

FRAUDE À CONSTITUIÇÃO

O problema da infração indireta à norma constitucional

Marcus Rômulo Maia de Mello

Mestrando em Direito Público. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Cesmac. Promotor de Justiça.

RESUMO: *A inconstitucionalidade por infração indireta à norma constitucional, ou simplesmente fraude à Constituição, é um expediente utilizado amiúde e que consiste em frustrar a aplicação da norma constitucional por meio artificioso. Caracteriza-se pela ofensa à Constituição por via oblíqua. Trata-se de um fenômeno percebido a partir da fraude à lei, cujo reconhecimento independe da intenção do agente, especialmente do legislador. A doutrina e a jurisprudência vêm batizando a fraude à Constituição como desvio de finalidade, desvio de poder legislativo, desvio de poder constituinte e atalhamento constitucional. Faz-se premente resgatar a nomenclatura “fraude à Constituição”, a que melhor define o fenômeno. Há iterativos precedentes judiciais declarando a inconstitucionalidade de leis em fraude à Constituição, embora sem mencionar, necessariamente, esse nome. Há inúmeras outras leis a serem mencionadas que configuram fraude constitucional e que sequer foram questionadas sob esse prisma. É importante aprofundar o estudo da fraude à Constituição, seja para melhor identificar os atos normativos que padecem de vício de inconstitucionalidade por fraude, seja para unificar a nomenclatura relativa ao tema. O aprofundamento do estudo sobre esse problema só irá contribuir para o enriquecimento dos métodos de controle de constitucionalidade.*

PALAVRAS-CHAVE: *Fraude. Infração. Indireta. Constituição. Atalhamento. Desvio. Finalidade. Poder. Inconstitucionalidade.*

ABSTRACT: *The unconstitutionality of indirect infringement to the constitutional rule, or simply Constitution fraud, is a device used often and that is to frustrate the application of the constitutional rule through artificial means. It is characterized by the offense to the Constitution by oblique means. It is a phenomenon seen from the breach of the law, whose recognition is independent of the agent's intention, especially the legislator. The doctrine and the jurisprudence are baptizing the fraud to the Constitution as deviation of purpose, misuse of legislative power, misuse of constitutional power and Constitution shortcut. It is urgent to rescue the expression “breach of the Constitution” that best defines the phenomenon. There are iterative judicial precedents declaring the unconstitutionality of laws in breach of the Constitution, though, not necessarily mentioning that name. There are numerous other laws to be mentioned that shape constitutional fraud that were not even questioned in this light. It is important to deepen the study of fraud to the Constitution, either to better identify the normative acts that suffer from unconstitutionality addiction for fraud, or to unify the naming on the subject. The in-depth study on this issue will only help to enrich the methods of judicial control on unconstitutionality.*

KEY-WORDS: *Fraud, Indirect Infringement, Constitution, Shortcut, Deviation, Purpose, Power, Unconstitutionality.*

INTRODUÇÃO

O termo fraude à Constituição é emprestado do fenômeno da fraude à lei, do qual é espécie. A fraude à lei designa “[...] aquele procedimento que, por meios indiretos, viola norma jurídica cogente, permitindo que se obtenha resultado por ela proibido (norma jurídica cogente proibitiva) ou impedindo que fim por ela imposto se realize (norma jurídica cogente impositiva).” (MELLO, 1995, p. 82).

A matéria foi tratada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar um caso em que um presidente de TRF da 3ª Região renunciara ao mandato para interromper o ciclo de dois

mandatos seguidos e permitir sua candidatura a um terceiro mandato. Quando do julgamento do caso, na Reclamação nº 8.025, o Ministro Eros Grau assim se pronunciou, *in verbis*:

Estamos, no caso, em face de autêntica *fraus legis*. A incidência do preceito da LOMAN resulta frustrada. Fraudar, note-se bem, é precisamente frustrar (vide a respeito do significado do vocábulo *fraus*, Giovanni Rotondi, *Gli Atti In Frode alla Legge*, Unione Tipografico Editore Torinese Torino, 1911, pp. 11/37).

Leio em clássica monografia de Alvino Lima, professor das velhas e sempre novas Arcadas do Largo de São Francisco:

"Inúmeros são os meios ou processos de que lançam mão os infratores das normas jurídicas, a fim de se subtraírem ao seu império, a sanções que lhe são impostas no caso de transgressões. Estes meios ou processos vão da violação direta, pura e simples, sem rodeios ou subterfúgios, às formas mais sutis, disfarçadas, ocultas e mascaradas, adrede preparadas, de maneira a dificultar a aplicação da lei, e conseqüentemente, subtrair se o infrator à sanção legal [...] Agem contra a lei os que a violam abertamente, de forma 'quase brutal', na expressão de FERRARA. Agem *in fraudem legis* os que frustram a sua aplicação, procurando atingir, por via indireta, o mesmo resultado material contido num preceito legal proibitivo."

(A fraude no Direito Civil. Saraiva. São Paulo, 1965, p. 33).

A fraude à lei importa, fundamentalmente, frustração da lei. Mais grave se é à Constituição, *frustração da Constituição*.

