

**Temas de Direito Constitucional:**  
**Estudos em Homenagem ao Prof.º Osório de**  
**Araújo Ramos Filho**



**Ubirajara Coelho Neto**

***Organizador, Co-autor e Editor***

Especialista, Mestre e Doutor em Direito Constitucional - UFMG

Ex. Prof.º do Curso de Direito - UFMG

Ex. Prof.º Adjunto do Curso de Direito - UFRN e UFT

(Graduação e Mestrado)

Prof.º Adjunto do Curso de Direito - UFS

(Graduação e Mestrado)

**Temas de Direito Constitucional:**  
Estudos em Homenagem ao Prof.º Osório de Araújo  
Ramos Filho

Edição do Autor

Aracaju - 2012

© *Copyright* 2012  
*Ubirajara Coelho Neto*

Catálogo da Publicação na Fonte. UFS / Biblioteca Setorial  
Divisão de Serviços Técnicos

Coelho Neto, Ubirajara (Organizador e Co-autor).

Temas de Direito Constitucional: estudos em homenagem ao Prof.º Osório de Araújo Ramos Filho / Ubirajara Coelho Neto (Organizador e Co-autor). - Aracaju: Ubirajara Coelho Neto Editor, 2012. 344 p.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-905346-4-8

1. Ação Afirmativa. 2. Constitucionalização. 3. Constitucionalidade. 4. Direito. 5. Direitos Sociais. 6. Direitos Fundamentais. 7. Discriminação. 8. Efetividade. 9. Estado de Direito. 10. Fatores de Poder. 11. Força Normativa. 12. Gênero. 13. Igualdade. 14. Informação. 15. Judicialização. 16. Justiça. 17. Limitação. 18. Mediação. 19. Princípios. 20. Processual. 21. Terceiro Setor. 22. Tribunais de Contas. 23. Sigilo de Dados. 24. Vulnerabilidade. I Título.

SE/BS/CCSA

CDU 342

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS - É proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos do autor (Lei n.º 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei n.º 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

Aos mestrandos em Direito UFS - Turma 2011: Alexandre Campos Melo, Ana Paula Machado Costa Meneses, Anna Paula Sousa da Fonsêca Santana, Augusto Carlos Cavalcante Melo, Carolina Pereira Barreto, Daniela Lima Barreto, Déborah Barreto de Souza, Denise Martins Moura Silva, Lara Freire Bezerra de Sant'Anna, Lorena Costa Ribeiro, Patrícia Cunha Barreto de Carvalho, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza e Vilma Leite Machado Amorim, autores do presente trabalho.

Em especial, a Prof.<sup>a</sup> Flávia Moreira Guimarães Pessoa (prefaciadora) e ao Prof.<sup>o</sup> Osório de Araújo Ramos Filho, homenageado da presente obra.



## SUMÁRIO

Apresentação.....	IX
Prefácio.....	XI
Alexandre Campos Melo: <i>A Viabilidade Constitucional da Implantação da Justiça Restaurativa no Brasil</i> .....	15
Ana Paula Machado Costa Meneses: <i>Paradigma Constitucional do Estado: liberal de direito, social de direito, democrático de direito e o terceiro setor</i> .....	33
Anna Paula Sousa da Fonsêca Santana: <i>Constitucionalização do Direito Processual Civil</i> .....	52
Augusto Carlos Cavalcante Melo: <i>A Nova Interpretação Constitucional e o Direito Fundamental ao Sigilo de Dados: considerações face o avanço da tecnologia da informação</i> .....	72
Carolina Pereira Barreto: <i>A Constitucionalização do Direito Administrativo: os princípios processuais constitucionais no processo administrativo</i> .....	97
Daniela Lima Barreto: <i>Vulnerabilidade, Igualdade e Constituição</i> .....	128
Déborah Barreto de Souza: <i>O Movimento da Constitucionalização do Direito Infraconstitucional na CF/88</i> .....	167
Denise Martins Moura Silva: <i>A Força Normativa da Constituição</i> .....	181
Lara Freire Bezerra de Sant'Anna: <i>O Panorama da Judicialização das Políticas Públicas e seus Reflexos na Esfera Democrática</i> .....	200
Lorena Costa Ribeiro: <i>A Judicialização dos Direitos Sociais Frente a Reserva do Possível</i> .....	236
Patrícia Cunha Barreto de Carvalho: <i>A Constitucionalização do Direito e seus Mecanismos de Atuação Prática</i> .....	255
Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza: <i>O Perfil Constitucional dos Tribunais de Contas: evolução e histórico</i> .....	271
Ubirajara Coelho Neto: <i>Da Constitucionalização Previdenciária Brasileira</i> .....	300
Vilma Leite Machado Amorim: <i>A Constitucionalização do Direito à não Discriminação de Gênero nas Relações de Trabalho</i> .....	326



## APRESENTAÇÃO

O presente trabalho é fruto da seleção e organização dos artigos apresentados em 2011, na disciplina “Constitucionalização do Direito”, ministrada no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe, por este professor.

Tendo em vista a anunciada aposentadoria do Prof.º Osório de Araújo Ramos Filho, a presente obra é uma homenagem ao ilustre colega de magistério.

Osório de Araújo Ramos Filho formou-se em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, em 1971. Ingressou no Tribunal de Justiça como Juiz da Comarca de Aquidabã, em 17/10/1978. A partir daí, passou pelas Comarcas de Maruim e Itabaiana. Foi Juiz Titular da Turma Recursal do Juizado Especial Cível e Criminal. De 1997 a 2001, foi Membro Titular do Tribunal Regional Eleitoral, exercendo o cargo de Corregedor Regional Eleitoral.

Em Aracaju foi Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Aracaju, a qual compete juízos referentes à Fazenda Pública.

Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Greco de Pós-Graduação e Extensão e Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe e Pós-Graduado em Direito Processual Civil, pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe e ESMESE.

Também exerce as funções de docente, lecionando Direito Civil na Universidade Federal de Sergipe, UNIT e Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

Em 1993, foi agraciado com a Medalha do Mérito Policial Militar outorgada pela Polícia Militar de Sergipe.

Foi nomeado Desembargador pelo critério de antiguidade no dia 16 de janeiro de 2008.

Em 17/07/2012 tomou posse na Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Aracaju, julho de 2012.

Ubirajara Coelho Neto  
*Organizador, Co-autor e Editor*



## PREFÁCIO

O presente livro é o resultado da seleção e organização dos artigos apresentados em 2011, na disciplina “Constitucionalização do Direito”, ministrada pelo Prof. Ubirajara Coelho Neto no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe.

Criado pela Resolução n.º 45/10/CONEPE na área de concentração Direito Público, o Mestrado em Direito da UFS possui três linhas de pesquisa, a saber: Direito Público Contemporâneo; Concretização dos Direitos Fundamentais e seus Reflexos nas Relações Sociais; e, Estudos sobre Violência e Criminalidade na Contemporaneidade.

O curso tem, nos termos da Resolução que o criou, como objetivos gerais: I. Capacitar e formar profissionais para atuarem na docência do ensino superior, na pesquisa científica e tecnológica e no desenvolvimento de atividades inerentes à sua área de concentração; II. Fomentar a crítica, despertar a sensibilidade e formar competência para o gerenciamento das questões e problemáticas relacionadas ao Direito em âmbito local e regional, integrados a uma visão global; III. Produzir, difundir e aplicar conhecimentos referentes às temáticas abrangidas pela área de concentração; e, IV. Estabelecer intercâmbio com outras IES do Brasil e do Exterior no sentido de aprofundar o fluxo de idéias e conhecimentos pertinentes ao campo do Direito.

A presente obra é o primeiro fruto do curso a ser publicado em forma de livro, devendo ser destacada a importância do seu organizador, co-autor e editor Dr. Ubirajara Coelho Neto, na criação do mestrado e no seu sucesso. Com efeito, além de ser reconhecido professor na área de Direito Constitucional, teve ele fundamental participação no projeto que levou à aprovação do curso de mestrado em Direito da UFS, sendo ainda colaborador de todas as horas. Compenetrado, dedicado, disciplinado e pragmático, muito contribui para a excelência do nosso curso.

Em boa hora a homenagem ao Professor e Desembargador Osório Ramos de Araújo Filho, que sempre honrou a Universidade Federal de Sergipe com seus ensinamentos teóricos e sua experiência prática, formando gerações.

Deve ser mencionado, ainda, que os autores dos artigos deste livro são alunos da primeira turma do mestrado, que ingressaram na

instituição em 2011 e que honram a Universidade Federal de Sergipe com o seu desempenho.

No primeiro artigo, Alexandre Campos Melo aborda “A viabilidade constitucional da implantação da Justiça Restaurativa no Brasil” em que analisa implantação da justiça restaurativa em nosso país, com uma introdução de seu conceito a partir de um enfoque distinto do paradigma da justiça criminal tradicional, como também à luz dos princípios básicos contidos na Resolução n.º 2.002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU e na CF/88.

Já Ana Paula Machado Costa Meneses publica o artigo “Paradigma Constitucional do Estado liberal de direito, social de direito, democrático de direito e o terceiro setor”, discorrendo sobre os aspectos mais relevantes dos diversos paradigmas do Estado.

Anna Paula Sousa da Fonsêca Santana escreve sobre a “Constitucionalização do Direito Processual Civil”, que objetiva analisar a influência do constitucionalismo no direito processual civil, partindo do princípio da dignidade humana e do homem como ator do filtro axiológico.

Augusto Carlos Cavalcante Melo apresenta artigo sobre “A Nova Interpretação Constitucional e o Direito Fundamental ao Sigilo de Dados: considerações face o avanço da tecnologia da informação” que aborda aspectos do processo de interpretação jurídica e especificamente, constitucional, apresentando fundamentos teóricos que possibilitem uma maior e melhor compreensão do neoconstitucionalismo no Direito contemporâneo, e da complexidade que o processo de interpretação constitucional proporciona.

“A Constitucionalização do Direito Administrativo” é o título do artigo de Carolina Pereira Barreto, que estuda o fenômeno da Constitucionalização do Direito Administrativo decorrente das transformações sofridas pelo Estado, ao tempo em que traça os principais paradigmas advindos com este fenômeno, a partir da aproximação do Estado com o cidadão, verificando a releitura de alguns institutos tradicionais do direito administrativo, como a supremacia do interesse público, vinculação do administrador à legalidade restrita, insindicabilidade do mérito do ato administrativo.

Daniela Lima Barreto escreve sobre “Vulnerabilidade, Igualdade e Constituição”, em que descreve a construção da idéia de vulnerabilidade

e distingue as expressões minorias e grupos vulneráveis, para em seguida tratar das demandas por igualdade.

Déborah Barreto de Souza apresenta o artigo “O movimento da Constitucionalização do direito Infraconstitucional na CF/88” em que investiga alguns aspectos da constitucionalização do direito infraconstitucional, em especial o problema do esvaziamento do poder das maiorias e a supervalorização do decisionismo judicial, ocasionado pela textura aberta e vaga do texto constitucional.

Denise Martins Moura Silva desenvolve o artigo “A força normativa da Constituição” em que analisa a obra do jurista alemão Konrad Hesse e se constitui em um diálogo de ideias entre este e Ferdinand Lassalle, observando o que há de fundamental na sua obra “Essência da Constituição”, publicada no século XIX, e confrontando-o na ideia de que a Constituição não deva ser considerada somente no mero resultado das relações dos fatores reais de poder, mas que deve ser levada em conta a Constituição jurídica e a realidade político-social do país.

Lara Freire Bezerra de Sant’Anna aborda “O Panorama da Judicialização das Políticas Públicas e seus Reflexos na Esfera Democrática”.

Lorena Costa Ribeiro escreve o artigo “A Judicialização dos Direitos Sociais frente a Reserva do Possível” em que aponta que os direitos sociais surgiram como consequência das condições desumanas as quais os trabalhadores foram submetidos durante a Revolução Industrial ocorrida na Europa no século XIX e que o desafio atual é compor o conflito entre o dever do poder judiciário de proferir decisões determinando o cumprimento dos direitos previstos constitucionalmente e a questão dos custos desses direitos.

Em seguida, Patrícia Cunha Barreto de Carvalho escreve o artigo “A Constitucionalização do Direito e seus mecanismos de atuação prática” em que expõe que o fenômeno da Constitucionalização do Direito exerce um verdadeiro papel unificador do sistema jurídico, preservando sobremaneira a força normativa da Constituição e a efetividade de suas normas.

Já o artigo “O perfil Constitucional dos Tribunais de Contas: evolução e histórico”, de Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza, expõe o contexto histórico dos Tribunais de Contas, associando o

perfil das diversas Constituições desde o seu surgimento em 1890, com o Decreto 966-A de Rui Barbosa, até os dias atuais.

O Prof.º Ubirajara Coelho Neto reúne, importante estudo no campo da Constitucionalização do Direito, com o trabalho intitulado “Da Constitucionalização Previdenciária Brasileira”.

Por fim, Vilma Leite Machado Amorim aborda “A Constitucionalização do Direito a não discriminação de gênero nas relações de trabalho” em que analisa que jamais o ordenamento jurídico pátrio possuiu tantas normas protetivas, de ordem pública, para a mulher, inclusive com a constitucionalização dos princípios da dignidade humana e da não discriminação, faltando, entretanto, um longo caminho a percorrer para que haja igualdade de oportunidades às mulheres e, finalmente, para que a sociedade brasileira seja justa, fraterna e livre de preconceitos.

Expostos os detalhes da obra, é com grande honra e prazer que recomendamos a leitura deste livro a todos aqueles que se interessam pelas discussões mais atuais relativas ao Direito Constitucional.

Aracaju, julho de 2012.

Flávia Moreira Guimarães Pessoa  
*Juíza Titular da 4ª Vara do Trabalho de Aracaju*  
*Coordenadora do Mestrado em Direito da UFS*

# A VIABILIDADE CONSTITUCIONAL DA IMPLANTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

**Alexandre Campos Melo**

Mestrando em Direito - UFS; Especialista em Direito Privado -  
UCAM; Graduado em Direito - UFS; Técnico Judiciário e  
Assessor de Juiz - TJ/SE.

**Sumário:** Introdução. 1. Justiça Restaurativa: 1.1 Aspectos Conceituais; 1.2 Paradigmas Norteadores; 1.3 Princípios Básicos. 2. Viabilidade Constitucional da Justiça Restaurativa no Brasil: 2.1 A Lei n.º 9.099/95 e sua Relação com a Justiça Restaurativa; 2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Práticas Restaurativas; 2.3 O Projeto de Lei n.º 7.006/06. Conclusão. Bibliografia.

**Resumo:** O presente trabalho contém uma análise acerca da viabilidade constitucional de implantação da justiça restaurativa no Brasil, com uma introdução de seu conceito a partir de um enfoque distinto do paradigma da justiça criminal tradicional, como também à luz dos princípios básicos contidos na Resolução n.º 2.002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU e na CF/88. Embora parta da premissa de que o paradigma é compatível com o ordenamento jurídico vigente, aponta a necessidade da introdução de dispositivos legais que prevejam as práticas restaurativas, como forma de institucionalização da justiça restaurativa no Brasil, o que já é proposto pelo Projeto de Lei n.º 7.006/06.

**Palavras-chave:** Restaurativa; resolução de conflitos; mediação; Justiça.

**Resumen:** Este artículo contiene un análisis sobre la viabilidad constitucional de la aplicación de la justicia restaurativa en Brasil, con una introducción de su concepto desde un enfoque diferente al paradigma de la justicia penal tradicional, sino también a la luz de los principios básicos contenidos en la Resolución n.º 2.002/12 del Consejo Económico y Social de NU y en la Constitución Brasileña de 1988. Aunque partiendo de la premissa de que el paradigma es compatible con el sistema legal vigente, apunta a la necesidad de introducir disposiciones legales que establecen las prácticas restaurativas como una forma de institucionalización de la justicia restaurativa en Brasil, que ya se ha propuesto por el Proyecto de Ley n.º 7.006/06.

**Palabras-clave:** Restaurativa; Resolución de Conflictos; Mediación; Justicia.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo a análise da viabilidade constitucional de implantação da justiça restaurativa no Brasil, com base em uma abordagem conceitual alternativa ao modelo dogmático jurídico-penal tradicional, como forma de elucidar este novo paradigma, que emerge no cenário jurídico brasileiro ante um panorama de crise de legitimidade do sistema penal.

Com efeito, as discussões acerca da justiça restaurativa mantêm uma intrínseca correlação com a problemática da violência nas sociedades contemporâneas, na medida em que buscam configurar e implementar um modelo de resolução dos conflitos que rompa com a concepção da necessidade do castigo e da emergência penal como únicas respostas ao fenômeno da criminalidade.

Como bem apontado por Leonardo Sica (2002, p. 42), o direito penal passou por movimentos antagônicos: a doutrina caminhou no sentido da humanização da punição, diminuição da intervenção penal e da repressão, enquanto a prática legislativa ora abrandou, ora recrudescer as penas, fruto da tendência moderna de se vincular a imposição da lei ao controle do delito.

Contudo, os estudos desenvolvidos pela criminologia da reação social a partir dos anos sessenta apontaram uma incongruência entre as funções declaradas e latentes do sistema penal, evidenciando sua atuação seletiva e subprodução de segurança jurídica, ao tempo em que a criminologia crítica revelou que o *modus operandi* do sistema de controle penal em verdade representa uma expressão e reprodução da violência estrutural.

De fato, em se tratando da realidade brasileira, SICA (*apud* PALLAMOLLA, 2009, p. 132) afirma que a crise de legitimidade do sistema penal se manifesta na falta de credibilidade e eficiência do sistema judiciário, fracasso das políticas públicas de contenção da violência, esgotamento do modelo repressivo de gestão do crime, *déficits* de comunicação e de participação agravados pelas práticas autoritárias das agências judiciais, etc., o que induz à necessidade de discussão teórica e a aplicação emergente de outros mecanismos de resolução de conflitos, que restabeçam os laços rompidos com a violência estrutural e institucional.

Dentre as propostas alternativas ao modelo criminal vigente, destaca-se a de implantação da justiça restaurativa em nosso país, que representa uma alternativa viável constitucionalmente, um instrumento eficaz no cumprimento das finalidades de prevenção geral e especial do delito, a partir do momento em que confere aos envolvidos no conflito um papel de protagonismo que culmina no sentimento de satisfação mútua e de justiça, como também na consagração do princípio da dignidade da pessoa humana.

O tema mostra-se relevante porque desmistifica a ideia de que a dogmática jurídico-penal representa o único mecanismo apto ao controle do delito, fruto de uma concepção cultural arraigada na sociedade de que somente com a aplicação de um castigo ao infrator se restabelecerá a paz social e o equilíbrio “quebrado” com a conduta delitiva. De forma contrária, o paradigma restaurativo reforça um dos objetivos da República Federativa do Brasil, qual seja a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o que se concretiza, no âmbito penal, através de mecanismos de solução de litígios que respeitem a dignidade humana de qualquer uma das partes.

## **1. JUSTIÇA RESTAURATIVA**

### **1.1 Aspectos Conceituais**

O conceito de justiça restaurativa ainda se encontra em construção, uma vez que se trata de um paradigma ainda delimitado pelas experiências que se encontram em curso em diversos países, como por exemplo, Canadá, Nova Zelândia e Argentina. Porém, alguns autores desenvolveram estudos nessa seara, de modo a delimitar os seus contornos e, por conseguinte, evitar a difusão de falsas concepções que margeiam o tema.

Dianna Britto Ruiz (2010, p. 22), ao conceituar a justiça restaurativa, enfatiza o seu caráter de justiça comunitária caracterizado pela participação da vítima e do ofensor na resolução do conflito, com a mediação de membros da comunidade:

“En síntesis, podríamos decir que la Justicia Restaurativa es un modelo de justicia comunitaria que pone todo su énfasis en la dimensión social de los delitos y conflictos. Busca restaurar el lazo social dañado, a través de un proceso de reparación y reconciliación

entre la víctima y el ofensor, con la mediación de la comunidad. No busca el encierro del infractor sino su rehabilitación a través de la reparación del daño. En un sentido radical, la Justicia Restaurativa procura modificar las relaciones desiguales e injustas que han dado origen a los conflictos y delitos.”

Por sua vez, Tony Marshal (*apud* PALLAMOLLA, 2009, p. 54) define a justiça restaurativa como “um processo pelo qual todas as partes que têm interesse em determinada ofensa, juntam-se para resolvê-la coletivamente e para tratar suas implicações futuras”.

RUIZ (2010, p. 24) aponta que essa forma de justiça supera o paradigma puramente retributivo, pois não busca somente sanar o dano causado à vítima, como também procura considerar a posição do infrator, através do reconhecimento de sua culpa e da oferta de possibilidades de reparação à vítima, de modo a restaurar as relações do autor da infração com o ofendido e com a sociedade. Por conseguinte, depreende-se que o modelo se coaduna com o fim de prevenção especial do delito propugnado pela dogmática jurídico-penal, na medida em que possibilita de fato a reintegração do autor do delito à sociedade, sem estigmatizá-lo.

Renato Sócrates Gomes Pinto (2007), um dos estudiosos mais dedicados ao tema, destaca que a justiça restaurativa se diferencia da justiça convencional, ao abordar a questão criminal a partir da perspectiva de que “o crime é uma violação nas relações entre as pessoas, e que, por causar um mal à vítima, à comunidade e ao próprio autor do delito, todos esses protagonistas devem se envolver num processo de restauração de um trauma individual e social”. Assim, a premissa maior é restaurar os relacionamentos, de modo que se torna secundário o enfoque na determinação de culpa.

## **1.2 Paradigmas Norteadores**

Algumas ideias-chave sintetizam quais os objetivos almejados pelas práticas restaurativas: conciliação e reconciliação das partes (pressupõe a concordância entre o réu e vítima, concordância essa que pode ser revogada unilateralmente); resolução do conflito, reconstrução dos laços rompidos pelo delito, prevenção da reincidência, responsabilização do autor do fato em consonância com o princípio da proporcionalidade, etc.. Ademais, a aceitação do programa não deve, em

nenhuma hipótese, ser usada como indício ou prova no processo penal.

Os paradigmas da justiça restaurativa podem ser resumidos em três concepções apontadas por Gerry Johnstone e Daniel W. Van Ness (*apud* PALLAMOLLA, 2009, p. 55), que destacam os seus objetivos, a saber:

- 1) Concepção do encontro: os envolvidos no delito (vítima, ofensor e outros interessados no caso) assumem posições ativas nas discussões e na tomada de decisões sobre o que deve ser feito com relação ao delito, sempre com a ajuda de um facilitador; o encontro é promovido em um local não tão formal, (como os fóruns e tribunais);
- 2) Concepção da reparação: o dano causado à vítima deve ser reparado; a reparação é suficiente para que exista justiça, portanto não é necessário infligir dor ou sofrimento ao ofensor, até porque o acordo restaurativo deve reconhecer as necessidades deste último e suas possibilidades de arrependimento, a fim de ser reinserido na sociedade;
- 3) Concepção da transformação: objetivo de transformar a maneira como as pessoas compreendem a si próprias e aos demais; abolição das distinções entre crime e outras condutas danosas; a prioridade seria identificar quem sofreu o dano, quais suas necessidades e como as coisas podem ser corrigidas.

Conforme observação dos mesmos autores (*apud* PALLAMOLLA, 2009, p. 59), as três concepções envolvem encontro, reparação e transformação, de modo que a diferença entre elas é onde a ênfase é colocada. De qualquer forma, todas elas se encontram englobadas pelo movimento restaurativo e revelam uma nova forma de tratar o crime, apartado da visão escolástica (centrada na culpa) de que o autor de um delito merece sofrer uma punição, um castigo, como única forma de reparar o mal causado à vítima e à sociedade.

### **1.3 Princípios Básicos**

Os conceitos enunciados nos Princípios Básicos sobre Justiça Restaurativa estão elencados na Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, de 24 de Julho de 2002, e representam um guia para os Estados que queiram implementar a justiça restaurativa. Dentre os princípios se destacam: consentimento informado, voluntariedade, confidencialidade, manutenção da presunção de

inocência (na hipótese do caso retornar à justiça criminal); o estabelecimento de regras de envio de casos para os programas e o reconhecimento do acordo cumprido com força de coisa julgada.

Renato Sócrates Gomes Pinto (2007) resume quais são as etapas que caracterizam a prática restaurativa e que se encontram elencadas na aludida Resolução, a saber:

- “1. Programa Restaurativo - se entende qualquer programa que utilize processos restaurativos voltados para resultados restaurativos;
2. Processo Restaurativo - significa que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, participam coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. O processo restaurativo abrange mediação, conciliação, audiências e círculos de sentença;
3. Resultado Restaurativo - significa um acordo alcançado devido a um processo restaurativo, incluindo responsabilidades e programas, tais como reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e logrando a reintegração da vítima e do infrator.”

De acordo com o art. 6º da Resolução, os programas de justiça restaurativa podem ser utilizados em qualquer etapa do processo judicial, de acordo com o disposto na legislação do Estado em que é aplicada. Por sua vez o art. 7º prevê que o programa restaurativo só deve ser aplicado se houver o livre consentimento tanto da vítima como do infrator, que podem desistir do procedimento a qualquer tempo - e também estipula que o acordo restaurativo deve ser consensualmente assentado e as obrigações assumidas razoáveis e proporcionais.

É importante destacar que a participação do infrator no encontro restaurativo não representa uma admissão de culpa, de modo que não pode ser usada como prova ou indício em processo judicial. Já o art. 13 demonstra que no processo restaurativo devem ser observadas as garantias processuais das partes, como o direito à assistência legal antes e depois do processo, à tradução ou interpretação, quando necessário, além de assistência do menor por seus pais ou tutor; direito das partes à informação prévia de seus direitos, da natureza do processo e suas possíveis consequências; e o direito à não-obrigatoriedade de participação no processo restaurativo, nem de aceitação do acordo ali formulado.

Um salutar princípio se encontra elencado no art. 14: a confidencialidade. De acordo com este princípio, as conversas promovidas pelas partes não serão públicas, e não deverão ser reveladas depois, salvo consentimento das partes e previsão legal. Daí decorre que o processo restaurativo não tem o mesmo caráter público que o processo criminal convencional.

Ainda sob o manto da confidencialidade, as partes tendem a se sentir mais à vontade para expor os seus dilemas, e não há o risco de que o teor da conversa possa ser utilizado em eventual processo criminal. Ademais, a confidencialidade protege as partes de qualquer exposição na mídia, em respeito ao princípio da inviolabilidade do direito à intimidade e à vida privada das pessoas.

Ao contrário do que comumente se possa imaginar, no art. 15 se encontra prevista a submissão dos acordos pelo judiciário e sua incorporação às sentenças e decisões judiciais, com força de coisa julgada. Assim, rechaça-se a assertiva de que as práticas restaurativas representam um retorno à justiça privada, em detrimento das garantias legais e processuais edificadas ao longo da história.

## **2. VIABILIDADE CONSTITUCIONAL DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL**

Antes de se promover uma análise da compatibilidade do modelo restaurativo com o ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária uma breve abordagem sobre a relação entre a Constituição e o Direito Penal, a fim de se compreender, em um segundo momento, em quais situações legais cabe a promoção de um acordo restaurador e quais critérios poderiam ser inseridos em nosso sistema legal a fim de se institucionalizarem as práticas restaurativas.

Com efeito, o legislador infraconstitucional desfruta de uma ampla liberdade de configuração dos crimes e das penas em nosso ordenamento jurídico. Isso porque, consoante observa Luciano Feldens (*in* SOUZA NETO; SARMENTO, 2007, p. 838):

“Ao incorporar formalmente o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX), a Constituição brasileira transferiu ao legislador ordinário tanto a decisão sobre o que deva, ou não, ser

considerado infração penal quanto a definição sobre a medida da consequência jurídica (sanção) atribuível à espécie.”

Neste sentido também se coaduna o comentário de Luís Roberto Barroso (2010, p. 380):

“No direito brasileiro a tipificação de condutas penais e a fixação de penas aplicáveis são matérias reservadas à lei e, mais que isso, são privativas de lei formal. Doutrina e jurisprudência reconhecem ampla liberdade de conformação ao legislador na definição dos crimes e das sanções, de acordo com as demandas sociais e com as circunstâncias políticas e econômicas da época. Respeitadas as proibições e as imposições de atuação, a matéria é largamente relegada à deliberação das maiorias parlamentares.”

Feito esse breve levantamento, denota-se que a possibilidade de mediação restaurativa, como substitutiva da sanção criminal prevista em lei e como consequência jurídica do delito, deve ser contemplada pelo legislador ordinário, por força do princípio da legalidade. Destarte, urge a análise da legislação brasileira atinente ao tema da conciliação.

## **2.1 A Lei nº 9.099/95 e sua Relação com a Justiça Restaurativa**

Em nosso ordenamento jurídico, a CF/88 prevê, no art. 98, I, a possibilidade de conciliação em procedimento oral e sumaríssimo, de infrações penais de menor potencial ofensivo. Tal dispositivo constitucional passou a ser regulamentado pela lei dos juizados especiais cíveis e criminais - Lei nº 9.099/95, a qual definiu os crimes de menor potencial ofensivo e instituiu o procedimento para a conciliação e julgamento de tais delitos, através da composição civil (art. 74 e parágrafo único), transação penal (art. 76) e suspensão condicional do processo (art. 89).

Portanto, coube ao legislador ordinário a tarefa de definir as infrações penais de menor potencial ofensivo quais sejam as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 02 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313/06).

Algumas críticas podem ser apontadas ao conceito de crime de menor potencial ofensivo trazido pela Lei n.º 9.099/95, sob uma dupla perspectiva: em primeiro lugar, porque se vale unicamente do critério da

quantidade da pena, o que desestabilizou o critério da proporcionalidade e resultou em uma uniformidade da resposta penal para situações díspares. Como afirma Leonardo Sica (2002, p. 171):

“A indesejada uniformidade na resposta penal sobreleva-se com a pobre definição conceitual calcada apenas na natureza e quantidade da pena, crimes como lesão corporal culposa ou dolosa leve, omissão de socorro, constrangimento ilegal, violação de domicílio (...) passam a conviver numa mesma categoria jurídica.”

Ademais, como aponta PALLAMOLLA (2009, p. 181), a delimitação conceitual pode estreitar a possibilidade do emprego da justiça restaurativa em delitos mais graves, por exemplo. Ao comentário da autora, pode-se acrescentar que tal impedimento tolheria, em determinadas situações, a vontade das partes e reforçaria a definição do crime a partir da pena sem se indagar se haveria outras formas de solução da situação-problema que trouxessem mais satisfação aos envolvidos no conflito.

É o que se depreende também da observação de Rodrigo Ghiringuelli de Azevedo (*apud* PALLAMOLLA, 2009, p. 180):

“Foi feita pelo legislador uma opção pela simplificação, com a adoção do critério do tamanho da pena, não sendo considerada a pertinência ou não da adoção de medidas informalizantes para delitos ou contravenções de natureza absolutamente distinta. Caberia aqui discutir, por exemplo, por que não colocar o delito de furto, em que não há violência contra a pessoa, no âmbito das medidas informalizantes, buscando o acordo do autor do fato com a vítima ou a transação penal.”

Tecidas essas considerações, cumpre observar que as três formas de conciliação previstas na Lei nº 9.099/95, quais sejam a composição civil (art. 74 e parágrafo único), transação penal (art. 76) e suspensão condicional do processo (art. 89), não vislumbram necessariamente os reais interesses da vítima, que sequer é ouvida nos dois últimos casos. A fase conciliatória nesses procedimentos consiste apenas em um “fazer as pazes”, seja qual for a maneira (SICA, 2002, p. 175), o que revela a ausência de um ideal reparador.

Na transação penal, por exemplo, a vítima, trazida para o Juizado, sequer é ouvida ou consultada: o Ministério Público propõe a pena e o Juiz consulta apenas o suposto autor do fato (SICA, 2002, p. 175). Não se

preza o debate processual, o diálogo entre o autor do fato e a vítima, ou seja, não se promove uma conciliação de fato. Desse modo, não há que se falar em promoção do consenso entre as partes, e sim em uma tentativa de resolver a lide a qualquer custo, o que denota uma preocupação maior com a celeridade processual em detrimento da qualidade do resultado jurisdicional alcançado, que se refletiria na satisfação dos envolvidos.

Rodrigo Azevedo e Leonardo Sica (*in* SICA, 2002, p. 178) fazem uma pertinente observação sobre o verdadeiro papel da vítima no seio dos procedimentos “conciliatórios” previstos pela Lei n.º 9.099/95:

“(…) ‘a seletividade do sistema, antes exercida pela polícia, agora é colocada nas mãos da vítima-denunciante’. Todavia, essa proposição é falaciosa, pois a composição civil é incompatível com a transação penal: o mesmo mecanismo que leva a vítima para dentro do procedimento, em seguida a despreza. A perspectiva conciliatória é inútil se não vier acompanhada uma nova racionalidade, um novo modo de pensar o Direito Penal (*sic.*) suas alternativas à conflitualidade.”

Pelo fato de que o procedimento restaurativo ainda não é expressamente previsto na lei como um devido processo legal no sentido formal, e em face do predomínio de uma cultura jurídica conservadora que vincula a conduta do juiz à previsão puramente legal, conclui-se que a implantação das práticas restaurativas em nosso ordenamento jurídico padece de expressa previsão de lei, uma vez que as práticas restaurativas não se coadunam com os procedimentos conciliatórios previstos na Lei n.º 9.099/95.

Todavia, da irradiação do princípio material da dignidade da pessoa humana na interpretação e aplicação do direito penal, denota-se a plena viabilidade constitucional de implantação dos programas restaurativos, pois os paradigmas que norteiam a justiça restaurativa se coadunam mais com o aludido princípio do que o modelo retributivo de justiça criminal.

## **2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Práticas Restaurativas**

O modelo de justiça restaurativa, por enfatizar o dano sofrido pela vítima e por ensejar ao infrator a oportunidade de assumir responsabilidade e reparar o dano, o que culmina na reparação das

relações afetadas pelo delito, mostra-se mais consentâneo com o princípio da dignidade da pessoa humana, ao conferir um tratamento mais humanista aos envolvidos no delito, pela simples razão de possuírem a condição humana, a despeito da posição que tenham assumido no conflito.

De fato, a dignidade da pessoa humana, reconhecida pela CF/88 como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), “exprime, em termos jurídicos, a máxima kantiana de que o homem deve ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio. O ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele.” (SARMENTO, 2003, p. 59)

O conceito do aludido princípio apresenta uma fluidez, de modo que é difícil exprimir o seu sentido em palavras. Porém alguns autores clareiam a questão, ao tecerem considerações que clareiam a essência do princípio.

Segundo Daniel Sarmiento (2003, p. 60):

“A dignidade não é reconhecida apenas às pessoas de determinada classe, nacionalidade ou etnia, mas a todo e qualquer indivíduo, pelo simples fato de pertencer à espécie humana. Dela não se despe nenhuma pessoa, por mais graves que tenham sido os atos que praticou. A idéia é a de que em cada ser humano, por mais humilde e obscura que seja a sua existência, pulsa toda a Humanidade.”

Luís Roberto Barroso (2009, p. 382) pontua que:

“O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência.”

Assim, depreende-se que qualquer pessoa, independente dos atos que praticou, pelo simples fato de possuir a condição humana deve ser tratada pelo Estado como um valor em si mesmo, “como valor-fonte do ordenamento jurídico”, nas palavras de Miguel Reale (*apud* SARMENTO, 2003, p. 59).

