional de direito que teve o fim de superar as crises de legalidade verificadas ao longo da história no país, e diria também, no mundo todo, qualificado pelo seu conteúdo democrático, fez nascer um mecanismo de controle, não apenas formal, do direito, mas principalmente substancial. A fundamentalização de direitos é a principal garantia do homem no contexto do Estado Moderno, afrontosamente vulnerável face às políticas neoliberalizantes que foram disseminadas mundo afora.

Conforme Cademartori,¹⁵⁶ a evolução estabelecida do Estado legislativo ao Estado constitucional elevou a Constituição a um plano de juridicidade superior em termos não apenas formal, mas principalmente substancial, de vinculação obrigatória a todos os Poderes do Estado.

O conteúdo substancial de uma Constituição é qualificado pela sua identificação com os direitos naturais fundamentalizados, verdadeira baliza contra a realidade sempre presente em todos os governos, os quais, ao conquistarem o poder, tendem a abusar do mesmo.

Haverá de pairar sempre o receio de violação destes direitos, razão que sobreleva ainda mais, a necessidade de solidificar o garantismo como teoria que dê suporte ao Estado Democrático de Direito.

Cademartori com firmeza expressa, *verbis*:¹⁵⁷

¹⁵⁶ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade*. Op. Cit., p. 28.

¹⁵⁷ Op. Cit., p. 32.

“De qualquer sorte, está-se assim perante um soberano que, além de estar subordinado a uma forma de agir (somente pode manifestar sua vontade através da lei), vê-se impedido de violar certos conteúdos, postos pela sociedade que o funda como intocáveis. Como se viu acima, esses conteúdos são denominados ‘direitos fundamentais’”.

Se o Estado se originou para servir o homem, e não o contrário, é na sua configuração de Estado Democrático de Direito que a sua finalidade pode ser melhor atingida, porque persegue valores que necessariamente deveriam estar presentes em tal concepção, quais sejam: a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.¹⁵⁸

No Brasil hodierno, principalmente se verificando as implementadas reformas constitucionais (de conteúdo antigarantistas pelo vínculo nuclear que mantém com as políticas neoliberais), que persegue um modelo de Estado que flexibilize os direitos fundamentais constitucionalizados pela traumática história de nosso povo, ressaí, ao menos temporariamente a conformação da doutrina no sentido de entender eficaz ditas reformas. Eficaz porque estão sendo admitidas como produtoras de resultados em favor do Governo, mas inválidas pelo conteúdo que pretende regular.

Já foi dito que grande parte da doutrina é escrita com a finalidade de apenas esclarecer e aclarar a extensão das modificações, servindo de instrucional para melhor se adequar ao novo sistema.

Mas a grande indagação que deve ser formulada toca no sentido da validade destas reformas. Nossa Constituição, originariamente vista, tem um conteúdo eminentemente garantista, evidenciado como um projeto

¹⁵⁸ CADEMARTORI. Op. Cit., p. 72.

político que deverá ser implementado ao longo dos anos na história do Brasil.

Esse projeto político derivou de um sentimento monumental de mudanças e adequações que o povo tanto buscou, enfrentando sistemas ditatoriais, vulnerações de direitos, tolhimento da vida de muitos brasileiros insatisfeitos com aquela realidade, lutas de classes, de sindicatos, de organizações, luta da família brasileira que pretendia estabelecer regras para o futuro de seus filhos, de seus descendentes.

Esse projeto político derivou ainda de uma estruturação política difícil de ser encontrada, eram movimentos populares que reuniam multidões para buscar eleições presidenciais diretas, para a formalização de uma Assembléia Nacional Constituinte que estivesse legitimada pelo povo e compromissada com os clamores deste povo.

Um projeto político que deve ser interpretado como uma conquista do desejo de solidificação da democracia, esta em sentido substancial, unindo os ideários liberais e sociais, mas qualificados pela proteção da liberdade e igualdade, como um sentimento de que a felicidade do povo deve ser proporcionada, no mínimo buscada com esforço, pelo Estado.