A *fraus legis*, conceitua-a GIOVANNI GIACOBRE como "*un comportamento rilevante, attraverso, cui il soggetto agente tende a conseguire finalit  che si pongono in conflitto con norme imperative, perché da queste vietate, o comungue considerate sotto aspetti e con modalit  diversi da quelli perseguiti dell'agente stesso*".

(*fraude alla legge*", in Enciclopédia del Diritto, Giuffr  Editore, XVIII/74).

Expressa a persegui o de um fim vedado pela norma jurídica. Recorro, neste passo, a PONTES DE MIRANDA:

"A fraude   lei consiste, portanto, em se praticar o ato de tal maneira que eventualmente possa ser aplicada outra regra jurídica e deixar de ser aplicada a regra jurídica fraudada. Aquela não incidiu porque incidiu esta; a fraude   lei pão diante do juiz o suporte fáctico, de modo tal que pode o juiz errar. A fraude   lei   infra o da lei, confiando o infrator em que o juiz erre. O aplica a san o, por seu dever de respeitar a incidência da lei (= de não errar)". (Tratado de Direito Privado, t. 01, Borsoi, Rio de Janeiro, 1954, p. 51).

Segundo Mello (1995, p. 83),

se a lei cont m norma jurídica que, indiretamente, infringe a Constitui o, há inconstitucionalidade por fraude a preceito constitucional. *Per summa capta*, ter-se-  fraude   Constitui o sempre que se contornar uma norma constitucional obrigatória, alcanando os fins que ela visa proibir ou evitando-os por meios indiretos.¹

¹ Cf. Mello (1995, p. 84), para quem "[...] não há como se negar a aplica o da teoria da infra o indireta às normas jurídicas às espécies em que o legislador 'contorna' norma cogente constitucional através de normas aparentemente compatíveis com a Constitui o .

1 PERCEPÇÃO DO FENÔMENO

Barroso (2004, p. 128) afirmou que “os atos praticados in fraudem legis são precisamente aqueles que observam o sentido literal da norma, mas violam-lhe o espírito²”. Todavia, o problema não se reduz a uma questão de interpretação das leis, pois mesmo normas cogentes com textos unívocos podem ser fraudadas. (PONTES DE MIRANDA, 1999, p. 95-97).

Para Pontes de Miranda (1999, p. 89), “[...] mistura-se o problema da conceituação da fraude à lei com o problema da revelação do direito, fora da interpretação literal.” A interpretação da lei está no plano da incidência enquanto a fraude à lei está na aplicação³. A fraude se dá quanto à aplicação da norma, porque ela incide, o que o ato fraudador quer é frustrá-la, quer dizer, que ela não se aplique.

Outro ponto que merece menção é aquele atinente à intencionalidade como causa do fenômeno da fraude. A expressão fraude à lei, e mais especificamente *fraude à Constituição* é equívoca, pois dá a entender que intencionalidade é elemento essencial. A questão é crucial porque se a má-fé, o dolo, fizer parte da fraude, ter-se-á que, em não havendo intenção de fraudar, fraude não haverá. A questão do dolo de fraudar é especialmente relevante no caso da fraude à constituição por ato legislativo, afinal, é concebível tecer considerações sobre a intenção do órgão colegiado quando aprovou a lei?

A intencionalidade não é elemento da fraude à lei, porém. Decerto que a elocução “fraude” induz o intérprete a erro, já que o termo remete a burla, enganação, o que exigiria intenção. Mas a expressão se preserva em homenagem à tradição que carrega. Observe que, se a norma é cogente, no sentido de obrigatória, e se por algum procedimento direto ou indireto seu conteúdo não é observado, a consequência é a mesma, sem que seja necessário perquirir sobre a intenção de quem o praticou. Com mais razão, se uma lei de algum modo burla uma norma constitucional, não há que se indagar se houve ou não intenção do legislador para se decretar sua inconstitucionalidade.

Esse detalhe crucial não escapou à observação do Min. Eros Graus por ocasião do julgamento da já mencionada Reclamação nº 8.025/SP, STF, quando acrescentou: “Note-se bem que intencionalidade de violação da lei não é determinante da fraude, de modo que se possa imputar a quem a pratica a pecha de fraudador. Aqui não se trata disso, de qualificar desairosamente a conduta de quem quer que seja.”⁴

Sobre o assunto disse Pontes de Miranda (1999, p. 91), *in verbis*:

² Os equívocos a que pode conduzir a interpretação puramente literal são igualmente notórios na literatura. Foi com ela que Clélia, na *Chartreuse de Parme*, de *Stendhal*, havendo feito um voto a Nossa Senhora de que não mais veria seu amante Fabrício, passou a recebê-lo na mais absoluta escuridão, supondo que assim estaria cumprindo o compromisso. Barroso também se refere ao clássico romance de *Tristão e Isolda*: levada a um tribunal sob a acusação de adultério, Isolda pede que seu amante se disfarce de mendigo e a aguarde à entrada do tribunal. Em lá chegando, Isolda o chama e pede que aquele mendigo a conduza nos braços para que seu vestido não suje de lama. Já no tribunal, prestado o juramento perante a bíblia e indagado se ela tinha um caso extraconjugal Isolda responde, diante de um atônito Tristão vestido em andrajos: “Nenhum homem me teve nos braços senão meu marido e aquele mendigo que ali se encontra.” (BARROSO, 2009, p. 292).