Pautado na dignidade da pessoa humana, o modelo restaurativo considera que o procedimento formal de resolução do conflito não deve acarretar para as partes um novo sofrimento, desencadeado pelos

seguintes motivos: relutância de vítima e testemunhas, que temem retaliações; falta de tempo para se envolverem em formalidades legais; a lentidão dos processos, que agravam os custos econômicos e aumenta a ansiedade das partes; o fato de que cidadãos com poucos recursos tendem a conhecer pouco os seus direitos e, mesmo os conhecendo, hesitam muito em recorrer aos tribunais (temor aos ambientes intimidatórios e às figuras consideradas opressoras - juízes e advogados), vitimização secundária do ofendido, uma vez que não assume posições ativas nas discussões e na tomada de decisões durante o procedimento formal de apuração do delito.

Diana Britto Ruiz (2010, p. 21) sintetiza de que forma o processo restaurativo recupera a dignidade entre as pessoas envolvidas em um delito, inclusive dos próprios membros da comunidade em que estão inseridas as partes:

“Se trata de un modelo alternativo que busca obtener y mantener una paz justa para la sociedad con base en la verdad a través del diálogo, y que debe, en primer lugar, acercar a las víctimas y a la comunidad, dando a las primeras, la posibilidad de trascender su lugar de víctimas para que recuperen la dignidad humana, ejerzan sus derechos y sean capaces de transformar las situaciones de inequidad que las han puesto en el lugar de víctima. En segundo lugar, acercar al ofensor con la sociedad a través del reconocimiento de sus responsabilidades y de la realización de actos de reparación que le permitan re-situarse como personas y como ciudadanos(as). Y en tercer lugar, debe acercar a las víctimas con sus victimarios, para lograr un acuerdo restaurativo, ya fortalecidas las primeras y comprometidos los segundos, con el acompañamiento de la comunidad que sirve como referente y garante en la transformación de la violencia.”

Nesse sentido, ao lume do princípio da dignidade da pessoa humana, constata-se que a gestão estatal do conflito deve considerar a qualidade do resultado jurisdicional alcançado, ou seja, a satisfação dos envolvidos. Em outras palavras, deve suprir as necessidades individuais e coletivas das pessoas envolvidas e afetadas pelo crime ou pela contravenção, o que não é alcançado pelo modelo retributivo atual, cujo enfoque principal é o castigo a ser infligido ao infrator.

Contudo, apesar de constitucionalmente viável a implantação da justiça restaurativa sob a égide do princípio material da dignidade da pessoa humana, forçoso reconhecer que o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa em nosso sistema de justiça criminal requer a sua inserção legislativa em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que os aplicadores do direito criminal estão vinculados às normas do direito positivo, que se expressam por princípios e regras inderrogáveis, tais como o devido processo legal e a legalidade.

Destarte, imperioso tecer algumas considerações sobre o Projeto de Lei nº 7.006/06, da Câmara dos Deputados, que visa introduzir práticas restaurativas na legislação penal brasileira.

### **2.3 O Projeto de Lei nº 7.006/06**

A Câmara analisa o Projeto de Lei n.º 7.006/06, da Comissão de Legislação Participativa, que inclui na justiça criminal brasileira procedimentos da chamada Justiça Restaurativa. Trata-se de iniciativa louvável na legislação penal brasileira, pois uma vez aprovado o aludido projeto, o nosso ordenamento jurídico nacional passará a contar com um procedimento apto a reduzir os danos acarretados pela justiça criminal, ao tempo em que promoverá um acesso à justiça com qualidade.

A ementa do projeto possui a seguinte redação:

“Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.”

O art. 1º estatui que a lei regula o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. Como aponta PALLAMOLLA (2009, p. 179), o dispositivo deveria prever quais casos seriam passíveis de encaminhamento, a fim de não serem apreciados somente os crimes de bagatela, uma vez que, inexistindo tais limites, há o risco de que a atividade judicante mais conservadora deixe de considerar os acordos restaurativos quando atinentes a crimes de maior gravidade, em que pese o consentimento das partes na formulação do resultado obtido.

A definição do procedimento de justiça restaurativa encontra-se no art. 2º, como “o conjunto de práticas e atos conduzidos por facilitadores, compreendendo encontros entre a vítima e o autor do fato delituoso e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou pela contravenção, num ambiente estruturado denominado núcleo de justiça restaurativa”.

O ambiente onde serão desenvolvidas as práticas restaurativas encontra-se descrito no art. 5º, que prevê que o núcleo de justiça restaurativa funcionará em local apropriado e com estrutura adequada, contando com recursos materiais e humanos para funcionamento eficiente. Assim, impõe-se que o local do encontro seja o menos formal possível, a fim de que as partes não se sintam intimidadas com as formalidades tão comuns nos ambientes forenses.

O art. 6º dispõe que núcleo de justiça restaurativa será composto por uma coordenação administrativa, uma coordenação técnica interdisciplinar e uma equipe de facilitadores, que deverão atuar de forma cooperativa e integrada. Por conseguinte, contempla a relevância do enfoque multidisciplinar na resolução do delito, fator da vida complexo cuja apreciação racional não deve se esgotar em delimitações conceituais legais.

Por sua vez, da leitura do art. 4º se depreende que a justiça restaurativa não se encontra necessariamente dissociada da justiça criminal. Ao contrário, atua de maneira complementar e sob a fiscalização desta última, pois de acordo com o dispositivo, “quando presentes os requisitos do procedimento restaurativo, o juiz, com a anuência do Ministério Público, poderá enviar peças de informação, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal ao núcleo de justiça restaurativa”.

Assim, denota-se que o modelo restaurativo, para a salvaguarda dos padrões legais e de controle (direitos e garantias fundamentais) pode ser implantado em consonância com a justiça criminal tradicional, de modo a corrigir as suas imperfeições (morosidade, inflação de processos criminais em curso, falta de legitimidade, etc).

O art. 9º estabelece os princípios que devem ser observados nos procedimentos restaurativos, quais sejam os da voluntariedade, da

dignidade humana, da imparcialidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cooperação, da informalidade, da confidencialidade, da interdisciplinariedade, da responsabilidade, do mútuo respeito e da boa-fé. No que tange aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pertinente reproduzir o comentário de Luís Roberto Barroso (2000, p. 375), ao qual deve se amoldar a elaboração do acordo restaurativo, a fim de que ambas as partes tenham suas questões resolvidas, sem prejuízo a outra pessoa:

“Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto.”

O art. 11 do citado projeto de lei acrescenta ao art. 107 do Código Penal o inciso X, prevendo como causa de extinção da punibilidade o cumprimento do acordo restaurativo, de maneira que, com o acordo não há possibilidade de aplicação da pena, e se evita o *bis in idem*.

Já o Art. 14 propõe acrescentar ao art. 24, do Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (CPC), os §§ 3º e 4º.

O §3º prevê a possibilidade de o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos de inquérito policial a núcleos de justiça restaurativa, quando vítima e infrator manifestarem, voluntariamente, a intenção de se submeterem ao procedimento restaurativo, o que condiciona o encaminhamento do caso ao núcleo restaurativo à anuência das partes, respeitando-se a sua autonomia. Já o quarto estatui que o Ministério Público poderá deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo, quando melhor seria que o dispositivo previsse a obrigatoriedade da suspensão, a fim de se evitar resultados conflitantes entre o procedimento restaurativo e o comum.

Urge destacar a previsão do art. 16, que introduz o Capítulo VIII, com os arts. 556, 557, 558, 559, 560, 561 e 562, no Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), especialmente a nova redação do art. 562, o qual dispõe que o acordo restaurativo deverá necessariamente servir de base para a decisão judicial final e, no parágrafo único, prevê que poderá o Juiz deixar de homologar acordo restaurativo firmado sem a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou que deixe de atender às necessidades individuais ou coletivas dos envolvidos.

## CONCLUSÃO

O compartilhamento de decisões com a vítima, o infrator e pessoas das famílias e comunidade - os verdadeiros interessados no conflito torna legítima a tutela jurisdicional, e materializa *in concreto* o princípio da dignidade da pessoa humana. Se por um lado pondera os interesses de quem poderá sofrer uma punição - o infrator, considera ao mesmo tempo o interesse jurídico da vítima, que necessita restabelecer o seu equilíbrio afetado pelo crime.

Nesse sentido, a aprovação do Projeto de Lei nº 7.006/06 representará um importante passo na construção de uma justiça criminal mais comprometida com as necessidades humanas, pois ao inserir a justiça restaurativa em nosso ordenamento jurídico, minorará as consequências deletérias de um modelo punitivo que não leva em consideração as partes envolvidas no delito e ao mesmo tempo provoca sofrimentos desnecessários e desigualmente distribuídos.

Em que pese os fins louváveis proclamados com a edição da Lei nº 9.099/95, esta não se mostrou capaz de concretizar de fato um “paradigma do encontro”, na medida em que se revelou mais preocupada em promover uma celeridade processual em detrimento da qualidade do acesso à justiça, fato evidenciado nos procedimentos de conciliação ali previstos, que sequer promovem um diálogo restaurador entre as partes, primeiro passo para a edificação de uma solução justa.

Por outro lado, em que pese a compatibilidade jurídica dos procedimentos restaurativos com os princípios constitucionais, urge a necessidade de introdução legislativa de dispositivos que

institucionalizem o uso da justiça restaurativa, em razão de uma cultura jurídica que pauta a conduta processual do magistrado a um rito próprio previsto em lei.

Imperiosa também a divulgação, através dos meios de comunicação de massa, dos paradigmas teóricos e experiências restaurativas já em curso, a fim de se romper com uma visão meramente retributiva do direito penal, fruto de consciências manipuladas na “sociedade do medo e do risco”.

## **BIBLIOGRAFIA**

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica - do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 7.006, de 10 de maio de 2006**. Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. Disponível em: <[http:// www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br) >. Acesso em: 21 nov. 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HULSMAN, Louk, BERNAT DE CELIS, Jacqueline. **Penas perdidas (o sistema penal em questão)**. Tradução por MARIA LÚCIA KARAM. Niterói: Luam, 1993.

ONU. **Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social**.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa. O paradigma do encontro**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1496, 6 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10238>>. Acesso em: 18 nov. 2011.

RUIZ, Diana Britto. **Justicia Restaurativa:** reflexiones sobre la experiencia de Colombia. Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2010.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão.** São Paulo: RT, 2002.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas:** a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed., Tradução de Vânia Romano Pedrosa e de Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

# PARADIGMA CONSTITUCIONAL DO ESTADO: liberal de direito, social de direito, democrático de direito e o terceiro setor

**Ana Paula Machado Costa Meneses**

Mestranda em Direito - UFS; Especialista em Direito  
Constitucional - UFS; Extensão Universitária em Especialização  
em Direito Processual Civil - UNIT; Participante da banca de  
Especialização “Segurança da Sociedade e Cidadania”-  
UFS/SSP/SE; Promotora de Justiça - MP/SE.

**Sumário:** Introdução; 1. Do Estado Liberal; 2. Do Estado Social;  
3. Do Estado Democrático de Direito; 4. Do Terceiro Setor:  
conceito e composição; 5. O Terceiro Setor e o Princípio da  
Subsidiariedade; 6. Terceiro Setor e Estado Democrático de  
Direito; Conclusão; Referências Bibliográficas.

**Resumo:** O artigo discorre sobre os aspectos mais relevantes dos diversos paradigmas do Estado de Direito, a saber, do Estado Liberal de Direito, envolto pelo liberalismo, idealizado e difundido pela classe burguesa, do Estado do Bem-Estar Social, o Estado-Providência, com nuances assistencialistas, do Estado Democrático de Direito, que tem por escopo a efetividade dos direitos individuais e sociais, materializados na CF/88, e do atual fenômeno social conhecido por Terceiro Setor que partilha um espaço comum público não estatal com o Estado (Primeiro Setor) e o Mercado (Segundo Setor), na busca da cidadania plena através da prestação de serviços sociais pelas organizações não governamentais (ONGs), complementando as atividades do Estado Democrático de Direito, calcado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, com vistas à democracia em evolução para formas cada vez mais participativas.

**Palavras-chave:** Estado de Direito; Terceiro Setor; Democracia.

**Abstract:** The article discusses the most important aspects of the various paradigms of Rule of Law, namely, of the Liberal State of Law, surrounded by liberalism, idealized and diffused by the bourgeoisie, of the Social Welfare State, the Providence State, with nuances in care, the Democratic State of Law, which has as scope the effectiveness of individual and social rights, embodied in the Federal Constitution of 1988, and the current social phenomenon known as Third Sector that share a common non-governmental public space with the State (First Sector) and the Market (Second Sector), in search of full citizenship through the provision of social services by non-governmental organizations

(NGOs), complementing the activities of the Democratic State of Law, based on Principle of Human Dignity, with a view to developing democracy toward more participatory forms.

**Keywords:** Rule of Law, Third Sector, Democracy.

## INTRODUÇÃO

*Ab initio*, importa realçar o sentido da palavra paradigma que significa modelo. As formas de Estado de Direito, adiante citadas, representam padrões construídos sobre pilares das ideologias liberal, socialista e social-democrata. Tais sistemas modelares engendram direitos e a cultura de um a determinada sociedade, em suas conotações política e civil.

A mudança de paradigma pode ser definida como a quebra de um pensamento hegemônico, para outro que simbolize a *visão social* atualizada. Enfim, a maneira com que os homens se relacionam na sociedade de uma determinada época.

Questão ventilada por Maria Tereza Fonseca Dias atrela-se à ruptura do paradigma de cada Estado de Direito, ou se na verdade o que ocorre é a transformação, a harmonização de direitos, e princípios extraídos de cada modelo estatal numa identificada evolução até chegar ao Estado Democrático de Direito:

O Estado Democrático de Direito é entendido por muitos autores como uma síntese dialética dos momentos anteriores da evolução dos paradigmas de Estado. Trata-se de um conceito novo, apesar de colacionar preceitos do paradigma do direito formal burguês e do direito materializado do Estado social.<sup>1</sup>

Ressalte-se a ideia de conflitos ou de complementaridade entre paradigmas, no sentido de que algumas ideias permanecem, embora já se esteja sob o prisma de um novo padrão jurídico. É o caso do Estado Democrático de Direito que mantém a estrutura capitalista, mas acolhe a intervenção estatal para garantir a igualdade de fato, dando matizes mais modernos aos princípios da subsidiariedade, da legalidade e aqueles outros em vigor.

---

<sup>1</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca. Terceiro setor: legitimidade e regulação. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 38.

Com efeito, o modelo da sociedade contemporânea é assimilado pelo paradigma jurídico, incorporando assim os princípios do direito e os direitos fundamentais. Destarte, é oportuno mencionar o pensamento de Jürgen Habermas que, com base na teoria do discurso, encampa a noção do terceiro paradigma jurídico, o Estado Democrático como forma procedimental de direito:

Um “modelo social do direito” (Wieacker) contém implicitamente uma teoria social do sistema jurídico; portanto, uma imagem que esse sistema constrói acerca de seu ambiente social. A partir daí, o paradigma do direito esclarece o modo como os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito devem ser entendidos e realizados no quadro de tal modelo. O direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois. Eu parto da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito.<sup>2</sup>

## **2. DO ESTADO LIBERAL**

Os marcos históricos, como a Revolução Inglesa (Gloriosa) de 1688, a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789, que representaram a ruptura do Estado Moderno Absolutista e a edificação do Estado de Direito, em face das respectivas mudanças de paradigma.

De observar-se que o momento histórico de mudança equacionado pela luta entre o Rei e o Parlamento, culminou com a Revolução Gloriosa, na Inglaterra, que fortaleceu direitos, garantias e privilégios, seguindo a trilha dos primitivos documentos jurídicos.

A Revolução Americana defendeu as ideias modernas contra a escravidão, republicanas, democratas e de federação, ideais estes que

---

<sup>2</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 241-242.

sempre permearam o direito americano. Todavia a Revolução da França contrária a Revolução da Inglesa de 1688, que, aclamando os valores de liberdade, igualdade e fraternidade, construiu novo ordenamento jurídico diametralmente diverso do anterior, como informa Jorge Miranda:

O que distingue, sobretudo, a Revolução Inglesa de 1688 (Glorious Revolution) da que um século mais tarde ensanguentaria a França está em que aquela se insere numa linha de continuidade, ao passo que a francesa tenta reconstruir a arquitetura toda do Estado desde o começo. A Revolução inglesa, na linha das primeiras cartas de direitos, não pretende senão confirmar, consagrar, reforçar direitos, garantias e privilégios. A Revolução francesa destrói os que vem a encontrar para estabelecer outros, de novo. Em Inglaterra, é a Realeza que ataca e o Parlamento que, em nome da tradição, defende e se defende; em França, o Rei remete-se ao papel de quem, sem forças nem convicção para resistir, tenta obter um adiamento numa liquidação inevitável. O Direito constitucional inglês não nasce em 1689 como o *Bill of Rights*, o Direito constitucional francês nasce em 1789 com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.<sup>3</sup>

No Estado de Direito Liberal vislumbra-se uma constituição essencialmente negativa, limitando o poder estatal, trazendo a certeza jurídica para o direito positivo burguês, desenhado sob a égide de um sistema de liberdades e garantias individuais.

Outrossim, o documento constitucional traduz-se numa decisão política de interesse da burguesia contra o Estado Absolutista. Fundamenta-se na clássica teoria econômica do *laissez faire*, para moldar sua economia liberal, que encontra no acervo da sociedade civil, intercâmbio de mercadoria e de trabalho social.

Saliente-se que a carta maior do Estado liberal de direito é regida por princípios da distribuição de direitos e liberdades individuais e da organização política em poderes livres e independentes (Legislativo, Executivo e Judiciário), num sistema de freios e contrapesos.

Como salientou Mário Lúcio Quintão Soares, John Locke foi um dos grandes mentores do Estado Liberal propugnando a propriedade ilimitada e a acumulação de capital, assim como Hobbes, em *Leviathan*,

---

<sup>3</sup> MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 72.

caracterizou o direito burguês como direito positivo, entretanto não criou as instituições básicas ou sustentáveis da sociedade mercantilista. Rousseau, por sua vez, laborou o famigerado conceito de vontade geral, em *Du Contrat Social*, com assento em elementos jusnaturalistas, que depois foram extraídos do Estado formal burguês.<sup>4</sup>

Neste passo, importa dizer da influência do Estado Razão de Kant sobre o Estado Liberal, quando prega que a legislação positiva tem como pressuposto a razão, viabilizando as regras jurídicas de natureza coercitiva e de liberdade. Segundo a lição de Mário Lúcio Quintão Soares:

Nestes moldes, o direito é o conjunto das condições que permitem ao arbítrio de cada um coexistir com o arbítrio de um outro, conforme uma lei universal da liberdade. A coexistência dos arbítrios, segundo essa lei, é assegurada pela lei universal do direito, ao determinar que as atuações externas dos indivíduos estejam consoantes à liberdade dos outros.<sup>5</sup>

Além destes princípios estruturais, destacam-se os princípios da subsidiariedade, do “Estado Mínimo” e da neutralidade, revelado na ausência de intervenção estatal, modelo econômico burguês, transportados para a atualidade pelo neoliberalismo, durante a crise do Estado do Bem-Estar Social.

A força normativa da constituição liberal mediante a positivação do direito burguês, objetiva disciplinar as instituições estatais de forma apartada da sociedade civil. Destarte, configuraram-se a igualdade e liberdade formais dispostas na ordem jurídica, posto que brotadas no jardim dos direitos e garantias individuais, ou seja, de defesa perante o Estado, havendo inclusive certos obstáculos ao direito de associação, relegando a economia de mercado aos mais fortes.

O cunho formal da igualdade e da liberdade, no Estado Liberal de Direito, decorre de um sistema de dominação anonimamente engajado na sociedade civil, que sustenta a prevalência do interesse do capital sobre o interesse das massas alienadas em prol de uma estabilidade econômica, promovendo claramente a desigualdade social.

O liberalismo, enquanto ideologia tem conotação relativista, e lançou-se sobre grande parte da Europa, tendo em vista que propagava a

---

<sup>4</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

<sup>5</sup> *Id. Ibid*, p. 271.

ideia de que cada nação possuía liberdade de plasmar sua própria organização política.

Mário Lúcio Quintão Soares afirma que a definição de Estado de direito liberal, com resquícios jusnaturalistas, vinculava a lei à noção de justiça material e até mesmo de democracia. *A posteriori*, evoluiu para um Estado de Direito formal através do *positivismo jurídico-estatal*, com eliminação dos remanescentes elementos jusnaturalistas do conceito de Estado de direito, tornando-se despolitizado. O Estado de Direito formal sem nuances políticas traçou os contornos de um dos princípios mais importantes da Administração Pública, princípio da legalidade.<sup>6</sup>

A doutrina jurídica não é pacífica sobre a superação do Estado de direito formal, equiparado ao Estado de Direito burguês. Parte dela perfiha do entendimento que esta transcendência pode ter ocorrido pelo aparecimento do Estado Social ou pelo retorno ao Estado de Direito material vinculado a princípios jurídicos fundamentais ou mesmo a valores. A transição do Estado Liberal para o *Welfare State* é marcada por uma política social que emoldurou os direitos fundamentais com o *status* social.

### 3. DO ESTADO SOCIAL

Nas novas cartas constitucionais, dentre elas as Cartas Magnas de Weimar de 1919 e a do México em de 1917, harmonizaram-se direitos de liberdades, direitos sociais e econômicos, inclusive com a introdução de interesses de grupos sociais, de associações, direitos do trabalhador, do produtor, etc. As intervenções estatais respeitaram a estrutura capitalista, mantendo a livre iniciativa privada e a concorrência, compensando as diferenças sociais causadas pelo acúmulo de capital.

No Estado Social, a administração predominou sobre a política e a técnica sobre a ideologia; houve um retorno ao estado de direito material, com a inserção constitucional de um sistema de regras e de princípios otimizáveis, contemplando valores fundamentais, com o fito de executar programas sociais dentro das possibilidades financeiras estatais.

---

<sup>6</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

A crise do *Welfare State* originou-se de várias causas, oportunidade em que neoliberais passaram a denominar o Estado Social de assistencialista, num momento de globalização da economia. Percebe-se que o Estado do Bem-Estar Social tornou-se amplo, maximizado, dispendendo custos altos para sua manutenção, acarretando o déficit público. Além disso, não logrou eficácia na prestação de serviços sociais, o que revelou a necessidade de uma reforma administrativa, com vistas inclusive a equilibrar a alta taxa de desemprego, amenizando a exclusão social, no anseio por eficiência.

No Brasil, sob a égide da Carta Magna de 1988, no governo de Fernando Henrique Cardoso, fora iniciada e concretizada, em parte, a reforma do aparelho do Estado, com objetivos cristalinos de resolver a baixa qualidade dos serviços públicos, embora houvesse constatações de excessos nos quadros de funcionários. Diz Luiz Carlos Bresser:

A partir de 1995, com o governo Fernando Henrique, surge uma nova oportunidade para a reforma do Estado, em geral, e do aparelho do Estado e de seu pessoal, em particular. Essa reforma tem por objetivos: a curto prazo, facilitar o ajuste fiscal, particularmente nos estados e municípios, onde existe um claro problema de excesso de quadros, a médio prazo, tornar mais eficiente e moderna a administração pública, voltando-a para o atendimento dos cidadãos.<sup>7</sup>

#### **4. DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

No Estado Democrático de Direito, as instituições do Estado têm por escopo tornar efetivos os direitos fundamentais e o pleno desenvolvimento da pessoa humana, com múltiplos partidos e sindicatos, e ampla participação dos cidadãos, respeitando-se os postulados da democracia representativa e direta, que devem avançar na direção de uma democracia participativa mediante processos de consulta popular como plebiscito, audiências públicas para a elaboração de orçamentos estatais, com a presença de cidadãos.

---

<sup>7</sup>BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). Reforma do Estado e administração pública gerencial. 7. ed. FGV, 2006. p. 257.

No que concerne aos partidos políticos, observe-se que devem ser aperfeiçoadas as normas que os regem, com escopo de que a Democracia se realize, simbolizando a vontade popular, segundo o ministério de Ubirajara Coelho Neto:

Os partidos políticos e o próprio jogo democrático, portanto, enquanto instrumentos de formação e expressão da vontade política popular devem sofrer alguns aprimoramentos, sempre com a finalidade já ressaltada de aproximação da vontade do povo àquela expressa pelo Parlamento.<sup>8</sup>

Anote-se que a democracia enquanto regime político não é estática, mas imersa num processo dinâmico, com o intuito de promover o desenvolvimento pleno do cidadão em condições de igualdade material no campo econômico e social. O Estado Constitucional Democrático sacramenta a legitimação do poder político através do princípio da soberania popular e carece de instituições políticas e democráticas para concretização da democracia, como diz Canotilho mencionando a Constituição Portuguesa de 1976:

[...] a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta, ativa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social (cfr. CRP, art. 9º, d).<sup>9</sup>

E ainda afirma o sobredito autor:

O Estado de direito democrático - para lograr ter força político-normativa-, necessita: (1) de um conjunto e instituições políticas básicas; (2) de um conjunto de condições econômicas, sociais e culturais favoráveis a estas instituições; (3) e de um conjunto de esquemas político-constitucionais (forma de governo, controle judicial, sistema eleitoral, sistema partidário). Só assim, e mais uma vez, o direito constitucional será um direito “vivo” e não apenas uma “*law in the books*”.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> COELHO NETO, Ubirajara. Estado Constitucional e Partidos Políticos: sistemas e crises. Diké: Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, v. 1, n. 1, p. 228, jul./dez., 2011.

<sup>9</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 289.

<sup>10</sup> *Id. Ibid.* p. 237.

De observar-se que fazendo um paralelo entre a democracia política e social, percebe-se que na atualidade, o desenvolvimento democrático não se restringe mais ao direito à participação política, mas no fato de que as sentenças políticas são influenciadas pela sociedade civil. Percebe-se que a democracia política é importante para evitar um regime totalitário, mas não é suficientemente satisfatória, o que ocorreria também com a democratização das instituições integrantes da sociedade.

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar, com respaldo no pensamento de Norberto Bobbio que a democracia deve ocupar os claros deixados na administração pública pela supressão de organizações burocráticas, assim também outros setores da sociedade civil em suas várias faces:

Em consequência, as formas hodiernas de desenvolvimento da democracia não podem ser interpretadas como afirmação de um novo tipo de democracia, mas devem ser bem mais entendidas como a ocupação, por parte de formas até tradicionais de democracia, de novos espaços, isto é, de espaços até então dominados por organizações de tipo hierárquico ou burocrático<sup>11</sup>.

E ainda assinala Bobbio:

Hoje, quem deseja ter um indicador do desenvolvimento democrático de um país deve considerar não mais o número de pessoas que têm direito de votar, mas o número de instâncias diversas daquelas tradicionalmente políticas nas quais se exerce o direito de voto<sup>12</sup>.

## **5. DO TERCEIRO SETOR: conceito e composição**

A expressão terceiro setor harmoniza-se com as ideias de interesse coletivo ou social. As próprias instituições, que participam desse seguimento, são chamadas de entidades de interesse social, o que significa ir além dos arredores dos interesses individuais para atingir a maioria. Esta terminologia passou a ser adotada em decorrência da dificuldade de se encontrar um termo, que absorvesse a diversidade de instituições plúrimas quanto aos seus objetivos, estruturas e finalidades.

---

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade: Para uma Teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 156.

<sup>12</sup> *Id. Ibid.* p. 157.

Inadiável a necessidade de definição do terceiro setor para a identificação das entidades de interesse social que dele fazem parte, colaborando para o estabelecimento de critérios objetivos. Desta forma, viabiliza-se o fomento das organizações não governamentais por intermédio da responsabilidade social das empresas, pelo Estado através de repasse de verbas públicas e da concessão de imunidades tributárias previstas na CF/88.

Para Sabo, terceiro setor pode ser definido como:

[...] o conjunto de organismos, organizações ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando o seu aperfeiçoamento.<sup>13</sup>

Gustavo Justino de Oliveira conceitua terceiro setor como:

[...] o conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não governamentais e sem ânimo de lucro (associações e fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados)<sup>14</sup>.

Assim, o termo terceiro setor simboliza entidades, sem fins econômicos, que defendem a implementação dos direitos fundamentais, o exercício da cidadania e perseguem fins altruístas sob âncora do bem comum.

A forma de constituição das entidades de interesse social é fundação ou associação, que podem receber os títulos de Organização Sociais-OS e Organização da Sociedade de Interesse Público-OSCIP, de Utilidade Pública e Certificado de Entidade Beneficente pelas três esferas de governo.

Registre-se a celeuma existente sobre quem faz parte do terceiro setor, inclusive se movimentos sociais e a responsabilidade social das empresas estariam nesse seguimento.

Apesar da dificuldade de se adotar um parâmetro legal, que aponte genuinamente quais entidades, sem fins lucrativos, participam do

---

<sup>13</sup> PAES, José Eduardo Sabo. Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 7. ed. São Paulo: Forense, 2010. p. 134.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito Administrativo Democrático. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 121.

terceiro setor, o art. 2º, da Lei federal nº 9.790/99, que disciplina a Organização da Sociedade de Interesse Público-OSCIP, elenca em seu art. 2º, um rol de entidades que, pelas suas características e atividades desempenhadas, não podem ser de interesse social, trazendo um critério objetivo de exclusão para o novo ramo do Direito, em fase embrionária, o chamado Direito do Terceiro Setor.

Integra o terceiro setor os entes de interesse social, que não distribuem excedentes operacionais, isto é, sobras de seu patrimônio líquido ou bruto, adquiridos durante o exercício das atividades. Tal excedente não pode ser rateado entre sócios, associados, diretores, empregados ou qualquer outra pessoa que participe da organização não governamental, em regular funcionamento.

Em resumo, as pessoas jurídicas, sem fins lucrativos, que praticam atos de comércio, mas que empregam o *superávit* arrecadado integralmente em seus respectivos fins sociais também compõem o terceiro setor, desde que suas atividades modifiquem positivamente a realidade social em que estão inseridas, ou seja, tragam benefício públicos.

Percebe-se que há entendimentos doutrinários divergentes sobre se os movimentos sociais como o movimento dos sem-terra-MST, as forças armadas revolucionárias colombianas-FARCs, fazem parte do terceiro setor. A posição mais coerente é a de que os movimentos sociais não fazem parte do terceiro setor, já que não estão legalmente constituídos. Aliás, as organizações não governamentais serviram para assessorar certos movimentos sociais alinhando vínculos jurídicos com o Poder Público.

Ressalta-se que as sociedades cooperativas embora não tenham a finalidade de lucro, os resultados são distribuídos entre os cooperados proporcionalmente ao valor das operações feitas pelo sócio perante a sociedade, podendo atribuir juro fixo ao capital realizado. O que descaracteriza tais entes, como pertencente ao terceiro setor, é o fato de objetivarem uma atividade econômica para proveito dos cooperados.

Com efeito, as cooperativas sociais regradas pela Lei nº 9.867/99, devem ser incluídas no rol de entidades que compõem terceiro setor; objetivam interesses gerais da comunidade como promover a inserção de pessoas em desvantagem no mercado de trabalho, seja por serem egressas das prisões, seja por serem dependentes químicos e demais situações de cunho social elencadas na lei.

Andrea Nunes propõe que o exercício da cidadania em atividades de mobilização do tecido social relativas à cultura de um povo e o bem-estar social sejam a pedra de toque para identificação de uma entidade pertencente ao terceiro setor.

Justamente por esta razão, elegemos o objetivo de promover o bem-estar social, através de atividades específicas de ações assistenciais, culturais e de promoção da cidadania como o traço distintivo de uma entidade de terceiro setor.<sup>15</sup>

Dentre as organizações não governamentais que desenvolvem as ações de interesse social, vislumbramos aquelas cujas ações visam à defesa da criança e do adolescente, à recuperação de drogados, de alcoólatras, aquelas de proteção ao meio ambiente e de doação de mantimentos, de medicamentos e outras atinentes a projetos culturais e esportivos.

A delimitação do rol de entidades do terceiro setor é importante para sua regulamentação, no sentido de se construir parcerias público-privadas, calcadas nos princípios constitucionais, que devem desenhar o arcabouço jurídico-legal de um Direito do Terceiro Setor.

## **6. O TERCEIRO SETOR E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE**

O termo subsidiariedade remonta ao latim *subsídium*, derivado de *subsidiarius*, significando forma secundária e supletiva. O princípio da subsidiariedade sustenta-se na ideia de descentralização, de participação, admitindo-se que as autoridades locais ou organismos privados disponham de certos poderes atinentes à prestação de alguns serviços públicos, em busca de eficiência, sem a subtração de todos os poderes da autoridade central circunscritos às atividades fiscalizadoras.<sup>16</sup>

Vale ressaltar que o princípio da subsidiariedade não exclui a intervenção estatal, portanto também aplicável ao Estado Social Democrático de Direito, mormente nos casos em que a iniciativa privada se mostrar incapaz de atingir os fins coletivos.

---

<sup>15</sup> NUNES, Andrea. Terceiro Setor: controle e fiscalização. 2 ed. São Paulo: Método, 2006. p. 26.

<sup>16</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Todas as competências que não são exclusivas do Estado podem ser transferidas às coletividades, sendo a cidadania ativa um de seus pilares, conforme lição ministrada por Baracho:

A cidadania ativa é pressuposto básico para a efetivação do princípio de subsidiariedade. Na sua efetuação, as instâncias privadas precisam trabalhar para a coletividade, pelo que devem realizar tarefas de interesse geral, operando-se de modo e por razões conjugadas.<sup>17</sup>

E ainda complementa o autor:

É pela redefinição da repartição de competências entre o Estado e os cidadãos, o privado e o público, que se estabelecerá novo equilíbrio social. Ocorrerá a devolução das competências, de conformidade com a finalidade das ações existentes e necessárias. O privado pratica seus negócios, para a realização de interesses setoriais, ao passo que o público ocupa-se dos interesses públicos. A devolução de competências leva em conta a capacidade para assumi-las.<sup>18</sup>

Os alicerces legais do terceiro setor foram construídos sob a égide do princípio da subsidiariedade, como consequência da crise do Estado de Direito Social deflagrada pela falta de eficiência na prestação de serviços públicos. A CF/88 arrola regras atinentes à descentralização da competência do Estado para a promoção de políticas públicas voltadas para questões sociais, realçando o direito de livre associação, que legitima a atuação do terceiro setor.

O desenvolvimento do terceiro setor decorre também da implementação das políticas reformistas do Estado de Direito Democrático ocorridas nas últimas décadas do século XX, passando de uma Administração Pública Burocrática para uma Administração Pública Gerencial.

A reforma gerencial do Estado de Direito acarretou o fortalecimento do espaço público não estatal dentro da sociedade civil onde grassaram muitas entidades de interesse social.

A passagem de uma Administração Burocrática para Gerencial, no enalço da tão perseguida eficiência, ainda não se ultimou. Todavia, deve ser aplainada, de modo atingir uma posição intermediária, uma vez que a

---

<sup>17</sup>*Id. Ibid.* p. 63 e 64.

<sup>18</sup>*Id. Ibid.* p. 65.

redução exagerada da Administração Pública prejudica a atuação estatal na prestação direta de serviços sociais, compelindo sua transferência, em sua maior parte, para o terceiro setor, não preparado para cumprir esse *mister*.