No momento em que se desaloja este projeto político das intenções do Estado, ou que este Estado não vislumbre este sentido do projeto político de 1988, então se inicia a prática de um discurso antigarantista, aonde o Estado quer se superpor ao povo, se superpor ao fim para o qual ele foi construído.

Para que as reformas via emendas à Constituição possam ser válidas no sentido garantista, não bastará sua caracterização de respeito ao processo legislativo preconizado pela Carta Maior, todavia será necessário que o seu conteúdo seja respeitante dos ideários exteriorizados pelo projeto político de 1988, mormente na parte que busca a defesa e preservação dos direitos fundamentalizados.

Podem-se encontrar vigentes (também no sentido garantista), porque formalmente acompanharam os requisitos constitucionais para sua elaboração, mas substancialmente inválidos.

Este é o grito que a doutrina precisa fazer alçar voz no debate hodierno. Esta é a preocupação político-jurídica que precisa ser estabelecida no discurso, porque a simples conformação poderá ser mortal aos direitos conquistados, e mortal também, ao Estado Democrático de Direito.

Certo que ninguém pretende a volta dos antigos sistemas de comando, de poder, porque os mesmos alijavam os direitos básicos do indivíduo. Não se tinha voz, não se tinha vez.

Certo também que na hodiernidade existem crassas injustiças, como as exemplificadas por Raymundo Faoro quando questiona:¹⁵⁹

“O salário mínimo é injusto e manifestamente insuficiente? Os operários, individualmente ou por seus sindicatos, protestam em toda parte, nas ruas, nas galerias do Congresso e nas portas dos edificios públicos. O processo de assentamento agrário – pomposamente chamado de reforma agrária – emperra na burocracia, debilitada pela esquiva governamental e pela omissão do financiador oficial? Os sem-terra acampam em frente ou dentro dos suntuosos prédios, para os quais não faltou dinheiro, na ingênua expectativa de serem ouvidos? Os com-terra pedem financiamento para suas lavouras, inquietando o sono dos responsáveis pela benemerência? Tudo se resolve com algumas granadas de gás lacrimogêneo, balas de borracha e, se o pânico dos defensores da ordem for incontrolável, algumas balas que matam serão disparadas milagrosamente por ninguém”.

¹⁵⁹ FAORO, Raymundo. *O medo do conflito*. Carta Capital, n.º 123, p. 35, 24 de maio de 2000.

Mas essa realidade ainda pode ser combatida se realizado o projeto político de nossa Carta de 1988. Uma vez corroída nos seus pilares fundamentais, nem esse sonho poderemos acalentar.

São por estas razões que a visão garantista se estabelece como mecanismo de combate a qualquer política que tencione avassalar os direitos constitucionalizados de um povo, em todas as suas modalidades.

Questionar a validade no sentido substancial destas reformas é um dever que se impõe para a segurança jurídica e bem estar de nossa sociedade.

E o garantismo não é uma teoria que se distancia do modelo de direito que está primado em nosso meio jurídico. Ela se insere na conjuntura do positivismo jurídico, mas qualificada pela identificação da validade/invalidade das normas, num sentido já aclarado de substancial.¹⁶⁰

Identifica assim, quando o direito é inválido, porém vigente, graduando o garantismo no seu mais baixo teor, porque contrário ao preceitos fundamentais primados pela Constituição.

A reforma introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda n.º 19, especificamente no tocante à disponibilidade do servidor público, é inválida no sentido garantista. Já se evidenciou que a natureza jurídica do instituto da disponibilidade do servidor público foi erigido na Carta de 1988, como uma garantia decorrente da estabilidade em favor do servidor público.

Historicamente este instituto nasceu sob vestes punitivas, aonde um Governo não queria chegar ao extremo das injustiças e demitir servidores para conseguir suas vagas e assim alojar seu apadrinhados, criando um mecanismo que disponibilizasse o servidor, afastando-o de seu cargo, remunerando-lhe de forma proporcional ao tempo de serviço, fazendo com

¹⁶⁰ CADEMARTORI. Op. Cit., passim.

que seus vencimentos se tornassem irrisórios, punindo-o por não estar integrado no grupo que dividia e comandava o Poder.