³Cf. Pontes de Miranda (1999, p. 97-98): As precisões, a que chegamos, em nossas obras, quanto à distinção entre a incidência e a aplicação das leis, permitiram-nos escapar aos erros dos que antecipavam o problema da fraude à lei, pondo-o no plano da interpretação da lei, à maneira – agravada – de Paulo e Ulpiano, ou o deslocavam para o plano da causa do ato jurídico. O problema da fraude à lei há de ser posto no plano da aplicação da lei; porque a lei, essa, incidiu, e a fraude à lei consiste em se esperar que não se aplique.

⁴ O Min. Eros Grau já havia se manifestado de forma veemente sobre a possibilidade de fraude à Constituição quando foi Min. do TSE, no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 32.507, em que foi relator e votou contra a possibilidade de candidatura de prefeito pela terceira vez consecutiva em município distinto do seu domicílio eleitoral originário.

Não há por onde se procurar o *intuitus*; basta a infração mesma. Toda investigação do intuito pode levar à confusão da fraude à lei com a simulação. O conceito é jurídico; a teoria, jurídica. Não se inquirir de motivos morais, ou de boa-fé, ao se ter de verificar se se infringiu a lei: tanto a infringe quem indiretamente a infringe quanto quem a infringe diretamente. [...] Não há o pressuposto do intuito; a infração da lei, qualquer que seja, é objetiva.

A desnecessidade de se aferir a intenção para a configuração de fraude à Constituição é ainda mais evidente, por se tratar de uma atividade legislativa, tendo em vista o princípio da insindicabilidade da prognose legislativa, segundo o qual o espaço de prognose legislativa é de livre conformação do legislador e insuscetível de qualquer controle jurisdicional. (CANOTILHO, 2003, p. 1.316).

Para Habermas (1997, p. 351), o processo legislativo é ocupado por compromissos. Interesses e orientações axiológicas contrapostas necessitam de uma compensação que o discurso ético não proporciona. Ainda que os resultados estejam condicionados ao respeito pelos valores fundamentais, o equilíbrio realiza-se mediante compromissos entre partidos que “se apóiam em potenciais de poder e sanção.” O processo legislativo não é movido, apenas, pela qualidade ética das leis. Para além da índole “técnica” do poder de conformação das leis, o legislador é limitado por controles “não técnicos”: eleições, coalizões políticas, atividade político-partidária, ainda que o processo legislativo não esteja liberto da Constituição. (HÄBERLE, 1997, p. 26 - 27).

Os motivos do legislador e a finalidade que pretendia atingir são indiferentes para a validade da norma, desde que ela guarde conformidade com os valores caros à Constituição. Uma norma jurídica casuística será válida se, indiferente aos propósitos pessoais dos que a criaram, termina por realizar o interesse Constitucional. San Tiago Dantas afirmou que Napoleão Bonaparte revolucionou o direito sucessório francês, mandando que a herança fosse repartida entre todos os descendentes, porque queria destruir a aristocracia rural, que lhe fazia oposição e cujo poder provinha dos latifúndios baseados no privilégio da primogenitura varonil. Dividindo a herança entre todos os descendentes, ele extinguiu uma força política baseada no latifúndio rural. Ao fazê-lo, realizou o ideal de justiça, amparado no princípio da igualdade, embora essa não fosse sua intenção ao valorar os fatos. (DANTAS, 2001, p. 41).

2 NORMAS CONSTITUCIONAIS SUJEITAS À FRAUDE E NORMAS JURÍDICAS FRAUDADORAS

O fenômeno da fraude à lei sói ocorrer nas normas jurídicas cogentes; não só nas normas jurídicas proibitivas, mas, igualmente, nas impositivas de resultado⁵, pois a fraude consiste, justamente, em alcançar o que a lei quer evitar ou evitar o que ela pretende alcançar. (MELLO, 1995, p. 88-89).

Em se tratando de fraude à Constituição, a regra é a mesma: são passíveis de serem fraudadas as normas constitucionais proibitivas e impositivas de resultado. Nesse grupo estão as normas que proíbem a contratação sem licitação, as que vedam o provimento de cargo efetivo sem concurso público, as que proíbem que se exceda o teto remuneratório no serviço público, as que determinam a equiparação remuneratória entre servidores e as que disciplinam o processo legislativo.

