

Decisão: Pediu vista o Ministro Néri da Silveira, depois dos votos dos Ministros Relator, Aldir Passarinho, Oscar Corrêa e Alfredo Buzaid, julgando procedente a Representação, e do voto do Ministro Francisco Rezek, julgando-a procedente, em parte. Falou pelos Repdos. o Dr. Eduardo Seabra Fagundes. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moreira Alves. Plenário, 14-12-83.

Decisão: Julgou-se procedente a Representação e declarou-se a inconstitucionalidade da Lei n.º 672, de 8 de setembro de 1983 do Estado do Rio de Janeiro, vencidos, em parte, os Ministros Francisco Rezek e Néri da Silveira. Votou o Presidente. Plenário, 15-12-83.

Presidência do Senhor Ministro Cordeiro Guerra. Presentes à sessão os Senhores Ministros Djaci Falcão, Soares Muñoz, Decio Miranda, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho e Francisco Rezek. Ausente, justificadamente, os Senhores Ministros Moreira Alves e Alfredo Buzaid.

Procurador-Geral da República, Substituto, o Dr. Mauro Leite Soares.

Secretário, Alberto Veronese Aguiar.

Comentário à Representação n.º 1.170-4 Rio de Janeiro

João Guilherme Sauer
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

1 — Autoritarismo e centralismo sempre andam juntos. Embora se discuta, aqui e ali, qual dos dois fenômenos desempenha a função de causa e qual a de efeito, é inquestionável que o poder autoritário desconfia da descentralização.

Nossa República tem sido, desde verdes anos, marcada por períodos de autoritarismo. Contudo, em seus melhores momentos, precisamente aqueles em que nosso povo procurou reorganizar-se politicamente, manifestou-se uma consciência nitidamente democrática, a revelar, se não — hélas! — uma **tradição**, pelo menos uma **aspiração** libertária. Nesses momentos, a opção pela descentralização política foi tão evidente, que os autoritarismos não tiveram a coragem de negá-la abertamente.

Como, todavia, autoritarismo e descentralização são incompatíveis, a consciência autoritária, quando no Poder, procura afastar obliquamente os obstáculos desconcentracionistas. Não é, admitamos, uma empresa muito fácil, já que as concepções libertárias que se lhe opõem estão institucionalizadas, nada mais, nada menos, que nas Constituições da República. A "solução", então, costuma consistir no apelo à volatilização de conceitos, o que, de quebra, propicia a materialização de um dos ideais do autoritarismo, antipódico do Estado de Direito: a não sujeição do Poder às regras do jogo, mesmo que editadas por ele próprio.

2 — Num momento em que começávamos a sair de um sombrio período autoritário, o venerando acórdão do egrégio Supremo Tribunal Federal, que ora comentamos, constituiu — não obstante o acatamento que lhe é devido — um resquício da consciência centralista que aqui predominou naquele período. Em virtude dele, a comunidade acadêmica de Universidade instituída e mantida pelo povo de um Estado-membro perdeu o fundamento legal, por este mesmo Estado editado, de sua participação ativa da nomeação do respectivo órgão dirigente máximo.

Estará Isso de acordo com as regras do jogo, fixadas na Constituição da República?

Entendemos que não.

3 — Com efeito, as Constituições Republicanas — mesmo a outorgada em 1969 — sempre prestigiaram, como princípio fundamental, o federalismo.

Ainda vigoram, a partir do próprio nome oficial do país, os dogmas de que o Brasil é uma “República federativa, constituída (...) pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios” (CF, art. 1.º, **caput**); na qual os Estados — a que se conferem **todos** os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados pela Constituição — podem-se organizar pelas Constituições e as leis que adotarem (CF, art. 13, **caput** e § 1.º). Esses dogmas não apenas constituem a federação, mas traçam-lhe o perfil.

Tão essencial é o federalismo, que paira acima do poder constituinte derivado. O Congresso Nacional não pode sequer **apreciar** proposta de emenda constitucional **tendente** a abolir a Federação (CF, art. 47, § 1.º). Quer dizer, somente com a total ruptura da ordem constitucional pode-se almejar a supressão da forma federativa. É, no particular, significativo que o artigo 47, § 1.º, de CF se utilize da palavra **tendente**, de acepção amplíssima, a designar “ter tendência, inclinação a”. Não se veda, pois, a apreciação apenas de propostas que objetivam, às claras, abolir a federação, senão também aquelas que, indiretamente, levam ao mesmo resultado. (JOSÉ AFFONSO DA SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo, 1985, p. 24).

4 — Sendo a federação uma forma de descentralização, não meramente administrativa ou territorial, mas de **poder**, ela se manifesta através de uma discriminação de competências, inclusive, como não poderia deixar de ser, legislativas.