Adveio uma Constituição democrática em 1946, afastando este caráter punitivo, assim também mantido pela Constituição de 1967, mas logo vulnerado pela manifestação ditatorial reflexa pelos Atos Institucionais, mormente o de n.º 6/69. Somente com a Carta Política de 1988 que se restabelece a sua natureza jurídica de garantia do servidor, numa manifestação clara de que a disponibilidade remunerada de forma integral, acaso seja extinto ou declarado desnecessário um cargo por interesse do Estado, seja um direito do servidor e não uma penalidade.

A reforma produzida pela Emenda n.º 19/98, que modifica o tratamento garantista dispensado ao instituto, é um retrocesso aos ideários ditatoriais de outrora, tão combatidos por aqueles que conhecem o fardo de lutas do povo brasileiro.

O servidor público não é uma peça do aparelho burocrático do Estado, é um trabalhador que empresta seu esforço para os fins que o projeto político pretendeu dar a este Estado. Nossa Carta Constitucional elencou prerrogativas em favor deste servidor, qualificando-as como direitos sociais, e por fim, fundamentalizando-as como garantias indissociáveis de um Estado Democrático de Direito.

O instituto da disponibilidade, pela sua natureza jurídica de garantia, não pode ser transmudada de direito à estabilidade para uma trágica realidade punitiva, fazendo sofrer o servidor, porque o Estado não tem interesse no seu trabalho.

Se mudou a política econômica mundial, o caminho de correção deve ser outro, que não o trespasse de seu prejuízo para o corpo de servidores que se vincularam legitimamente ao Estado conforme a ordem preconizada pelo seu projeto político originário.

E esta garantia de que o instituto da disponibilidade não seja tratado como punição, não se estabelece apenas aos servidores que já se vincularam com o Estado, mas a todos aqueles que venham a se vincular via regra constitucional (concurso público, etc), porque sua natureza jurídica de proteção, de direito social fundamentalizado, tal como idealizado no projeto político de 1988, tornou-se imutável. É uma garantia para todos em face aos poderes do Estado. É cláusula pétrea estabelecida como intocável.

Pode estar vigente a novel regra trazida pela reforma, mas eternamente inválida se confrontada com o ideário político estabelecido em 1988. E todas as normas que apareçam no mundo jurídico, sejam via Emendas ou legislação infraconstitucional, sempre haverá a confrontação com a garantia estabelecida, e assim, impossível de fazer vingar validamente qualquer disposição em contrário.

E as demais inovações trazidas pela reforma em sede administrativa? No mesmo sentido já preconizado, serão eternamente inválidas se desrespeitarem os direitos sociais constitucionalizados. Poderão vigir por algum tempo, e até mesmo produzirem efeitos no mundo concreto, mas, a qualquer momento, se provocada a jurisdição constitucional, a Corte Suprema deverá pronunciar a sua invalidade por inconstitucionalidade substancial.

“Vive-se momento difícil porque todos os dinheiros que se referem ao pagamento de servidores públicos são tidos como demasiados, inúteis ou infrutíferos. Pobre do Estado que guarde seus dinheiros e gaste seus homens, que refreie seus ideais e multiplique seus temores, que produza angústia e renegue suas esperanças. Pobre do Estado que não foi feito pelos e para os homens, que não tenha neles a sua certeza e o seu fim. Pois que só o homem vale a pena. E, no dia em que ele não for mais o objetivo, o Estado

*deixará de precisar existir. Mas a injustiça não estará resolvida, a lágrima não terá passado, a fome não terá morrido. Porque haverá de haver quem com tudo isso terá lucro e se iludirá com o brilho da moeda sem perceber que o único brilho que importa ainda é o dos olhos do homem amado”.*¹⁶¹

¹⁶¹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Op. Cit., p. 528.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que marca a rigidez de uma Constituição é a exigência de que, para a sua reforma, por via de um poder constituído – o Congresso Nacional -, o faça dentro dos limites estabelecidos pelo seu Texto, que no nosso caso encontra-se nos artigo 60, § 4º, e principalmente pelo teor dos princípios fundamentais de direitos humanos que o informam.