É possível que a fraude à Constituição seja praticada por emenda constitucional? A questão é delicada porque envolve o exercício do legislador enquanto poder constituinte

⁵ Pontes de Miranda (1999, p. 93) aduz, in verbis: Alguns autores pretendem que só as leis proibitivas podem ser fraudadas. Estariam fora da classe das leis cogentes fraudáveis as leis impositivas [...]. Se a lei impositiva tem por fim algum resultado, nada obsta a que se inclua na classe das regras jurídicas fraudáveis, pois que o é.

derivado, com competência para alterar a Carta Magna. O poder constituinte derivado é condicionado e limitado, porém; a ele não é permitido, e. g., emendar a Constituição no seu núcleo essencial, as cláusulas pétreas. O art. 60, §4º, da Constituição previu expressamente a possibilidade de fraude quando proibiu a deliberação de proposta de emenda constitucional “tendente” a abolir o seu núcleo essencial. Anteviu-se a possibilidade de infração indireta às cláusulas pétreas e procurou-se imunizar a Constituição contra ela.

Outrossim, as emendas constitucionais estão compreendidas no processo legislativo (art. 59, I, CF) e estão sujeitas a controle de constitucionalidade como quaisquer leis, assim tem decidido iterativamente o STF. Logo, se a infração direta à ordem constitucional por uma emenda constitucional é factível, a infração indireta também o é.

Na verdade, não só a fraude à Constituição através de emenda constitucional é factível, como já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se da Emenda Constitucional nº 52/2006, que pôs fim à verticalização das coligações partidárias e dispôs, no art. 2º, que seus efeitos valeriam para a eleição de 2002, já finda, numa evidente tentativa de aplicar a nova regra já nas eleições de 2006, ludibriando o princípio da anterioridade da lei eleitoral.

Registre-se o voto da Min. Ellen Grace:

Não me parece que a Constituição Federal tenha pretendido suportar anomalia por ela mesma combatida quando a regra modificadora for integrada ao seu próprio texto. Por esse raciocínio, todas as vezes que se pretenda burlar a norma anticasuísta, será possível lançar mão da elaboração de emenda constitucional, até que o princípio consagrado pelo constituinte originário esteja completamente nulificado.

Leia-se, em especial, o voto proferido pelo Min. Ricardo Lewandowski:

O dispositivo impugnado, data venia casuístico, incorre no vício que os publicistas franceses de longa data qualificam de *détournement de pouvoir*, isto é, de “desvio de poder ou de finalidade”, expediente mediante o qual se busca atingir um fim ilícito utilizando-se de um meio aparentemente legal.

Em outras palavras, repita-se, buscou-se, no caso, como se viu, atalhar o princípio da anualidade, dando efeito retroativo à Emenda 52, promulgada em plena vigência do moralizador artigo 16 da Carta Magna. Trata-se, nas palavras do ilustre Professor Fábio Konder Comparato, que elaborou parecer sobre a matéria, de um “desvio de poder constituinte”, que os autores alemães denominam de *Verfassungsbeseitigung*, expressão que, traduzida literalmente, significa “atalhamento da Constituição.”

Aliás, não é a primeira vez em que se busca fraudar à Constituição através de emenda. Um caso bastante revelador de emenda constitucional criada de forma casuística, com o escopo de fraudar a exigência de concurso público, é o da Emenda Constitucional nº 51, que dispensou do certame os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias.

A referida emenda determinou a contratação dos agentes após um processo seletivo, afastando tacitamente a exigência de prova (art. 37, II, CF); determinou que uma lei federal dispusesse sobre o regime jurídico desses agentes – não há escolha, o regime será necessariamente estatutário⁶; finalmente, o art. 2º, parágrafo único, da referida emenda dispôs que os profissionais que, na data de promulgação da emenda desempenhassem as atividades de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias a qualquer título, estavam dispensados de se submeter a um processo seletivo público. O verdadeiro escopo da emenda

⁶ O art. 39, *caput*, da Constituição, com a redação dada pela EC 19/98, que pôs fim ao regime jurídico único dos servidores públicos, teve sua eficácia suspensa pelo STF, por inconstitucionalidade formal (ADI 2.135-4). Assim, atualmente só há um regime jurídico possível, o estatutário.

está entalhado fora do corpo da Constituição, no citado preceptivo legal. Com ele, a *Clef de Voûte* do ordenamento jurídico praticamente determina que Estados e Municípios efetivem esses agentes, dispensando-os de realizar certame.

Outra fonte de fraude à exigência constitucional de concurso público consiste em criar cargos em comissão que não são de direção, chefia ou assessoramento a não ser no nome. No julgamento da ADI 4125/TO, Rel. Min. Cármen Lúcia, o STF decretou a inconstitucionalidade da Lei nº 1.950/2008, do Estado do Tocantins, que criara 28.177 cargos para serem providos em comissão. Trata-se de um caso emblemático de fraude à Constituição. Infelizmente, aquele sodalício interpretou-o como um caso de desvio de poder legislativo por violação ao princípio da razoabilidade.

A fraude à Constituição é comum em matéria tributária. Tome-se como exemplo os decretos executivos que estabelecem alíquota zero para determinado imposto. O art. 150, §6º, da Constituição Federal, determina que qualquer isenção será concedida mediante lei específica. Pelo princípio da paridade das formas, se a isenção é conferida por lei só por lei será revogada. A alíquota zero permite contornar essa exigência, concedendo e, sobretudo, retirando a isenção mediante decreto, sem necessidade de lei.