Nesse diapasão, a ideia de substituição do Estado por entes privados na execução de serviços sociais, mesmo que não exclusivos, não é interessante, num país ainda em desenvolvimento, eivado de distorções na estrutura das instituições democráticas. É o pensamento de Andréa relatado por Tarso Cabral Violin.<sup>19</sup>

Andréa Koury Menescal é contrária que as ONGs compensem as deficiências do Estado e do mercado, como provedoras de bens coletivos à sociedade, pois este é o principal dever das instituições estatais. Para ela as ONGs podem apoiar grupos e movimentos sociais de uma maneira que nem o mercado e nem o Estado são capazes, com uma função sociopolítica, como grupos de pressão (“*pressure groups*”), apresentando propostas e influenciando positivamente as políticas governamentais na busca de mudanças sociais significativas”. (Menescal, *apud* VIOLIN, 2006, p. 142).

O terceiro setor sinaliza a atuação pública por entes de natureza privada, sem fins lucrativos, ocupando uma lacuna no cenário de políticas públicas de interesse coletivo, mas na condição de colaboradores, sem a conotação de substituição, realizando ao lado do Estado atividades de extrema importância social, com observância do princípio da eficiência.

## **7. TERCEIRO SETOR E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

O estudo do terceiro setor está intimamente ligado aos interesses ou direitos das massas inseridas na sociedade civil, palco onde se descortinam vários conflitos e interesses diversos, que encontra amparo encontra amparo na tutela constitucional dos direitos individuais e coletivos. Afirmo Bobbio:

---

<sup>19</sup> MENESCAL, Koury. História e gênese das organizações não governamentais. In: GONÇALVES, Hebe Signorini (org.). Organizações não governamentais: solução ou problema. São Paulo: Estação Liberdade, 1996. p. 24, 26, 28, 32, *apud* VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 142.

[...] sociedade civil é o lugar onde surgem e se desenvolvem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos, religiosos, que as instituições estatais têm o dever de resolver através da mediação ou através da repressão. Sujeitos desses conflitos e, portanto da sociedade civil exatamente enquanto contraposta ao Estado são as classes sociais, ou mais amplamente os grupos, os movimentos, as associações, as organizações que a representam ou se declaram seus representantes; ao lado das organizações de classe, os grupos de interesses, as associações de vários gêneros com fins sociais, e indiretamente políticos, os movimentos de emancipação de grupos étnicos, de defesa dos direitos civis, de libertação da mulher, os movimentos de jovens, etc.

É no campo do fomento estatal que residem, em sua maioria, as relações que o Estado e o Mercado estabelecem com a sociedade civil organizada, o terceiro setor. Neste passo, divergindo das ideias importadas de outros países mais desenvolvidos, que defendem organizações não governamentais autossustentáveis.

O fomento caracteriza-se pelo incentivo às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde a qualificação das entidades de interesse social até a concessão de subsídios, de subvenções sociais, incentivos fiscais, apoios, patrocínios, doações promovidos pelo Poder Público e pelas empresas.

Averbe-se que há um consenso na doutrina quanto à necessidade de um processo seletivo simplificado, em respeito aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e economicidade, para a seleção das organizações não governamentais pelo Poder Público, nos casos em que estas manejem recursos públicos, com exceção da Organização Social-OS e da Organização da Sociedade de Interesse Público- OSCIP, que há diploma legal específico regendo a matéria.

A expansão da esfera pública não estatal não é sinônima de privatização das atividades do Estado, mas de fortalecimento do caráter participativo e democrático da sociedade civil pública através de ONGs, que devem se posicionar como coadjuvantes no labor público e não substituir o Erário.

Com fundamento num direito público renovado, amenizando a dicotomia secular entre o público e o privado, que imperava no Estado

Liberal e no Estado Social, sobressai o avanço rumo à organização da sociedade e a uma democracia mais participativa, por meio de Conselhos de Políticas Públicas, compostos por representantes de governos e de entes não governamentais, assim também de expedientes como consultas públicas e orçamento participativo, com a presença de vários tipos de associações populares. Adiante, excerto dos escritos de Boaventura Souza Santos e Leonardo Avritzer, corroborando o entendimento esposado:

À luz dos casos estudados, o Brasil e a Índia são os países nos quais as potencialidades da democracia participativa mais claramente se manifestam. Leonardo Avritzer mostra, no seu texto sobre o orçamento participativo, como a Assembleia Constituinte no Brasil aumentou a influência de diversos atores sociais nas instituições políticas através de novos arranjos participativos.

O artigo 14 da Constituição de 1988 garantiu a iniciativa popular como iniciadora de processos legislativos. O artigo 29 sobre a organização das cidades requereu a participação dos representantes de associações populares no processo de organização das cidades. Outros artigos requerem a participação das associações civis na implementação das políticas de saúde e assistência social.<sup>20</sup>

Anote-se finalmente que a precária fiscalização empreendida pelos órgãos públicos competentes de controle interno e externo, quanto ao correto uso dos recursos públicos pelas entidades de interesse social, tem provocado a perda da natureza questionadora e combativa destas organizações. Em contrapartida, ensejou visíveis práticas antidemocráticas e fraudulentas, expostas à própria sociedade civil, que assiste inerte à corrupção antes encoberta nos bastidores do Estado.

## CONCLUSÃO

O discurso neoliberal-gerencial hegemônico que defende o Estado minimizado, tão-somente regulador das relações econômicas e sociais, deve ser contemporizado, dando lugar à concepção constitucional de

---

<sup>20</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa e Avritzer, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. *In* SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 65.

Estado Democrático de Direito consagrando e efetivando uma ordem jurídica materialmente justa, fincada em princípios normativos, garantias individuais e concretização dos direitos socioeconômicos de interesse geral.

A adequada prestação de serviços públicos pelo Estado não inibe o labor social das organizações não governamentais ou da iniciativa privada, que seguem auxiliando o Poder Público nas searas social, num papel de complementaridade. Aliás, não deve haver substituição, mas concomitante prestação de serviços sociais pelo Estado e pela sociedade civil organizada, com vistas ao aperfeiçoamento dos serviços disponibilizados à população, nas searas da educação, saúde, havendo uma verdadeira integração entre o público e o privado.

As matérias relativas à regulação ou dispensa do processo seletivo não estão disciplinadas em lei, o que contribuiu para serem contratadas ou conveniadas pela Administração Pública entidades de interesse social, sem capacidade técnica ou financeira, para o cumprimento do objeto dos instrumentos legais firmados.

As entidades de interesse social, legitimamente constituídas, e em regular funcionamento, integram o terceiro setor, e devem ter por objetivo a identificação problemas coletivos, propondo alternativas de políticas públicas. Contudo, verifica-se que as organizações não governamentais deixaram de esta postura, mesmo porque são sempre subsidiadas financeiramente pelo Estado.

Assim, o termo terceiro setor simboliza entidades, sem fins econômicos, que defendem a implementação dos direitos fundamentais, o exercício da cidadania e perseguem fins altruístas envolvidos pelo véu do bem comum, o que se coaduna com os objetivos do Estado Democrático de Direito positivado na Carta Maior.

A ética e a probidade administrativa devem valorizar os liames jurídicos selados com organismos do terceiro setor para legitimar um Estado Democrático de Direito, cravado no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, liberto da marca da corrupção e unido pelo sinal da solidariedade, estandarte da Justiça Social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial.** 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: Para uma Teoria geral da política.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COELHO NETO, Ubirajara. Estado Constitucional e Partidos Políticos: sistemas e crises. **Diké: Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe, Programa de Pós-Graduação em Direito.** Vol. 1, n. 1 (jul./dez. 2011). São Cristóvão: Editora UFS, 2011, p. 209 a 246.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro setor: legitimidade e regulação.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- MENESCAL, Koury. **História e gênese das organizações não governamentais.** *In:* GONÇALVES, Hebe Signorini (Org.). **Organizações não governamentais: solução ou problema.** São Paulo: Estação Liberdade, 1996, *apud* VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NUNES, Andrea. **Terceiro Setor: controle e fiscalização.** 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa e Avritzer, Leonardo. **Introdução: para ampliar o cânone democrático.** *In* SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa.** 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 7. ed. São Paulo: Forense, 2010.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

# CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**Anna Paula Sousa da Fonsêca Santana**

Mestranda em Direito - UFS; Prof.<sup>a</sup> da Graduação - FANESE;  
Especialista em Direito Processual Civil, Direito Material e  
Processual do Trabalho; Advogada.

**Sumário:** Considerações Iniciais; 1. Constitucionalismo do Pós-guerra; 2. A Constituição como Filtro Axiológico do Ordenamento Jurídico e do Sistema Processual; 3. O Processo como Consectário para Alcançar a Adequação de Resultados Coerentes com os Valores Constitucionais; 4. Do Formalismo-Excessivo ao Formalismo-Valorativo; 5. Do Devido Processo Legal; Conclusão; Bibliografia.

**Resumo:** O presente texto tem por objetivo analisar a influência do constitucionalismo no direito processual civil, partindo do princípio da dignidade humana e do homem como ator do filtro axiológico. O processo deixa de ser um visto como mero instrumento a serviço do direito material e passa a ser reconhecido como uma garantia constitucional fundamental, como direito constitucional aplicado. Para tanto, parte-se de um processo permeado por um formalismo-excessivo em busca de um formalismo-valorativo a desaguar no necessário equilíbrio ou ponderação entre os princípios da efetividade e segurança jurídica. Por fim, tem-se no princípio da proporcionalidade e na “regra da colisão” a solução para o alcance de decisões mais justas e consetâneas com o Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo; Formalismo-Valorativo; Efetividade.

**Abstract:** This paper aims to examine the influence of constitutionalism in civil procedure, starting of the dignity of man and he as an actor for the filter set of values. The process is no longer seen as a mere instrument in the service of substantive law and is now recognized as a fundamental constitutional guarantee, such as constitutional law applied .To this end, it starts a process permeated by excessive formalism in search of a value formalism to reach the necessary balance or the proportionality of the principles of effectiveness and legal certainty. Finally, there is the principle of proportionality and the "rule of the collision" the solution to reach decisions more fairer with the Democratic Rule of Law.

**Key Words:** Constitutionalism; Value Formalism; Effectiveness.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito Processual Civil vem passando por uma série de reformas desde o início da década de 90, com o intuito de fazer introduzir em seu sistema um mecanismo mais aprimorado de solução de litígio.

Objetiva-se, desde a primeira reforma, dar uma maior celeridade processual através da simplificação de procedimentos, bem como alcançar a máxima efetividade da tutela jurisdicional numa perspectiva de respeito à dignidade da pessoa humana por intermédio de uma maior praticidade na busca de uma concreta proteção dos direitos dos cidadãos.

Todo esse caminho percorrido pelo Direito Processual Civil nas últimas décadas e o que se visa alcançar, ainda, é reflexo de um contexto surgido no pós-guerra que fez inserir a Constituição dentro de um cenário normativo de importância suprema e de comando vertical sobre as normas infraconstitucionais.

O “supraprincípio” da dignidade da pessoa humana faz do homem o protagonista do filtro axiológico da Constituição e o direito processual deixa de ser um simples instrumento técnico a serviço do direito material e passa a ser visto como uma estrutura que requer um preenchimento valorativo para se harmonizar com os direitos fundamentais postos na Constituição.

Essa nova concepção revolve com o já consagrado princípio da segurança jurídica e cria um embate com os novos anseios de efetividade, fazendo-se *mister* solucionar, coordenar, encontrar um ponto de equilíbrio ou ponderação para que se obtenha um provimento jurisdicional justo.

Buscando equacionar a tensão que se faz hodiernamente presente entre efetividade e segurança jurídica, é que o presente trabalho traz como solução o princípio da proporcionalidade, na visão de Robert Alexy.

## 2. O CONSTITUCIONALISMO DO PÓS-GUERRA

O constitucionalismo é fruto de um longo processo de mutação social, política e jurídica, exteriorizado através da positivação de ideias em documentos tidos como normas de ordem superior de um Estado organizado, permeados de garantias mínimas e liberdades destinadas aos cidadãos que o compõem.

Para Dirley da Cunha Júnior<sup>21</sup>, constitucionalismo é:

“um movimento político-constitucional que pregava a necessidade da elaboração de Constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime de liberdades públicas.”

É exatamente em meio ao contexto histórico presente no segundo pós-guerra, qual seja, de anseio por normas reguladoras e garantidoras de direitos e liberdades individuais até então não asseguradas pelo Estado-legalista, que o constitucionalismo se consolida na busca de formação e efetiva aplicação de um novo paradigma representado por um Estado de Direito Constitucional, cuja base sustentadora reside no reconhecimento do valor da dignidade da pessoa humana. Foi, portanto, a consagração dos direitos individuais fundamentais a causa e o objetivo do constitucionalismo moderno, bem como o norte para vincular e dirigir a ação do Estado.

Nesse momento a constituição deixa de ser vista como um documento essencialmente político, onde o judiciário não tinha o poder de se imiscuir na concretização do seu conteúdo, e passa a ser reconhecida a sua força normativa, a imperatividade de suas normas, bem como sua aplicabilidade direta e imediata.

A Constituição ganha a feição de Lei Suprema com eficácia irradiante em todo o ordenamento jurídico. Tem-se, pois, a Constituição como um filtro de validade das normas inferiores, as quais não podem com ela se chocar, mas, sim, integrar-se para fazer valer o seu comando e a sua aplicação frente as relações sociais legítimas.

A Constituição não mais se reduz a normas de conteúdo programático e de aplicabilidade sugerida. Como norma fundamental, de posição superior frente às demais leis de um país, a Constituição obriga respeito, obediência e vinculação de interpretação das leis súditas.

Ademais, ao abandonar o modelo utilitário de Constituição proposto por LOEWENSTEIN, onde se tem um documento puramente utilitário desprovido de intenções ideológicas, a Constituição se perfaz com um documento dotado de valores e princípios, estes, por sua vez, com força normativa e aplicação segundo dimensão de importância.

---

<sup>21</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de Constitucionalidade. p. 21.

Assim, para se considerar um ordenamento jurídico impregnado pela Constituição, servindo-se do estudo publicado por Ricardo Guastini, citado por Luís Roberto Barroso<sup>22</sup>, tem-se como necessária a presença de sete condições, a saber:

- a) Uma Constituição rígida, qual seja, quórum qualificado para revisão e cláusulas “superconstitucionais”;
- b) A existência de uma garantia jurisdicional de controle de constitucionalidade das leis;
- c) O compartilhamento da idéia de força normativa da Constituição, onde a mesma é vista como um documento dotado de efetividade;
- d) A aplicação direta das normas constitucionais, sendo estas imperativas e suscetíveis de produzir efeitos jurídicos imediatos;
- e) A influência da Constituição sobre as relações política, concedendo ao judiciário o poder de resolver conflitos de natureza eminentemente política;
- f) A interpretação das leis conforme a constituição, com o fim de manter a validade do ordenamento jurídico;
- g) “Sobreinterpretação” do texto constitucional, passando a atuar como um filtro a condicionar a interpretação de todas as normas jurídicas.

É, portanto, centrada na Constituição como filtro de interpretação do ordenamento jurídico que se passa a enfocar o sistema processual civil.

### **3. A CONSTITUIÇÃO COMO FILTRO AXIOLÓGICO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E DO SISTEMA PROCESSUAL**

Consoante já citada, a filtragem constitucional pode ser conceituada como um processo em que todo o ordenamento jurídico passa por uma depuração valorativa da Constituição, numa perspectiva material e formal, a possibilitar uma releitura do ordenamento jurídico e atualização de suas normas. É dizer, de igual forma, que a Constituição ao mesmo tempo em que purifica as normas infraconstitucionais, as contamina com os valores que dela emergem.

---

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

Em consequência, trazendo para a área de estudo, o Direito Processual Civil deve expressar em suas normas os valores principiológicos presentes na Constituição, por meio dos princípios estruturantes (Estado de Direito e princípio democrático), específicos (princípio do devido processo legal, indeclinabilidade da jurisdição), fundamentais gerais, além dos princípios implícitos (princípio da proporcionalidade), tudo em função do ponto central e núcleo da Constituição que são os direitos fundamentais, com destaque primordial para o da dignidade da pessoa humana.

Nesse entender, pode-se afirmar que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está na base de todos os direitos constitucionais consagrados, sobressaindo como um axioma, auxiliando a interpretação e aplicação de outras normas, bem como apontando um fim a ser atingido, uma linha de atuação para o Estado, estabelecendo os deveres para promover os meios indispensáveis a uma vida humana digna. É, portanto, o Homem o protagonista, o ator principal do filtro axiológico.

Em termos próximos se manifestou Nelson Rosendal<sup>23</sup>, em seu livro “Dignidade humana e boa-fé no código civil”:

“Temos ainda que a Constituição de 1988 adotou uma decisão política fundamental: inserir o princípio da dignidade humana como princípio fundamental da República Federativa, proporcionando um conteúdo substancial ao sistema jurídico. Essa meta é uma demonstração da subserviência do Estado ao ser humano; da posição de anterioridade da pessoa ao ordenamento e, principalmente, da supremacia dos valores, agora positivados em princípios.”

Ainda, citando Canotilho<sup>24</sup>, tem-se:

“Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve os aparelhos político-

---

<sup>23</sup> ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e a boa-fé no código civil, p. 51.

<sup>24</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 225.

organizatórios. A compreensão da dignidade da pessoa humana associada à idéia de homo noumenon justificará a conformação constitucional da República Portuguesa onde é proibida a pena de morte (artigo 24.º) e a prisão perpétua (artigo 30.º/1). A pessoa ao serviço da qual está a República também pode cooperar na República, na medida em que a pessoa é alguém que pode assumir a condição de cidadão, ou seja, um membro normal e plenamente cooperante ao longo da sua vida.

Assim, o Estado deve estar a serviço da pessoa humana, suprimindo suas necessidades e propiciando-lhe o pleno acesso às condições necessárias para a promoção dessa realização.

Como corolário do princípio da dignidade humana, tem-se que os direitos fundamentais devem repercutir no processo a configurar a sua razão de ser. Este, por sua vez, abandona a concepção tradicional de que é apenas um meio ou instrumento de composição da lide a favor do direito material, e se revela como um programa de reformas e métodos de pensamento que proporcionem uma máxima efetividade, uma jurisdição mais ágil e eficiente, a salvaguardar os valores individuais e coletivos atualmente cultuados pela Constituição.

Frente à tamanha defesa da importância da norma constitucional no ordenamento jurídico atual, chega-se a questionar se a lei infraconstitucional perdeu a importância no Estado contemporâneo. Por certo que não. O que se tem é uma mudança de paradigma para adequar a aplicação das normas vigentes à realidade social sob a ótica dos direitos humanos.

O processo passa a ser reconhecido como uma garantia constitucional fundamental, como materialização dos direitos fundamentais, como direito constitucional aplicado.

Nesse sentido afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>25</sup>, em seu livro “Do formalismo no processo civil”:

“Daí a idéia, substancialmente correta, de que o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e pacificação social.”

---

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil, p. 75.

Impera, agora, centrar a abordagem num dos sentidos vetoriais apontados por Cândido Dinamarco<sup>26</sup> para a infiltração da carga axiológica do texto constitucional, quais sejam:

- a) Constituição-processo: limita-se ao estudo da tutela constitucional do processo e dos princípios que devem regê-lo, tudo isso elevado a nível constitucional; e
- b) Processo-constituição: que analisa jurisdição constitucional destinada ao controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, bem como a preservação de garantias constitucionais.

É no “Direito Constitucional Processual”, que se diga de logo não se tratar de um ramo autônomo do direito processual, mas sim de um “ponto-de-vista metodológico e sistemático do qual se pode examinar o processo em suas relações com a constituição”, como esclarece Ada Pellegrini<sup>27</sup>, que se busca enquadrar a constitucionalização do direito processual civil, através do estudo das normas constitucionais que estruturam o direito processual.

#### **4. O PROCESSO COMO CONECTÁRIO PARA ALCANÇAR A ADEQUAÇÃO DE RESULTADOS COERENTES COM OS VALORES CONSTITUCIONAIS**

Partindo dos direitos fundamentais como base de sustentação do processo, o ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes<sup>28</sup>, escreveu sobre a importância e função destes na ordem jurídica, enquadrando o acesso à justiça na infraestrutura estatal de garantias positivas do exercício de liberdade. Leia-se:

“Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face

---

<sup>26</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. p. 25.

<sup>27</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Os princípios constitucionais e o código de processo civil, p. 7.

<sup>28</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_14/direitos\\_fund.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm).

dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aquele que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático”.

“Nos últimos tempos vem a doutrina utilizando-se do conceito de "direito à organização e ao procedimento" (Recht auf Organization und auf Verfahren) para designar todos aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização), como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à justiça; direito de proteção judiciária; direito de defesa). Reconhece-se o significado do direito à organização e ao procedimento como elemento essencial da realização e garantia dos direitos fundamentais. Isto se aplica de imediato aos direitos fundamentais que têm por objeto a garantia dos postulados da organização e do procedimento, como é o caso da liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII), das garantias processuais-constitucionais da defesa e do contraditório (art. 5º, LV), do direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII), das garantias processuais-constitucionais de caráter penal (inadmissibilidade da prova ilícita, o direito do acusado ao silêncio e à não-auto-incriminação, etc.). Também poder-se-ia cogitar aqui da inclusão, no grupo dos direitos de participação na organização e procedimento, do direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário e do acesso à propaganda política gratuita nos meios de comunicação (art. 17 § 3º da CF), na medida em que se trata de prestações dirigidas tanto à manutenção da estrutura organizacional dos partidos (e até mesmo de sua própria existência como instituições de importância vital para a democracia), quanto à garantia de uma igualdade de oportunidades no que concerne à participação no processo democrático.”

Nesse entender o direito de acesso à justiça não pode ser utilizado apenas como meio de garantir ao cidadão o dizer do direito material, mas, sim, como direito fundamental que o é, deve ser adequado aos valores constitucionais e servir como um instrumento de liberdade e de justiça efetiva.

Não é por outro motivo que aqui se evoca o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que apesar de não ter conteúdo normativo, é impregnado de valores que servem como uma “profissão de fé”, um “catálogo de expectativas”, um querer normativo, um norte interpretativo, que trouxe em seu bojo o direito de ação qualificado pelo direito de justiça. Confira-se:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a **assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais**, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e **a justiça como valores supremos** de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (grifou-se)

Instado a se manifestar o STF deixou claro que o sentido do termo “assegurar” posto no preâmbulo da Constituição não é meramente ideológico, pragmático, mas sim, de efetivo exercício.

“Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 (...). É certo que parte da doutrina não considera o preâmbulo como dotado de força normativa. Observava Kelsen que o preâmbulo “expressa as idéias políticas, morais e religiosas que a Constituição tende a promover. Geralmente, o preâmbulo não estipula normas definidas em relação com a conduta humana e, por conseguinte, carece de um conteúdo juridicamente importante. Tem um caráter antes ideológico que jurídico” (Kelsen, Hans - Teoria General del Derecho y del Estado. 2. ed., p. 309). (...) E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que “ o Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. **‘Assegurar’ tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém de garantia de valores**

**abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico”** (ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008).

Cumprido falar, portanto, em direito fundamental de acesso à justiça por meio de um processo eivado de atos necessários à obtenção de um provimento jurisdicional efetivo. Não basta haver o acesso ao judiciário através da técnica processual como um fim em si mesmo, *mister* se faz que a indeclinabilidade da jurisdição seja ampla e concreta, permeada de atos tendentes a garantir os direitos insculpidos na Constituição.

## **5. DO FORMALISMO EXCESSIVO AO FORMALISMO VALORATIVO**

O formalismo pode ser definido como o conjunto de regras que disciplinam as condutas e os deveres dos sujeitos que compõem a relação processual, ordenando o procedimento e dirigindo o processo no sentido de atingir os fins a que se destinam. É tido com necessário contra as possíveis arbitrariedades dos juízes, bem como em face do valor essencial da segurança jurídica.

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira esse formalismo é bom quando direcionado a uma determinada finalidade. Distanciando-se desta, e limitando a cumprir em minúcias as inúmeras regras contidas no código processual, é que se depara com o combatido formalismo-excessivo destinado a controlar a jurisdição e os agentes forenses pelo centro do poder político, com a consequente diminuição da participação democrática dos sujeitos de direito.

Daí ganha força o instrumentalismo munido da efetividade como valor essencial. O processo deve se ligar ao vetor axiológico trazido pela Constituição Federal e aqui já explanado como uma releitura processual, uma inserção do processo como um direito fundamental a efetivar os direitos da dignidade humana.

Analisando essa mudança de paradigma, Carlos Alberto<sup>29</sup> diz:

“Essa mudança de paradigma, que introduz um direito muito mais flexível, menos rígido, determina também uma alteração no que concerne à segurança jurídica, que passa de um estado estático para um estado dinâmico. Assim, a segurança jurídica de uma norma se mede pela estabilidade de sua finalidade, abrangida em caso de necessidade por seu próprio movimento. Não mais se busca o absoluto da segurança jurídica, mas a segurança jurídica afetada de um coeficiente, de uma garantia de realidade. Nessa nova perspectiva, a própria segurança jurídica induz a mudança, a movimento, na medida em que ela está a serviço de um objetivo mediato de permitir a efetividade dos direitos e garantias de um processo equânime. Em suma, a segurança já não é vista com os olhos do Estado liberal, em que tendia a prevalecer como valor, porque não serve mais aos fins sociais a que o Estado se destina. Dentro dessas coordenadas, o aplicador deve estar atento às circunstâncias do caso, pois às vezes mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias peculiares da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto.”

Questão que impõe resolução, contudo, é como buscar o equilíbrio, a coordenação proporcional entre segurança e efetividade a desembocar num processo justo.

## **6. DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

O princípio do devido processo legal nasceu na Inglaterra, mas ganhou forças nos Estados Unidos, cujo significado inicial foi associado a “vida, liberdade e propriedade”, sendo em seguida alterado para o de “igualdade na lei” e não só “perante a lei”, momento em que passou a ser usado de forma efetiva.

No Brasil, desde a Constituição de 1924, onde se fez inserir os princípios da ampla defesa, do contraditório e da igualdade, foi

---

<sup>29</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. Em: [http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO\\_O\\_Formalismo-valorativon\\_no\\_confronto\\_com\\_o\\_Formalismo\\_excessivo\\_290808.htm](http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativon_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm).

tacitamente consagrado o devido processo legal. Com a Constituição de 1988 ficou expressamente estabelecido no art. 5º, inciso LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A importância da análise do princípio em questão num estudo referente a constitucionalização do processo civil toma corpo na medida que grandes processualistas a exemplo de Nelson Nery Jr., Cândido Rangel Dinamarco e Paulo Rangel, asseveram que no devido processo legal estariam contidos todos os outros princípios processuais, como o da igualdade, da publicidade dos atos processuais, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, da imparcialidade do juiz, da proibição da prova ilícita, do duplo grau de jurisdição, do termo do processo em prazo razoável e da motivação das decisões judiciais.

Como se vê, o devido processo legal tem vasto espectro de atuação, constituindo-se no elemento central da constitucionalização do processo, sendo o núcleo do processo judicial na Constituição.

Sua definição se encontra dividida em dois planos, quais sejam, o *procedural due process* e o *substantive due process*.

### **6.1 Procedural due Process e Substantive due Process**

O *procedural due process*, conhecido como devido processo adjetivo, limita-se a considerar o aspecto procedimental do princípio, dando-lhe a vertente de garantia processual, de procedimentos ordenados e sequenciados, da observância dos princípios e normas correspondentes, a implicar num processo escorreito.

O *Substantive due process*, denominado no Brasil de devido processo legal substantivo se revela pela manifestação do devido processo legal no âmbito material. É dizer, sob o prisma substantivo, o devido processo legal tem aplicação ampla, impossibilitando que os direitos do cidadão sejam ofendidos tendo em vista a razoabilidade e proporcionalidade.

Na mesma linha pronunciou-se o Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso no acórdão que segue transcrito:

Abrindo o debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV, do art. 5º, respectivamente. (...) *Due process of law*, com conteúdo substantivo - *substantive due process* - constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser

dotadas de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual - procedural due process - garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa." (ADI 1.511-MC, voto do Min. Carlos Velloso, DJ 06/06/03).

Fazendo-se um somatório das duas faces do devido processo legal, chega-se a um processo legal ordenado (formal) acrescido de um processo justo e adequado (substantivo).

## **6.2 Princípio da Proporcionalidade e Regra de Colisão**

De logo, convém esclarecer que o presente texto se utiliza da expressão proporcionalidade e não razoabilidade por ter sido esta a denominação adotada pelo Supremo Tribunal Federal e por grande parte da doutrina brasileira. Ademais, no entender de Virgílio Afonso da Silva, proporcionalidade não é sinônimo de razoabilidade, diferindo tanto na origem quanto na estrutura.

“A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade.”<sup>30</sup>

Esse princípio foi concebido em cima de três máximas, a saber: adequação; necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação é uma relação entre o meio e o fim, ou seja, o meio utilizado tem que ser apto para alcançar o fim almejado. É excluir o meio não idôneo.

A necessidade, por sua vez, também chamada de exigibilidade, baseia-se na assertiva de que não basta que o meio seja apto a atingir o

---

<sup>30</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável.

fim almejado, mas sim, que dentre os vários meios disponíveis, deve-se optar por aquele que seja o menos gravoso possível, o melhor para o direito fundamental atingido.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, significa uma relação entre o custo da medida e os benefícios trazidos por ela. É o uso da ponderação, de um sistema de valoração. O juízo de proporcionalidade permite um perfeito equilíbrio entre o fim almejado e o meio empregado, ou seja, o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da mesma, sendo que as vantagens que trará superarão as desvantagens.

No direito brasileiro, o princípio da proporcionalidade acha-se de forma implícita no texto constitucional, quando se assegura aos jurisdicionados o direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV), aqui já explicado. Ele faz parte do conjunto de princípios norteadores da interpretação das regras constitucionais e infraconstitucionais, sendo considerado, também, componente indissociável da concepção de Estado Democrático de Direito.

Ressalta-se, contudo, que para Robert Alexy o Princípio da Proporcionalidade é procedimental e dispensa fundamentação na Constituição, derivando, portanto, da estrutura das normas de direitos fundamentais, bem como das normas que estabelecem políticas públicas.

É nessa ótica que o devido processo legal surge como um direito fundamental, como um elemento imprescindível à realização de um processo que atenda às exigências do Estado Democrático de Direito. Não basta que seja oportunizado o acesso ao judiciário e que desse se obtenha a garantia de um processo encadeado de procedimentos baseados na necessidade de segurança jurídica, mas, também e primordialmente, o direito de obter um processo funcional, efetivo, que venha a culminar numa decisão justa.

Conforme Theodoro Júnior<sup>31</sup>:

“O processo, na consciência da comunidade social, e na convicção dos juristas do final de nosso século, tem de ser um sistema comprometido com o justo, no exato sentido que a Sociedade empresta a essa idéia. O século XX se encerra, portanto, convencido de ter imposto ao direito processual os

---

<sup>31</sup> THEODORO JR, Humberto. O Processo Civil Brasileiro no Limiar do Novo Século.

rumos da instrumentalidade, mas não apenas a ser simples realizador da vontade concreta da lei. O processo que lega ao novo milênio é o da efetividade, no qual não se cinge o Judiciário a dar aos litigantes uma solução conforme a lei vigente, mas a que tenha como compromisso maior o de alcançar e pronunciar, no menor tempo possível, e com o mínimo sacrifício econômico, a melhor composição do litígio: a justa composição. A garantia do devido processo legal, herdada dos séculos anteriores, tornou-se, em nosso tempo, a garantia do processo justo.”

Esse equilíbrio, essa ponderação e coordenação entre efetividade e segurança jurídica pode ser buscada pela relação de precedência proposta por Alexy. Havendo conflito de princípios, como estes não se excluem, apenas se chocam, faz-se preciso verificar a relação de precedência condicionada entre ambos para se chegar à conclusão de aplicação justa. Trata-se de sopesar os princípios em tensão de acordo com o peso que eles passam a possuir no caso concreto.

Assim, Alexy cria a já difundida fórmula  $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$ , onde  $P_1$  e  $P_2$  são os princípios, sendo que nesse estudo chama-se de  $P_1$  a segurança jurídica e de  $P_2$  a efetividade,  $\mathbf{P}$  significa a relação de precedência, e  $C$  a condição da precedência no caso concreto.

Com base nessa fórmula de aplicação concreta, tem-se que em determinado caso a efetividade pode preponderar em face da segurança jurídica, e em outra circunstância a esta pode se fazer imperar. Colocando em fórmulas pode-se concluir:

Situação 1 =  $(P_2 \mathbf{P} P_1) C_1$

Situação 2 =  $(P_1 \mathbf{P} P_2) C_2$

Observe-se que não se está a declarar a invalidade ou a não-aplicação da efetividade ou da segurança jurídica, mas, tão-somente, reconhecendo-se a relação de precedência condicionada entre ambos em dada situação. É dessa forma que ALEXY<sup>32</sup> se manifesta afirmando que “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.

---

<sup>32</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 92-96.

Na mesma linha de pensamento Canotilho<sup>33</sup> comenta que:

Os direitos fundamentais são sempre direitos *prima facie*. Se, nas circunstâncias concretas, se demonstrar, por ex., a alta probabilidade de o julgamento público de um indivíduo por em risco o seu direito à vida (risco de enfarte), a ponderação de bens racionalmente controlada justificará, nesse caso, o adiamento da ausiência de discussão e julgamento. O direito à vida tem, nas circunstâncias concretas, um peso decisivamente maior do que o exercício da ação penal. Do mesmo modo, a colisão entre o direito à vida, mais concretamente, o direito a nascer, e o direito à interrupção a gravidez por motivos criminôgenos (a gravidez resulta de crime de violação) só pode decidir-se quando se demonstre que, num caso concreto, o nascituro é ‘filho do crime’, podendo o legislador solucionar o conflito, excluindo, nestes casos, a ilicitude ou a culpa no comportamento dos intervenientes na interrupção da gravidez.

Os exemplos anteriores apontam para a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso disso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação se poderá determinar, pois só destas condições é legítimo dizer que um herdeiro tem mais peso do que outro (D1 P D2)C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C).

A título de exemplo, pode-se evocar o choque entre o direito à intimidade e o direito à prova frente a proibição pelo ordenamento jurídico de colacionar aos autos provas obtidas ilicitamente. Fazendo-se uma análise processual meramente formal, deve o juiz mandar desentranhar as provas dos autos ou simplesmente as desconsiderar. De outra parte, partindo-se para o formalismo-valorativo, pode o juiz observar que se não havia outro meio de aquisição daquela prova, sendo esta indispensável para o processo, e fazer uma ponderação, uma análise de precedência, concluindo pela validade da prova porque naquela situação ela tem mais “peso” que a defesa da intimidade.

---

<sup>33</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1274.

## CONCLUSÃO

Observa-se que a influência do constitucionalismo, principalmente no período que sucede a Constituição Federal de 1988, vem repercutindo de forma direta no direito processual civil, fazendo-se imperar uma releitura desse ramo do direito e uma adequação da sua estrutura às necessidades de um Estado Democrático de Direito.