Os direitos fundamentais foram trazidos para o início do texto constitucional, precedendo a organização do Estado e dos Poderes, e correspondem a uma valiosa contingência de proteção dos cidadãos brasileiros contra os abusos, tanto estatais como privados. Eles existem para proteger o ser humano, todos eles, mesmo o mais indigno até o mais reprovável, contra este eventual abuso.

É assim porque um Poder delegado não pode alterar o fundamento básico da Constituição, o seu projeto político, sequer a própria soberania da maioria pode desvirtuar este ideário.

Existem limites claros, preestabelecidos. Somente não enxerga quem não pretende enxergar.

Mas, estes limites não estão sendo respeitados, pois se vislumbra através da ação incondicionada do Poder Executivo brasileiro, que sem qualquer constrangimento está comandando o processo de produção legislativa no país. O volume de Medidas Provisórias já ultrapassa largamente o número de leis votadas pelo Congresso Nacional desde a

promulgação da Constituição, e mesmo quanto à iniciativa de leis, o Executivo prepondera sendo mais de 80% dos projetos aprovados de sua iniciativa.

O Congresso Nacional, por sua vez, deixa-se pautar pelo interesse do Executivo, votando, aprovando, reconhecendo legitimidade nas suas ações, mantendo vigente a vergonhosa política do clientelismo e do patrimonialismo.

As políticas neoliberais, forjadas pelos dominadores de centro, já contaminaram praticamente toda a periferia mundial.

É neste contexto que as reformas constitucionais tem sido apreciadas. Desmerecendo-se os limites básicos criados pelo Estado Democrático de Direito, desvirtuando-se das limitações substanciais de conteúdo, cotejando o fim monetário em desfavor da idéia de direito fundada na democracia, na igualdade, na socialização das oportunidades e no respeito irrenunciável aos direitos fundamentais.

A Emenda n.º 19/98 vulnerou por completo o instituto da disponibilidade do servidor público. Desrespeitou a sua natureza jurídica, quebrou a base fundamental da estabilidade dos servidores, pretendeu dar ares de punição a um instituto eminentemente garantista.

Trata do servidor público como sendo o grande causador dos males da Administração, informa ser preciso reduzir a qualquer custo, e assim fazendo, atinge um cidadão brasileiro, que juntamente com todos os demais, construíram e legitimaram um projeto político por via originária de uma Constituição.

As reformas pretendem esvaziar esta Constituição, e a permanecer a estática da doutrina e da jurisprudência, este esvaziamento será consolidado.

Renasce a esperança quando se lembra que existe a Jurisdição Constitucional em nosso país, existe um Tribunal que tem a incumbência

de controlar a constitucionalidade do direito. Mas será esse Tribunal confiável? Essa não deve ser a indagação. A indagação deve começar pela necessária movimentação doutrinária, questionando-se a política de vulneração do conteúdo da Constituição e oferecendo uma saída razoável para tal problemática.

Aqui se insere o garantismo jurídico, tal qual proposto por Ferrajoli, trazido ao Brasil por Cademartori, como um mecanismo que propicie sustentar perante os Tribunais o projeto político de nossa Constituição.

Certo que esta teoria poderia muito bem servir ao próprio legislador, fazendo-o conformar que seus atos de criação de norma deveriam sempre respeitar o conteúdo substancial do Texto Maior, mas isso é pouco provável.

A história do Congresso Nacional não o abona para tanto.

São poucos os congressistas que tem a consciência de preservar o conteúdo desta Constituição, a grande maioria é levada pela conveniência de seus interesses.