É muito comum a utilização de artifícios jurídicos para dar aumentos diferenciados a categorias diferentes de servidores públicos (MELLO, 1995, p. 84). O STF tem um caso emblemático envolvendo a distinção de índices de reajuste entre servidores civis e militares, vedada à época do julgamento. Uma combinação aparentemente inofensiva do art. 5º da Lei 8.627/93, que especificou os critérios para reposicionamento de servidores públicos federais civis e militares, com o art. 7º da Lei 8.622/93, publicada um mês antes e que dispunha sobre a revisão geral dos servidores públicos federais, terminou por conferir aos militares um reajuste 28,86% maior. No julgamento do RMS 22.307/DF, o Min. Rel. Marco Aurélio de Mello concedeu aos impetrantes direito ao reajuste dos vencimentos na mesma base de cálculo conferida aos militares⁷.

Também é usual a utilização de subterfúgios como forma de burlar o teto remuneratório de vencimentos estabelecido pelo art. 37, XI, da Constituição. Exemplo disso é o Decreto Legislativo nº 07/95 do Congresso Nacional, cujo art. 3º prevê ajuda de custo ao parlamentar, no valor igual à sua remuneração, a ser pago no início e no final de cada sessão legislativa. Nos meses de janeiro e dezembro – sem embargo do 13º salário – cada parlamentar recebe essa “ajuda de custo” que ficou conhecida como verba de enxoval, como se fosse um 14º e 15º salários. Os parlamentares já recebem vultosas quantias a título de verba de gabinete, a ajuda de custo nada mais é do que salário disfarçado, pago em fraude ao teto Constitucional⁸.

O processo legislativo constitucional amiúde é objeto de fraude à Constituição. A questão já foi abordada *obiter dictum* pelo STF em relação às medidas provisórias, no julgamento da ADI 2984 MC/DF, quando a Rel. Min. Ellen Gracie afirmou que “o sistema instituído pela EC nº 32 leva à impossibilidade - sob pena de fraude à Constituição - de reedição da MP revogada, cuja matéria somente poderá voltar a ser tratada por meio de projeto de lei”.

⁷Posteriormente a Emenda Constitucional nº 18/98 alterou a Seção II, do Capítulo VII, da Constituição e onde havia “Dos Servidores Públicos Civis” ficou apenas “Dos Servidores Públicos”. Na Seção III a expressão “Dos Servidores Públicos Militares” foi suprimida e a Emenda Constitucional nº 19/98, finalmente, alterou a redação do art. 37, X, da Constituição, acabando com a equivalência de reajustes entre servidores civis e militares.

⁸O exemplo foi seguido pelo legislativo dos Estados e Municípios. A Câmara de Vereadores de Maceió também possui verba de enxoval, estabelecida pelo Decreto Legislativo nº 403, publicado no DOM em 29/12/2007, e que concedeu a cada vereador o direito à percepção de mais dois subsídios a título de “ajuda de custo”. Apesar de a ajuda de custo ser a justificativa, trata-se, na verdade, de remuneração, tanto que integra o montante de gastos com pessoal.

Outro procedimento que vem tomando corpo nos últimos anos é a praxe de elevar cargos federais à categoria ou status de Ministro de Estado. A Lei nº 10.683/03, por exemplo, elevou os cargos de Advogado Geral da União, Chefe da Casa Civil e Controlador Geral da União à categoria de Ministro de Estado. A Lei 10.683/2003 estendeu o status de Ministro para os cargos de Secretário Especial do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, de Secretário Especial de Aquicultura e Pesca, de Secretário Especial dos Direitos Humanos e de Secretário Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (art. 38).

Ao serem guindados à categoria de Ministros de Estado, tais cargos passam a gozar de privilégio de foro, já que os Ministros de Estado são julgados pelo STF (art. 102, I, “c”, CF). A fraude à Constituição consiste em ampliar-se o rol de autoridades com prerrogativa de foro, através de lei ou até mesmo por medida provisória. Também é possível a nomeação de parentes para esses cargos, pois a Súmula Vinculante nº 13, do STF, que veda o nepotismo no serviço público, não os alcança, porque aquela corte decidiu que se trata de cargo político e não técnico.

No julgamento das ADI 3.289 e 3.290, Rel. Min. Gilmar F. Mendes, o STF reconheceu a constitucionalidade da Lei nº 11.036, que equiparou o cargo de Presidente do Banco Central do Brasil ao de Ministro de Estado. Não obstante, no Inquérito 2.206-QO, aquele sodalício já antecipou a inconstitucionalidade em relação ao Secretário Nacional de Aquicultura e Pesca, por se tratar de órgão eminentemente administrativo.

3 SINONÍMIA

3.1 ATALHAMENTO CONSTITUCIONAL

A fraude à Constituição também é conhecida por atalhamento constitucional. O termo foi traduzido do alemão *Verfassungsbeseitigung*, a partir de estudo apresentado por Fábio Konder Comparato e citado pelo STF, no voto do Min. Ricardo Lewandowski. (ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Grace, j. 22.03.2006, DJU 10.08.2006).