5 — Argumenta-se que o elenco das competências legislativas da União é tão grande que, “na prática”, a supremacia do “poder central” seria evidente. Mas estamos no campo do Direito, de **normas**; e de normas **constitucionais**, que condicionam não só a validade e a eficácia, como também o próprio entendimento de todo o ordenamento jurídico.

Neste campo, não há, como decorrência do federalismo, supremacia de qualquer esfera de poder.

6 — Pouco se discute, hoje em dia, que a federação compreende três ordens jurídicas distintas: a central (**federal**), a dos Estados-membros (**estadual**) e a total (**nacional**). As duas primeiras são **parciais**, e juridicamente iguais, subordinadas que são, em idêntica medida, à terceira. Um bom resumo desta doutrina está em GERALDO ATALIBA, “Leis nacionais e Leis Federais no Regime Constitucional Brasileiro”, in **Estudos de Direito Público em Homenagem a Vicente Rão**, São Paulo, 1976, pp. 130 e segs.

Costuma-se extrair do elenco de competências legislativas da União, constante do artigo 8.º, XVII, da CF, a existência de uma su-

premacia em seu favor, sem se levar em conta que os órgãos legislativos da União dispõem do poder normativo peculiar à ordem **central** (federal) e do peculiar à ordem **total** (nacional).

Todavia, o exercício do poder normativo, tanto dos Estados-membros (ordem jurídica **parcial**), como da União (ordem jurídica **parcial** e ordem jurídica **total**), está sujeito a limites traçados na Constituição.

Dai não caber a qualquer órgão normativo da União, quando exerça os poderes peculiares quer à ordem parcial, quer à total, traçar, por iniciativa própria, o âmbito de eficácia de seus atos.

Em homenagem a imperativos de segurança e ao princípio segundo o qual se deve preservar, tanto quanto possível, a eficácia dos atos legislativos, se o órgão da União, no exercício do poder normativo da ordem total, excede os limites a esta traçados, o que se deve fazer é tomar o ato como válido na esfera da ordem parcial de que ela também está investida, dada a competência dupla do órgão, desde que evidentemente respeitada a esfera de competência dos Estados-membros. Noutras palavras: se o Congresso Nacional aprova, e o Presidente da República sanciona, norma de índole proclamadamente peculiar à ordem jurídica **total** (nacional), e se se verifica que, na edição de tal norma, foi excedida a fronteira da competência da ordem **total**, a norma se considera integrante da ordem jurídica **parcial** (**federal**), **caso em que não obriga os Estados-membros**.

7 — Tudo o que se disse até agora vem a talho na hipótese contemplada no acórdão comentado.

A competência atribuída “à União” para editar normas referentes a “diretrizes e bases da educação nacional” é peculiar à ordem **total**. Tais normas são, pois, **nacionais**: obrigam os Estados-membros.

O raciocínio desenvolvido pelo Dr. Procurador-Geral da República de então, encampado pelo Exmo. Sr. Ministro relator, DJACI FALCÃO, segundo o qual semelhante competência **não** seria exclusiva, cedendo, contudo, o poder normativo dos Estados-membros, e, por conseguinte, a vigência das normas por estes editadas, **se, quando e na medida** que a União tenha exercido a sua competência, é, no nosso modo de entender — e **data venia** —, equivocado. A competência da União, enquanto ordem **total**, na matéria é **exclusiva**, o que se demonstra pelo reconhecimento, à luz de comezinha regra de hermenêutica, do absurdo que constituiria poderem os Estados-membros, na ausência de norma editada pela União, dispor sobre diretrizes e bases da educação **nacional** (JOSÉ AFFONSO DA SILVA, **ob. cit.** pp. 57 e 58). Não serve de objeção ao nosso ponto de vista o disposto no parágrafo único do art. 8.º da CF, já que se sabe que, quando ele alude à competência “supletiva” dos Estados, está a referir-se, também, à competência **complementar** (MANOEL GONÇALVES

FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 1984, p. 50).

No que concerne a “diretrizes e bases da educação nacional”, está-se diante de diferentes níveis da matéria “educação”. As “diretrizes e bases”, porque referentes à educação nacional, cabem à União; tudo mais cabe aos Estados.

Mas, do mesmo modo que os Estados-membros não podem legislar — sequer supletivamente — sobre “diretrizes e bases da educação nacional”, não é lícito à União legislar sobre o que quer que exceda essa matéria, de maneira a vincular os Estados-membros.