Mas, em face, inicialmente à Jurisdição Constitucional, será possível questionar as normas antigarantistas que foram aprovadas, demonstrando que o conteúdo substancial, ou seja, os direitos fundamentais do cidadão, foram lesados, e portanto, ditas normas são inválidas. Até se conseguir um édito deste porte, muito esforço deverá ser feito. Mas essa é a função da doutrina e da ciência jurídica: propalar uma saída razoável que possa dar conta da manutenção de um modelo de Estado que se entende ideal para a hodiernidade, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

O conteúdo de democracia, no sentido garantista, que adere ao Estado de Direito, tem essa função. Preservar os direitos fundamentais que pela sua própria história, diga-se por necessário, foram conquistados após muita luta, muitas mortes...

Os direitos fundamentais têm a característica de servir ao homem, de protegê-lo contra a ignorância, contra o poder incontrolado, contra o abuso daquele que detém este poder. Somente o constitucionalismo não serve para a modernidade, é necessário que em seu ventre se clone os direitos fundamentais, como dito por Bobbio, direitos históricos que aparecem quando precisam aparecer, que nascem quando a história da humanidade mais precisa.

Os servidores públicos, tratados como uma peça do serviço burocrático conquistaram direitos sociais que foram constitucionalizados em 1988, fundamentalizados, portanto. Essa característica da fundamentalidade de um direito é que se superpõe a qualquer interesse do próprio Estado. O Erário, mesmo com a pecha de que o interesse público se sobrepõe ao particular, não ganha campo de vitalidade neste momento. Isto se afirma, porque o direito fundamental de um servidor público, está conectado com o próprio interesse público. Não se pode confundir o dinheiro público, com interesse público.

Eventual economia de dinheiros não quer poder significar a legitimidade de um ato vulneratório de um direito fundamental.

Os direitos fundamentais não pertencem a um só indivíduo. Eles pertencem a toda sociedade, aqui o interesse na sua manutenção, na sua preservação.

Quanto maior o sistema de garantias dispostas em favor do indivíduo e da coletividade, maior o teor de democracia, e portanto de garantismo, diz Ferrajoli.

Então existe um campo onde o legislador constituinte derivado não pode pretender decidir. É a esfera do *indecidível*, como propalado pela teoria geral do garantismo. No nosso caso em específico, a disponibilidade dos servidores com garantia de remuneração integral, direito consagrado na Constituição de 1988, localiza-se na esfera do *indecidível*. Em nenhum

momento, a não ser pelo poder constituinte originário, este tema poderá ganhar tratamento diverso.

Por esta razão que se afirma que as modificações implementadas pela reforma administrativa, no tocante à disponibilidade do servidor, ao pretender quebrar via indireta a estabilidade (direito fundamental) e reduzir os seus vencimentos (direito fundamental), são substancialmente inválidas porque desrespeitaram o conteúdo normado originariamente pela Constituição de 1988.

Frederico II resolveu construir um palácio no local denominado Potsdam, cerca de cem quilômetros de Berlim; os terrenos foram comprados, e as obras foram iniciadas. Entretanto, no centro dos jardins persistia um vetusto moinho, cujo proprietário se recusava a vendê-lo. Após inúmeras tentativas de compra, o próprio rei foi ter com o moleiro, e ameaçou expulsá-lo, caso não vendesse o terreno; mas, o empedernido aldeão limitou-se a responder: “*Majestade, há juízes em Berlim*” – diante do que o rei se retirou. O Palácio de Potsdam foi inaugurado, e por mais de cem anos foi a sede do governo prussiano, com o moinho dentro de seus jardins. Na atualidade, o moinho é atração para visitantes de todo o mundo, como símbolo de respeito do Estado absoluto em face da Justiça.¹

¹ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Elementos de direito público*. Rio de Janeiro:Forense, 1999. p. 46-47.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. v. I. Coimbra:Almedina, 1986. 341 p.

ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo:Atlas, 1999.236 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed., São Paulo:Saraiva, 1999. 320 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. III. São Paulo:Saraiva, 1992. 227 p.