A denominação pode revelar-se tentadora para muitos fetichistas pátrios afeitos a excentricidades nos conceitos. Todavia, ela padece de uma desvantagem incorrigível: não faz sentido algum imediato para quem a lê. Não se trata de neologismo, a palavra existe no léxico, porém não é de uso corrente no vernáculo, sua utilização não fará sentido para a maioria das pessoas. Empregar uma palavra desprovida de sentido imediato para o sujeito cognoscente não é a melhor técnica de definição. Definir um objeto, um sujeito ou fenômeno significa, também, emprestar-lhe um sentido imediato para quem o lê.

A palavra atalhamento tem dois significados: atalhar tanto traduz o ato de cortar o caminho para chegar antes ao fim, tomando um atalho; como também atravancar, impedir de propagar-se, de crescer, obstruir, deter. Se o sentido que se lhe quer emprestar é o de tomar um atalho à Constituição para atingir um fim que ela proíbe, a elocução atalhamento à Constituição não condiz com essa intenção, pois significará, contrario senso, tomar um atalho em direção à Constituição, não para contorná-la. A Constituição seria, assim, o fim do caminho e não o obstáculo a ser evitado; a palavra atalhamento significaria tomar um atalho para chegar a ela mais rápido.

Se, no entanto, o sentido que se quer emprestar à elocução é o outro, ou seja, o de ser um meio de atravancar, obstruir, interromper a eficácia das normas constitucionais, o sentido da palavra revela-se demasiadamente amplo. A rigor, toda inconstitucionalidade atravanca, obstrui, detém, impede a aplicação da norma constitucional, pouco importa se o método de violação é direto ou indireto. A expressão alemã que emprestou o nome ao fenômeno é reveladora: *verfassungsbeseitigung* quer dizer *eliminação da Constituição*.

3.2 DESVIO DE PODER CONSTITUINTE

O problema da fraude à Constituição também já foi chamado de desvio de poder constituinte. Essa expressão também foi usada pelo Min. Ricardo Lewandowski no assaz citado julgamento da ADI 3.685. A expressão – desvio de poder – é mais afeta ao direito público, da disciplina dos poderes administrativos, desenvolvida pelo Conselho de Estado Francês, onde ficou conhecida por *détournement de pouvoir*; foi aproveitada e levada ao patamar de controle de constitucionalidade.⁹

Por que “desvio de poder constituinte”? Poder Constituinte, é sabido e consabido, há o originário, incondicionado e ilimitado, e o derivado, o qual tanto pode ser decorrente – visa promulgar as Constituições Estaduais – como *reformador*.¹⁰ Sob esse aspecto, só seria possível falar-se em “desvio de poder constituinte” quando o legislador atuasse no exercício do poder constituinte derivado. Isso reduziria os casos de fraude à Constituição às hipóteses de emendas constitucionais e normas das Constituições Estaduais, tornando a denominação incompleta.

Poder-se-ia chamá-la de Desvio de Poder Legislativo, ampliando-lhe o alcance. Canotilho (2003, p. 1.318) menciona esse nome, utilizando-se da mesma premissa de transferir a figura do desvio de finalidade dos atos administrativos para o domínio da atividade legislativa. Discorrendo sobre o tema, ele aduz, *in verbis*:

no que respeita ao acto legislativo, considerava-se que ele era um acto livre no fim. A discricionariedade do legislador ou, como hoje se diz, o âmbito de liberdade de conformação legislativa, não era uma discricionariedade sujeita a pressupostos vinculados, as opções políticas do legislador não eram susceptíveis de controlo e os fins da lei eram soberanamente estabelecidos pela própria lei.

Contra uma concepção tão absoluta de lei como acto livre no fim, movem-se hoje poderosas críticas que tendem a assinalar dois momentos teleologicamente relevantes nos actos legislativos: (i) em primeiro lugar, a lei tem, por vezes, função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos fins estabelecidos na constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (ii) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser contraditória, irrazoável, incongruente consigo mesma.

Nas duas hipóteses assinaladas, toparíamos com a vinculação do fim da lei: no primeiro caso, a vinculação do fim da lei decorre da constituição; no segundo caso, o fim imanente à legislação imporá os limites materiais da não contraditoriedade, razoabilidade e congruência.

A segunda hipótese resulta da falta de congruência da lei e serve de anteparo a toda a doutrina do princípio da razoabilidade. Mas é a primeira hipótese que interessa ao caso em exame: aquela em que a lei não atende à sua finalidade constitucional. Em vários pontos a concepção de desvio de poder legislativo de Canotilho se afasta da fraude à Constituição.

⁹O artigo 2º, alínea “e”, da Lei Nacional nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular), aduz que são nulos os atos praticados com desvio de finalidade, assim considerado quando o “agente pratica ato visando fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”. O desvio de finalidade surge da inobservância do Princípio da Finalidade na Administração Pública. O princípio da finalidade refere-se à necessidade de se observar a real finalidade da lei. Ele pode ser traduzido na feliz expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello: o que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima. O desvio de finalidade tanto pode ser genérico, quando a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública, como específico, se o fim perseguido é de interesse público, mas não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato. (MELLO, 1999, p. 64).