O cidadão clama por efetividade e teme por ferir a segurança jurídica. O direito infraconstitucional impregnado pelos direitos fundamentais exige obediência ao princípio da dignidade humana. O judiciário, por sua vez, não pode simplesmente garantir o seu acesso descomprometido com a busca pela justiça da decisão.

Nessa seara urge a aplicação de um sistema processual civil que oportunize à sociedade a concretização dos direitos violados em franca harmonia com os princípios e garantias constitucionais, bem como libertos das amarras do formalismo-excessivo.

Esse, inclusive, é o objetivo demonstrado na exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil<sup>34</sup>, cujos trechos abaixo copiados põem termo ao presente trabalho.

“Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização [1] dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos urisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais [2] de um Estado Democrático de Direito. [3] Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. [4] (...) 1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República [9] fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêm um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão

---

<sup>34</sup> Anteprojeto disponível em <http://professormedina.com/2010/06/09/exposicao-de-motivos-do-anteprojeto-do-novo-codigo-de-processo-civil/>.

tradicional, ou “às avessas” [10]. Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório. Como regra, o depósito da quantia relativa às multas, cuja função processual seja levar ao cumprimento da obrigação in natura, ou da ordem judicial, deve ser feito logo que estas incidem. Não podem, todavia, ser levantadas, a não ser quando haja trânsito em julgado ou quando esteja pendente agravo de decisão denegatória de seguimento a recurso especial ou extraordinário. Trata-se de uma forma de tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material(...) Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência. O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.”

## **BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, Ano 1, nº 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., Coimbra: Editora Almedina, 2011.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos**. Curitiba: Juruá, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade - Teoria e Prática**. Salvador: *Jus Podvm*, 2006.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. São Paulo: RT, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975.

JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. **Pós-positivismo e os princípios em Robert Alexy**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2740, 1 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18164>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_14/direitos\\_fund.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm)>. Acesso em 21 out. 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo22.htm>>. Acesso em: 20 out.2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo.** Disponível em: <[http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO\\_O\\_Formalismo-valorativon\\_no\\_confronto\\_com\\_o\\_Formalismo\\_excessivo\\_290808.htm](http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativon_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm)>. Acesso em 13 out. 2011.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e a boa-fé no código civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável.** RT, São Paulo, ano 91, n. 798, abr. 2002.

# A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO SIGILO DE DADOS: considerações face o avanço da tecnologia da informação

**Augusto Carlos Cavalcante Melo**

Mestrando em Direito - UFS; Graduado em Direito - UFS;  
Especialista em Processo Civil - UNIT; Especialista em  
Tributário - UNAMA; Procurador do Estado-SE.

**Sumário:** Introdução; 1. Fundamentos Teóricos para Interpretação Constitucional Contemporânea; 2. Aspectos Fáticos e Jurídicos Sobre o Sigilo de Dados e a Tecnologia da Informação; 3.; O Fundamental Direito ao Sigilo se Dados Pessoais; 4. Panorama de Relações Jurídicas e o Avanço da Tecnologia da Informação; 5. O Mercado e Violações de Direitos Fundamentais; 6. As Limitadas Previsões do Ordenamento; Conclusão; Bibliografia.

**Resumo:** O presente artigo de análise teórico empírica aborda, inicialmente, aspectos do processo de interpretação jurídica e especificamente, constitucional, apresentando fundamentos teóricos que possibilitem uma maior e melhor compreensão do neoconstitucionalismo no Direito contemporâneo, e da complexidade que o processo de interpretação constitucional proporciona. Destaca aspectos jurídicos ou dogmáticos, teóricos ou metodológicos, e de justificação política ou legitimação democrática, como prismas para uma melhor compreensão desse fenômeno complexo que é a interpretação constitucional. Analisa como uma interpretação constitucional pode ser concretizadora dos direitos que estão previstos na norma constitucional, principalmente os considerados fundamentais. Demonstra o panorama que as relações jurídicas se estabelecem e se encontram, diante desse avanço da tecnologia da informação. Propõe uma mudança de paradigma na interpretação do que sejam dados pessoais sob a ótica do avanço tecnológico, para uma efetiva proteção do direito fundamental ao sigilo desses dados. Demonstra situações em que o avanço da tecnologia da informação, associada a estratégias de mercado tem violado esse direito fundamental, diretamente relacionado com as novas tecnologias da informação. Por fim, destaca as previsões do ordenamento relacionadas com a proteção do direito fundamental ao sigilo de dados pessoais.

**Palavras-chave:** Direito; Interpretação Constitucional; Novos Paradigmas; Direitos Fundamentais; Sigilo de Dados; Tecnologia da Informação.

**Resumen:** La presente artículo describe el análisis teórico empírico, inicialmente, los aspectos del proceso de interpretación jurídica y específicamente , constitucionales, la presentación de los fundamentos teóricos que permitan una mayor y una mejor comprensión de la ley en el neo constitucionalismo contemporáneo y la complejidad del proceso de interpretación constitucional ofrece. Destaca los aspectos jurídicos o dogmáticos, teórica o metodológica, y la justificación política o la legitimidad democrática, como prismas para una mejor comprensión de este complejo fenómeno que es la Interpretación constitucional. Examina cómo una interpretación constitucional se puede lograr los derechos que se proporcionan en la norma constitucional, especialmente los que se consideran fundamentales. El cuadro muestra que las relaciones jurídicas se establecen y se encuentran, contra este avance de la tecnología de la información. Se propone un cambio de paradigma en la interpretación de los datos personales desde la perspectiva de los avances tecnológicos, la protección efectiva del derecho fundamental a la Confidencialidad de estos datos. Muestra situaciones en las que muestra el avance de la tecnología de la información, junto con las estrategias de Mercado ha violado este derecho fundamental, directamente relacionados con las nuevas tecnologías. Por último, pone de relieve las predicciones espacial sobre la protección del derecho fundamental a la Confidencialidad de los datos personales.

**Palabras-clave:** Derecho; Interpretación Constitucionale; Nuevos Paradigmas; Derechos Fundamentales; Confidencialidad de los Datos; Tecnologías de la Información.

## INTRODUÇÃO

O processo de interpretação de qualquer fato, num sentido mais amplo, demanda inúmeros aspectos das mais diversas naturezas, circunstância que o torna um processo complexo. Envolve referenciais e percepções do sujeito que está interpretando. Em sentido jurídico, tradicionalmente, se afirmou que interpretar é revelar o conteúdo ou o sentido contido num texto. Tal entendimento partia da premissa de que as coisas tinham um significado ontológico, e que as palavras lhes davam significado unívoco, tendo um conteúdo próprio para cada termo.

Ocorre que houve e como sempre há, de tempos em tempos, mudança de paradigmas. Na filosofia do conhecimento o paradigma mudado é de que os conteúdos dos textos deixam de ser algo preexistente para ser algo construído e vinculado à percepção do intérprete. Isso proporcionou um novo entendimento, o de que as palavras deixam de ter

significado contido num texto, passando a ter significado vinculado à valoração do intérprete. Nesse contexto, toda e qualquer previsão textual contém um significado atribuído pelo intérprete e condicionado às tradições culturais, e porque não dizer, do avanço social.

Contemporaneamente, o eixo norteador das elaborações teóricas do Direito Constitucional, no denominado pós-positivismo, é a pessoa humana e sua dignidade. Com isso, tais elaborações teóricas têm trazido uma importante contribuição para que as políticas públicas a serem adotadas, visem assegurar o exercício de direitos fundamentais previstos na Constituição Cidadã. Porém, tal contribuição teórica é uma parcela da função do Direito Constitucional no ordenamento.

A partir desse cenário, o avanço da tecnologia da informação e as políticas de mercado e de acessibilidade relacionadas, têm proporcionado um aumento de relações jurídicas das mais diversas. Assim, pode-se destacar o propósito político de democratizar e modernizar o acesso à informação e à comunicação, e o econômico de fomentar o mercado de produção de bens e serviços relacionados com o segmento. Nesse panorama, de ampliação dos meios e formas de comunicação, e aumento da velocidade de transmissão de informações, por ser algo inevitável e inexorável de dimensões e consequências inalcançáveis, a interpretação desses fatos diante das previsões do ordenamento se torna um processo instigante e complexo. A par desse avanço, foi proporcionado, um aumento significativo de facilidade de acesso às informações das mais diversas categorias, de pessoas físicas e jurídicas, em particular, informações pessoais dos mais diversos matizes.

Partindo dessas premissas, para que tais políticas proporcionem à sociedade um desenvolvimento com base nos princípios e valores relacionados com a dignidade humana, e alcançar os objetivos previstos na Constituição da República, faz-se necessários incansáveis estudos e questionamentos sobre a efetivação dos direitos fundamentais, face o que tem proporcionado o avanço da tecnologia da informação.

Esse avanço teórico denominado de constitucionalização do Direito, potencializado pelo contexto filosófico do pós-positivismo, e associado ao avanço da tecnologia da informação, permite que o debate jurídico sobre questões da modernização de políticas públicas e efetivação de direitos fundamentais, extremamente rico e instigante.

## 1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

Interpretar qualquer fato pode ser um processo complexo, a depender do fato em si e da percepção do sujeito que vai interpretá-lo. Determinados fatos são simples e outros mais complexos. Nesse sentido “toda interpretação é produto de uma época, de uma conjuntura que abrange os fatos, as circunstâncias do intérprete e, evidentemente, o imaginário de cada um.” (Barroso, 2003, p. 1)<sup>35</sup>. Como também leciona Carvalho (2008, p. 160), “a interpretação é a manifestação do conhecimento e, como tal, possui como seus fatores essenciais (i) o sujeito; (ii) o objeto; (iii) a possibilidade de o sujeito captar, ainda que a seu modo, a realidade desse objeto”<sup>36</sup>.

Numa vida em sociedade, principalmente numa sociedade chamada democrática, a pluralidade é uma característica predominante. Entretanto, por ser plural, a interpretação dos fatos pode ou necessita ser feita por mais de um sujeito. Inevitavelmente, esses sujeitos têm percepções as mais diversas. Diante dessas circunstâncias, surge a ideia do quanto pode ser extremamente complexo um processo interpretativo de um determinado fato.

Porém, a inevitável vida em sociedade exige que o Direito seja uma ciência que disponha de instrumentos que solucionem os conflitos das mais diversas ordens, decorrentes da vida social, política e econômica, basicamente.

Modernamente o Direito é visto como um sistema complexo de leis, normas, regras e princípios, que precisam ser interpretados de maneira que os direitos e garantias decorrentes possam ser efetivamente concretizados. Nesse sistema a Constituição é o diploma legal do qual deve partir toda e qualquer interpretação de todas as previsões legais, atribuindo-se assim caráter normativo às previsões constitucionais, passando a Constituição ao centro do sistema jurídico, tendo não só a supremacia formal, mas passando a ter também supremacia material e

---

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>36</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Interpretação e Aplicação do Direito*. In: HARET, Florence e CARNEIRO, Jerson. Vilém Flusser e Juristas. São Paulo: Noeses, 2010.

axiológica. Diante desse cenário, percebe-se o quanto é complexo um processo de interpretação jurídica e especificamente, constitucional.

Dado essa complexidade, Barroso (2010, p. 274)<sup>37</sup> pontua que a interpretação constitucional pode ser analisada sob três prismas:

- 1) Jurídico ou dogmático que envolve as categorias operacionais do Direito e da interpretação jurídica;
- 2) Teórico ou metodológico que compreende a construção racional da decisão, no percurso entre a apresentação do problema e a formulação da solução;
- 3) De justificação política ou legitimação democrática, o qual lida com o postulado de separação dos Poderes e da legitimação democrática das decisões judiciais.

Quanto ao *prisma jurídico ou dogmático*, as categorias operacionais do Direito e da interpretação jurídica citadas são:

- 1.a) as regras de hermenêutica, tendo-se como exemplo as previstas na Lei de introdução ao Código Civil, ou em certas proposições axiomáticas desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência;
- 1.b) os elementos de interpretação, os quais, tradicionalmente, são o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico, bem como os costumes, a interpretação extensiva ou a estrita;
- 1.c) os princípios específicos de interpretação constitucional, os quais são assim denominados: da Supremacia da Constituição; da Presunção de constitucionalidade; da Interpretação conforme; da Unidade; da Razoabilidade; e da Efetividade.

Ainda no prisma jurídico Barroso (2003, p. 103) estabelece uma concatenação de conceitos relacionados, lecionando que a hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo, e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito. A interpretação é a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, cuja finalidade é a aplicação em casos concretos. Essa aplicação é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato.

Tem-se atualmente que os elementos tradicionais de interpretação jurídica foram de suma importância para a construção do conhecimento jurídico, mas os quais não são mais os únicos que devem ser utilizados

---

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

num processo de interpretação constitucional na aplicação das normas infraconstitucionais aos casos concretos. Principalmente naqueles casos mais complexos em que a simples subsunção do fato à norma não é suficiente para dar efetividade ao direito previsto no ordenamento, especialmente em se tratando de direito fundamental.

Importante destacar esclarecedora lição do Prof. Luís Roberto Barroso, nos seguintes termos:

(...) ao se falar em nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores, teoria da argumentação, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas. Embora a história das ciências se faça, por vezes, em movimentos revolucionários de ruptura, não é disso que se trata aqui. A nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega ideias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas.<sup>38</sup>

Noutro giro, partindo da premissa de que a distinção entre normas e princípios se encontra superada na dogmática jurídica moderna, esta tem dedicado especial atenção ao desenvolvimento de uma teoria dos princípios. E como bem estudado por Ávila<sup>39</sup> (2008, p. 24), o importante não é saber qual a denominação mais correta desse ou daquele princípio, o importante é saber qual é o modo mais seguro de garantir sua aplicação e sua efetividade.

Basicamente tais princípios, para o propósito deste estudo, podem ser colocados como os princípios previstos na Constituição e os princípios específicos de interpretação constitucional, também chamados de instrumentais de interpretação constitucional. Os primeiros como condicionantes dos segundos.

---

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: [http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf).

<sup>39</sup> ÁVILA, Humberto B. Teoria dos Princípios. da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Na doutrina nacional, o professor Luís Roberto Barroso<sup>40</sup> foi quem primeiro sistematizou tais princípios, denominando-os de princípios instrumentais de interpretação constitucional. Foram assim enumerados e aqui sinteticamente conceituados:

- a) Supremacia da Constituição - nenhum ato jurídico ou manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Constituição<sup>41</sup>;
- b) Presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público<sup>42</sup> - os atos do Poder Público em geral, idealmente, se fundam na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos para promoverem o interesse público;
- c) Interpretação conforme a Constituição - cuida-se da opção por uma linha interpretativa de uma norma geral, de maneira que mantenha harmonia com a Constituição, dentre outras que o texto possibilitaria<sup>43</sup>;
- d) Unidade - é precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade de na interpretação<sup>44</sup>;
- e) Razoabilidade - é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça<sup>45</sup>;
- f) Efetividade - ou eficácia social significa a realização do Direito, a materialização dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.<sup>46</sup>

Oportuna ainda é a menção à contribuição de Reale (2001, p. 60) com a teoria tridimensional do Direito, ao demonstrar que a norma jurídica é a síntese resultante de fatos ordenados segundo valores distintos. Transcreve-se sua concepção:

Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida

---

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>41</sup> *Ibid.*, 2003, p. 161.

<sup>42</sup> *Id.*, 2010, p. 301.

<sup>43</sup> BARROSO, *op. cit.* p. 189.

<sup>44</sup> *Ibid.*, 2003, p. 196.

<sup>45</sup> *Id.*, 2003, p. 224.

<sup>46</sup> *Id.*, 2003, p. 248.

jurídica: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça).<sup>47</sup>

Analisando a interpretação sob o *prisma teórico ou metodológico*, que compreende a construção racional da decisão, no percurso entre a apresentação do problema e a formulação da solução, Barroso (2010, p. 275) destaca as diferentes teorias ou metodologias em quatro grandes categorias:

- 1) Do Formalismo Jurídico - que tem uma característica mecanicista de aplicação do Direito, a qual consiste numa atividade acrítica de subsunção dos fatos à norma;
- 2) De Reação Antiformalista - a qual teve como nome de maior expressividade Rudolph von Ihering, jurista alemão, cuja tese central é a de que “a substância do Direito repousa sobre a noção de interesse juridicamente protegido: a ordem jurídica como um todo serve à promoção de algum objetivo positivamente valorado.” (JHERING, 2002 *apud* BARROSO, 2010, p. 276) Tal teoria defende que o Direito deve servir aos fins sociais, antes que aos conceitos e as formas;
- 3) Positivismo Jurídico - que tem como característica essencial a separação entre o Direito e a Moral, entre a lei humana e o direito natural. Tal movimento afastou-se um pouco do formalismo jurídico, cujo um dos expoentes, Hans Kelsen, afirmava ele que não cabia à Teoria Pura do Direito dizer o que é justo ou injusto porque essa valoração cabe aos destinatários, aos juízes e aos partícipes das mobilizações políticas<sup>48</sup>;
- 4) Volta aos valores - característica de pensamento jurídico que se ampliou após a segunda guerra mundial, dado os resultados do totalitarismo decorrente dos regimes fascista e nazista, em virtude da crise moral do positivismo jurídico e da supremacia da lei.

Diante desse cenário evolutivo, duas grandes correntes teóricas acerca da interpretação constitucional se formaram no mundo. De um lado a teoria alemã que evoluiu de um *método clássico*, no qual

---

<sup>47</sup> REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 25. ed. 2001, p. 60 em: <http://www.slideshare.net/mill84/miguel-reale-lies-preliminares-de-direito>.

<sup>48</sup> SGARBI, Adrian. Clássicos de Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2. ed. 2009, p. 62.

predominava o raciocínio silogístico, para um *método tópico-problemático*, o qual se desvincula da lógica formal e se cria uma lógica do razoável, onde o papel do julgador na busca da solução do problema passa a ser o da busca da melhor solução para realização da justiça no caso concreto.

Tal evolução teórica chega à chamada *hermenêutica concretizadora* que visa o equilíbrio indispensável entre a criatividade do intérprete, as previsões do sistema jurídico e a realidade subjacente, evidenciando assim a importância da pré compreensão do intérprete, principalmente em relação aos mais diversos fatos, sejam sociais, econômicos, ecológicos, políticos etc.

De outro lado, a teoria americana se desenvolve em dois ramos, o do *interpretativismo* que refuta a possibilidade de qualquer atividade criativa do juiz porque se trata de um agente que não foi eleito como representante da vontade popular e estaria a impor seus valores à sociedade.

Tal corrente é adepta ao textualismo e ao originalismo. A outra vertente da teoria americana seria a do *Não interpretativismo* que também é conhecida como vertente do construtivismo, a qual é apresentada em três modalidades pela doutrina seguinte maneira: (WOLCHER, 2006 *apud* BARROSO, 2010, p. 282) a *interpretação evolutiva* que consiste em compreende a Constituição como um diploma adaptável ao longo tempo e às mudanças na sociedade; a *leitura moral da Constituição* que consiste numa interpretação das cláusulas gerais do texto constitucional de acordo com os valores morais aceitos pela sociedade, preconizada por Ronald Dworkin; e um *pragmatismo jurídico* que consiste na produção de resultados que sejam úteis para o presente e para o futuro, cujas decisões sejam avaliadas no contexto no qual se inserem, sem que haja, necessariamente uma vinculação ao texto, aos precedentes ou à intenção tida como original dos constituintes.

Quanto ao terceiro prisma de análise da interpretação constitucional, o de *justificação política ou legitimação democrática*, Barroso (2010, p. 284) destaca que a justificação política está relacionada com o postulado da separação dos Poderes e a questão da legitimação das decisões judiciais. Entre nesse cenário o ativismo judicial como uma prática recorrente em alguns casos, como um instrumento de concretização de direitos em virtude de valores e fins previstos constitucionalmente, causando uma interferência no espaço de atuação de outros Poderes. Trata-se de:

(i) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independente de manifestação do legislador; (ii) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e (iii) imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2010, p. 285).

Portanto, tendo em vista esses fundamentos teóricos, a atual interpretação constitucional se mostra um processo complexo, devido a inúmeras variantes de natureza dogmática, metodológica e política. Porém, trata-se de um processo de construção concretizadora dos direitos e garantias constitucionalmente previstos, de maneira a dar efetividade às normas do ordenamento.

Esse processo, na configuração do ordenamento pátrio, decorre necessariamente da atuação dos órgãos judiciais mediante a argumentação construída nas diversas decisões, visando a solução dos conflitos inerentes a uma sociedade plural decorrente de um processo democrático em constante evolução. Como bem leciona Barroso (2010, p. 287), os métodos de atuação do Poder Judiciário são essencialmente jurídicos, porém a natureza da sua função é indubtavelmente política, quando se trata de jurisdição constitucional.

Com efeito, como o Direito dos dias atuais encontra-se num processo de constitucionalização crescente, no sentido de que todas as normas do ordenamento devem ser interpretadas à luz da Constituição, percebe-se a complexidade do tema e o quanto o intérprete passa a desempenhar um papel desafiante. Sua pré-compreensão do Direito e da realidade na qual se insere e estão inseridos os destinatários desta interpretação, inevitavelmente interferirá nesse processo a depender dos valores sociais e pessoais. Nesse contexto, atividade interpretativa e jurisdicional, principalmente nos casos mais complexos, precisará da filosofia moral e da filosofia política. Essa função desafiadora requererá uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema. Inevitavelmente ter-se-á a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa. Por isso, “a grande virada da interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que (...) não é mais aceitável que as normas jurídicas em geral (...) tragam em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem” (BARROSO, p. 308).

## **2. ASPECTOS FÁTICOS E JURÍDICOS SOBRE O SIGILO DE DADOS E A TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO**

Dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição, considerando o estado atual: a) das relações sociais; b) das mudanças de hábitos de comunicação e de consumo; c) da modernização da Administração Pública; e d) da velocidade de acesso e troca de informações; todas associadas ao avanço tecnologia da informação, o direito ao sigilo de dados pessoais é o que mais carece de formulação de políticas públicas de caráter legislativo e administrativo estratégico, que possibilitem uma efetiva garantia de proteção a esse direito fundamental.

## **3. O FUNDAMENTAL DIREITO AO SIGILO DE DADOS PESSOAIS**

Nesse panorama, o que vem a ser dados pessoais, objeto desse sigilo, enquanto direito fundamental? A doutrina pátria classifica-os em dois tipos. Monteiro (2007, p. 33) afirma que os dados pessoais não-sensíveis são os que, em tese, pertencem ao domínio público, são suscetíveis de apropriação por qualquer pessoa e podem ser armazenados e utilizados sem causar danos. Exemplifica o nome, estado civil, domicílio, profissão, grupos associativos etc. Os sensíveis são os que estão substancialmente ligados à esfera de privacidade. Exemplifica a origem racial, a saúde física e mental, crenças religiosas, traços da personalidade, orientação sexual, registros policiais, dentre outros.

Afirma-se que a difusão ou a utilização indevida de dados pessoais não-sensíveis raramente causam violações à vida privada. Ocorre que em virtude de vários fatores sociais atuais, cujos mais determinantes são o avanço da tecnologia da informação e a violência social no país, a utilização indevida por terceiros de determinados dados considerados não-sensíveis, a exemplo do domicílio e profissão, em determinadas circunstância, pode causar danos ao titular. Nessas condições, o fator determinante é a intenção desses terceiros na utilização desses dados.

Merece destaque dois fatos recentes, que sem dúvida ocorreram devido à facilidade de obtenção de informações pessoais, face ao avanço

tecnológico e o aumento da violência social. Trata-se da supressão do endereço do proprietário do veículo no CRLV e a impossibilidade de se saber o endereço do proprietário do veículo, via consulta pela Internet ao sistema do Detran; e a supressão do nome completo e endereço residencial de pessoas físicas na lista telefônica impressa ou digital, apesar de algumas listas digitais disponibilizarem informações com o endereço completo de algumas pessoas. Esses fatos, indubitavelmente aconteceram porque a informação como endereço pode ser um dado pessoal sensível.

Noutro ponto, quando são cadastrados dados pessoais de maneira compulsória, geralmente é quando a Administração Pública, por imperativo da modernização administrativa, e face ao avanço tecnológico, exige que se informe ou mesmo sejam inseridos em banco de dados em rede, dados pessoais para uma melhor administração em sentido geral.

Especificamente, dados sobre patrimônio e renda de pessoas físicas ou jurídicas estão, de alguma maneira, armazenados em bancos de dados ou transitando via sistemas que, inevitavelmente, utilizam a Internet. Esses dados fazem parte de um banco de dados relacionado com o sigilo fiscal, que é uma espécie de sigilo de dados que têm um tratamento diferenciado na legislação porque, indubitavelmente, são dados sensíveis.

Dado esse cenário de avanço tecnológico, dados pessoais que devem ser protegidos pelo sigilo, podem ser os mais diversos. Podem ser uma imagem, uma conversa gravada, uma filmagem, hábitos de consumo pessoal registrados por meio de internet ou administradora de cartão de crédito, dentre outras informações. Vê-se que as possibilidades são várias, devido a tudo estar interligado, tecnologicamente nos dias atuais, num maior ou menor grau. Assim, simples dados cadastrais se cruzados e tratados com outros de outro sistema, podem detalhar quase todos os aspectos da vida de uma pessoa.

Portanto, dados pessoais sujeitos ao sigilo como direito fundamental são qualquer informação relacionada com a pessoa titular que, a depender da associação de um determinado dado com outro, forma um conjunto de informações que podem ser utilizadas para os mais diversos fins, sem que o titular saiba ou permita que seja utilizado para fins diversos do que autorizou ou tem conhecimento. Nesse prisma, não só informações sobre a pessoa, como domicílio, profissão,

orientação sexual, traços da personalidade etc, podem ser consideradas dados sensíveis nesse universo informático.

Ocorre que, com o debate atual acerca dos direitos fundamentais nessa dinâmica social que se tem configurada a cada dia, principalmente face ao avanço tecnológico, segundo assevera Doneda (2006, p. 34), a dogmática tradicional tem se mostrado insuficiente para estabelecer qual, o papel do ordenamento jurídico na promoção e na defesa de seus valores fundamentais, em um cenário que em boa parte é determinado pela tecnologia.

Assim, o panorama que se apresenta é o de que a comunicação de dados de uma maneira geral ganhou e ganha a cada dia, maior velocidade de transmissão e maior quantidade de dados pessoais em trânsito, por uma questão de estratégia de mercado e do aumento de operações, sendo armazenados e utilizados os mais diversos bancos de dados informatizados.

Diante desse cenário, os profissionais do Direito têm um desafio de terem uma visão atualizada desse panorama, tanto no aspecto das soluções informatizadas que o mercado e as instituições oferecem, quanto dos aspectos filosóficos e jurídicos que uma perspectiva atualizada de interpretação oferece.

#### **4. PANORAMA DE RELAÇÕES JURÍDICAS E O AVANÇO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO**

Cumprir destacar agora que esse avanço tecnológico, associado também a diferentes interesses econômicos e políticos, põe em risco a esfera privada dos que compõem esta sociedade atual. Um dos fatores determinantes é que a maioria da população expõe, para o mundo, a sua esfera privada por meio da Internet<sup>49</sup>, por intermédio das redes sociais.

---

<sup>49</sup> É uma rede capaz de interligar todos os computadores do mundo. O que faz a *Internet* tão poderosa assim é um processo da informática que atende pelas siglas TCP/IP (Protocolo de Controle de Transferência/Protocolo Internet). Todos os computadores que entendem essa linguagem são capazes de trocar informações entre si. Assim podem se conectar máquinas de diferentes tipos, sejam eles PC's, Mac's e Unix. A Internet é organizada na forma de uma teia. Informação obtida no endereço eletrônico: <http://interworldrk.tripod.com/oque.html>.

Isso não quer dizer que as novas tecnologias sejam perniciosas para a sociedade. É inegável que esse avanço tecnológico é inevitável e indispensável. Essa rede mundial de computadores é considerada por estudiosos da área de comunicação, como uma das maiores invenções do século.

Sobre o tema redes, Ferguson (1980, p. 201) antes já escrevia:

Enquanto a maioria das nossas instituições vem falhando, surge uma versão contemporânea da velha relação tribal ou familiar: a rede, um instrumento para o próximo passo na evolução humana. (...) é uma instituição de nossa época: um sistema aberto, uma estrutura dissipada tão ricamente coerente que está em constante fluxo, pronta para ser reorganizada, capaz de uma transformação contínua.

Sobre as relações sociais pode-se constatar que as redes sociais surgiram como um veículo de comunicação que proporcionou um aumento significativo da quantidade dessas relações interpessoais e, em alguns casos, nem sempre qualitativamente proporcional à quantidade. Mas um aspecto é inegável, reduziu as distâncias em termos de facilidade de comunicação entre as pessoas, e proporcionou uma interligação sem fronteiras entre todos que aderem a essas redes de relacionamento, para os mais diversos fins pessoais e corporativos. Criou-se também a possibilidade de se estabelecer relações previamente virtuais e posteriormente reais, a depender das intenções dos envolvidos.

Se estabeleceu também uma nova maneira de associação, de acordo com os mais diversos interesses, onde a criatividade humana é o limite das infinitas possibilidades de associação. Junto a essas infinitas possibilidades de se estabelecer relações, informações verdadeiras ou falsas são possíveis de serem armazenadas, nos mais diversos bancos de dados. A inclusão dessas informações pode ser feita de maneira espontânea ou compulsória, a depender do tipo de relação que se pretende ou se é obrigado a estabelecer.

Geralmente, as relações que se estabelece espontaneamente, cuja atividade preliminar é se cadastrar em determinado banco de dados, fornecendo informações pessoais as mais diversas, se dá nas de natureza privada. Seja para obter informações as mais diversificadas, seja para adquirir algum produto ou serviço de interesse pessoal ou grupal. Esse cadastro de informações pessoais se dá quase sempre por meio da

Internet<sup>50</sup>, ou quando não, por meio de uma intranet<sup>51</sup> que, em alguns momentos pode estar conectada à rede mundial - internet. As dimensões dessas interconexões de dados são planetárias. Para se ter uma idéia dessa dimensão, de acordo com a Internet World Stats<sup>52</sup>, 1,96 bilhão de pessoas tinham acesso à *Internet* em junho de 2010, o que representa 28,7% da população mundial.

Foi matéria de capa de revista sobre tecnologia da informação uma matéria acerca do ataque dos *hackers* a diversos sistemas informatizados. Inúmeras notícias também foram veiculadas em site de grande penetração informativa. Os trechos mais relevantes dos textos, para o propósito deste estudo são os seguintes:

Está em curso uma guerra digital sem precedentes. No intervalo de pouco mais e dois meses, dezenas de sites de governos e grandes empresas em todo o mundo tiveram dados sigilosos roubados ou foram tirados do ar pela ação de grupos de hackers, que se proclamam paladinos cibernéticos na luta contra a corrupção e pela liberdade de informação. Na lista dos sites atacados, figuram entidades como o FMI, a CIA e o Senado americano, além de corporações como Sony, Nitendo Visa e Mastercard. No Brasil, os alvos principais foram sites do governo federal, como Presidência, Receita Federal, IBGE, Petrobrás e Exército. Diferentes grupos de hackers reivindicaram os ataques e, em alguns casos, declaram ter-se apossado de informações sigilosas.

Como o alvo dessas investidas são sempre empresas e governos, você deve estar pensando: “E eu com isso?”<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Recentemente os sites de compras coletivas demonstram essa mudança de paradigma sobre comércio e relações sociais. O pioneiro surgiu no início de 2009 da sociedade de três amigos com ampla experiência no mercado internacional de e-commerce, mídias sociais e marketing. Informação obtida no endereço eletrônico: <http://www.hi-midia.com/2010/09/peixe-urbano-ultrapassa-1-milhao-de-usuarios/>.

<sup>51</sup> O conceito de intranet pode ser interpretado como “uma versão privada da *Internet*”, ou uma mini-Internet confinada a uma organização. O termo foi utilizado pela primeira vez a 19 de Abril de 1995, num artigo da autoria técnica de Stephen Lawton, na *Digital News & Reviews*.

<sup>52</sup> Site que contém uma grande quantidade de estatísticas atualizadas sobre a Internet e a sua utilização em diferentes países. Endereço eletrônico: <http://internetworldstats.com/>.

<sup>53</sup> Info Exame, 306 - Agosto de 2011, p. 54.

Diante desse contexto, determinados paradigmas foram quebrados, principalmente quanto a aspectos relacionados à segurança da informação. Por isso, Doneda (2010, p. 34) assevera que “nas relações jurídicas mais estritamente ligadas à tecnologia, o grau de indeterminação presente em toda tentativa de regulação feita pelo Direito é sensivelmente alto, o que potencializa situações de risco”. Assim, estudos sobre o impacto da tecnologia na sociedade e, conseqüentemente nas relações jurídicas, têm sido cada vez mais recorrentes nas pesquisas e debates, tendo em vista a dificuldade em se aferir os efeitos das novas tecnologias, dado o caráter de imprevisibilidade intrínseco e a complexidade e amplitude desse universo. Segundo Doneda (2010, p. 37), suas possibilidades e efeitos vão além daquilo que o homem jamais teve a possibilidade de administrar anteriormente.

Portanto, numa época de um pós-positivismo em que o Direito tem sido estudado, discutido e operacionalizado, e o quanto a tecnologia da informação tem sido um instrumento indispensável para o avanço da sociedade em vários aspectos, não restam dúvidas de que, assim como o Direito está em toda parte, como afirmam alguns, a tecnologia da informação tem estado em quase todos os momentos das nossas vidas.

Com efeito, quando se fala em vida, os seres vivos são elementos centrais. Dentre estes, o ser humano e sua dignidade, prevista expressamente no art.1º, III, art. 170, III e art. 226, §7º, da Constituição da República, como princípio, assumiu posição axiológica e de eixo norteador do regime dos direitos fundamentais e de estruturação do Estado brasileiro, conforme leciona Jacintho (2009, p. 25).

## **5. O MERCADO E VIOLAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Quanto às relações privadas, Limberger (2007, p. 59) fez menção ao jornal Folha de São Paulo, o qual noticiou que determinada loja de departamentos em Mineápolis, no Estado de Minnesota, EUA, resolveu instalar centenas de câmeras de circuito interno de TV, microfones ultrasensíveis para gravar imagens e conversas sobre as reações dos prováveis consumidores, saber quanto tempo ficam parados diante de um produto, qual o cartaz de ofertas que foi mais observado, quais as reações diante

dos preços. Porém com a advertência mediante cartaz de que o local está sendo filmado para testes. Observou também que as leis do referido Estado permitem que os proprietários filmem e gravem seus clientes, desde que não nos provedores.

Diante de tal situação, questiona-se: O cartaz informativo seria suficiente para presumir que houve consentimento de quem adentrou o estabelecimento, em caso de gravação de imagens e conversas, sob o pretexto de que seriam por motivo de segurança? E se o consumidor não vir o aviso sobre a possibilidade de gravação de conversa e comentar com quem o acompanha algum detalhe íntimo de sua vida privada? Veja-se que nessas circunstâncias, aspectos da privacidade das pessoas podem ser conhecidos sem conhecimento ou consentimento do 'vigiado'. Outra questão: A obtenção dessas informações, ainda que somente seja utilizada em parte e para fins comerciais, observou o direito fundamental à privacidade? Existe segurança quanto ao sigilo de informações sobre a vida privada dos indivíduos? A resposta a todas essas questões é negativa! No nosso país há previsão legal que garanta a não violação desses direitos fundamentais? Há, porém muito precária!