_____. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo:Saraiva, 1995. 165 p.

BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. São Paulo:RED Livros, 1999. 433 p.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. De Alfredo Fait, 4 ed. Brasília:Editora Universidade de Brasília, 1997. 168 p.

_____. *A era dos direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro:Campus, 1992. 217 p.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo:Malheiros, 1996. 230 p.

_____. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo:Malheiros. 2000. 793 p.

BORGES, Alice Gonzalez. *A implantação da Administração Pública gerencial na Emenda Constitucional 19/98*. Revista Trimestral de Direito Público. v. 24. São Paulo:Malheiros. 1998.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo:Saraiva. 2000. 1466 p.

_____. *Mutação constitucional*. São Paulo:Saraiva, 1997. 215 p.

BRASIL. Senado Federal. *Relatoria da revisão constitucional: pareceres produzidos*. Brasília:Subsecretaria de Edições Técnicas, 1994, t. III. p. 269.

_____. *Relatoria da comissão de constituição e justiça*. Relator Deputado Prisco Viana. Diário da Câmara, p. 43.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 313-5/600. Partido Democrático Trabalhista e Presidente da República. Relator: Ministro Paulo Brossard. 21.08.91. p. 514.

_____. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 313-5/600. Partido Democrático Trabalhista e Presidente da República. Voto do Ministro José Néri da Silveira. 21.08.91. p. 647.

_____. Recurso extraordinário em mandado de segurança n.º 21.020. União Federal e Francisco Bastos Monteiro e outros. Relator: Ministro: Luiz Gallotti. 27 de novembro de 1952.

_____. Mandado de segurança n.º 23.087-5 São Paulo. Relator Ministro Celso de Mello, Coleção de jurisprudências do STF, Brasília, 1998. p. 57.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 1999. 188 p.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra:Almedina, 1999. 1414 p.

CERQUEIRA, Marcello. *Cartas constitucionais: Império, República & Autoritarismo*. Rio de Janeiro:Renovar, 1997. 193 p.

COELHO, Sacha Calmon Navarro Coelho. *Curso de direito tributário brasileiro*. 4 ed. Rio de Janeiro:Forense, 1999. 801 p.

CONSTITUIÇÃO 1988. Texto Constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais ns.º 1/1992 a 30/2000 e Emendas Constitucionais de Revisão ns.º 1 a 6/1994. Brasília:Atual, 2000. 535 p.

CUSTÓDIO, Antonio Jaquim Ferreira. *Constituição Federal interpretada pelo STF*. 5. ed. São Paulo:Juarez de Oliveira, 2000. 808 p.

DECRETO n.º 3.263, de 20 de abril de 1899.

DECRETO n.º 19.552, de 31 de dezembro de 1930

DECRETO n.º 99.251, de 11 de maio de 1990.

DECRETO n.º 99.256, de 15 de maio de 1990.

DECRETO n.º 99.300, de 15 de junho de 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo:Atlas, 1999. 577 p.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 3. ed. São Paulo:Saraiva, 1997. 436 p.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte:Mandamentos, 1998. 294 p.

FAGÚNDES, Paulo Roney Ávila. *Direito e Holismo: introdução a uma visão jurídica de integridade*. São Paulo:LTr Editora, 2000. 268 p.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 13 ed. São Paulo:Globo, 1998. 750 p.

_____. *O medo do conflito*. Carta Capital, n.º 123, p. 35, 24 de maio de 2000.

FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo:Malheiros, 1998. 155 p.

FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como sistema de garantias*. In *O novo em Direito e Política*. José Alcebiades de Oliveira Junior (coord.). Porto Alegre:Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Derecho y Razón*. Madrid:Trotta, 1985.

_____. *O estado constitucional de direito hoje: o modelo e sua discrepância com a realidade*. In *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid:Trotta, 1996.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Servidores públicos postos em disponibilidade. Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo:Atlas, 1990, p. 109.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1999. 181 p.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. Max Limonad, 1986. 269 p.