¹⁰Há quem mencione, ainda, a existência de um *poder constituinte difuso*, o qual permite que o sentido da norma seja alterado pela mudança na sua interpretação (mutação constitucional), mas esse não vem ao caso. (MENDES, 2009, p. 263).

Considere o exemplo citado por ele de uma lei que, a pretexto de regulamentar o estado de emergência, aproveita o poder que lhe foi conferido de restabelecer a normalidade constitucional, para reforçar os poderes da autoridade, alterando o sistema constitucional de repartição de competências. (CANOTILHO, 2003, p. 1.318). Neste exemplo, a lei excedeu o poder que lhe foi constitucionalmente conferido de regular o estado de emergência e, ao fazê-lo, a norma incorreu na violação direta dos dispositivos constitucionais que tratam da repartição de competência e da separação dos poderes.¹¹

Tome-se o caso da Lei de Responsabilidade Fiscal. O artigo 169 da Constituição Federal aduz que a despesa com pessoal dos entes federados não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. A Lei Complementar nº 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF) foi quem estabeleceu tais limites. Trata-se de uma lei vinculada a um fim constitucionalmente fixado, como no exemplo da lei de emergência citado acima. O art. 9º, §3º, da LRF, conferiu ao Executivo poder para limitar o repasse de valores financeiros aos demais poderes. O STF concedeu liminar suspendendo os efeitos do dispositivo, reconhecendo a interferência indevida do Poder Executivo nos demais poderes e no Ministério Público (ADI 2.238-5). Na mesma ação aquele sodalício também suspendeu a eficácia do art. 23, §1º, da LRF, que autorizava a redução de vencimento de servidores no caso de o ente público exceder o limite de gastos com pessoal, ao argumento de que a medida contrariava o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Em ambos os casos, parece claro que os dispositivos constitucionais contrariados foram, respectivamente, o art. 2º (princípio da separação dos poderes) e o art. 37, XV (princípio da irredutibilidade de vencimentos) e não, necessariamente, o art. 169 da Constituição, que orientou o legislador a criar a LRF, por um suposto e eventual excesso de poder legislativo.

A dificuldade em aferir quando há violação direta e quando há indireta resulta da utilização do fenômeno de desvio de poder administrativo na seara legislativa. Não há semelhança entre o desvio de poder e a fraude à lei¹². O equivalente ao desvio de poder ou finalidade no direito privado é o excesso de mandato e não a fraude à lei.

Segundo Canotilho (2003, 1219), as Leis-Medida podem ser objeto de Desvio de Poder Legislativo porque podem ser utilizadas para *furtar o acto* ao controlo contencioso normal. Trata-se do problema da “administrativização” dos atos legislativos, em que um ato materialmente administrativo é aprovado sob a forma de lei para dificultar o questionamento judicial, *in verbis*:

Sob o ponto de vista da garantia dos cidadãos e da estrutura do poder político, as leis-medida representariam uma invasão de autonomia do poder executivo, violando o princípio da separação dos poderes. Daqui derivaria o perigo de

¹¹Esse dilema não passou despercebido a Canotilho (p. 1.319), que chamou atenção ao fato: “A doutrina tem mostrado reticências quanto à transferência pura e simples dos vícios dos actos administrativos para os domínios da legislação. É certo que muitas vezes é a própria Constituição que subordina a lei a fins especiais [...]. Parece-nos que estes casos, se pressupõem e exigem uma maior atenção em relação às particulares condições e pressupostos a que as normas constitucionais subordinam a validade da lei, não conduzem necessariamente à figura do desvio do poder; há, sim, inconstitucionalidade material por violação dos fins constitucionalmente prescritos. O objecto da norma da lei, teleologicamente considerado, permite concluir pelo contraste da lei com a norma hierarquicamente superior da constituição”.

¹²Interessante discutir o caso das denominadas Leis-Medida. Canotilho alerta que as chamadas Leis-Medida dão ensanchas ao desvio de poder legislativo. Leis-Medida (*Massnahmegesetze*) são medidas legais destinadas a resolver problemas concretos. Trata-se do “legislador ordinário forçado a emanar leis, cujo escopo não é o de criarem uma ordem geral, justa e racional, mas o de realizarem elas mesmas uma utilidade concreta”. São leis que se distinguem por seus efeitos concretos (são leis de escopo); por serem individuais (visam alcançar uma pessoa, comunidade ou grupo específico) e transitórias, seja porque são temporárias (prevêm o fim de sua vigência), seja porque essa limitação temporal resulte da satisfação dos fins a que ela se dirige. (CANOTILHO, 2003, p. 717ss).

uma maior desprotecção dos particulares, dada a maior dificuldade do controlo das leis do que dos actos administrativos (p. 718).

Destarte, o excesso de mandato é chamado pela doutrina civil de excesso de poder, a semelhança do que ocorre com o excesso de poder no direito administrativo, como é igualmente conhecido o desvio de finalidade. O desvio de finalidade é reconhecido como uma forma de abuso de autoridade e o excesso de mandato, no direito civil, também é tratado como abuso no exercício do poder que lhe foi outorgado.¹³

Já entre desvio de poder (finalidade) e fraude à lei há uma diferença inconciliável. O desvio de poder tem na intenção um de seus elementos. Sua prática constitui um ato ilícito, considerado crime de abuso de autoridade. Já fraude à lei é contrariedade ao direito.