Portanto, diante dessas circunstâncias sociais, mercadológicas e tecnológicas, dados pessoais que devem ser protegidos pelo sigilo, podem ser os mais diversos. Nesse cenário de avanço tecnológico, pode ser uma imagem, uma conversa, uma filmagem, hábitos de consumo pessoal registrados por meio de operações via internet ou administradoras de cartões de crédito, dentre outras informações. Vê-se que as possibilidades são as mais variadas, principalmente devido a tudo estar interligado num maior ou menor grau.

Assim, dados considerados não-sensíveis, a exemplo de simples dados cadastrais, se cruzados com outros de outro sistema, podem detalhar quase todos os passos da vida de uma pessoa. Nesse prisma, pode-se concluir que dados não-sensíveis, se considerados numa determinada circunstância, podem se tornar dados sensíveis.

Diante desse panorama, é inquestionável a vulnerabilidade de qualquer sistema informatizado que contenha dados dos mais diversos tipos. Pode-se ter como exemplo o recente caso de divulgação de dados de um dos sistemas que, em tese, seria o sistema de informações mais seguro do planeta, o do Pentágono. Nesse caso, foram divulgadas pelo

WikiLeaks<sup>54</sup> conteúdos de documentos acerca da ocupação no Iraque e, posteriormente, a divulgação de comunicações diplomáticas de embaixadas de vários países e dos Estados Unidos. Não há dúvida de que a comunicação desses dados se deu, em tese, de maneira segura.

Atualmente, essa segurança de comunicação de dados tem como ferramenta a criptografia. Como todo e qualquer instrumento do conhecimento humano, não há garantia absoluta. Num estudo da área de informática assim considerou o autor:

A criptografia forte pode resistir com sucesso a ataques que lhe são direcionados até um certo ponto - o ponto onde se torna mais fácil obter, de alguma outra maneira, a informação que ele protege. Um sistema criptográfico, não importa quão seguro, não irá impedir que alguém vasculhe seu lixo. (Rezende, 1998, p. 7).<sup>55</sup>

Acrescentando comentário acerca da garantia de segurança da criptografia, pondera o mesmo autor:

A garantia de 100% de segurança é uma falácia, mas podemos trabalhar em direção a 100% de aceitação de riscos. Fraudes existem nas formas usuais de comércio: dinheiro pode ser falsificado, cheques adulterados ou roubados, números de cartão de crédito copiados. Mesmo assim esses sistemas ainda têm sucesso porque seus benefícios e conveniências compensam as perdas. (Rezende, 1998, p. 7)

Observe-se que em matéria de perdas de valores econômicos, devido às falhas de segurança dos sistemas informatizados, o mercado organizado absorve porque, conforme considerado, os benefícios e conveniências são maiores que as perdas. Porém, em se tratando de direitos fundamentais da pessoa humana, quando se diz respeito à privacidade, à intimidade e à dignidade, o tratamento jurídico dessas questões deve ter outra valoração. Nessas circunstâncias é onde se encontram os riscos para a violação do direito à privacidade, ao sigilo, à intimidade e, em alguns casos, até a segurança pessoal.

Portanto, se informações institucionais com natureza de segredo de Estado foram descobertas e divulgadas, dirá dados pessoais. Nesse universo de informações, os chamados dados “sensíveis” como orientação

---

<sup>54</sup> Site considerado de denúncias sem fins lucrativos, fundado em 2006.

<sup>55</sup> Estudo encontrado em: [http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdados\\_files/CriptSeg1-2.pdf](http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdados_files/CriptSeg1-2.pdf)

política, religiosa e sexual; histórico clínico, trabalhista; hábitos de consumo; locais que residiu ou reside atualmente, ou constantemente frequentados, podem ser descobertos por terceiros sem o conhecimento e consentimento do titular desses dados. Como acentuado por Carvalho quanto ao caso do WikiLeaks, “esses fatos nos remetem a reflexão acerca do papel da informação na sociedade atual e como esta vem sendo tratada pelo poder público e também no mundo corporativo.”<sup>56</sup>

## 6. AS LIMITADAS PREVISÕES DO ORDENAMENTO

Urge salientar que o ordenamento jurídico pátrio somente previu especificamente o direito à proteção de dados pessoais, a partir da Constituição de 1988 e de maneira genérica. Como acentua Ruaro e Rodriguez (2010, p. 274), “o direito à proteção de nossos dados pessoais no sistema jurídico brasileiro é tratado de forma superficial em legislações esparsas e fragmentadas”. As previsões constitucionais<sup>57</sup> acerca da intimidade, vida privada, imagem das pessoas, casa, comunicações de todos os tipos, todas relacionadas com a tecnologia da informação, a depender do contexto de cada caso concreto, devem ser interpretadas de maneira integrada, para que se consiga uma interpretação que concretize as garantias e os direitos da pessoa, relacionados com a sua dignidade e a necessidade de sigilo em determinados casos, os quais devem ser valorados em cada situação concreta.

Nesse contexto, as previsões infraconstitucionais acerca da proteção de dados pessoais se resumem ao *writ* do *habeas data*, que é o instrumento para se ter acesso a informações de caráter pessoal em banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público e, se for o caso, retificá-los; ao Código de Defesa do Consumidor que assegura o acesso às informações quando se tratar de relação de consumo, trazendo uma novidade sobre a necessidade de objetividade dos dados; ao Código Tributário Nacional que prevê o sigilo de dados de caráter fiscal, e a Lei Complementar nº 105/01, que prevê o sigilo bancário.

---

<sup>56</sup> Alexey Carvalho, administrador, mestre em Tecnologia, especialista em TI e Gestão de Negócios, *in*: <http://www.dgabc.com.br/News/5852528/wikileaks-e-o-poder-da-informacao.aspx>.

<sup>57</sup> Art. 5º incisos X, XI, XI da CF.

Por sua vez, o Código Civil se ocupou com o direito à privacidade, o qual tem íntima relação com o do sigilo de dados pessoais, sem, contudo se confundirem.

Destacando cada uma dessas limitadas previsões do ordenamento pátrio sobre a proteção de dados pessoais, o âmbito de proteção pelo *habeas data* foi ainda mais limitado com o veto presidencial do artigo inaugural. Assim estava previsto: Art. 1º. Toda pessoa tem o direito de acesso a informações relativas à sua pessoa, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público. As razões do veto foram as seguintes:

Os preceitos desbordam sensivelmente a configuração constitucional do *habeas data*, impondo obrigações aos entes governamentais ou de caráter público sem qualquer respaldo na Carta Constitucional. A definição constitucional do *habeas data* é precisa, não permitindo a conformação pretendida nestes dispositivos.

Ocorre que o dispositivo constitucional pertinente que prevê o referido *writ*, tem a seguinte previsão:

Art. 5º...

LXXII - conceder-se-á “*habeas data*”:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; (grifo nosso)

Onde o preceito vetado desborda a configuração constitucional do *habeas data*? Como uma pessoa vai poder retificar algum dado pessoal, se não puder ter acesso à informação referente? Com efeito, cumpre ressaltar que os dispositivos constitucionais devem ser interpretados de maneira integrada, a qual possa permitir a concretização do exercício de todos os direitos fundamentais.

Diante da interpretação constitucional que vem sendo construída atualmente nesta fase denominada neoconstitucionalismo, pode-se afirmar que tal veto é inconstitucional. Conforme já salientado no STF acerca do *habeas data*:

Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, a qual representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às

situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem.<sup>58</sup>

Nesse contexto, e a título de exemplo, porque o propósito desse estudo é aprofundar em outra esfera acadêmica, eis mais dispositivos constitucionais que se relacionam com o direito fundamental ao acesso aos dados pessoais, para sua proteção ou retificação, se necessários:

Art. 5º.....

(...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (grifo nosso).

Quanto à chamada quebra de sigilo, conclui num trabalho<sup>59</sup> que a doutrina pátria é unânime em afirmar que as hipóteses excepcionadas pelo CTN e pela Lei Complementar nº 105/01, tratam-se de quebra de sigilo fiscal e bancário, respectivamente. A denominada ‘quebra do sigilo’ não corresponde às hipóteses excepcionadas pelo CTN, nos §§ 1º a 3º do art. 198 e pela Lei Complementar nº 105/01, quando ocorre única e exclusivamente no âmbito dos órgãos envolvidos para apuração do ato ilícito, porque não se atentou para o fato de que, mesmo havendo autorização judicial para se permitir a divulgação a certas pessoas ou órgãos, bem como em relação a determinados atos administrativos, o sigilo deve permanecer.

A hermenêutica constitucional dos dias atuais, voltada para uma interpretação que garanta e concretize ações que protejam os direitos fundamentais, chegou a alcançar as relações privadas que violem direitos fundamentais, a exemplo do que foi posto em razões de decidir pelo STF no Recurso Extraordinário a seguir referido:

(...) inteira submissão das relações privadas aos direitos fundamentais, o que permite estender, com força vinculante, ao plano das relações

---

<sup>58</sup> (RHD 22, Rel.p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-9-91, DJ de 1º-9-95).

<sup>59</sup> O SIGILO FISCAL E SUA ‘QUEBRA’ - Análise das Previsões Legais Excepcionantes à Luz da Constituição. Trabalho apresentado no XXII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, IDEPE, São Paulo, 2008, e publicado na Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo RT, 2008, vol. 82, p. 44-57.

de direito privado, a cláusula de proteção das liberdades e garantias constitucionais, pondo em destaque o tema da eficácia horizontal dos direitos básicos e essenciais assegurados pela Constituição da República. (RE 136861 - Relator Ministro Celso de Mello. Decisão publicada no DJ de 1º 12.2010).

Nesse compasso, como bem acentua Gonçalves (2002, p. 39) a realidade atual brasileira exige o surgimento de legislação que regule a manipulação dos dados pessoais em todos os seus aspectos, em virtude das políticas de mercado e do avanço tecnológico.

Diante dessa realidade tecnológica, cultural e jurídica, pode-se concluir que o debate sobre a proteção de dados pessoais em vários aspectos, só está começando. A discussão sobre a proteção de dados pessoais é recente e ganhou destaque nas últimas décadas, tanto pelas profundas implicações em matéria de direitos fundamentais como também pela importância do valor econômico desses dados.

## **CONCLUSÕES**

A atual interpretação constitucional se mostra um processo complexo, devido à inúmeras variantes de natureza dogmática, metodológica e política. Porém, trata-se de um processo de construção concretizadora dos direitos e garantias constitucionalmente previstos, de maneira a dar efetividade às normas do ordenamento.

Esse processo decorre necessariamente da atuação dos órgãos judiciais mediante a argumentação construída nas diversas decisões, segundo a configuração do Poder no nosso ordenamento, visando a solução dos conflitos inerentes a uma sociedade plural decorrente de um processo democrático em constante evolução.

Em numa época de um pós-positivismo em que o Direito tem sido estudado, discutido e operacionalizado, não restam dúvidas de que, assim como o Direito está em toda parte, a tecnologia da informação tem estado em quase todos os momentos das nossas vidas.

Ainda não se têm uma razoável dimensão das possibilidades de comunicação, acesso e violação ao sigilo de dados pessoais, em virtude do avanço tecnológico. A tecnologia da informação, nos dias atuais, é uma ferramenta indispensável para que a sociedade avance em vários aspectos.

Os profissionais do Direito têm um desafio de terem uma visão atualizada desse panorama, tanto no aspecto das soluções informatizadas que o mercado e as instituições oferecem, quanto dos aspectos filosóficos e jurídicos que uma perspectiva atualizada de interpretação oferece.

Dados pessoais sujeitos ao sigilo como direito fundamental são qualquer informação relacionada com a pessoa titular que, a depender da associação de um determinado dado com outro, forma um conjunto de informações que podem ser utilizadas para os mais diversos fins, sem que o titular saiba ou permita que seja utilizado para fins diversos do que autorizou ou tem conhecimento.

Muitos segmentos do mercado já perceberam o grande valor econômico que tem os dados pessoais na perspectiva conceitual trazida nesse estudo. Porém o Estado, como garantidor da proteção e do exercício dos direitos fundamentais está dando os primeiros passos na discussão e implementação de ações pautadas em políticas públicas mais abrangentes e eficazes.

A cultura jurídica do nosso país ainda está voltada para a discussão das políticas públicas relativas ao mínimo existencial, porque grande parte da população ainda carece de tais condições, não obstante dados estatísticos serem divulgados sobre a redução desses índices. Porém, não é de menos importância a proteção de outros direitos fundamentais, tudo em observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

## **BIBLIOGRAFIA**

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. Minas Gerais: Fórum, 2007.

CARVALHO, Alexey. **WikiLeaks e o poder da informação**. São Paulo, 2010. Disponível em:

<<http://www.dgabc.com.br/News/5852528/wikileaks-e-o-poder-da-informacao.aspx>>. Acesso em: 22 jan. 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) Debate**. Minas Gerais: Fórum, 2007.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção dos Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERGUSON, Marilyn. **A Conspiração Aquariana Transformações Humanas e Sociais no Final do Século XX**. 14. ed. Rio de Janeiro: Nova Era. 2006.

GONÇALVES, Renato Afonso. **Bancos de Dados nas Relações de Consumo**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana Princípio Constitucional**. Paraná: Juruá, 2009.

LIMBERGER, Têmis. **O Direito à Intimidade na Era da Informática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MELO, Augusto Carlos Cavalcante. O Sigilo Fiscal e sua 'Quebra' - Análise das Previsões Legais Excepcionantes à Luz da Constituição. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, vol. 82, p. 44-57, set.-out. 2008.

MONTEIRO, Carina Villela de Andrade. Direito à Privacidade *versus* Direito à Informação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n° 173, p. 27-40, jan.-mar. 2007.

REZENDE, Pedro Antonio Dourado. **Criptografia e Segurança na Informática**. Brasília: UnB, 1998. Disponível em: <[http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdados\\_files/CriptSeg1-2.pdf](http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdados_files/CriptSeg1-2.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2011.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. **O Direito à Proteção de Dados Frente a Medidas de Segurança e Intervenção Estatal**. Revista NEJ - Eletrônica, vol. 15 – n° 2 - p. 272-287, 2010. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 21 jan. 2011.

SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

# A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: os princípios processuais constitucionais no processo administrativo

**Carolina Pereira Barreto**

Mestranda em Direito - UFS; Especialista em Direito Civil - UNIT; Procuradora do Município de Nossa Senhora do Socorro/SE.

**Sumário:** Introdução; 1. A Constitucionalização do Direito; 2. A Constitucionalização do Direito Administrativo e o Direito Infraconstitucional na Constituição; 3. Os Novos Paradigmas Advindos com a Constitucionalização do Direito Administrativo: 3.1 A Redefinição da Ideia de Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado e a Ascensão do Princípio da Ponderação de Direitos Fundamentais; 3.2 Superação da Clássica Concepção do Princípio da Legalidade como Vinculação Positiva do Administrador Apenas à Lei; 3.3 A Possibilidade de Controle Judicial do Mérito do Ato Administrativo e sua Motivação; 3.4 A Releitura da Legitimidade Democrática da Administração; 4. Os Princípios Processuais Constitucionais no Direito Administrativo: 4.1 Processo & Procedimento; 4.2 Processo Administrativo & Processo Judicial; 5. Princípios da Administração Pública Aplicáveis ao Processo Administrativo; 6. Princípios Processuais Constitucionais Aplicados ao Processo Administrativo; Conclusão; Referências Bibliográficas.

**Resumo:** O artigo pretende estudar o fenômeno da Constitucionalização do Direito Administrativo decorrente das transformações sofridas pelo Estado, que no campo teórico passa a Constituição Federal a ser o parâmetro de interpretação dos demais ramos do direito, consagrando a sua força normativa e superioridade através dos princípios constitucionais, em especial da efetividade e concretização dos direitos fundamentais. Ao tempo em que traça os principais paradigmas advindos com este fenômeno, a partir da aproximação do Estado com o cidadão, verificando a releitura de alguns institutos tradicionais do direito administrativo, como a supremacia do interesse público, vinculação do administrador à legalidade restrita, insindicalidade do mérito do ato administrativo. Neste cenário, a ampla processualidade administrativa também se apresenta como uma das características da constitucionalização do direito, vista como uma forma de legitimar o processo e garantir a participação do cidadão na decisão administrativa final, com foco na

consensualidade administrativa, destina-se a limitar a atuação estatal e conferir previsibilidade no processo administrativo legal, de forma a garantir e efetivar os direitos fundamentais das partes interessadas na relação jurídica administrativa. Desta forma, o núcleo comum dos princípios processuais constitucionais também integra ao processo administrativo que tem como base o art. 5º, incisos LIV e LV da CF/88, em que é assegurado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo e seus desdobramentos.

**Palavras-chave:** Constitucionalização do Direito Administrativo; Ampla Processualidade Administrativa; Princípios Processuais Constitucionais no Direito Administrativo.

**Abstract:** This article aims to study the phenomenon of constitutionalisation of the Administrative Law resulting from the transformations undergone by the state, which in theory is the Federal Constitution to be the parameter of interpretation of the other branches of law, devoting his strength and superiority through the normative constitutional principles in particular the effectiveness and implementation of fundamental rights. By the time outlining the main paradigms that come with this phenomenon, from the approach of the state to the citizen by checking the reading of some traditional institutions of administrative law, as the supremacy of public interest, linking the legality of the administrator restricted the insindicabilidade merits of the administrative act. In this scenario, the broad administrative procedural also appears to be a hallmark of constitutionalization of the right, seen as a way of legitimizing the process and ensure citizen participation in the final administrative decision, focusing on consensual management, intended to limit the state action and provide predictability in the legal administrative process, to ensure and enforce the fundamental rights of stakeholders in the legal relationship management. Thus, the common core of constitutional procedural principles also integrates to a proceeding that is based on art. 5, LIV and LV sections of the Federal Constitution, which is the due process of law, the contradictory and full defense in the administrative proceedings, and their consequences.

**Key words:** Constitutionalization of Administrative Law; Administrative Procedural Wide; Principles in Constitutional Law; Administrative Procedure.

## INTRODUÇÃO

O artigo tem por finalidade trazer a pesquisa realizada sobre o movimento da constitucionalização do direito e seus reflexos no âmbito do ramo do direito administrativo, especialmente, no que tange ao processo administrativo.

O trabalho se divide em duas partes, a primeira é trazer essa nova visão de paradigmas do direito administrativo decorrente das transformações verificadas no Estado e na Sociedade, tendo como consequência o neoconstitucionalismo, e qual a sua relação com a ampla processualidade administrativa.

A segunda parte da pesquisa pretende estudar os princípios da administração pública aplicados ao processo administrativo, bem como os princípios processuais constitucionais, realizando uma correlação lógica com a teoria geral do processo.

O processo administrativo tem como função limitar e disciplinar a atuação estatal evitando assim os abusos cometidos pela administração pública e concretizando os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Ademais, o objetivo não é esgotar a matéria e nem descrever um rol taxativo com todos os princípios aplicados ao processo administrativo, pois se tornaria impossível catalogá-los em poucas linhas, mas pretende-se identificar de uma maneira geral quais os princípios processuais que deverão ser observados pela administração pública e que possui o núcleo comum com a teoria geral do processo.

## **2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

A Constitucionalização do Direito é um fenômeno decorrente das transformações do Estado, da Sociedade e do Direito, caracterizado em 03 (três) ordens de modificações: no campo histórico, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e o atual Estado Democrático de Direito; no campo filosófico, decorrente da aproximação do direito com a ética e o seguimento do pós-positivismo; e no campo teórico, no qual a Constituição ganha força normativa deixando de ser uma simples “folha de papel”<sup>60</sup>, acompanhado de um órgão jurisdicional que defende a sua superioridade e efetividade, através da nova dogmática de interpretação constitucional.

---

<sup>60</sup> Termo utilizado por Ferdinand Lassalle em sua obra O que é a Constituição? Essência da Constituição, para caracterizar uma constituição sem conteúdo sociológico.

Alguns doutrinadores também denominam este movimento de neoconstitucionalismo, pois se verifica uma aproximação do constitucionalismo com a democracia. Na realidade, trata-se de uma releitura do direito constitucional, caracterizado pela superioridade e força normativa da Constituição, a qual deve ser aplicada a todos os ramos do direito com força irradiante e supremacia dentro do ordenamento jurídico.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 399) descreve o neoconstitucionalismo com três marcos como um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio os quais podem ser destacados, “como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito”, cuja consolidação se deu ao longo do período após a 2ª Guerra Mundial, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e atualmente o Estado Democrático de Direito; “como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética”, associados à preservação da dignidade da pessoa humana; e “como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.

As mudanças de paradigmas que influenciaram decisivamente este movimento no mundo jurídico podem ser identificadas através: 1- da Força Normativa da Constituição que teve seu ápice com a obra de Konrad Hesse<sup>61</sup>, a qual defende a sua imperatividade, eficácia e normatividade dos princípios nela estabelecidos, 2 - da existência de uma Corte Constitucional na qual tem a atribuição de proteger a Constituição e exercer o controle dos atos de forma a efetivar os direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna, 3 - A Nova Interpretação constitucional, na qual consiste em estabelecer novos métodos de interpretação de forma a

---

<sup>61</sup> Konrad Hesse em sua obra *A Força Normativa da Constituição*, entende que a Constituição possui força própria, para o autor “a força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. [...] A Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presentes na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição” (HESSE, 1991, p. 18-19). A força normativa está relacionada com o conteúdo e a práxis da Constituição.

colocar a Constituição no centro do ordenamento jurídico com força irradiante, adequando-se os tradicionais métodos de interpretação em geral que estavam atrelados ao Estado Liberal e ao Positivismo, para uma nova realidade (BARROSO, 2010, p. 299).

O que se pretende não é afastar os antigos métodos Gramatical, Sistemático, Histórico, Teleológico, mas desenvolver uma nova interpretação a partir da Constituição que é dirigido ao intérprete, no qual sistematizaram 06 princípios instrumentais de interpretação constitucional, trazidos por Canotilho (2003, p. 1223-1226):

- 1 - Princípio da Supremacia da Constituição;
- 2 - Princípio da Presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público;
- 3 - Princípio da Interpretação conforme a Constituição;
- 4 - Princípio da unidade da Constituição;
- 5 - Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade;
- 6 - Princípio da Efetividade.

Vale destacar que este fenômeno foi verificado não apenas na forma de interpretação do direito junto ao Poder Judiciário, mas também influenciou as demais funções estatais como o Legislativo e o Executivo, no âmbito de sua atuação, vez que todos os atos estatais estão sob o controle de constitucionalidade da Corte Suprema.

Em relação ao Poder Legislativo, “a constitucionalização limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais”. Quanto ao Poder Executivo, além de “limitar-lhe a discricionariedade e impor a ela deveres de atuação, ainda fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário”. No tocante ao Poder Judiciário, “serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como condiciona a interpretação de todas as normas do sistema”. Com referência aos particulares, a constitucionalização “estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais” (BARROSO, 2010, p. 353).

Neste cenário, o movimento de constitucionalização do direito vem ganhando cada vez mais força, ao ponto de ser destacado como uma cadeira separada de disciplina jurídica nas universidades, denominada de Constitucionalização do Direito, por vezes também especificando o ramo do direito a que está sendo aplicado, a exemplo da constitucionalização do direito civil, constitucionalização do direito penal, constitucionalização do direito administrativo e assim sucessivamente.

### **3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E O DIREITO INFRACONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO**

Com essas modificações, todos os ramos do direito sofreram mudanças de paradigmas, já que atualmente a Constituição é interpretada como o centro do ordenamento jurídico que tem força normativa irradiante e dotada de supremacia. Evidentemente, que não foi diferente com o direito administrativo.

O direito administrativo é uma disciplina que praticamente possui a mesma origem do direito constitucional, surgiu após a Revolução Francesa de 1791, atrelado ao Estado de Direito, que teve como baluarte a legalidade e a garantia dos direitos fundamentais como forma de limitar a atuação estatal em face dos abusos do poder, porém, percorreram trajetórias diversas.

A França foi o berço do direito administrativo, pois a criação de uma jurisdição administrativa dissociada da atuação jurisdicional para julgamento de todo contencioso administrativo, através de órgão denominado de Conselho de Estado, deu autonomia através de regras e princípios próprios para a disciplina.

A consagração do direito administrativo ocorreu com o julgamento do caso Blanco em 1873 na França, em que uma vagonete pertencente à Companhia Nacional de Manufatura de Fumo atropelou uma criança de 05 anos de idade chamada “Agnès Blanco”, na cidade de Bordeaux. Apreciando o conflito de competência, o Tribunal de Conflitos decidiu que no caso não se aplicaria as regras gerais do direito civil, mas sim regras específicas de responsabilidade civil do Estado e fixou a competência do Conselho de Estado, órgão responsável pela jurisdição administrativa, para

julgar a controvérsia, tendo em vista a presença do Estado nesta relação jurídica, caracterizada pelo serviço público e a necessidade de serem aplicadas as normas publicistas (DI PIETRO, 2007, p. 05).

Durante muito tempo, após o século XIX e a primeira metade do século XX, o direito constitucional esteve associado às categorias da política, destituído de força normativa e aplicabilidade direta e imediata, já o direito administrativo desenvolveu-se como ramo jurídico autônomo disciplinando a atuação da Administração Pública (BARROSO, 2010, 374).

No Brasil, a aproximação entre as duas disciplinas pode ser identificada pela existência de uma grande quantidade de normas constitucionais voltadas para Administração Pública, bem como pela influência dos princípios constitucionais sobre a disciplina do direito administrativo, fatores que sofreram influência em virtude das transformações ocorridas no Estado brasileiro.

É importante destacar que o processo de constitucionalização do direito não significa mera inserção de dispositivos relativos a alguns institutos do direito administrativo no texto constitucional, mas, trata-se de uma releitura da norma a partir da Constituição. É observar o direito sob uma nova ótica, ou seja, a partir dos princípios constitucionais que possui força normativa e superioridade no ordenamento jurídico, à luz do Estado Democrático de Direito.

Enquanto no período liberal, o Estado de Direito era submetido ao princípio da legalidade pura e simplesmente, no Estado Democrático de Direito de hoje, além do respeito à Constituição Federal e a lei, a atividade administrativa deve estar pautada no respeito à legitimidade com a aproximação do Estado e o cidadão (OLIVEIRA, 2010, p. 113).

A Constituição brasileira de 1988 traz expressamente e de forma exaustiva normas sobre Administração Pública, servidores públicos, inclusive regime de aposentadoria, responsabilidade civil do Estado, separa a função administrativa da atividade de governo e traz expressamente os princípios do direito administrativo da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e por último o princípio da eficiência, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, de 4.06.98. (BARROSO, 2010, p. 375). Pretende-se, então, com isso a interação da Constituição com os demais ramos do direito, trazendo um conteúdo axiológico com caráter subordinado à Carta Constitucional.

Antes da CF/88, o centro do ordenamento jurídico girava em torno do velho Código Civil de 1916 que desempenhou um papel fundamental na Teoria Geral do Direito. Entretanto, com a descodificação do direito civil e o aumento das edições de leis especiais e esparsas no ordenamento jurídico, verificou-se a necessidade do fundamento de validade desses microssistemas, que neste ambiente seria a Carta Constitucional.

Rafael Oliveira (2010, p. 32), ao tratar da descodificação, acrescenta que a “constitucionalização do direito administrativo se propõe a manter o constante diálogo entre essa disciplina e o Direito Constitucional, verificando uma verdadeira revolução copernicana do Direito”, pois a “Constituição passa a ocupar definitivamente o centro do ordenamento jurídico e os demais ramos do direito circulam ao seu redor”, por isso devem ser interpretados e aplicados a luz da Constituição.

É interessante notar que no direito administrativo não ocorreu esse processo de descodificação, mesmo porque não existe no ordenamento jurídico brasileiro um código de direito administrativo, pois as normas que disciplinam a administração pública estão inseridas de forma esparsa. Ainda assim, o administrador tinha como viga mestre apenas a legalidade, a lei como autorização para a atividade administrativa. Sob a nova ótica, o direito administrativo ganha como ponto de partida, um velho referencial: a Constituição Federal.

#### **4. OS NOVOS PARADIGMAS ADVINDOS COM A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

Nesta perspectiva, o modelo clássico de administração pública vem sofrendo modificações em consequência das diversas transformações do papel do Estado perante o cidadão, esses novos paradigmas são simplesmente uma releitura dos antigos modelos com a visão constitucionalista.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 376-377) descreve sobre alguns dos novos paradigmas advindos com a constitucionalização do direito que influenciou de maneira decisiva o estudo do direito administrativo, senão vejamos.

#### **4.1 Redefinição da Ideia de Supremacia do Interesse Público Sobre o Interesse Privado e a Ascensão do Princípio da Ponderação de Direitos Fundamentais**

A grande parte da doutrina do direito administrativo traz o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como um dos pilares da administração pública, reconhecendo-o como “um verdadeiro axioma no direito público e proclamando a superioridade do interesse da coletividade”, o qual fundamenta toda a “posição privilegiada do órgão administrativo nas relações com os particulares, nos limites das funções determinadas pela lei”, e de onde decorrem todos os demais princípios do regime jurídico administrativo nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 60-61).

Na realidade, o princípio da supremacia do interesse público não encontra previsão expressa na Constituição e nem na legislação ordinária, mas se trata de um princípio implícito que é extraído da Constituição Federal com conteúdo abstrato e conceitos indeterminados.

A noção de interesse público associado à administração começou a ser utilizado após a Revolução Francesa e estava diretamente ligada a divisão entre o público e o privado. A administração pública era encarada como executora da vontade geral expressa na lei, e guardiã do interesse público, sendo que os particulares atuavam no campo do interesse privado (OLIVEIRA, 2010, p. 104).

Com fundamento no “interesse público”, a administração começou a utilizar excessivamente tal princípio para justificar atos que não encontravam guarida no ordenamento jurídico, extrapolando os limites legais e conseqüentemente cometendo abusos sob o manto da supremacia do interesse público.

Vale destacar que para concepção deste princípio, deve-se fazer uma distinção necessária entre interesse público primário, ou seja, o interesse da coletividade que se encontra “atrelado aos valores como justiça, segurança e bem-estar social”; e o interesse público secundário, que é o interesse do Estado como pessoa jurídica de direito público, “sujeitos de direitos e obrigações (União, Estados e Municípios)”, estando atrelada a defesa do erário (BARROSO, 2010, p. 376).

Paradoxalmente, o interesse público secundário não poderá ter supremacia em face do interesse particular, já que mais das vezes o interesse público primário dos cidadãos se confunde com próprio interesse da coletividade, devendo este prevalecer sobre o interesse público secundário. Sendo assim, se houver colisão entre o interesse público secundário e o interesse particular, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto nas palavras de Luis Roberto Barroso (2010, p. 376).

Diante das transformações do papel do estado perante o cidadão com a atuação mais efetiva na concretização dos direitos fundamentais, a ideia de “desconstrução” do princípio da supremacia do interesse público vem ganhando cada vez mais força.

Humberto Ávila (2007, p. 28) faz uma crítica ao princípio da supremacia do interesse público, afirmando que o mesmo não pode ser considerado como norma princípio à luz da teoria geral do direito, pois a “sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual”, por esse motivo não admitiria ponderações, como acontece em relação aos princípios propriamente ditos, mas “simples aplicação de regras de prevalência em face dos interesses privados”.

Tal entendimento é fundamentado na própria Constituição brasileira que traz os direitos fundamentais como proteção da esfera individual, incluído nos próprios fins do Estado de atender ao bem comum. Por esse motivo, assevera que nem sempre o interesse público prevalecerá sobre o interesse particular, já que este se encontra protegido constitucionalmente. Humberto Ávila (2007, p. 13-14) discorre também sobre a “indeterminação abstrata do conceito de interesse público, já que permite uma fragilidade da segurança jurídica quando da sua interpretação”, além disso, o autor entende que “o interesse público está indissociável do interesse privado”, uma vez que ambos estão consagrados na Constituição Federal e que os elementos privados estariam inclusos nas finalidades do Estado.

Desta forma, os interesses protegidos não estariam em contradição, mas interligados um ao outro, devendo está pautados nos postulados da proporcionalidade e da concordância prática. Por fim, afirma que a atuação do poder público deve está pautada não pela supremacia do interesse público, mas sim pela ponderação e máxima realização dos

interesses, observando os bens jurídicos envolvidos, vez que a administração pública deve atuar em defesa e promoção dos direitos fundamentais com respeito à dignidade humana realizando as finalidades públicas estabelecidas na Constituição (ÁVILA, 2007, p. 28-29).

Tomando-se como exemplo o instituto da desapropriação promovida pelo poder público, em atendimento ao interesse público o direito de propriedade do particular é posto em segundo plano, porém, para atender uma finalidade pública de outros direitos fundamentais, como a construção de escolas, de postos de saúde ou ainda para construção de unidades habitacionais com o objetivo de atender a vários interesses privados (OLIVEIRA, 2010, p. 61).

Portanto, o direito fundamental coletivo deverá ser sopesado com o direito fundamental individual de um particular, pautado na ponderação e máxima realização dos interesses, sendo verificado a partir dos bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Rafael Oliveira (2010, p. 110) afirma que seria mais adequado falar em “princípio da finalidade pública” em vez do tradicional “princípio da supremacia do interesse público”, vez que “não existe um interesse público único, estático e abstrato, mas finalidades públicas previstas no ordenamento jurídico, como objetivo a ser alcançado pelo Estado” que representariam a unidade de uma multiplicidade de interesses públicos e que não estão em confronto com interesses privados.

Com efeito, a ideia de supremacia deve ser baseada na ponderação de interesses de acordo com os bens protegidos constitucionalmente, já que o poder público tem por obrigação preservar, e não deve ser interpretada como regra de prevalência, excluindo o interesse privado em contraposição ao interesse público. Isso porque ambos os interesses encontram-se interligados, por serem direitos fundamentais protegidos pela Constituição como um dos fins que Estado deve perseguir e não simplesmente excluir.

#### **4.2 Superação da Clássica Concepção do Princípio da Legalidade como Vinculação Positiva do Administrador Apenas à Lei**

Durante muito tempo o princípio da legalidade esteve como baluarte do direito administrativo clássico, traduzido nas lições de Seabra Fagundes em “administrar é aplicar a lei de ofício”, sob tal afirmação

deduz-se que o administrador só pode atuar quando o legislador determinar ou autorizar, ou seja, somente pode fazer aquilo que a lei autorizar (apud BINENBOJM, 2007, p. 754).

No entanto, com a visão constitucionalista do direito, o princípio da legalidade ganha nova roupagem transmudando-se para princípio da juridicidade ou constitucionalidade, no qual a Constituição deve ser vista com supremacia diante das normas infraconstitucionais (BARROSO, 2010, p. 376-377).

Com isso, não se pretende dizer que a administração pública deve se afastar da legalidade, mas deve pautar-se nas normas constitucionais de forma mais direta e ativa, independentemente da manifestação do legislador ordinário. Desta forma, supera-se a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, pois o mesmo pode e deve atuar tendo por fundamento direto na Constituição.