8 — Trata-se de determinar, por conseguinte, os limites da atividade da União, pela compreensão do que significa “diretrizes e bases da educação nacional”. Embora não seja tarefa fácil, como reconhece CELSO RIBEIRO BASTOS (Parecer publicado sob o título “Diretrizes e Bases da Educação” na *Revista de Direito Público* — RDP, v. 71, p. 155), não podemos abrir mão de empreendê-la, sob pena de aceitarmos poder a União circunscrever o âmbito de sua própria atuação. E o sistema constitucional nos fornece elementos para delimitar o alcance da expressão.

Com efeito, numa federação em que todos (veja-se bem: **todos**) os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados, são conferidos aos Estados-membros, o que é atribuído à União constitui **exceção**, no sentido de **privilégio**. Não devemos, no particular, nos assombrar em face do extenso elenco das matérias incluídas na competência da União. Elas são exceções, por mais extensas que sejam. É que nos norteia o entendimento um princípio supra-constitucional: o federalismo. Estamos, no campo jurídico, diante de um **princípio**: o que val de encontro a ele, se válido, é **privilégio**, exceção.

Na verdade, a extensão dos poderes atribuídos à União tem uma importante repercussão no campo hermenêutico, qual seja a de não poder o intérprete admitir, pelo cotejo do artigo 8.º com o art. 13, § 1.º, da CF, que os poderes implícitos da União sejam mais numerosos que os expressos (VICTOR NUNES LEAL, “Leis Federais e Leis Estaduais”, in *Problemas de Direito Público*, Rio, 1960, p. 132). Isto nos parece evidente, tanto mais quanto o federalismo se assenta, fundamentalmente, na existência da autonomia dos Estados-membros, a inviolabilidade de cuja competência deve constituir a principal preocupação do intérprete.

Eis por que, ao se interpretar o § 1.º do art. 13 da CF, em confronto com o artigo 8.º, e seu parágrafo único, a afirmação que se deve enunciar não pode ser senão: os poderes **explicitamente** atribuídos à União estão **implicitamente** vedados aos Estados (JOSÉ AFFONSO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 59).

Em conseqüência, o elenco das matérias de competência da União deve ser interpretado restritivamente. Ao contrário, a competência legislativa dos Estados, inclusive a supletiva (termo em si restritivo) estabelecida no art. 8.º, parágrafo único, da CF, deve ser entendida amplamente, sobretudo quando a matéria seja administrativa (GERALDO ATALIBA, *República e Constituição*, São Paulo, 1985, p. 12).

9 — Assentadas essas noções, podemos dispensar-nos de determinar o conteúdo da expressão “diretrizes e bases da educação nacional”. Basta-nos partir do inquestionável entendimento de que se trata de **princípios, normas gerais, linhas mestras** que não vão além do arcabouço, que há de ser adaptado às condições locais (JOSÉ AFFONSO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 57; GERALDO ATALIBA, *Leis Nacionais e Leis Federais... cit.*, p. 131; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo, 1983, p. 95), para, mais confortavelmente, nos dedicarmos a estabelecer o que a expressão **não** abrange, à maneira de CELSO RIBEIRO BASTOS (“Parecer” *cit.*, p. 155).

10 — E, desde logo, se dirá que ela **não** abrange o número de candidatos que devem compor a lista submetida ao Chefe do Poder Executivo local para nomeação.

Pode parecer absurdo nos determos no exame disto que, **data venia**, é uma questiúncula: o número de componentes da lista da qual o Chefe do Executivo escolherá e nomeará o Reitor da Universidade.

No entanto, o preclaro Procurador-Geral da República do Governo Figueiredo a elegeru, e o digníssimo Relator do acórdão comentado, Ministro DJACI FALCÃO, a encampou, como aspecto em que se revelaria antinomia — inválida, a seus olhos — da lei estadual em face da “federal”. E mais: no passado, esta questão foi a **única** que fundamentou arguição de inconstitucionalidade do dispositivo específico da Lei n.º 5.540, de 28-11-68 (com a redação dada pela Lei n.º 6.420, de 03-06-77), aparentemente pela Universidade de São Paulo (CELSO RIBEIRO BASTOS, Parecer *cit.*; JOSÉ FREDERICO MARQUES, Reclamação publicada sob o título “Nomeação de Reitor de Universidade Estadual”, in *Revista de Direito Público*, v. 67, pp. 126-130).

De qualquer modo, é estridentemente óbvio que o número 6 (seis), que a lei federal exige na composição das listas submetidas à apreciação do Chefe do Executivo, nada tem de relevante, ou mesmo pertinente, para que a educação nacional se desenvolva uniforme e eficientemente. A eleição de tal número, de inspiração talvez cabalística, pelo legislador federal não pode, por isso mesmo, vincular os Estados.

Ressaltamos, contudo, que, no nosso modo de entender, a lei aprovada pelo Congresso Nacional não é inconstitucional, como defendeu, com o habitual brilhantismo, o notável Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES. Ela apenas não é norma **nacional**, mas, sim, **federal**, escapando ao seu comando os órgãos, entidades e súditos dos Estados-membros, enquanto tais.