FREITAS, Juarez. *O novo regime do servidor público estável*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Curitiba:Juruá, v. 2, 1999.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito – Kant e Kelsen*. Belo Horizonte:Mandamentos, 2000. 214 p.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 25. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1999. 447 p.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre:Sergio Fabris Ed., 1991. 34 p.

INGENIEROS, José. *O homem medíocre*. [Trad. de Alvanísio Damasceno. Curitiba:Livraria do Chain, s.d] 208 p.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição política*. Trad. Manoel Soares. São Paulo:Global editora, 1987. p. 48.

Lei n.º 614, de 22 de agosto de 1851.

Lei n.º 8.028, de 12 de abril de 1990.

Lei Complementar n.º 35, de 14.03.79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), nos seus artigos 27, 28 42, IV e 46.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. São Paulo:Max Limonad, 2000. 487 p.

MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*. Recife:Resenha Universitária da Faculdade de Direito de Recife, 2000. p. 34.

SCHIERA, Pierangelo. MATTEUCCI, Nicola. BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. v I, 5 ed. Brasília:UNB, 2000. p. 3.

MEDIDA PROVISÓRIA n.º 150, de 13 de março de 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro*. 14 ed. São Paulo:RT, 1989. 701 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo:Malheiros, 1999. 720 p.

_____. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito administrativo e constitucional*. São Paulo:Malheiros, 1997. 632 p.

Mensagem n.º 886, de 1995, encaminhada como justificativa à Proposta de Emenda Constitucional n.º 173/95.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. v. VI. 3. ed., São Paulo:Borsoi, 1960.

_____. *Comentários à Constituição de 1967*. v. III. São Paulo:RT Editora, 1967.

MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa: emenda constitucional n.º 19/98*. 2.ed. São Paulo:Atlas. 1999. 118 p.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 1996. 247 p.

OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. *Monografia jurídica*. Porto Alegre:Síntese, 1999. 127 p.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A disponibilidade remunerada dos servidores públicos à luz da Constituição de 1988*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n 211, p. 201-219, jan./mar. 1998.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2000. 205 p.

_____. *O novo em direito e política*. Porto Alegre:Livraria do Advogado.1997. 200 p.

PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica*. Florianópolis:OAB, 1999. 186 p.

PROJETO DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO n.º 173/95.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Flexibilização sem medo*. Correio Braziliense, Brasília, 26 jan. 1995.

PERERIA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro:Renovar, 1999. 492 p.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. Max Limonad, 1999. 246 p.

Revista Trimestral de Direito Público. n. 18, São Paulo:Malheiros, 1997.

REZENDE, Ubiratan. *A crise do Estado no Brasil*. Florianópolis:Resenha Sebrae, 1999. 80 p.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público na constituição de 1988*. São Paulo:Saraiva, 1989. 228 p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo:Saraiva, 1999. 615 p.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Comarca de Xanxerê. Sentença em mandado de segurança n.º 080.98.003078-1 lavrada pelo Eminentíssimo Juiz de Direito Ermínio Amarildo Darold, em 07 de dezembro de 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 1998. 386 p.

SCHWAB, Gustav. *As mais belas histórias da antiguidade clássica; os mitos da Grécia e de Roma*. Trad. Luís Drauss. Rio de Janeiro:Paz e Terra, 1995.

SILVA, Corsíndio Monteiro da. *Diálogos com um aprendiz de funcionário*. Brasília: Dasp Cendoc, 1972.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Elementos de direito público*. Rio de Janeiro:Forense, 1999. 621 p.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo:Malheiros, 2000. 308 p.

SILVA, Reinaldo Pereira. *Direitos humanos como educação para a justiça*. (org.) São Paulo:LTr, 1998. 296 p.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo:Malheiros, 1999. 871 p.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. São Paulo:Malheiros, 1999. 270 p.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo:Malheiros, 2000. 189 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo:RT, 1995. 216 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Madrid:Trotta, 1995. 173 p.