O princípio da legalidade não possui caráter absoluto, podendo ceder espaço em determinadas situações concreta, a outro princípio de igual estatura constitucional, mediante um processo de ponderação, devendo convalidar o ato para preservar outros princípios igualmente constitucionais (OLIVEIRA, 2010, p. 88). Mesmo porque o administrador para fazer executar a lei passa por um processo de interpretação do direito, ou seja, da própria criação do direito, no qual deve utilizar os novos métodos de interpretação constitucional mencionados.

Nas palavras de Rafael Oliveira (2010, p. 89) é certo que o “Estado não pode receber um cheque em branco para atuar independentemente de previsão legal, mas isso não pode servir como obstáculo absoluto para atuação estatal”, quando for necessária para efetivar a Constituição. A lei deve ser um meio para impedir os arbítrios cometidos pelo administrador, porém, esses instrumentos não podem impedir o alcance das finalidades previstas na Constituição. Quando a atividade administrativa for essencial à satisfação dos direitos fundamentais poderá prescindir da lei.

As transformações ocorridas no modelo de Estado Liberal para o Estado Social contribuíram para a superação da legalidade formal, pois não há possibilidade de prever legalmente toda atividade estatal, e por isso a necessidade de uma margem de decisão e discricionariedade a ser deixada pelo legislador ordinário para o administrador. Luís Roberto Barroso (2010, p. 376) demonstra “a necessidade de superação da ideia

convencional da legalidade como vinculação positiva do administrador apenas à lei pelo princípio da constitucionalidade ou juridicidade”.

Assim, constata-se uma tendência na utilização de conceitos abertos pelo legislador e na concessão de maior liberdade ao administrador, por outro lado, os mecanismos de controle da administração são intensificados com a observância dos princípios constitucionais.

Sob esses aspectos, verifica-se a consagração do princípio da juridicidade coadunando-se ao novo momento do direito, em que o administrador deve, sobretudo, atuar com fundamento não apenas na legislação ordinária, mas também vinculado diretamente às regras e princípios da Constituição, em defesa dos direitos fundamentais como finalidade a ser perseguida pelo Estado.

Por fim, a constitucionalização do direito administrativo trouxe a submissão do administrador público ao direito, e não apenas à lei formal, através da aplicação de normas, princípios e valores constitucionais, ao que Maurice Hauriou (apud OLIVEIRA, 2010, p. 74-75) convencionou a denominar de “bloco legal” ou “bloco de legalidade”, que são as normas, princípios, valores consagrados na Constituição, “inclusive as de origem jurisprudencial impostos à administração pública”.

Assim, a centralização da Constituição em contraposição à lei, reforça o papel da sua força normativa com a observância das regras e princípios nela inseridos, o que implica a utilização de instrumento de ponderação de interesses na atividade administrativa, sendo a finalidade precípua a concretização desses valores. À medida que amplia a atuação estatal com essa concepção de juridicidade, maior também deverá ser o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, para evitar os abusos e ilegalidades.

#### **4.3 A Possibilidade de Controle Judicial do Mérito do Ato Administrativo e sua Motivação**

Outro ponto que merece destaque quanto à mudança de paradigma diz respeito à possibilidade de controle judicial do mérito administrativo. O controle jurisdicional do ato administrativo limitava-se apenas aos aspectos da legalidade do ato, com a possibilidade de anulação somente quando houvesse o vício na competência, forma ou finalidade, porém, não era possível a anulação do ato administrativo no

tocante ao mérito, ou seja, em relação ao motivo e objeto, já que a discricionariedade administrativa era vista como algo intangível.

A ideia de discricionariedade no sentido clássico de que se encontra imune ao controle judicial já perdeu espaço e passa a ser definida como liberdade de atuação dentro dos limites impostos pelo texto constitucional e pela legislação (OLIVEIRA, 2010, p. 77).

Para Juarez de Freitas (2007, p. 08) “toda discricionariedade exercida legitimamente, encontra-se, sob determinados aspectos, vinculadas aos princípios constitucionais”, assim, a alegação de conveniência e oportunidade do ato administrativo deve vir, sobretudo, justificada, sob pena de se tornar arbitrária.

Ao tempo em que ocorre essa intensa fundamentação na teoria dos princípios no âmbito do direito administrativo, reconhece-se a sua normatividade, e por esse motivo permite um controle ampliado e dotado de maior efetividade dos atos administrativos. Isso porque se faz necessária a adequação do ato administrativo com todo ordenamento jurídico vigente, incluindo as regras, princípios e demais atos normativos. Assim, com fundamento na juridicidade, o ato administrativo pode ser invalidado (OLIVEIRA, 2010, p. 80-81).

Nesse contexto, é importante destacar que os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, não são mais suficientes para definir a conveniência e oportunidade, mas, sobretudo o princípio da razoabilidade e proporcionalidade é que permitem o controle da discricionariedade administrativa, utilizando-se do juízo de ponderação (BARROSO, 2010, p. 377).

Desta forma, a invalidação de um ato administrativo por violação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, não significa que houve um exame do conteúdo do mérito pelo judiciário, mas verificação do limite imposto pelo direito ao administrador na utilização desse mérito.

Portanto, o controle do ato discricionário pelo judiciário não configura ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, ou melhor, não configura invasão das funções estatais, vez que esse é o papel do judiciário verificar se os limites impostos pelo ordenamento jurídico foram observados pelo administrador, não havendo a substituição da apreciação discricionária administrativa pela vontade do magistrado que necessariamente deve ser motivada.

Embora haja divergências doutrinárias a respeito da obrigatoriedade ou não da motivação dos atos administrativos a partir da sua distinção entre vinculado ou discricionário, alguns autores sustentam o dever de motivação de todos os atos administrativos, independentemente da sua classificação. Esse fundamento seria decorrente do Estado democrático, já que a motivação é um instrumento para efetivar o controle social do ato pelos legítimos donos do poder: o povo (OLIVEIRA, 2010, p. 84).

É certo que a sociedade vem exigindo mais transparência no trato da coisa pública, de forma que o Estado deve demonstrar as razões de fato e de direito que ensejaram a prática do ato, pois além de legitimar a atuação estatal, serve como meio importante de controle judicial e social da decisão administrativa.

Por esses motivos práticos, o princípio da motivação deve estar presente em todas as decisões administrativas, já que encontra respaldo tanto na Constituição Federal com a releitura do seu art. 93, inciso X, extensivo ao âmbito do poder executivo e legislativo, como também legalmente através da previsão do art. 2º, *caput*, e parágrafo único e inciso VII da Lei Federal n. 9.784/99, (OLIVEIRA, 2010, p. 85). Além de ser corolário inafastável do princípio do devido processo legal insculpido no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal.

Com efeito, a motivação se mostra como um instrumento fundamental para efetivar o controle externo do ato, especialmente quando exercido pelo judiciário, pois o administrador deverá proceder de forma razoável e proporcional, tal posição corrobora a legitimidade do procedimento administrativo com a ponderação de interesses e afastando o paradigma da insindicabilidade do mérito do ato administrativo pelo judiciário.

#### **4.4 A Releitura da Legitimidade Democrática da Administração**

Rafael Oliveira (2010, p. 31) acrescenta ainda a esse rol de reformulações trazidas na obra de Luís Roberto Barroso, a releitura da legitimidade democrática da administração com a previsão de instrumentos de participação dos cidadãos na tomada de decisões administrativas.

A ideia de legitimidade do direito administrativo está ligada ao princípio do estado democrático de direito, pois, além de exigir o respeito

aos direitos fundamentais, está relacionado com a democratização da atuação administrativa (OLIVEIRA, 2010, p. 111).

A administração pública antes vista como inimiga do cidadão, agora passa a atuar como parceira na efetivação dos direitos fundamentais, ocorrendo uma aproximação do estado com a sociedade, evitando o uso da coerção e prestigiando a participação dos administrados nas decisões políticas. Com efeito, democratizar um Estado significa dizer que a sua atuação deve corresponder a vontade do povo.

Neste aspecto, configura-se uma passagem da “administração impositiva” para uma “administração cidadã”, situando a consensualidade administrativa como um aspecto no processo de constitucionalização da administração pública (MOREIRA NETO, 2005, p. 11-13).

A legitimação da atuação estatal através da participação popular ganha suporte filosófico através da teoria de democracia deliberativa de Habermas na qual defende a teoria discursiva procedimental em que os cidadãos devem participar do processo de criação do direito, que no âmbito da administração pública corresponde à decisão administrativa, não podendo ser realizado apenas através da força (OLIVEIRA, 2010, p. 114). Para Habermas “são válidas as normas às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento, na qualidade de participantes do discurso racional” (*apud* OLIVEIRA, 2010, p. 115).

Diferente da democracia representativa, onde a decisão pública se resume à vontade da maioria representada no político eleito, como se verifica nos tempos clássicos. Na visão atual, para haver legitimidade é fundamental o processo comunicativo entre o Estado e a população, onde as pessoas diretamente atingidas devem ser ouvidas através de um discurso racional, no qual os próprios participantes institucionalizariam os pressupostos comunicativos e os procedimentos para a formação da vontade política, devendo ser garantida a comunicação dos atingidos e a sua participação (OLIVEIRA, 2010, p. 115).

Um exemplo no ordenamento jurídico brasileiro desta participação dos cidadãos atingidos é verificado no Estatuto das Cidades, previsto na Lei Federal n. 10.257/2001, no qual há exigência da participação popular das comunidades interessadas no processo de criação da norma de política urbana das cidades, como as audiências públicas, a consulta popular, gestão orçamentária participativa e outros meios utilizados como forma de

concretização da democracia e de garantia do controle direto das atividades, através do pleno exercício da cidadania.

A legislação que disciplina as Agências Reguladoras também prevê a participação do cidadão usuário no processo de regulação do setor, para reforçar a legitimação democrática. Além desses, existem outros diplomas legais de direito administrativo vigentes no ordenamento jurídico pátrio que estabelecem a participação democrática dos interessados corroborando a tese defendida por Habermas.

Para Rafael Oliveira (2010, p. 113) no âmbito do direito administrativo, a “participação do cidadão na atuação administrativa é uma forma de concretizar o princípio do Estado Democrático de Direito”, conferindo uma legitimidade renovada à administração, o que “não significa abandonar a democracia representativa, mas compensar o déficit democrático do sistema representativo”.

A visão de democracia deliberativa contribui para maior participação do cidadão na atividade estatal e também incentiva o controle social do ato administrativo. Essa releitura da democracia ocorre também em virtude das transformações do papel do Estado, antes visto com o sentido meramente formal de proteger os direitos fundamentais como forma de limitação do poder estatal, agora com o sentido social deve atuar mais positivamente contribuindo para concretização desses direitos.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 08) afirma que:

É através da participação, como requisito inarredável da democracia material que se satisfaz a condição de legitimidade indispensável aos processos de produção e de aplicação de normas deslegalizadas, uma vez que ocorrida a deslegalização, aquela condição já não mais poderá ser satisfeita pela legitimação representativa, própria da democracia indireta.

Pelo que se observa o direito administrativo passa por significativas mutações geradas pelas modificações da sociedade e do próprio Estado, pois em tempos de globalização, as noções de instituições administrativas precisam se adequar aos anseios sociais modernos, o que não poderia se conceber é uma disciplina do direito administrativo imutável em relação às transformações do Estado e do direito constitucional (MEDAUAR, 2011, p. 15).

Por outro lado, Luís Roberto Barroso (2010, p. 06) identifica 03 ordens de limitação de poder do Estado Constitucional:

“As limitações materiais” são aquelas em que os “direitos fundamentais deverão ser preservados”, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, expressão e de associação, surgem como forma de limitar o poder estatal em face dos direitos do cidadão. “As limitações na estrutura orgânica” que corresponde à “separação das funções estatais em legislar, administrar e julgar que deverão ser distribuídos a órgãos distintos e independentes”, mas que haja um controle recíproco (*checks and balances*). E as “limitações processuais” nas quais “os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal”, que “congrega regras tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade de domicílio, vedação de provas obtidas por meio ilícito) como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, intelegibilidade)” e por fim “os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público como se verifica em alguns países ocidentais”.

Esses limites processuais na atividade estatal no âmbito do direito administrativo podem ser caracterizados pelos princípios processuais constitucionais, pois estão submetidos ao regime do devido processo legal, e desempenham um papel essencial na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

## **5. OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONST. NO DIREITO ADMINISTRATIVO**

Na disciplina de direito administrativo existem princípios próprios do seu regime jurídico que decorrem da Constituição Federal de forma explícita ou implicitamente, e princípios processuais que também são aplicados na esfera administrativa. Porém, antes de adentrar no assunto propriamente dito, é importante trazer a discussão doutrinária a respeito da distinção entre processo e procedimento e entre processo judicial e administrativo, para identificar a ligação existente entre os princípios processuais no âmbito administrativo.

## 5.1 Processo & Procedimento

A doutrina processualista e administrativista discutiram durante muitos anos, sobre a possibilidade de utilização ou não do termo “processo” no âmbito do direito administrativo, já que para a corrente processualista tradicional a denominação de processo está intimamente ligada à função jurisdicional, exercida exclusivamente pelo poder judiciário.

Com a aproximação do Estado com o cidadão, característica que surgiu com a constitucionalização do direito, houve uma verdadeira mudança de paradigma, e a necessidade preeminente do cidadão participar da decisão administrativa final, e isso somente é possível com a oportunização do interessado se manifestar no processo.

Carlos Roberto Siqueira Castro (2006, p. 335) afirma que a garantia do devido processo legal tem sido o meio para realizar esta aproximação do Poder Público com os indivíduos, que tem por “finalidade constitucionalizar as incontáveis relações administrativas, adequando-as ao constitucionalismo, e impondo-lhes subserviência aos direitos fundamentais inscritos na lei maior”.

Para Nelson Nery Junior (2010, p. 214) é necessária a distinção entre processo e procedimento administrativo, já que o processo é um meio pelo qual se exercita o direito de ação e o procedimento é a forma pela qual se desenvolve os atos em geral, incluídos os atos processuais.

[...] O direito de ação no âmbito administrativo é o poder dever de a administração: a) impor penalidade ou sanção (processo administrativo sancionador) a servidor público ou administrado ou terceiro (pessoa física ou jurídica); ou b) criar direitos ou obrigações para o administrado (processo administrativo constitutivo), com a participação do interessado e/ou terceiro. A emissão de simples ato administrativo (unilateral) não constitui, em princípio e *per si*, o processo administrativo (NERY JUNIOR, 2010, p. 214).

No âmbito da administração pública, o processo em sentido amplo corresponde ao conjunto de atividades da administração ordenadamente que prepara a edição do ato administrativo, em sentido restrito que é o processo administrativo em si, sendo um conjunto de atos praticados na esfera administrativa quer apenas pela administração, quer pela administração e pelos administrados até a decisão final da autoridade competente, e o procedimento que é a

forma como deverão ser praticados os atos administrativos (NERY JUNIOR, 2010, p. 215).

Segundo Nelson Nery Junior (2010, p. 221) “somente existe processo quando há conflito de interesses caracterizado pela pretensão resistida”, porque “sem lide não há processo”. Por isso que há processo administrativo quando o poder público instaura expediente para aplicar sanção, para criar direitos ou obrigação aos administrados ou a terceiro, se não o for haverá procedimento administrativo, como o caso de autorização de uso de bem público ou licença para funcionamento.

Por outro lado, os doutrinadores administrativistas, a exemplo de Odete Medauar (2008, p. 43-44), fazem a distinção entre processo e procedimento administrativo, utilizando diversos critérios como a lide, a controvérsia, a complexidade, a função, o gênero e espécie, o interesse do destinatário, a finalidade, o critério concreto e abstrato, a colaboração do interessado, o contraditório e conclui afirmando que o “procedimento consiste na sucessão necessária de atos encadeados entre si que antecede e prepara um ato final”, já o processo é uma espécie de procedimento que tem seu rito instituído legalmente, com a “cooperação de sujeitos, sob o prisma do contraditório”.

Ademais, observa-se que o processo também se desenvolve no âmbito da administração pública, a despeito da resistência da utilização do termo “processo” e a difusão do uso da terminologia “procedimento”, Odete Medauar (2008, p. 44) argumenta:

A despeito do difundido uso do termo procedimento no âmbito da atividade administrativa, mais adequada se mostra a expressão processo administrativo. A resistência ao uso do vocábulo processo no campo da administração pública é explicada pelo receio de confusão com o processo jurisdicional, deixa de ter consistência no momento em que se acolhe a processualidade ampla, isto é, a processualidade associada ao exercício de qualquer poder estatal. Em decorrência, há processo jurisdicional, processo legislativo, processo administrativo; ou seja, o processo recebe a adjetivação provinda do poder ou da função de que é instrumento. A adjetivação, dessa forma, permite especificar a que âmbito de atividade estatal se refere a determinado processo.

Com a promulgação da CF/88, as dúvidas quanto à utilização da terminologia no direito administrativo foram sanadas, vez que o poder

constituinte fez constar no texto constitucional a expressão “processo administrativo”, significando o reconhecimento do referido termo no âmbito da atividade administrativa, e podem ser observados no art. 5º, inciso LV, LXXII, LXXVIII, art. 37, inciso XXI, art. 41, §1º, que também é utilizado por diversas legislações infraconstitucionais (MEDAUAR, 2008, p. 45).

O grande problema na utilização do termo “processo” no direito administrativo se encontra nos países em que adotam o sistema de jurisdição dupla, no qual há uma jurisdição especializada para apreciar o contencioso administrativo, sendo melhor a utilização das expressões “processo jurisdiccional administrativo” ou “processo da jurisdição administrativa”, para especificar a jurisdição administrativa (MEDAUAR, 2008, p. 47).

Logo, não se confunde o contencioso administrativo que se desenvolve em justiça especializada autônoma para apreciar litígios em que a administração é parte, que tem as mesmas garantias de independência da jurisdição comum, com o processo administrativo que se desenvolve na esfera da administração pública.

Diante dessas divergências apresentadas, faz-se necessário traçar as distinções entre processo administrativo e judicial para demonstrar que não há confusão na sua aplicabilidade, pois o instrumento do processo está relacionado ao exercício do poder estatal através da função legislativa, executiva ou judiciária, como direito fundamental do cidadão ao procedimento. Com isso, caracteriza-se a ideia do núcleo comum da processualidade.

## **5.2 Processo Administrativo & Processo Judicial**

Seguindo a linha de raciocínio, é importante também destacar as diferenças entre processo judicial e administrativo, verificando que o processo judicial se desenvolve no âmbito do poder judiciário, que tem como função precípua a jurisdição, com competência para dizer o direito em última palavra, através da imutabilidade do ato jurisdiccional, ou seja, da coisa julgada.

Diferentemente do processo administrativo na qual a decisão final, considerada ato administrativo, é mutável, pois não existe no Brasil a coisa julgada administrativa, sendo garantia constitucional de que não se excluirá da apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça ao direito.

Além disso, a função jurisdicional possui um caráter substitutivo, ou seja, a decisão do juiz substitui a vontade das partes, para dizer qual delas possui o direito. Já na função administrativa, a administração se confronta com o cidadão, com o servidor ou com o contratado, ou ainda com outro órgão público, havendo dois sujeitos, através da qual atende ao interesse da coletividade, mas não possui esse caráter substitutivo (MEDAUAR, 2008, p. 58).

Odete Medauar (2008, p. 57-58) traça as principais diferenças entre o processo judicial e o administrativo:

[...] salientam-se algumas notas diferenciadoras. Assim, em primeiro lugar, a função administrativa não visa precipuamente à atuação da lei, embora, como já se observou, deva nortear-se pelo princípio da legalidade. Em segundo lugar, inexistente na função administrativa o caráter de substitutividade em relação a dois sujeitos em disputa: havendo situação de controvérsia em seu âmbito, a própria administração toma a decisão que vai solucioná-la. E quanto aos efeitos de seus atos, falta-lhe imutabilidade decorrente da coisa julgada; de regra, podem ser revistos por outros atos administrativos ou por atos jurisdicionais.

Com a ampliação da atividade estatal, surge a necessidade de maior observância dos aspectos procedimentais para garantir o controle dos atos administrativos. Por esse motivo que atualmente, a processualidade representa uma mudança de enfoque no direito administrativo: a passagem do primado da autoridade para o primado do consenso (MEDAUAR, 2008, p. 76-77).

Além disso, o processo administrativo representa um meio para que sejam preservados os direitos fundamentais dos cidadãos na atuação administrativa, isso porque com a ampla processualidade, o administrador se obriga a observar parâmetros determinados na lei, bem como nos princípios constitucionais.

Sob esse aspecto processualista, a democracia não significa apenas a existência de governantes eleitos pelo voto popular, mas qualquer forma de participação dos cidadãos no processo decisório, configurando mais uma vez a aproximação do Estado com o cidadão, acompanhado pelas modificações de concepção de administração pública impositiva e passando a observar uma consensualidade administrativa.

## 6. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APLICÁVEIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo é uma disciplina que possui normas e princípios próprios que o fundamentam, inclusive descritos na própria CF/88, logo, os princípios constitucionais da administração pública também deverão ser utilizados no processo administrativo quando da atividade administrativa (HARGER, 2008, p. 78).

Esses princípios são aqueles decorrentes do “regime jurídico administrativo” que “é o conjunto de regras e princípios a que deve subsumir a atividade da administração no atingimento dos seus fins” nas palavras de Marcelo Harger (2008, p. 81) e são os seguintes:

a) **O Princípio da Legalidade** é aquele em que a atividade administrativa está vinculada à lei, porém, “mesmo que exista parcela de discricionariedade em alguma fase do processo administrativo, o conhecimento dos mecanismos decisoriais e dos fatos da situação inerente à processualidade”, permitem a prévia ciência do rito inerente à processualidade administrativa pelo cidadão, que deve ser “direcionada as finalidades de atuação” que estão previstas legalmente (MEDAUAR, 2008, p. 92);

b) **O Princípio da Impessoalidade ou Imparcialidade** é aquele em que o servidor deve atuar em nome do órgão, não para atender a interesses subjetivos pessoais, de preferências, favoritismo, antipatias ou perseguições. Busca-se atender o sentido da função estatal, posto que a finalidade do processo administrativo é alcançar o interesse da coletividade (MEDAUAR, 2008, p. 93);

c) **O Princípio da Moralidade** está associado ao sentido de boa-fé, lealdade, significa um “conjunto de regras de boa administração”, sendo um “comportamento da administração que a sociedade deseja e espera” (HARGER, 2008, p. 121). No âmbito processual, pode ser identificado pela lealdade entre os sujeitos no processo administrativo;

d) **O Princípio da Publicidade** se encontra presente quando estabelece a ampla publicidade dos atos administrativos, ou seja, deve dar conhecimento dos atos estatais, atualmente pode ser observado através da nova tendência denominada de transparência pública, já que a publicidade serve para auxiliar no controle dos atos do poder público. Processualmente, ocorre no sentido de dar conhecimento

dos atos às partes interessadas no processo, contribuindo para ciência e participação dos administrados no processo decisório da administração pública (HARGER, 2008, p. 119);

e) **O Princípio da Eficiência**, introduzido pela EC19/98, visa a garantir um resultado de modo rápido com o menor custo possível atendendo à finalidade pública, representado processualmente como direito fundamental do cidadão a ter duração razoável do processo nos termos do art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal (HARGER, 2008, p. 128);

f) **Os Princípios da Finalidade, Razoabilidade e Proporcionalidade**, todos previstos no art. 2º da Lei 9.784/99. O princípio da razoabilidade e proporcionalidade, apesar de alguns doutrinadores traçarem diferenças, de uma forma geral, significa “a adequação entre os meios aos fins”, sendo vedada a imposição de “obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério razoável” (MEDAUAR, 2010, p. 138). Toma-se como exemplo no processo administrativo disciplinar e punitivo, a aplicação da sanção deve ser realizada observando esses critérios de proporcionalidade e razoabilidade, através do juízo de ponderação, agora também conferido ao Poder Executivo, sob pena de ser considerada arbitrária por exceder o limite legal.

A aplicação desses princípios da administração pública, também serve como garantia e efetivação dos direitos fundamentais, pois, como função administrativa deverá ser observada a através da ampla processualidade.

## **7. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS APLICADOS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

A Carta Constitucional de 1988 elenca diversos princípios processuais, como meios ou garantias para alcançar a efetividade dos direitos fundamentais, que estão inseridos nos textos constitucionais sob a forma de garantia dos direitos fundamentais.

Segundo o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal encontra-se expressamente assegurado aos litigantes em processo judicial ou administrativo o contraditório e a ampla defesa. Assim, alguns princípios constitucionais somente serão aplicáveis a determinadas espécies de processo administrativo.

Com efeito, a Constituição ao inserir dispositivos sobre processo administrativo, está readequando-se às mudanças de paradigmas da constitucionalização do direito, verificando-se “uma verdadeira processualização da atividade administrativa”, também denominada de “jurisdicionalização do processo” (MEDAUAR, 2008, p. 77). Caracterizando o processo administrativo como meio pelo qual a administração pública concretiza princípios e normas constitucionais.

Além dos princípios da administração pública, existem aqueles que integram o núcleo comum da teoria geral do processo, e por esse motivo são também aplicáveis ao processo administrativo são eles: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, juiz natural e da duração razoável do processo, bem como os seus desdobramentos trazidos pela doutrina, jurisprudência e lei (MEDAUAR, 2008, p. 101).

É certo que a depender do tipo de processo administrativo serão observados determinados princípios processuais, assim como ocorre com o processo civil e o penal, portanto, a depender da tipologia do processo administrativo, se há conflito ou não, se aplica sanção ou não, se geram direitos ou obrigações, com suas devidas adaptações serão enquadrados na categoria de princípios processuais aplicáveis ao processo administrativo.

Ademais, não há dúvidas quanto à aplicabilidade desses princípios no âmbito da função administrativa, e especialmente do processo administrativo em que haja conflito de interesse, lide ou que de alguma forma possam criar ou extinguir direitos, pois são instrumentos de proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

**O Princípio do Devido Processo Legal** - encontra-se previsto no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal e dispõe que “ninguém será privado da sua liberdade nem dos seus bens, sem o devido processo legal”. Inicialmente este princípio se restringia ao direito processual penal como forma de garantir a defesa do acusado, posteriormente “estendeu-se ao processo civil” e significa um “conjunto de garantias constitucionais que asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais” (MEDAUAR, 2008, p. 84) e recentemente passou a ser aplicado no processo administrativo. Não deixando a Constituição Federal qualquer dúvida a respeito do assunto, quando trouxe expressamente no art. 5º, inciso LV, que é aplicável ao processo administrativo.

Deste princípio que está intimamente ligado ao contraditório e a ampla defesa, há outros desdobramentos, e corresponde ao conjunto de garantias que tem as partes na relação jurídica processual, assegurando a igualdade entre os sujeitos, o contraditório, a ampla defesa, a motivação, de forma conferir o exercício das faculdades e poderes processuais como ocorre no exercício da jurisdição.

No âmbito do processo administrativo Ada Pellegrini Grinover (1990 *apud* MEDAUAR, 2008, p. 85) denomina de “devido processo legal administrativo”, que “não se restringe somente às situações de possibilidade de privação de liberdade e de bens, mas abrange às hipóteses de controvérsias, conflito de interesses e de existência de acusados” que de alguma forma poderão sofrer prejuízo, como a perda do cargo, aplicação de sanções etc. Assim, a atividade do poder público deverá ser realizada mediante processo administrativo em que se garanta aos sujeitos o direito de apresentar defesa, provas, contrapor argumentos, de forma a influir na formação da decisão administrativa final.

**O Princípio do Contraditório**, disposto no art. 5º inciso LV da Constituição Federal dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente”.

Diante desta normatividade, a Constituição prevê que os atos administrativos se constituam mediante uma relação jurídica processual, ou seja, mediante um processo, no qual existam direitos, faculdades e ônus tanto para a administração como para os administrados, como forma de concretização dos direitos fundamentais. Na realidade, configurando-se uma garantia, porque é um meio ou instrumento de preservar os direitos do cidadão na atividade administrativa.

Portanto, as normas de processo também se encontram presente na esfera administrativa e significa uma relação existente entre a administração pública de um lado e o particular ou servidor ou pessoa jurídica do outro, onde há “faculdade dos sujeitos de manifestar o ponto de vista ou os argumentos ante aos fatos e documentos” constantes no processo administrativo, através do qual propicia a ciência de todo andamento do processo (MEDAUAR, 2008, p. 101). Exemplo dos candidatos no concurso público, os licitantes nos processos licitatórios, os contribuintes nos processos administrativos fiscais e os indiciados no

processo administrativo disciplinar.

O **Princípio da Ampla Defesa** significa a garantia da participação ativa dos sujeitos processuais de apresentar a defesa sobre os atos e termos do processo administrativo. Dando o direito ao sujeito do processo de ser notificado sobre o início do processo e de ser cientificado com antecedência das medidas ou atos referente à produção das provas, para que exerça seu direito fundamental do contraditório e da ampla defesa, rebatendo as acusações, apresentando a defesa prévia, argumentando em face de documentos, interpondo recursos administrativos, sob o preceito de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido (MEDAUAR, 2008, p. 119). Deste princípio decorre o direito do acusado de ser ouvido em audiência.

No tocante ao direito de apresentação da defesa técnica existe uma grande controvérsia, pois a ampla defesa pela legislação ordinária poderá ser realizada tanto através da autodefesa que é aquela feita pela própria parte interessada como através da defesa técnica realizada por representante legal do acusado, o advogado.

Entretanto, a doutrina constitucional vem afirmando que o direito de defesa não se resume a simples direito de manifestação no processo, mas pretende assegurar a tutela jurídica que corresponda à garantia do art. 5º, inciso LV da Constituição, contendo os seguintes direitos: “direito à informação, direito de manifestação e direito de ver seus argumentos considerados”, como expressa Sebastião Lessa (2008, p. 111).

Para tanto, faz-se necessário profissional habilitado para realizar a defesa técnica capaz de convencer o julgador, pois, somente o técnico possui conhecimentos jurídicos para a concretização dos meios e dos recursos garantidores do contraditório e à ampla defesa.

Sebastião Lessa (2008, p. 108) discorre com propriedade afirmando que muito embora “não haja previsão legal da obrigatoriedade de defensor do acusado, através de advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil para participação em todo o processo administrativo”, não se pode vislumbrar a “formação de uma relação jurídica válida sem a presença da defesa técnica, vez que prejudica a igualdade entre as partes”.

Entretanto, é cediço que o conhecimento especializado do advogado auxilia a tomada de decisão fundamentada na legalidade e na justiça, pois garante equilíbrio e isonomia entre os sujeitos do processo administrativo.

O **Princípio do Juiz Natural** está previsto na Constituição Federal nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º, o qual assegura ao indivíduo que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” e que “não haverá juízo nem tribunal de exceção”.

Essa norma da teoria geral do processo se identifica com a impessoalidade administrativa, através da mesma o servidor deve atuar em nome do órgão para atender o interesse coletivo, e não a interesses subjetivos pessoais, de preferências, favoritismo, antipatias ou perseguições, estando relacionada com a competência atribuída legalmente a autoridade, no cumprimento da função administrativa.

O **Princípio da Igualdade** no processo administrativo está relacionado à igualdade de oportunidades na produção de provas, na apresentação dos argumentos, proporcionando o poder público oportunidades para que os interessados se manifestem no processo de forma igualitária.

O **Princípio da Motivação** pode ser observado na exigência de que todo ato administrativo deve ser justificado, com as razões de fato e de direito que o fundamentaram, apenas os processos de mero expediente não precisam ser motivados, para o exercício do controle do ato administrativo, fundamentado no art. 93, inciso X da Constituição Federal.

O **Princípio da Duração Razoável do Processo** disposto no inciso LXXVIII da Constituição Federal traz que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Mais uma vez a denominação de processo administrativo encontra-se previsto na Constituição, pois foi introduzido através da EC 45/04 com o intuito de dar mais celeridade, em virtude da morosidade no andamento dos processos tanto judicial como administrativo.

Traçando essas premissas nucleares, percebe-se que a ampla processualidade encontra-se de maneira intensa na atividade administrativa, porém, não se pretende com este artigo trazer um rol taxativo com todos os princípios processuais, mas demonstrar de uma maneira geral que existe um núcleo comum da teoria geral do processo no âmbito do direito administrativo, tendo em vista o reconhecimento da existência de processo, sob este aspecto, com todas as garantias e direitos previstos legalmente.

## CONCLUSÃO

A constitucionalização do direito administrativo, decorrente das transformações de ordem histórica, filosófica e teórica, vem contribuindo de maneira essencial na atividade administrativa, perdendo cada vez mais espaço a visão puramente formal, legalista e o caráter impositivo do poder público, em contraposição cresce a aplicação da juridicidade e o aspecto da consensualidade administrativa, possibilitando a maior participação dos interessados na decisão final e conferindo maior legitimidade ao processo.

A incorporação do sentido principiológico e as novas formas interpretação constitucional, tendo a Constituição Federal como o centro do ordenamento jurídico, tem por finalidade garantir a efetividade e a concretização dos direitos fundamentais.

Os novos paradigmas advindos com a Constitucionalização do Direito Administrativo podem ser identificados em 04 linhas de ideias:

1. Pela redefinição da supremacia do interesse público sobre o privado e a ascensão do princípio da ponderação de direitos fundamentais;
2. Pela superação da clássica concepção do princípio da legalidade como vinculação positiva do administrador apenas à lei;
3. Pela possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo e sua motivação e;
4. Pela releitura da legitimidade democrática da administração.

A ampla processualidade administrativa também se insere nessas modificações sofridas no âmbito do direito, vez que a garantia de um processo administrativo com todos os direitos de defesa e recursos próprios previstos legalmente são considerados instrumentos de garantia dos direitos fundamentais, verificado principalmente em decorrência da nova ótica de legitimidade democrática, com maior participação do cidadão nos processos decisórios da administração pública.

Assim, o processo administrativo amparado nos princípios processuais constitucionais, qual seja o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e seus desdobramentos, é um meio de concretização desses direitos fundamentais e serve não apenas de limitação em face de abusos cometidos pelo poder estatal, mas também, deve implementar e atuar decisivamente a promover essas garantias.

Neste cenário, a constitucionalização do direito administrativo torna-se peça essencial ao administrador, hoje também visto como operador jurídico, pois a partir da releitura dos diversos institutos deste ramo do direito com fundamento na interpretação constitucional, tem como finalidade pública garantir a efetividade e concretização dos direitos fundamentais, contribuindo para manutenção do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na internet em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere.asp>. Acesso em: 13 out. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. rev. atual.. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In: A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenação Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. In: A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenação Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. São Paulo: Malheiros, 2007.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LESSA, Sebastião José. **Direito Administrativo Disciplinar interpretado pelos Tribunais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. rev. atual. ampl.. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo moderno**. 15. ed. rev. atual. e amp. . São Paulo: RT, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**: novas considerações (avaliação e controle das transformações). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 02, junho/julho/agosto, 2005. Disponível na internet em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere.asp>. Acesso em: 15/10/11.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a reeleitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

# VULNERABILIDADE, IGUALDADE E CONSTITUIÇÃO

**Daniela Lima Barreto**

Mestranda em Direito-UFS; Graduação em Direito - UFS;  
Especialista em Gestão Estratégica em Segurança Pública - UFS;  
Delegada de Polícia Civil da SSP/SE.