No que tange à fraude à Constituição propriamente dita e o desvio de poder constituinte, há outra distinção a assinalar. Enquanto a fraude à Constituição é questão pertinente ao controle de constitucionalidade, o desvio de poder legislativo, como o próprio nome indica, implica na correlação entre uma norma constitucional específica e uma lei e no desvio desta última dos fins determinados por aquela. Portanto, o desvio de poder legislativo é mais um comparativo entre o conteúdo da norma e o fim que a anima; uma confrontação entre seus elementos intrínsecos.

Canotilho (2003, p. 1.317-1.318) confirma essa circunstância, *in verbis*:

No entanto, quando agora se fala em excesso de poder legislativo como vício da lei não se pretende tanto confrontar a lei com um parâmetro e daí deduzir a sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade, mas confrontar a lei consigo mesma, tendo em especial atenção os fins por ela prosseguidos. Com isto tenta-se transferir para os domínios da actividade legislativa a figura do desvio do poder dos actos administrativos.

CONCLUSÃO

A fraude à Constituição é um fenómeno frequente na produção normativa. Ocorre quando um ato normativo frustra uma norma constitucional, utilizando-se de uma via oblíqua para atingir um resultado que a norma constitucional quis proibir ou furtando-se a uma finalidade que a norma constitucional impunha alcançar.

O nome fraude à Constituição foi emprestado da expressão fraude a lei, do qual é uma modalidade. Como afirma Marcos Bernardes de Mello (1995, p. 84), a expressão fraude à lei encontra resistência no meio jurídico ao argumento de que se trata de um instituto de direito civil cuja descrição não se adaptaria às leis porque os “atos legislativos não poderiam ser taxados de fraudulentos em face da presunção de legalidade que os acoberta”. Por isso o fenómeno ora é chamado de desvio de poder legislativo, ora de atalhamento constitucional, com o escopo de lhe atribuir uma roupagem de direito público.

O argumento não se sustenta. A presunção de legalidade é apenas relativa e a fraude à lei “é conceito que tem aplicação a todos os ramos da Ciência Jurídica. Não cabe, assim, essa restrição apenas aos negócios jurídicos, mas deve aplicar-se a todos os atos jurídicos, inclusive

¹³O excesso de mandato já foi transplantado para o direito empresarial, onde figurou com sucesso primeiro no art. 10 do Decreto nº 3.708/1919, que tratava da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, depois nos artigos 117 e 158 da Lei nº 6.404/1976, que regulamentou as sociedades por ações, onde o instituto foi chamado de abuso de poder. O art. 28 do Código de Defesa do Consumidor também menciona o excesso de poder de sociedade empresarial como hipótese de desconsideração da pessoa jurídica. O excesso de mandato é utilizado com sucesso, inclusive, no art. 135 do Código Tributário Nacional, para definir a responsabilidade tributária, onde é denominado também de excesso de poder. Portanto, a identidade entre o desvio de poder administrativo e o excesso de mandato não é motivo para estranheza.

os de natureza legislativa, nos sistemas de direito escrito.” (MELLO, 1995, p. 84). Trata-se, portanto, de um instituto da Teoria Geral do Direito.

Quanto à alegação de que a palavra fraude induz o intérprete a erro, ao considerar a intenção como parte do fenômeno, ninguém há de negar o problema. A fraude à Constituição também pode ser chamada de infração indireta à norma constitucional¹⁴. A denominação foi aproveitada da expressão “fraude indireta da norma jurídica”, empregada por Pontes de Miranda, o qual alude ao conteúdo equívoco da palavra fraude, que envolve a intenção de enganar. (MELLO, 1995, 82-84).

O desvio do poder, como foi dito, compreende considerações acerca da intenção de quem praticou o ato, sendo inadequado. Idem o atalhamento constitucional, porque “atalhamento” dá a entender que o legislador pegou um atalho para chegar aonde a Constituição não permite, o que conduz à ideia de fraude. A fraude à Constituição, porém, tem no seu termo correlato, a fraude à lei, uma expressão de uso generalizado e tradicional, fato que favorece o seu emprego. (MELLO, 1995, p. 85). Finalmente, é uma expressão que traz consigo a vantagem da cognição imediata pelo experto e pelo leigo e merece ser preservada.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. Saraiva: São Paulo, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

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

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, t. I, Campinas: Bookseller, 1999.

¹⁴Deve-se ter o cuidado para não confundir a infração indireta à norma constitucional com a violação de normas constitucionais interpostas; são fenômenos inteiramente distintos. O tema das normas constitucionais interpostas foi ventilado no STF pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes, por ocasião do julgamento de MC MS 26.915. Citando Gustavo Zagrebelsky ele aduziu que, se normas constitucionais fizerem referência a outras disposições normativas, a violação constitucional poderá advir da violação a essas outras normas que, muito embora não sejam formalmente constitucionais, vinculam atos e procedimentos legislativos.