11 — E quanto ao mais? Haverá vinculação dos Estados às regras do artigo 16, seus incisos e parágrafos da Lei n.º 5.540/68, com a redação da Lei n.º 6.420/77? No nosso modo de entender, **não!**

É interessante que, até o proferimento do voto do eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, pouco se tenha, no acórdão de que se trata, referido a um **outro** dispositivo constitucional que, a par dos já citados, reforça sobremaneira o nosso entendimento: o artigo 177, **caput**, da CF.

Segundo esse artigo, aos Estados e ao Distrito Federal cabe **organizar** seus sistemas de ensino, em relação aos quais o da União tem **caráter supletivo**, estendendo-se a todo o País, "**nos estritos limites das deficiências locais**".

Ora, sendo a educação "dever do Estado" — (CF, art. 176, **caput**) e devendo os "Poderes Públicos" ministrar o **ensino** nos diferentes graus (art. 176, § 1.º, da CF) — pelo que o ensino particular é subsidiário —, **sistemas de ensino** é expressão que se refere à **prestação estatal dos serviços educacionais**, que são atribuídos primordialmente aos Estados e ao Distrito Federal (JOSÉ AFFONSO DA SILVA, **ob. cit.**, pp. 541-542). Assim, é evidente que a organização da prestação, pelos Estados, de serviços educacionais abrange os meios e instrumentos dessa prestação, dentre eles, os estabelecimentos de ensino, o que, inclusive, deflui de outro princípio geral: o de que aos Estados cabe organizar seus próprios serviços, por força do art. 13, **caput**, da CF. O ilustre Ministro NÉRI DA SILVEIRA enfatizou esse aspecto em seu voto, infelizmente vencido. Nem poderia ser de outra maneira; eis que se privarem os Estados do poder de organizarem seus instrumentos de ensino significa despi-los do poder de organizarem seus sistemas de ensino.

É preciso ressaltar isso: se, como entende JOSÉ AFFONSO DA SILVA (**ob. cit.**, pp. 540-541), a educação é dever do Estado (**lato sensu**) e é direito de todos, e se a prestação de serviços educacionais é atribuída primordialmente aos Estados-membros, é a estes últimos que se dirige, primordialmente, se não a **pretensão**, pelo menos a **expectativa** dos súditos de obterem serviços educacionais. Não pode, pois, ficar ao talante do órgão legislativo da União criar regras de organização dos meios de ensino que eventualmente frustrem o cumprimento, pelos Estados-membros, de seu dever primordial de ensinar.

Pode a União — e só ela — traçar normas gerais, princípios, diretrizes e bases, de que os Estados não podem se afastar, sob pena de se comprometer a unidade da educação nacional. Mas, atendendo-se a essas normas gerais, cabe aos Estados-membros organizarem seus meios de ensino.

É curial, nesse ponto, que a forma de indicação dos componentes das listas, de que saem os dirigentes máximos das Universidades oficiais, não é essencial à unidade, à uniformidade da educação nacional. Se fosse — e as informações do Exmo. Sr. Governador do Estado o enfatizaram —, também as Universidades particulares estariam abrangidas pelo preceito da Lei de Diretrizes e Bases, súditas que são da ordem jurídica **nacional** e, sobretudo, vinculadas que estão ao não comprometimento da uniformidade da educação, tão fundamental para a própria unidade nacional. A Lei de Diretrizes e Bases distinguiu no tratamento das Universidades oficiais e das privadas, e o fez, não por escolha do legislador, mas do Constituinte.

12 — Desafortunadamente, não prevaleceu o voto do Exmo. Sr. Ministro NÉRI DA SILVEIRA. Seus pares a ele objetaram, algumas vezes lançando mão da interpretação **da lei** para determinar o alcance da **norma constitucional**, o que, com o devido respeito, é um enorme equívoco, uma vez que é a última que condiciona o entendimento da primeira, e não o contrário.

13 — De resto, não se pode colocar nas mãos da União o poder de disciplinar matéria tão peculiar a instituições das quais seus olhos (e, não raro, seu coração) estão tão distantes.

Os representantes do povo fluminense — depois de tanto tempo eleitos, **todos**, por este mesmo povo — foram sensíveis ao clamor da comunidade universitária local, que pode, muito bem, não ter a mesma postura da de outros Estados.

Como quer que seja, a lei estadual considerada inválida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal tinha, pelo menos, a virtude de estimular o grau de representatividade da cúpula universitária.

14 — Eis aí uma matéria que pode ser esmiuçada na nova Constituição cujo advento não tarda.