**Sumário:** 1. Vulnerabilidade: 1.1 A Construção da Idéia; 1.2 Minorias e Grupos Vulneráveis: em busca de uma definição; 2. Igualdade: 2.1 As Dicotomias Igualdade & Desigualdade e Igualdade & Diferença; 2.2 A Gestão das Diferenças na Contemporaneidade: desigualdade e exclusão como mecanismo de contenção; 2.3 Duas Correntes Político-Filosóficas: universalismo & Multiculturalismo; 3. Constituição: 3.1 A Constitucionalização da Igualdade; 3.2 A Idéia Jurídica de Igualdade; 3.3 Ações Afirmativas: a nova dimensão da igualdade; Referências Bibliográficas.

**Resumo:** O texto descreve a construção da idéia de vulnerabilidade e distingue as expressões minorias e grupos vulneráveis, para em seguida tratar das demandas por igualdade. Analisa as dicotomias igualdade/desigualdade e igualdade/diferença, fala da exclusão e da desigualdade como mecanismos sociais de contenção dos diferentes. Diferentes correntes filosóficas e políticas como o liberalismo e multiculturalismo lidam com a questão da gestão das diferenças, apontando soluções distintas para as tensões dela advindas. O autor reconstrói a história da igualdade enquanto valor jurídico e analisa a dificuldade para distinção da idéia jurídica do valor de igualdade, por fim, conclui que no Brasil o discurso jurídico se desenvolve aquém da dimensão constitucional da igualdade e que ações afirmativas são exatamente o conteúdo democrático do princípio constitucional da igualdade.

**Palavras-chave:** Vulnerabilidade; Igualdade; Constituição; Ação Afirmativa.

**Abstract:** The text describes the vulnerability idea building and distinguishes the expressions minorities and vulnerable groups. That text deal with the demands for equality and examines the dichotomy inequality/equality/ and difference/equality and speaks about social exclusion and social inequality as mechanisms to detain the different. Diverse theoretical and political chains as liberalism and multiculturalism deal with the issue of the differences management, pointing out different solutions for the tensions arising from it. The author rebuilds the history of equality as a legal value and discusses the difficulty to determine the legal

concept of equality, then, concludes that in Brazil the legal discourse develops below the constitutional dimension of equality and affirmative action are exactly the democratic content of the principle of equality.

**Key-Words:** Vulnerability; Equality; Constitution; Affirmative Action.

## **1. VULNERABILIDADE**

### **1.1 A Construção da Idéia**

A noção de vulnerabilidade vem sendo objeto de estudo de diversos saberes e a sua própria construção deu-se de forma plural contando com as contribuições da doutrina de Direitos Humanos, da Vitimologia e da Criminologia entre outras fontes.

A discussão a respeito das minorias e dos grupos vulneráveis que tomou corpo nos últimos anos advém de preocupação manifestada pela Assembléia Geral das Nações Unidas desde 1966 e teve seu nascedouro com o ideário de Direitos Humanos que aflorou com a modernidade.

Dessa forma, deve-se entender que apesar da nomenclatura ser relativamente recente, o ideário que lhe serve de arcabouço e fundamento é o que hoje chamamos Direitos Humanos, que foi construído paulatinamente e teve como grandes fontes os ideais liberais que inspiraram a revolução francesa e demais revoluções burguesas século XVIII, o socialismo (COMPARATO,1999), e o próprio pensamento cristão, por meio da doutrina social da Igreja Católica inaugurada com a Encíclica Rerum Novarum (TOSI, 2002.).

O conceito de vulnerabilidade e de grupo vulnerável é produto trazido do próprio processo de consolidação dos Direitos Humanos que se viram ampliados a partir de três tendências:

“Universalização - em 1948, os Estados que aderiram à Declaração Universal da ONU eram somente 48; hoje atingem quase totalidade das nações, isto é, 184 dos 191 países membros da comunidade internacional. Inicia-se assim, um processo em que os indivíduos estão se transformando em cidadãos de um Estado, em cidadãos do mundo; multiplicação - nos últimos cinquenta anos, a ONU promoveu várias conferências específicas que aumentaram a quantidade de bens que precisavam ser defendidos: a natureza, o meio ambiente, a identidade cultural dos povos e das minorias, o direito à comunicação e à imagem.; a

diversificação - As Nações Unidas definiram melhor quais eram os sujeitos titulares de direitos. A pessoa não foi mais considerada de maneira abstrata e genérica mas em suas especificidades e nas suas diferentes maneiras de ser: homem, mulher, criança, idoso, doente, homossexual” (TOSI, 2002, p.34-35).

Vê-se que é no desenvolvimento da diversificação dos Direitos Humanos que se propicia o surgimento da idéia de vulnerabilidade e conseqüentemente a preocupação de promoção de igualdade dela advinda. É a partir desses processos de ampliação de reconhecimentos de Direitos Humanos que se desenvolvem as sucessivas “eras de direitos” como enunciou BOBBIO (1992, 62-69) ou gerações de “novos” direitos (BONAVIDES, 2002, p. 516-522): primeiro os direitos civis e políticos, depois os direitos econômicos, sociais e culturais e por último os direitos atinentes a uma “nova ordem social” como o direito à paz, ao meio ambiente, ao desenvolvimento (FERREIRA FILHO, 1996, p. 57).

Notadamente na década de 90 do século passado, o tema ganhou especial relevância quando foram confirmados normativamente os direitos das minorias e dos chamados grupos vulneráveis. Conforme Santana (2002, p.176), foi nos anos 90 do século passado que se estabeleceu o mais importante documento internacional a tratar dessa temática: a Declaração Sobre os Direitos das Pessoas que pertencem a Minorias Étnicas, Religiosas e Linguísticas, que ficou conhecida como Declaração de 92.

A Vitimologia, ciência surgida em meados do século passado com os trabalhos de Benjamin Mandelson “*The origins of Doctrine of Victimology*” de 1947 e de Hans Von Hentig, “*The criminal and his victim*” de 1948, inicialmente foi associada ao estudo da vítima e do crime e vista como parte da Criminologia.

Há ainda quem questione a sua autonomia como ciência, todavia, contemporaneamente é entendida de forma transdisciplinar não se restringido em seu estudo as vítimas de crimes, mas a todas as pessoas que tenham os seus direitos violados, tendo, portanto um amplíssimo horizonte de estudo que a aproxima dos Direitos Humanos, do Direito do Trabalho entre tantas outras disciplinas.

Para PIEDADE JUNIOR (Reflexões sobre Vitimologia e Direitos Humanos, 2000, p. 01):

“Na perspectiva mais atual de vitimologia as expressões ‘direitos humanos’ e ‘vitimologia’ são atores sociais que caminham na mesma direção em busca dos mesmos objetivos em suma “o resgate da dignidade dos princípios fundamentais da pessoa humana a lapidar a defesa de pessoas e comunidades, aquelas que convivem com a marginalização e exclusão de seus direitos fundamentais.”

O conceito primitivo de vítima remete-nos ao holocausto da religião judaica em que um animal é sacrificado ao “Deus de Abraão” como forma de demonstrar gratidão ou pedir a expiação de pecados. Curiosamente outro holocausto, desta feita o holocausto de milhares de judeus, colocado em curso pelo Estado Alemão Nazista, liderado por Hitler, está na centralidade dos fatos que ensejaram as reflexões que engendraram o nascimento da Vitimologia enquanto campo específico de estudo. A observação que algumas pessoas nada fizeram para propiciar uma história de segregação e sofrimento, feita naquele momento histórico, contribuiu para o início dos trabalhos da nova ciência que resultaram na explicitação e elucidação da noção de vulnerabilidade, tal noção, encontra-se ligada aos fenômenos da negação, não efetivação e de violação de direitos, realidades muito mais ampla que o crime.

Para KOSOVSKI (Temas de Vitimologia. Lumen Juris, RJ, 2000, p. X):

“... um equívoco pensar que a Vitimologia nasceu da concepção do crime precipitado pela vítima. Ela surgiu exatamente da certeza que determinadas pessoas nada fizeram para desencadear sobre si uma tempestade de infortúnios. Seu estudo torna-se cada dia mais pluralista e holístico. Ela repousa num tripé: estudo e pesquisa; mudança da legislação e assistência e proteção à vítima. O envolvimento de diversas áreas de conhecimento somente ajudará a entender o caráter holístico da Vitimologia.” (grifo nosso)

A moderna Criminologia, também chamada de Criminologia crítica parece “apontar pistas” acerca da dimensão da vulnerabilidade ao definir o destinatário do direito penal como o indivíduo estigmatizado, pertencente a estratos sociais com menos chances e oportunidades de alcançar os fins definidos culturalmente como sucesso e pertencentes a grupos politicamente não dominantes.

Tais definições são fruto da produção da Criminologia da década de 1930, especificamente das *teorias das subculturas*, que indicam que a

criminalidade é definida pelas dificuldades que certos indivíduos enfrentam em razão da estratificação social de acessarem os meios legítimos para alcançar os fins culturalmente tidos como desejáveis; das *teorias do “labelling aproach”* ou *reação social*, que, a partir do seu ponto de observação, qual seja, do esforço de enfrentamento do problema da definição do delito, constata que essa definição de criminalização passa por mecanismos de estigmatização de determinados sujeitos e *das teorias conflituais* que enunciam que a definição de criminalização advém das relações de hegemonia entre classes ou grupos, hegemonia essa, que se materializa no poder de definição de um grupo e na submissão a criminalização por outro (BARATTA, 2002).

## **1.2 Minorias e Grupos Vulneráveis: em busca de uma definição**

Minorias e grupos vulneráveis são expressões que ocupam o espaço central dos debates sobre a vulnerabilidade e as demais questões dela resultantes como efetivação de direitos, equalização de desigualdades e reconhecimento de identidades, entretanto, qual delas é mais adequada para expressar a qualidade ou característica daquele indivíduo ou grupo que vivencia a vulnerabilidade?

Diversas definições são utilizadas para expressar o que vem a ser minorias e grupos vulneráveis. Muitos são os critérios para definição das categorias e muitas as restrições levantadas contra cada uma delas.

É fato que a discussão a respeito do tema já está instalada na comunidade internacional e a cada dia crescem os reclamos pelo reconhecimento da diferença, sendo cada vez mais sentidas as suas repercussões na ordem política e social em todo o mundo, posto que são muitas as reivindicações por reconhecimento e igualdade em todos os lugares do globo terrestre.

A Declaração da Assembléia Geral das Nações Unidas de 1992 sobre direitos de minorias, reiteradamente e sem enunciar uma definição, fala em “*persons belongin to national or ethnic, religious and linguistic minorities*” (pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas ou linguísticas), não esclarecendo quem de fato seriam essas pessoas pertencentes a uma nacionalidade ou minoria étnica e linguística.

Há aqueles que defendem a corrente de que a definição em si, já traria restrição à garantia de direitos das minorias e obstáculos à sua

proteção, uma vez que cada minoria traz as suas características específicas e uma conceituação fechada sempre promoveria alguma exclusão<sup>62</sup>.

A expressão minoria vem sendo constantemente atacada por sua imprecisão. Entende-se minoria, etimologicamente, como significando “inferioridade numérica; parte menos numerosa de uma corporação deliberativa, e que sustenta idéias contrárias às do maior número” (FERREIRA, 1994, p. 11).

A dimensão numérica da expressão é exatamente o que a afasta dos objetivos da busca de uma definição adequada, pois é evidente que determinados grupos subalternizados e inferiorizados em seus direitos estão longe de serem pouco numerosos, considerando o número de indivíduos que os compõem.

Observe-se o caso das mulheres, que não são minoria na população mundial e tem freqüentemente em vários países seus direitos violados. Sem falar no caso dos idosos, que já constituíam em 1998 cerca de 10% da população mundial, já eram 600 milhões em 2002, projetando-se que cheguem a dois bilhões em 2050 e nem por isso alcançaram o reconhecimento como grupo com características e necessidades próprias. (ONU. Plano de Ação Internacional para o envelhecimento, 2003, p. 27).

Exemplo histórico da imprecisão do critério numérico para a definição de minoria é o *apartheid*, constatado na ainda recente história da África do Sul, onde uma maioria negra era subalternizada e alijada por uma minoria branca. Nesse caso emblemático, a vulnerabilidade estava presente justamente naquele grupo de maior predominância numérica, o que está a olhos vistos, fora do conceito de vulnerabilidade aparentemente encerrado na expressão minoria. Tal contra senso já desqualifica e demonstra a fragilidade do critério numérico como instrumento de distinção dos grupos vulneráveis ou como critério útil construção de uma definição do que vem a ser minoria.

---

<sup>62</sup> “Uma definição de minorias em direito internacional freqüentemente tem quase impedido o processo de fixar padrões e excluir os que não tinham sido incluídos na Declaração; a lei tem procedido na realidade sem definições precisas para preservar a flexibilidade, a franqueza e a possibilidade de progresso (tradução livre da autora) Assembléia Geral da ONU que, em 18.12.1992, adotou a Declaração sobre os Direitos de Pessoas que pertencem a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas ou Linguísticas *apud* (SEGUIN, Élida. 2002, p. 11).

Dentre os critérios utilizados na busca de uma definição, muito têm sido utilizados os critérios propostos por Gabi Wurcker:

Um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, numa posição não dominante, cujos membros, sendo oriundos do Estado, possuindo características étnicas, religiosas ou linguísticas diferindo do resto da população e mostrando-se somente implicitamente, um senso de solidariedade dirigida em direção de preservar sua cultura, tradições, religião ou idioma (CAPOTORTI *apud* WURCKER, 2002, p. 78).

Fica demonstrado que o autor enumera como elementos constituintes de uma minoria: elemento numérico, que se encontra absolutamente desqualificado pela sua demonstrada insuficiência; o elemento de não-dominância; o elemento de cidadania e o elemento de solidariedade com vistas à preservação de sua cultura, tradições, religiões, idioma, enfim, de seu particular modo de vida.

O terceiro elemento é um dos mais polêmicos, pois diz respeito ao pertencimento do grupo a um Estado Nacional, ou seja, o grupo para ser entendido como minoria, deve no momento de reivindicar seu reconhecimento e sua identidade ostentar uma cidadania, estar, portanto, ligado a um Estado Nacional.

A exigência está presente na própria definição elaborada a partir da Declaração das Nações Unidas, o que é um paradoxo, sobretudo quando se pensa em minorias étnicas, pois todos sabem que elas existem e se estabelecem dentro de um âmbito nacional, todavia, ao mesmo tempo existem e sobrevivem além dessa fronteira territorial ou legal.

Por fim, o elemento da solidariedade e do preservacionismo cultural, formando então o elemento subjetivo da definição de minoria, diz respeito ao auto-reconhecimento do indivíduo como parte integrante do grupo e não somente isso, significa ser reconhecido pelos demais como parte integrante da comunidade e ainda adotar uma atitude comissiva no sentido de se posicionar de forma solidária ao grupo e aos seus demais integrantes na busca da preservação de sua cultura e de sua peculiar forma de vida.

O que são de fato minorias ou grupos vulneráveis? São categorias distintas ou coincidentes? Minoria seria gênero, do qual seria espécie grupo vulnerável? De que forma delimitar cada categoria? De que maneira distingui-las?

Tais conceitos ainda encerram bastante confusão. Há aqueles que dizem que as primeiras seriam identificadas em razão da situação de não-dominância que experimentam no país onde vivem; já os grupos vulneráveis estariam não submetidos ao critério numérico, uma vez que podem perfazer grandes contingentes humanos, mas caracterizados pela situação de destituição de poder e de desvantagem social, guardando, todavia, a cidadania e demais elementos que, se ausentes, poderiam transformá-los em minoria.

Segundo SEGUIN (2002, p. 12), há também quem afirme que o ponto de distinção se concentra no fato da minoria guardar uma identidade enquanto grupo e uma consciência de sua situação de não-dominância e desvantagem social, ao passo que no grupo vulnerável, temos um indivíduo singularmente considerado que sequer tem a consciência de que é discriminado e de que têm direitos violados.

Entende-se, portanto, que é evidente a dificuldade de se aplicar todos ou mesmo alguns dos elementos da distinção proposta a todos os grupos que demandam reconhecimento de suas necessidades especiais e de afirmação de seus direitos. Alguns dos elementos se aplicam a uma determinada minoria étnica ou cultural, já à outra, não, aliás, diga-se que o próprio conceito de minoria étnica nacional não é muito concreto, como observa Brian Barry (*apud* VITA, 2002, p. 27)<sup>63</sup>. E o que se dirá do conceito de grupo vulnerável, de que se observa estar o tempo todo imbricado com o de minoria, parecendo apontar a possibilidade de que não perfaçam realidades distintas?

Cada minoria ou cada grupo (para não usar uma nomenclatura aqui questionada), como já dito, possui suas próprias características,

---

<sup>63</sup> O autor questiona se os negros descendentes de escravos nas sociedades pós-coloniais como é o caso do Brasil e dos EUA, seriam minorias étnicas ou culturais concluindo que não são nem uma nem outra. Considerando que as minorias étnicas são normalmente formadas por imigrantes que se estabelecem dentro das fronteiras de um outro estado nacional e mantêm a sua vida cultural seus costumes e diferenças. Exemplo: os latinos que vivem nos EUA em suas próprias comunidades, já as minorias nacionais dizem respeito a civilizações que já existiam naquele território no momento da formação de um determinado estado nacional e nele foram englobados, exemplo os indígenas no Brasil e os “chicanos” (populações mexicanas que permanecerem vivendo nos territórios mexicanos que foram apropriados pelos EUA).

o que evidentemente, como já destacado no início da busca por uma definição, dificulta o trabalho.

Não é possível, todavia, concordar com a ausência de definição, pois o reconhecimento da situação de vulnerabilidade ou de situação minoritária (pensando nos termos grupos vulneráveis e minorias) implica a tomada de decisões políticas com a finalidade de salvaguardar os direitos desses grupos, o que não pode ser feito sem critério algum sob pena de gerar políticas públicas chamadas de "ações afirmativas", mas que são executadas, por vezes, de forma irresponsável, fazendo distinções injustas e desmedidas. É preciso estabelecer um critério para procurar manter o equilíbrio da aporia igualdade x diferença propiciando igualdade de oportunidade e condições a todos, através de mecanismos específicos para aqueles que se encontram em situação de desvantagem.

Hodiernamente privilegia-se a expressão "grupos vulneráveis" ante as inúmeras imprecisões apontadas a expressão "minorias" para significar todo grupo ou segmento que ostenta posição de desvantagem social e discriminação, sendo mais suscetível a violação de direitos, devendo ser justamente esse o elemento que o define.

## **2. IGUALDADE**

### **2.1 As Dicotomias Igualdade/Desigualdade e Igualdade/Diferença**

O conceito de direitos humanos, forjado na modernidade, traz ínsita uma idéia de igualdade, consagrada na enunciação inaugural que estabelece que todos os homens são iguais diante da lei sem distinções de qualquer natureza, presente na Declaração de Direitos Humanos. A igualdade, dessa forma, consagrou-se como bandeira da Revolução Francesa e deixou para sempre a sua marca na formação do "corpus filosófico" presente na gênese do que hoje é chamada Doutrina de Direitos Humanos, espalhando-se e repercutindo nos ordenamentos jurídicos positivos modernos.

Observa-se, contudo, que a dimensão de igualdade formal passa longe de ser uma realidade, pois o gênero humano é essencialmente diferente. É tão característica do ser humano o fato de ser um ser

gregário, como sua condição de ser plural, multifacetado em todas as suas manifestações.

A maneira como se lida com a dicotomia igualdade/diferença e como isso tem se concretizado nas opções sócio-político-econômicas do mundo contemporâneo é extraordinariamente importante, pois é grande a correlação entre vulnerabilidade, democracia e cidadania. A forma como se abordam as questões afetas à vulnerabilidade pode gerar sérios danos à democracia de um país, como também pode distingui-lo enquanto verdadeiro e efetivo Estado Democrático de Direito.

Convém preliminarmente à análise da “administração das diferenças” no atendimento as reivindicações de igualdade, ressaltar a distinção conceitual entre as dicotomias igualdade/diferença e igualdade/desigualdade, conforme pode se ver a seguir:

É preciso entender claramente o significado de igualdade na proposta de cidadania democrática. É evidente que não se supõe a igualdade como “uniformidade” de todos os seres humanos - com suas saudáveis diferenças de raça, etnia, sexo, ocupação, talentos, específicos, religião, e opção política, cultura no sentido mais amplo. O contrário da igualdade não é a diferença, mas a desigualdade, que é socialmente construída, sobretudo numa sociedade tão marcada pela exploração e assista. As diferenças não significam, necessariamente, desigualdades, isto é, não existe uma valoração hierárquica inferior/superior na distinção entre pessoas diferentes. Homens e mulheres são obviamente diferentes, mas a desigualdade estará implícita se tratarmos essa diferença estabelecendo a superioridade masculina, por exemplo. O mesmo pode ser dito das diferenças culturais e étnicas. Em outras palavras, a diferença pode ser enriquecedora, mas a desigualdade pode ser um crime. É nesse sentido que se entende que no direito contemporâneo (inclusive na legislação brasileira), manifestações de discriminação ou racismo - no trabalho, no acesso a bens e serviços, nas diversas formas de expressão social - são tipificadas como crime, em alguns casos insuscetíveis de fiança ou prescrição. No entanto, as desigualdades sociais, tão evidentes no Brasil - com sua herança da escravidão sempre presente - não são entendidas como crime mesmo quando decorrem de políticas ostensivamente excludentes (FREITAS, p. 3).

Igualdade e diferença são, portanto as duas faces da mesma moeda, qual seja, a do existir humano. Não existe confronto ou aporia

entre as duas, pois em verdade, a igualdade entre homens somente existe partindo da essencialidade da idéia de que todos nós possuímos em comum o fato de ostentarmos a condição humana, ademais, tudo é diversidade, num caleidoscópio de especificidades e singularidades.

Neste sentido, a arquiinimiga da igualdade, não pode de maneira alguma ser a diferença, antes, é a desigualdade que se aproveita da condição natural da diferença para promover injustiças e obstacularizar a dignidade do homem.

## **2.2 A Gestão das Diferenças na Contemporaneidade: desigualdade e exclusão como mecanismo de contenção**

Recorre-se aqui às idéias apresentadas pelo Professor Boaventura de Souza Santos (2006, p. 279), por meio de sua interpretação das idéias de Marx e Foucault, em seu livro *A Gramática do Tempo*. Segundo ele, em Direitos Humanos parte-se da análise das diferenças, da desigualdade e da exclusão, como seus mecanismos de contenção, a partir do local histórico da modernidade, pois é nesta que se inaugura um novo sentido e uma nova dimensão da desigualdade.

Em consequência das idéias emancipatórias do homem, que tiveram berço na modernidade, pela primeira vez a noção de desigualdade e de exclusão não são incidentes comuns e desejáveis no curso social. Pelo contrário, agora são fatos a serem eliminados ou minimizados posto não serem legitimados pelo ideário liberal inspirador da modernidade.

Pois bem, Santos registra que: “a desigualdade e a exclusão são dois sistemas de pertença hierarquizada; no sistema da desigualdade, a pertença dá-se pela integração subordinada enquanto que no sistema de exclusão a pertença dá-se pela exclusão” (*Op. Cit*, 2006, p. 279).

A desigualdade e exclusão são mecanismos por meios dos quais se determina o lugar social do indivíduo. No primeiro caso, a determinação desse lugar se dá pela sua integração de forma subordinada a uma relação desigual. Quem está embaixo nessa relação, está dentro do sistema por estar em baixo, e a sua presença é indispensável.

Santos (2006, p. 280) utiliza como fonte teórica Karl Marx, o grande teórico da desigualdade na dimensão em que ele a situa. Para Marx, um exemplo disso é um contrato de trabalho. Paradoxalmente, ele se sustenta na idéia essencial de igualdade: o contrato pode ser celebrado em

consonância com as idéias emancipatórias liberais, porque travado entre partes livres e iguais, ao menos do ponto de vista da retórica, todavia, encerra a desigualdade do capital/trabalho, traz a subalternização da força de trabalho, uma desigualdade entre as partes baseadas na exploração.

Já a exclusão, deixa de ser um fenômeno sócio-econômico, como é a desigualdade, para ser sócio-cultural. Trata-se de um processo histórico através do qual uma cultura, por via de um discurso de verdade, cria o interdito e rejeita. Assim, o sistema da exclusão assenta no essencialismo da diferença, seja ele a cientificação da normalidade e, portanto, do interdito, ou o determinismo biológico na discriminação sexual e racial.

A exclusão, de forma simples, seria a consagração do discurso dos vencedores, é manifestação de uma cultura dominante que subalterniza as demais, a gestão controlada da exclusão, muito mais que a desigualdade, utiliza o espaço normativo estatal, sobretudo o Direito Penal. A gestão controlada, nesse caso, foi estabelecida sempre em juízo de periculosidade. Os grupos que estiverem nos limites de convivência aceitáveis, dentro de critérios hegemônicos, colocados como universais, serão objetos de reeducação e reintegração social, já aos demais são destinadas as instituições totais e sua segregação absoluta, conforme pensamento de Goffman (2002, p. 7-10).

A modernidade trouxe a novidade do ideário de emancipação do homem, de valorização do indivíduo e, também, das diferenças. Nesse aspecto, a exclusão e a desigualdade, antes inerentes ao antigo regime, passam a ser fenômenos sociais a serem mitigados. Mais tarde surge na Europa o Estado de Bem-Estar Social, para tratar de forma adequada às diferenças e as desigualdades, e exclusões delas advindas.

Por outro lado, ao mesmo tempo, e de forma muito mais dramática no Novo Mundo onde a temporalidade histórica é outra e onde, naquele momento, o ideário emancipatório parecia ainda não repercutir, a exclusão e a desigualdade foram utilizadas como mecanismos de subjugação do diferente das outras culturas, tidas como não civilizadas.

Mais tarde, o paradigma do estado social passa a ser reproduzido também ao sul do equador, todavia sem superar desigualdades consolidadas ao longo da colonização e com efetivação de direitos apenas parcial.

Com a modernidade o Estado passou a viver a contradição emancipação/regulação na administração das desigualdades e exclusões cada

vez mais cruéis e evidentes, desde que se colocou o Capitalismo como principal e depois como único modo de produção destinado a gerar desenvolvimento e manutenção para a humanidade.

Assim, o Estado passou a ter a função geral de promover uma coesão social numa sociedade dividida por classes e por segregados: passou a ter como preocupação fazer a gestão controlada da diferença, da exclusão e da desigualdade de forma a não inviabilizar a integração subordinada e sabotar, assim, o modelo econômico capitalista.

No que diz respeito à exclusão, a gestão controlada do Estado consiste em “distinguir entre as diferentes formas de exclusão, aquelas que devem ser objeto de assimilação ou, pelo contrário, objeto de segregação, expulsão ou extermínio” (*Op. Cit.* p. 85).

O modelo de gestão das desigualdades e da exclusão é um processo político extremamente complicado, porque multidimensional. A complexidade aumenta na medida em que se agravam as desigualdades e exclusões.

Tal modelo encontra-se em crise diante das realidades e tensões trazidas na modernidade pelos fenômenos que Santos (2006, p. 286) chamou de globalizações: o desmantelamento do Estado de Bem-Estar Social; a erosão os poderes de regulação do estado nacional, cada vez mais transnacional; o fracasso do modelo capitalista de gestão das desigualdades através da integração pelo trabalho por meio da política de pleno emprego; entre muitos outros fatores. Elas fazem com que permaneça apenas o aspecto regulador estatal esvaziando-se o seu conteúdo emancipatório em sua atuação para equilibrar igualdades e diferenças.

No tratamento estatal dado às diferenças, parece que restaram apenas as políticas estatais que visam à sua exclusão pela homogeneização, cujas peças centrais têm sido a escola e o direito. Em vez do direito à diferença, o Estado tem concedido apenas o direito à indiferença.

Nesse entendimento, a noção moderna de cidadania está cada vez mais esgarçada diante da incapacidade estatal de ampliá-la, e tal estado de coisas não atinge somente os países do eixo norte ocidental, mas todo o mundo.

A crise é, sobretudo do Estado-providência para as classes populares. É, sobretudo porque o Estado deixa claramente de poder prosseguir políticas que simultaneamente assegurem o crescimento

econômico, preços estáveis e uma balança de pagamentos controlada. Por outro lado, a crise da política fiscal inviabiliza a expansão da providencia estatal e fá-lo precisamente nos momentos em que, devido à crise econômica e ao aumento do desemprego, ela é mais necessária.

Esta transformação do Estado não ocorre apenas nas sociais democracias. Ocorrem também noutros regimes políticos que por outras vias - corporativismo autoritário, populismo ou perpetuação da situação colonial foram surgindo formas de regulação social com uma maior ou menor incidência de políticas de bem estar protagonizadas pelo Estado.

Estas transformações correm sob diferentes formas, quer nas sociais democracias, quer nas sociedades de desenvolvimento intermédio ou semiperiférico onde o Estado assumiu no passado alguma responsabilidade social. (*Op. Cit.*, p. 288-290).

Reacendem-se, nesse contexto, as discussões a respeito de universalismo/relativismo cultural sempre presentes, notadamente na Europa, com o acirramento da crise econômica e o esvair-se de muitas das perspectivas de desenvolvimento e prosperidade econômica apregoadas quando da criação da União Européia, bem como a ameaça de relativização de direitos e suspensão de prestações sociais estatais, recrudescem os problemas relacionados à vulnerabilidade, à efetivação da igualdade e ao reconhecimento do direito à diferença.

### **2.3 Duas Correntes Político-Filosóficas: universalismo & multiculturalismo**

Reacendidos os debates a respeito da igualdade, da vulnerabilidade e da gestão das diferenças no mundo contemporâneo, duas correntes de pensamento digladiam-se como justificações político-filosóficas a fundamentar a maneira como Estados tem desenvolvido sua práxis no que tange à gestão das tensões produzidas no bojo das questões atinentes à igualdade. São elas: o liberalismo com suas diversas variantes, e o multiculturalismo.

Para o *modelo político-liberal clássico*, as diferenças devem ser tratadas somente na esfera privada e a coesão social deve ser alcançada através da afirmação de direitos individuais.

Não são vistas com bons olhos as reivindicações que digam respeito à construção de identidade e reconhecimento de direitos

grupais, pois podem produzir efeitos deveras perniciosos como a fragmentação do Estado.

Dentre os enfoques liberalistas ganha destaque o chamado liberalismo igualitário, proposto por Brian Barry (*apud* VITA, 2002, p. 5-27), porque, embora defenda a equação das demandas sociais com o fortalecimento da igualdade, não ignora veementemente a questão dos direitos de grupos. Antes, constrói para eles uma nova teoria, com fundamento na liberdade de associação, na liberdade de recusar a associação, bem como na faculdade, que seria um direito legítimo dos grupos, de literalmente expulsar os membros de que deixarem de ter as mesmas convicções e identidades a partir das quais se caracteriza a comunidade.

Entende-se por liberalismo igualitário a posição doutrinária que defende que uma sociedade justa e democrática é aquela comprometida com a garantia de direitos básicos iguais e uma parcela equitativa dos recursos sociais e materiais escassos, tais como rendas, oportunidades educacionais e ocupacionais, a todos os seus cidadãos.

Segundo tal posição, à sociedade, como coletividade, cabe a responsabilidade de dar forma a uma estrutura institucional que propicie direitos e oportunidades para todos. Já aos cidadãos, individualmente considerados, competem decidir que uso farão de tais recursos em suas vidas. Não cabe ao Estado, segundo essa corrente, utilizar o seu poder coercitivo para promover formas de vida que sejam julgadas mais valiosas, mais corretas ou mais justas, já que tais escolhas devem ficar a cargo do cidadão em exercício de sua individualidade.

Antes, os recursos e oportunidades devem estar dispostos a todos que deles podem se apropriar a serviço da mais diversa gama de objetivos de vida, valores, práticas e doutrinas religiosas, e podem tanto ser utilizados por aqueles que o fazem por um exercício individual de autonomia, como por aqueles que recusam tal posição, preferindo conduzir suas vidas em consonância com as verdades construídas ou defendidas coletivamente por um grupo com o qual possuam identidade.

Essas são, em linhas gerais, as características da posição enunciada como liberalismo igualitário que, de agora por diante, será chamada somente de Liberalismo. São palavras chave dessa corrente: autonomia, individualidade, liberdade e igualdade de oportunidades.

A corrente adversa, chamada de multiculturalismo, defende que em todas as sociedades existem determinados grupos aliados do processo de reconhecimento, efetivação de direitos e cidadania e que em todos os países há uma imensa variedade de grupos e segmentos sociais, entre eles, por exemplo, os negros, as mulheres, os homossexuais, minorias étnicas e grupos nacionais que não demandariam apenas as mesmas coisas e bens que seus concidadãos, mas, além disso, o reconhecimento público de suas identidades culturais.

Segundo essa posição, além do tratamento igualitário que o Liberalismo tem como objetivo, as instituições e políticas públicas de uma democracia devem tratar grupos diferentes de acordo com suas diferenças culturais. São palavras-chave dessa teoria: especificidades, identidades e reconhecimento.

Nesse entendimento, o significado da expressão multiculturalismo, adotado no presente trabalho, realça sua acepção normativa, como proposta política de enfrentamento dos reclamos de igualdade nas sociedades contemporâneas, e não em seu sentido descritivo que expressa simplesmente a idéia de pluralismo.

Assim, todas as sociedades atuais são multiculturais em seu sentido descritivo, pois é cada vez maior a quantidade de nações que convivem com as minorias étnicas e minorias nacionais decorrentes de processos migratórios relacionados a fatores econômicos ou políticos, além dos mais distintos grupos vulneráveis que se encontram em situação de fragilidade pelos mais diversos fatores.

Sintetizando o quadro geral de apresentação das idéias multiculturalistas, tem-se que para essa corrente:

Quando há identidades culturais envolvidas, não basta garantir direitos iguais entre os membros das minorias e os membros da maioria cultural. A justiça exigiria o reconhecimento público de direitos diferenciados cujos portadores não são indivíduos e sim grupos (VITA, 2002, p. 27).

Apresentadas as idéias básicas de cada corrente, resta conhecer os argumentos e críticas que cada uma apresenta a respeito das idéias opostas às suas teses.

O multiculturalismo é chamado também de objeção ao Liberalismo, pois surge como uma sua negação, na medida em que acredita que o

discurso de que todos são iguais independentemente de suas especificidades é cego às diferenças e termina por corroborar, ou mesmo promover, a imposição da cultura dominante sobre povos minoritários ou segmentos não dominantes politicamente.

Tal crítica, não se faz por mera retórica, mas nasce da observação do movimento histórico da formação do Estado moderno capitalista que se fez sob a égide do pensamento liberalista e de suas idéias emancipatórias, mas que se materializou em formas ferrenhas de regulação de subalternização. Sobre isso, diz-se que:

Esta política é ainda excludente a um nível mais profundo. É que o universalismo antidiferencialista que lhe subjaz é muito menos universal e antidiferencialista do que à primeira vista pode parecer. É que, no Estado nacional moderno, o que passa por universalismo é, de fato, na sua gênese, uma especificidade, um particularismo, a diferença de um grupo social, de classe ou étnico, que consegue impor-se, muitas vezes pela violência, a outras diferenças de outros grupos sociais e, com isso, universalizar-se. Na maior parte dos casos, a identidade nacional assenta na identidade da etnia ou grupo social dominante. As políticas culturais, educativas, de saúde e outras do Estado visam naturalizar essas diferenças enquanto universalismo e conseqüentemente, transmutar ato de violência impositiva em princípio de legitimidade e de consenso social. As maiorias dos nacionalismos e das identidades nacionais do Estado Nacional foram construídas nessa base e, portanto, com base na supressão de identidades rivais. Quanto mais vincado é este processo, mais distintamente estamos perante um nacionalismo racializado ou, melhor, perante um racismo nacionalizado. De fato, nestes contextos, qualquer expressão de identidade cultural é denunciada como episódio de neocolonialismo, tribalismo, racismo, ou ainda como um atentado à identidade nacional. Em suma, no Estado moderno capitalista a luta contra a exclusão assenta na afirmação do dispositivo de subalternização e da segregação. Da antiga conversão religiosa às modernas assimilação, integração e reinserção, a redução da exclusão assenta na afirmação da exclusão (SANTOS, p. 294).

Já os liberalistas afirmam que sua teoria não é indiferente às necessidades dos grupos subalternizados, apenas entendem que se em uma sociedade dita democrática ocorre a efetivação de princípios como igualdade entre os cidadãos, liberdade de expressão e de associação, não

há discriminação, mas há espaço suficiente para que as anteriormente chamadas minorias observem e cultivem suas formas de vida diferentes, enfatizem valores distintos e mantenham a sua identidade como grupo.

Para os adeptos do Liberalismo, a questão fulcral no estudo das diferenças sociais, não está pautada na necessidade de reconhecimento e afirmação da identidade de grupo, e sim na falta de igualdade de oportunidades para todos. A crítica maior que se faz às teorias multiculturalistas é a de que elas desviam a atenção daquilo que seria mais importante: a desigualdade de oportunidades como fator mais relevante, na determinação da desvantagem social dos grupos chamados vulneráveis.

Evidencia-se, ainda, dentre os argumentos liberalistas contra as teorias patrocinadoras da valorização da diferença, o fato de que o reconhecimento de direitos titularizados por grupos e não por indivíduos pode trazer dois efeitos perniciosos: o de acentuar a opressão de membros individuais dentro dos grupos e promover o conflito e a ferozidade entre eles.

Para os liberais, a concessão de direitos diferenciados a entidades coletivas, ou seja, conceder direitos a grupos como, por exemplo, minorias étnicas, e não a indivíduos, significa admitir que quaisquer formas de tratamento dispensadas a membros individuais desses mesmos grupos poderão ser justificadas, admitidas, toleradas em nome da preservação da identidade coletiva.

Por outro lado, o multiculturalismo ainda ataca as correntes liberalistas, inclusive o chamado liberalismo igualitário, pois este não alcança a questão da etnicidade, ignora solenemente as diferenças étnicas e culturais, e, ao desconsiderar a importância das diferenças, ignora que estas mesmas é que determinam a desigualdade de oportunidades e a desigualdade de condições entre indivíduos, muito embora, ressalte-se, não incorra de forma nenhuma em violação de seus princípios em políticas públicas tais como “ação afirmativa” e “admissão diferenciada”, o que diferem entre as duas correntes rivais são as justificativas para tais ações.

Assim, tome-se como exemplo a afirmação de direitos de cidadãos homossexuais. Os teóricos do Liberalismo entendem que a origem da desvantagem social não diz respeito a questões de ordem cultural ou de sua afirmação enquanto grupo. Está antes relacionada a uma situação de discriminação direta em que lhes são negados direitos com base em sua

expressão sexual, fazendo com que recebam muito menos em oportunidades que os demais cidadãos.

Já para os multiculturalistas, a desigualdade de tratamento dispensada aos homossexuais está relacionada ao reconhecimento de uma identidade cultural do segmento LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transexuais) e de que a expressão sexual do indivíduo é uma posição política e uma questão cultural, que uma vez expressada determina o tratamento dispensado ao indivíduo, conforme pensa Vita (2002, p. 16).

Para os primeiros, tal como para os segundos, as políticas públicas de combate à discriminação devem ser adotadas, como, por exemplo, reformas institucionais que garantam aos parceiros homossexuais os mesmos direitos previdenciários e sucessórios que os heterossexuais.

Todavia, a defesa desse tipo de política para o Liberalismo se funda em uma norma moral de tratamento igualitário àqueles que são iguais, independentemente de raça, cor etc., não possui nenhum juízo de valor sobre o modo de vida gay, atenderá da mesma forma o cidadão homossexual que organiza todo o seu modo de vida a partir da publicização de sua expressão sexual, como aquele que assim não o faz, preferindo mantê-la apenas na esfera de sua intimidade.

Em síntese: os liberalistas defendem as ações afirmativas para garantir direitos do indivíduo, pautadas no ideal de igualdade, e vale dizer, igualdade de oportunidades. Os multiculturalistas defendem as ações afirmativas como reconhecimento de direitos especiais de um grupo em razão de suas diferenças, pois entendem que somente assim, se garante igualdade de condições no acesso a direitos.

### **3. CONSTITUIÇÃO**

#### **3.1 A Constitucionalização da Igualdade**

A expressão “constitucionalização” a depender do contexto em que é utilizada pode significar uma gama de significações e acepções. Pode significar desde a sua conotação mais primária e literal, qual seja: “tornar-se constitucional”, “vir para uma constituição” como em seu significado mais atual exprime a materialização da “força expansiva” da constituição cujas regras materiais e conteúdo axiológico se espraiam com força normativa por todo o sistema jurídico (BARROSO, 2005).

Nesse momento analisaremos a constitucionalização da igualdade em seu sentido mais simplório, buscando verificar ao longo da linha da evolução histórica do Estado de que forma o valor da igualdade foi trazido para dentro dos textos das constituições.

Analisar a história da “constitucionalização da igualdade” é reconstituir a história do próprio Estado enquanto instituição moderna e da evolução do constitucionalismo.

As idéias a respeito da igualdade dos homens e de uma dignidade a todos eles intrínseca remontam o pensamento dos estóicos e dos cristãos primitivos, todavia, não resta dúvida que a formulação da igualdade enquanto princípio advém do ideário moderno que inspirou a criação do Estado.

No dizer de Passos, “o direito tem o espaço que a esfera do confronto político lhe determina, e só é capaz de realizar o que se contém nesse projeto homogêneo institucionalizado” (2001, p. 11), de sorte que a dimensão jurídica atribuída ao princípio da igualdade na história das constituições é exatamente aquela medida pela importância ou pelo papel político designado para esse valor na dinâmica política de cada momento da evolução do Estado.

Assim, o volver os olhos à edificação do valor da igualdade enquanto princípio demanda inicialmente entender que tal valor é um constructo, uma realidade em permanente processo de mutação enquanto sentido, que o reconhecimento e a interpretação desse valor faz-se a partir da pré-compreensão do momento histórico e, por via de consequência, do contexto político presente em cada uma das fases desse caminho a percorrer.

Toma-se assim, como referência e ponto de partida da idéia contemporânea de igualdade a revolução francesa e o movimento constitucionalista que a ela segue, quando a idéia de igualdade alcança *status* de justificativa filosófica de uma práxis política determinada pelo contexto sócio-econômico do momento e ocorre o seu acolhimento em documento positivo (constituição).

Cada momento constitucional é caracterizado por uma compreensão paradigmática do direito (SOARES, 2011) e essa compreensão é que conforma a criação e a efetivação desse dado momento constitucional. Inicialmente o paradigma liberal é que serve de guia para delineamento dos

contornos do Estado moderno.

O paradigma liberal de Estado nasce marcadamente comprometido com um conceito ideal de constituição que deveria corresponder às demandas de liberdades burguesas e suas respectivas garantias, possuindo, portanto, as características de um sistema de garantias consistentes, tais como: o reconhecimento de direitos fundamentais, divisão de poderes e participação popular no legislativo por meio de representantes e ainda uma constituição escrita a representar o pacto essencial/inicial da conformação do Estado estabelecendo todo o esquema fundamental do estado burguês de direito.

A respeito da moderna noção de constituição do Estado liberal ou estado burguês escreveu SOARES:

“A moderna constituição do Estado burguês de direito era considerada, conforme seu devenir histórico e esquema fundamental, um texto jurídico liberal fundado, consoante a expressão kantiana, nos seguintes preceitos: a liberdade de todos os seres humanos, membros de uma sociedade, enquanto homens; a dependências de todos a uma legislação comum, como súditos; a igualdade formal de todos, como cidadãos”. (SOARES, Mário Lúcio Quintão. 2011, p. 190)

Como construção jurídica do Estado Liberal, a sua constituição toma com referência o próprio Estado, delineado pelos princípios identificadores do próprio arquétipo estatal liberal, quais sejam a subsidiariedade e neutralidade estatal definidoras de um Estado mínimo, e dirige a sua força normativa para a regulação do próprio estatuto organizacional do Estado, como realidade distinta da sociedade. A constituição no Estado Liberal adota estrutura eminentemente negativa ao limitar o poder estatal por meio da consagração de direitos de defesa do cidadão perante o Estado.

O Estado liberal nasce politicamente e filosoficamente fundamentado na autonomia privada, ao privilegiar os direitos de propriedade e o direito de liberdade, assinalada a liberdade de contratar. Nasce um Estado de contornos filosóficos racionalistas, “o estado da razão”, cuja premissa é que a “razão”, fundamento das leis (direito positivo), deve respeitar a liberdade de cada indivíduo e reconhecer uma vinculação jurídica para os seus atos, vale explicitar, o Estado deve ter o condão de fazer coincidir sua finalidade geral (bem comum) aos fins múltiplos de cada indivíduo.

Estabelece-se assim, a primazia do indivíduo. Ao Estado cumpre possibilitar que os seus súditos estejam em condições de perseguir livremente as finalidades que bem lhe aprouverem mediante a garantia de liberdade.

Neste contexto, a liberdade e a igualdade, nas feições do Estado Liberal, assumiam uma conotação meramente negativa, tais direitos reduziam-se a direitos de defesa diante de um estado abstencionista, pautado na livre iniciativa e sem compromisso ético-político com a efetivação de direitos outros além dos já mencionados e com a participação política de estamentos sociais diversos da burguesia, sua destinatária e artífice.

Forja-se se assim, a noção jurídica de igualdade formal, uma das inflexões jurídicas da igualdade hoje tratadas no discurso da doutrina constitucional, também chamada de igualdade diante da lei. Segundo a qual, a igualdade dos homens nada mais é que a igualdade legal, traduzida em tratamento uniforme diante da lei. Dizer do ponto de vista formal que todos os homens são iguais diante da lei, basta para significar que todos os homens se submeterão ao império da lei que será uniformemente aplicada nos mesmos casos.

A noção jurídica da *igualdade formal* serviu como uma luva à conotação política que esse valor recebeu dos postulados do liberalismo clássico, que por imperativo do fator econômico inexoravelmente precisava ser condescendente com as desigualdades fáticas geradas pelo regime.

Eram os imperativos políticos intimamente ligados com os econômicos, cabendo ao direito positivo, fruto da racionalidade liberal, servir àquele projeto. Conformou-se assim, a estreia do valor “igualdade” no Constitucionalismo. Acerca da relação/ aproximação entre os fatores políticos e econômicos e o papel destinado ao direito nessa relação, leciona Passos:

“O processo econômico, não se efetivando sob o império de leis naturais, sim como resultado de decisões políticas, reclama, para que se cumpra como programado, a organização da sociedade e a institucionalização da coerção em termos que viabilizem o “projeto” politicamente definido pelos setores dominantes, ou seja, o modo pelo qual se processará a divisão do trabalho social e a aprimoração do produto desse mesmo trabalho. Imbrica-se, portanto, o político com o econômico e ambos com o direito, técnica de solução de

conflitos que o confronto dos vários interesses e desejos insatisfeitos determina, e cuja composição reclama se processe de modo institucionalizado, a fim de que se viabilize o modelo ou projeto privilegiado pela decisão política. Conclusão necessária: o direito tem o espaço que a esfera do “confronto político lhe determina e só é capaz de realizar o que se contém nesse projeto homogêneo institucionalizado”. (PASSOS, 2001, p 11)

Não se pode negar que embora limitada à função política que lhe foi destinada pela burguesia dirigente do projeto de Estado Liberal, a noção de igualdade formal ali erigida, foi ao seu tempo, importante avanço no processo emancipatório do homem, pois muito embora, tenha servido de instrumento de afirmação política de um determinado estamento, consistiu sim, em efetivo avanço e garantia contrapondo-se as desigualdades essenciais entre os homens, pilares do modelo anteriormente vigente, o *ancient regime*.

Deu-se dessa maneira, a consolidação da igualdade formal como valor necessário a efetivação do projeto político elaborado pela burguesia. E se foi o liberalismo econômico, ideário que dirigiu a execução do modelo naquele então planejado, foi justamente a análise da posição do homem na sociedade a partir de uma crítica à economia política que explicitou que a organização social da produção determina a organização política e cultural e que a separação entre a igualdade política (formal) e desigualdade manejada pelo capitalismo, consistia apenas uma ilusão, um anteparo retórico para afastar uma questão tida como inconveniente.

Evidenciou-se que a igualdade do Estado Liberal consistia em uma igualdade de oportunidades, mas não de condições (BESTER, 2008), pois embora sendo as pessoas livres e iguais e potencialmente podendo disputar todas as oportunidades que se lhes apresentassem, para aquelas excluídas do plano estatal burguês faltavam algumas condições.

Da crítica ao estado liberal e da constatação da patente desigualdade fática entre homens, sempre ignorada pelo liberalismo, e das desigualdades acirradas pelo modelo econômico vigente, se engendra a mudança de paradigma constitucional para o chamado Estado Social, fundando-se se assim a inflexão jurídica da igualdade, chamada *igualdade material*.

O paradigma do Estado Social formou-se nos primórdios do século XX, a partir dos questionamentos feitos ao Estado abstencionista que àquele momento já havia demonstrado suficientemente sua

incapacidade de gerar verdadeira igualdade entre os homens, e, mais que isso, gerar justiça social.

Observou-se que a igualdade meramente formal criada para superar as barreiras das distinções de nascimento e classe social não engendrou mudanças materialmente palpáveis para a maioria da população. Viu-se que a igualdade como conformada na democracia liberal, de perspectiva primordialmente política, gerou uma sociedade desequilibrada, onde os segmentos marginalizados se viram cada vez mais pobres ante ao acúmulo cada vez maior de bens pela burguesia, conseqüência da livre concorrência aliada a nenhuma preocupação com a dignidade humana, solenemente ignorada ante a admissão de formas sempre mais drásticas de desigualdade social e exploração do homem.

No paradigma constitucional social as liberdades públicas deveriam ser asseguradas segundo a atuação e presença estatal com vistas a garantir à maioria da população bens e direitos que, sem essa interferência, não seriam alcançados. Passa-se do Estado abstencionista para um Estado intervencionista que busca regular cada vez mais a vida em sociedade com vistas à uma ampliação da aplicabilidade dos direitos de igualdade e de propriedade.

O paradigma constitucional social em sua materialização deu origem aos Estados Sociais Democratas com seu *Welfare State* e aos Estados Socialistas Burocráticos cada um com suas distinções programáticas e de práxis, sendo que os dois tinham por traço comum a constitucionalização de uma cláusula cujo conteúdo indica a necessidade de se perseguir a concretização de uma realidade materialmente mais justa.

A constituição social democrata é essencialmente positiva, na medida em que, impõe fins e tarefas aos poderes públicos e consagra ao lado dos direitos negativos, outros positivos consistentes nos direitos à participação e nas prestações estatais, tem como referência desta feita, não somente o Estado, mas também a sociedade, concilia na sua finalidade não somente os esquemas liberais de racionalidade mas acresce-se um compromisso de democratização da sociedade e do Estado de Direito (cláusula social).

A constituição dos Estados Socialistas burocráticos também é essencialmente positiva, mas orienta-se pelas características de uma perspectiva classista da sociedade, do Estado máximo guiado por um programa de conquistas revolucionárias.

Em ambos os casos, como vimos, a igualdade funcionou como fundamento político, só que desta vez justifica um compromisso social de justiça distributiva, consistente na melhor distribuição dos bens da vida e dos direitos.

Também o segundo paradigma encontra-se questionado. Modificações no cenário sócio-político-econômico fizeram com que as certezas acerca do *welfare state* ou mesmo a escolha socialista de alguns Estados se vissem absolutamente questionadas no primeiro caso e deslegitimada no segundo. Assim, o mundo encontra-se em ponto de mutação quanto a um novo paradigma estatal. O alvo deve ser a utopia do Estado Democrático de Direito perfeito. Resta-nos encontrar o caminho.

A derrocada do socialismo e, para além disso, a ausência de qualquer modelo político-econômico que se contraponha ao capitalismo, parece ter posto o mundo em uma situação de perplexidade acerca de como administrar as tensões provenientes das desigualdades e das demandas por igualdade material cada vez mais dramáticas.

O Estado de bem-estar social, vivencia sua crise existencial, ao carregar o peso da contradição de estar inserido numa realidade mundial e numa lógica de produção capitalista e direcionada sob os auspícios da mão invisível do mercado, enquanto que na sua ordem interna cada vez mais se vê as voltas com as prestações sociais e as recorrentes demandas por prestações positivas com vistas a manutenção de direitos sociais e promoção de igualdade material.

Hoje, mais do que nunca, constata-se que a problemática da sobrevivência do assim denominado Estado social de Direito constitui um dos temas centrais da nossa época. A já corriqueira afirmativa de que o “*Welfare State*” ou Estado-Providência se encontra gravemente enfermo, além de constantemente submetido à prova, não perdeu, portanto, sua atualidade.

Que as discussões de longe já não se restringem mais à esfera da análise política, sócio-econômica e jurídica, mas se transformaram na preocupação de larga parcela da humanidade pela manutenção de seu padrão de vida e até mesmo pela sua sobrevivência, verifica-se não apenas a partir da especial atenção dedicada ao tema nos meios de comunicação, mas pelo fato de que cada ser humano, em maior ou menor grau, acaba sendo atingido pela crise.

Cada elevação de tributos, cada redução nos níveis prestacionais do Estado e cada perda de um emprego e local de trabalho acaba por influenciar diretamente o cotidiano da vida humana, de tal sorte que se pode partir da premissa de que a crise do Estado Social é, ao mesmo tempo, uma crise de toda a sociedade. (SARLET, 2001, p. 01)

Evidente a incapacidade do sistema de forças produtivas mundial de continuar a produzir riqueza, distribuir bem-estar e justiça social indefinidamente sem que isso implique em um colapso do sistema e do planeta, quer seja quanto aos recursos financeiros, recursos humanos e mesmo os próprios recursos naturais (COSTA, 2006).

Do ponto de vista político a tensão liberalismo/multiculturalismo cada vez mais acirrada na Europa Continental a ponto de se declarar o fim do sonho “*multikulti*” e de se fortalecerem vozes orgulhosamente conservadoras<sup>64</sup>.

A gestão das igualdades/diferenças encontra-se em um momento de intensa crise e aparentando a necessidade de renovação paradigmática. O novo paradigma não se sabe ao certo o que será, anuncia-se, entretanto, o papel decisivo das anteriormente chamadas “minorias” a atuar como

---

<sup>64</sup> Referência a Roger Scruton filósofo britânico que se denomina orgulhosamente conservador e escreveu ensaio que comenta declaração da Primeira- Ministra Ângela Merkel da Alemanha, que teria afirmado, quanto ao contexto europeu, “que o multiculturalismo está morto”.

“... Mas, de súbito, acabou-se a opressão. Até Angela Merkel, chanceler de um país cuja reputação no que toca ao politicamente correcto é de que este é cuidadosamente mais nutrido que quaisquer outras questões culturais, acabou de nos revelar que o multiculturalismo está morto – e bastante morto. Há já algum tempo que o presidente Sarkozy tem vindo a dizer o mesmo, ao mesmo tempo a Prospect, o principal mensário intelectual da esquerda britânica, publicou há pouco uma chamada de capa intitulada “repensar a questão racial: o multiculturalismo já deu o que tinha a dar?”. Este subtítulo é, de mais que uma maneira, a mais reveladora das actuais tentativas de se afastarem do multiculturalismo. Pois consegue, simultaneamente, negar e reafirmar a mensagem original, que fazer distinções culturais equivale a discriminar com base na raça - ou seja, a ser racista. Esta é talvez a mais nefasta mentira que fomos obrigados a engolir durante estes anos de opressão, uma vez que compara a defesa da cultura maioritária, e todas as tentativas de integração das minorias, a alguns dos maiores crimes da História recente.” SCRUTON, Roger. Multiculturalismo. Que descansa em paz. The American Spectator, Edição de Dezembro de 2010-Janeiro de 2011. Texto disponível em <http://lisboa.pda.com.pt>. Acesso em 17 de outubro de 2011.

“grupos de pressão”<sup>65</sup> (BOBBIO, 2002) para imprimir força propulsora a esta transformação.

“A construção de um novo mundo com base em princípios emancipatórios prescinde da tomada de consciência de suas carências e potencialidades por parte das minorias que, invertendo a lógica hegemônica do processo globalizador, estreitassem seus vínculos no processo de construção de uma sociedade civil organizada, em nível global, tal qual já vem acontecendo no seio das diversas organizações não governamentais que acabarão, junto com as demais formas de organização social, representando a força transformadora da estrutura capitalista de produção”. (COSTA, Daniela Carvalho Almeida, p. 294)

Na seara jurídica que nem sempre acompanha cronologicamente as mudanças sociais e políticas de cada tempo, ainda há aqueles que discutem ou mesmo negam a eficácia dos direitos sociais (SOARES, 2011), ao passo que outros se debatem com a preocupação de produzir nas ordens internas, hermenêuticas e práxis jurídicas que consigam legitimar e salvaguardar direitos a duras penas garantidos, pois acontece ainda nos dias de hoje que “lamentavelmente não faltem os que impugnam não apenas a condição de cláusula pétrea dos direitos fundamentais sociais, mas até mesmo a sua fundamentalidade, ao menos no aspecto material” (SARLET, 2001, p.18).

Ao passo que do ponto de vista local, o Brasil se afirma como pólo irradiador do que convencionou-se chamar de uma capitalismo solidário ou economia responsável, buscando servir de exemplo para países em desenvolvimento em práticas chamadas de distribuições de renda e ações afirmativas.

Clarividente, portanto, que a Constituição brasileira é pródiga em dispositivos que buscam a operacionalização da igualdade material por

---

<sup>65</sup> Para Bobbio, a expressão “grupos de pressão”, por vezes utilizada para referir-se aos grupos vulneráveis além de indicar a existência de uma certa organização formal serve para destacar a importância da atuação dessa comunidade atuando como grupo de interesse.

“... pressão é, portanto, não tanto como pensam alguns autores a possibilidade de ter acesso ao poder político, mas a possibilidade de recorrer a sanções negativas (punições) ou positivas (prêmios), a fim de assegurar a determinação imperativa de valores sociais através do poder político” (BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Editora UNB, Brasília, 10. ed. v. I. 1997, p. 563).

meio do reconhecimento das diferenças que determina o tratamento diferenciado com vistas ao resultado igualador em direitos.

Sucedee, todavia, que enquanto os países chamados desenvolvidos, que hoje vivenciam um momento de crise do estado de bem-estar social o fazem após terem conseguido certo grau de consolidação dos direitos sociais, redução das desigualdades e redução de pobreza, o Brasil vivencia este mesmo momentos em que tenha alcançado as metas desejadas quanto à consolidação dos chamados direitos da igualdade.

Mais, que isso, evocando a terceira conotação da igualdade, qual seja, o reconhecimento das diferenças e a sua manifestação na práxis estatal que se revela por meio das chamadas ações ou políticas de afirmação, vemos que no que diz respeito à gestão das diferenças, o Brasil experimenta de forma paralela ao menos três momentos distintos: o país de redemocratização tardia que não conseguiu alcançar um grau desejável de justiça social e redução das desigualdades sociais por mais que o tenha planejado e anunciado; o país que luta ante a crise paradigmática do próprio estado como instituição, para administrar os reclamos da igualdade que se materializam nas prestações estatais positivas face as tensões para eliminação e flexibilização de direitos; e, por fim, o país que busca ampliar a sua dimensão e participação democrática de seu povo, por meio do reconhecimento de diferenças e inclusão via ações afirmativas.

Este estado de coisas anuncia a premente necessidade de uma sólida reflexão jurídica a respeito do valor da igualdade na ordem da republicana brasileira, que seja capaz de fundamentar uma teoria da igualdade hábil para garantir que a dimensão axiológica da igualdade esmeradamente construída em nosso texto constitucional, seja capaz de alcançar o sentido corrente da expressão “constitucionalização” (BARROSO, 2005), ou seja, possa irradiar-se por todo o sistema jurídico gerando concreta realização daquilo que foi constitucionalmente determinado.

### **3.2 A Idéia Jurídica de Igualdade**

A idéia jurídica de igualdade carece de uma definição, mais se logra definir igualdade por meio da alusão aos seus contrários que propriamente descrever a sua dimensão. Costuma-se identificar igualdade como ausência de discriminação, ausência de desigualdade, isonomia de tratamento ou vedação a diferenciação.

“O princípio da igualdade, consistindo na proibição de arbitrariedade, desproporção ou excesso, significará vedação da desigualdade consubstanciada na injustiça, na insegurança e na opressão da liberdade.” (LOBO TORRES, Ricardo, 1995. p. 267)

Há ainda o registro da volatilidade do conteúdo de igualdade, que parece escorrer por entre os dedos do jurista, gerando-lhe constante angústia no seu enfrentamento, o que quase sempre resulta em uma abordagem tímida que se limita a circunscrever o sentido jurídico de nosso preceito constitucional da igualdade aos tradicionais significados de igualdade formal/ igualdade material e igualdade perante a lei/igualdade na lei.

“A igualdade é o mais importante dos princípios jurídicos e que oferece maior dificuldade compreensão ao jurista e ao filósofo do direito.” (LOBO TORRES, Ricardo. *Op. cit.* p. 260-261)

“A difícil conceituação de igualdade tem feito com que seja ela confundida com os próprios valores: ora a justiça, ora a liberdade, segue-se daí que inúmeras podem ser as classificações de igualdade conforme os valores de que se aproxime.” (LOBO TORRES, Ricardo. *Op. cit.* p. 264)

“... porque o princípio da igualdade é vazio, recebendo o conteúdo de diversos valores e harmonizando-lhes as comparações inter-subjetivas. A igualdade é o tema fundamental do constitucionalismo e penetra, como medida, proporção ou razoabilidade, em todos os valores ou princípios, dando-lhes a unidade. Participa portanto, das idéias de justiça, segurança e liberdade, sendo que no concernente a esta última aparece tanto na liberdade negativa, como na liberdade positiva, como condição de liberdade a assegurar a todos a igualdade de chance.” (LOBO TORRES, Ricardo. *Op. cit.* p. 266-267)

A igualdade enquanto princípio constitucional material de natureza fundamental, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, constitui o centro axiológico do Estado Democrático de Direito e de uma ordem jurídica pautada no respeito aos Direitos Fundamentais. E por sua natureza mesmo de princípio, e de princípio que determina a estrutura essencial do Estado, é que não se deve tomar por surpresa a sua carga de abstração, sua capacidade plástica e sua inter-relação com os demais valores tais como Justiça, Liberdade e Dignidade.

A “angústia” do jurista não é, todavia injustificada, pois em que pese o caráter de norma jurídica com alta carga de abstração devida exatamente a sua natureza axiológica e as suas peculiaridades de aplicação em razão de sua função normogênica e de sua força expansiva, é a teoria, o discurso constitucional que deve oferecer consistência e segurança para o manejo dos princípios, pois é nela que se acumulam a evolução de nossas reflexões acerca dos valores sociais que devem ser referência no plano do Direito.

Ressentimo-nos da ausência de uma teoria igualdade elaborada a partir do axiológico, a partir da delimitação do efetivo valor da igualdade para a forma de Estado e forma de vida que pretendemos construir.

“A carência da especificação conceitual e da tradução da igualdade tem impedido a conseqüente e consistente orientação das formas de vida republicanas e democráticas à luz da igualdade como valor. A intensificada necessidade de uma tradução jurídica de uma concepção mais clara da igualdade como ideal não deve, ademais, a ninguém surpreender: ao direito, como instituição e como forma de pensamento, cabe às tarefas de traduzir e articular, a um só tempo em especificidade quanto a seu conteúdo e em generalidade quanto à sua abrangência, os ideais sobre os quais formas de vida são erigidas. No discurso jurídico são também lavradas críticas e reconstruções dessas mesmas formas de vida, e assim o é mais e mais graças à sua capacidade de intermediação entre o ideal e o mundano.” (BARROZO, Paulo Daflon, 2004, p. 136)

Referenciada tem sido pelos juristas a contribuição de John Rawls<sup>66</sup> ao trazer para a centralidade de uma teoria acerca da Justiça a Igualdade. Para John Rawls (1971) a idéia de uma sociedade pluralista bem ordenada exige a noção de justiça como equidade. Essa noção se apresenta em dois princípios: 1. Cada pessoa terá igual direito a mais extensa liberdade compatível com a semelhante liberdade para as outras 2 As desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de tal forma que:

---

<sup>66</sup> Para Rolf Kuntz “repor a igualdade ao centro da reflexão liberal foi uma das façanhas de John Rawls de Harvard, autor de uma das obras de filosofia política mais provocantes dos últimos 40 anos”. Ver KUNTZ, Rolf. A redescoberta da igualdade como condição de Justiça in FARIA, José Eduardo (org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 1994.

- a) possa-se razoavelmente esperar-se que sejam vantajosas para todos;
- b) Sejam vinculadas a posições e cargos abertos a todos. Não é nossa tarefa nesse momento analisar a teoria de justiça aqui descrita, observe-se, contudo, que não se trata simplesmente de identificar a igualdade com o valor de justiça à guisa de defini-la, muito mais que isso, coloca-se a igualdade como realidade cotidiana vivenciada na sociedade por meio de mecanismos definidos como requisito para existência de justiça e para o efetivo reconhecimento dessa mesma sociedade com os valores que lhe são mais caros e que lhe definem a natureza.

É preciso que se busque construir uma teoria da igualdade que seja verdadeiramente compatível com o valor a ela dispensado no nosso sistema jurídico constitucional e em todo o arcabouço filosófico em que se fundamentam as opções políticas do Estado Brasileiro. A igualdade é, pois, princípio constitucional material de natureza fundamental, entretanto, as elaborações a seu respeito parecem não reconhecer essa dimensão.

A análise técnico-jurídica e comentários ao nosso texto Constitucional, em grande parte, parecem estacionados no tempo. É verdade que o valor da igualdade, em nossas Constituições anteriores a 1988 adstringia-se a uma conotação meramente formal, todavia, é na Constituição de 1988 que ocorre a expansão e o detalhamento do princípio da igualdade no Brasil, pois em seu preâmbulo a elenca como “valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social” e em seu art. 3º a lista como um dos objetivos fundamentais da República, sem falar em um sem-número de dispositivos em que a igualdade é invocada enquanto valor quer seja no critério de vedar diferenciações indevidas, quer seja reconhecendo direitos ou garantias com a finalidade de promover igualdade, quer seja dispensando tratamento distinto a aqueles que possuem uma prévia desigualdade com a finalidade de ao final alcançar igualdade.

Em que pese a exuberância do papel destinado a igualdade em nosso texto constitucional e o seu avançar qualitativo, ainda permanece um pensamento conservador tendente a resumir o princípio a sua vertente meramente formal de contornos oitocentistas.

“A doutrina constitucional brasileira tem, quanto à questão da igualdade e no que sei, o exato mesmo desempenho de sua corte

constitucional. Os comentários doutrinários ao texto constitucional pouco, quando muito, dizem da experiência constitucional como tal e permanecem no paradigma oitocentista no que respeita ao acabamento conceitual da igualdade como princípio regulativo de forma de vida coletiva. Tal como na jurisprudência do Supremo Tribunal, a doutrina constitucional brasileira ignora o mais importante significado dos ideais republicano-democráticos modernos e suas demandas de igualdade. Em suma, o discurso constitucional no Brasil sofre, no tema da igualdade, de dois defeitos: é incapaz de dar vida aos princípios que abraça; além do que e de qualquer forma, abraça princípios mutilados, estancados num momento de consciência relativamente ainda mais incipiente do que o atual do significado dos ideais e programas emancipatórios alojados no centro gravitacional da modernidade. Como se explicar o fracasso da experiência constitucional brasileira? O que fazer?” (BARROZO, Paulo Daflon. *Op. cit.* p. 117).

Parece-nos que a pobreza da doutrina brasileira possa se basear em certa apatia, certa falta de curiosidade em explorar as diversas matizes da igualdade pintadas em nosso quadro constitucional, às vezes, tem-se até a impressão que as análises são fundadas em uma mera leitura esparsa e assistemática do *caput* do art. 5º da Constituição Federal, levando à conclusão que a dimensão da igualdade em nossa ordem jurídica é única e exclusivamente formal.

Desafia-nos a necessidade de construir uma reflexão mais sólida a respeito da igualdade em sua dimensão jurídica não apenas enquanto elaboração teórica compatível com nosso ordenamento jurídico fundado em nossa Constituição, mas como verdadeira justificação de nossa escolha por uma realidade fática justa, e por formas de organização capazes de promover a dignidade da pessoa humana. Urge, portanto, dar vida ao princípio, e parafraseando o texto bíblico, “vida em abundância”, para que seja esta vida capaz de transcender as limitações de um mero ideal e contaminar a existência fática de todos, como já dito, numa verdadeira “constitucionalização da igualdade” a espalhar efetividade desse valor em todo o nosso sistema jurídico.

### **3.3 Ações Afirmativas: a nova dimensão da igualdade**

No esforço de reconhecer todas as dimensões da igualdade é

inevitável verificar uma ampliação de seu significado também do ponto de vista material. Na perseguição do objetivo de colocar todos os membros da sociedade em condições iguais de competição pelos bens da vida tido como essenciais (recorde-se o pensamento de Rawls), por vezes far-se-á necessário dar um tratamento distinto a um em detrimento de outros.

“Uma desigualdade torna-se uma instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova desigualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades” (Bobbio, *apud*, TABORDA, 1998. p. 257-258).

É nessa perspectiva que o princípio da igualdade jurídica passa a ser modificado a partir da década de 60, altera-se a concepção a ser adotada por um sistema normativo tido como democrático, passa-se de um conceito jurídico negativo de condutas discriminatórias vedadas para um conceito positivo de condutas promotoras da igualação jurídica (ROCHA, 1996. p. 286).

A mudança de foco na operacionalização da igualdade jurídica passa pelo admissão de uma nova dimensão dessa mesma igualdade. Vê-se agora, o direito à igualdade, também como direito à diferença e, é a partir de seu reconhecimento que se funda a ação igualadora. A esse respeito diz PIOVESAN:

“Ao lado do direito à igualdade, surge também como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o direito à diferença e à diversidade que lhes assegura um tratamento especial. Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à “fórmula todos são iguais perante a lei” (que, a seu tempo, foi crucial para abolição de privilégios); b) igualdade material - correspondente ao critério justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico); c) igualdade material - correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).” (PIOVESAN, Flávia, 2006. p. 23-24)

Partindo-se da ampliação do princípio da igualdade é que a expressão *ação afirmativa* passa a significar a exigência de favorecimento de alguns grupos reconhecidamente vulneráveis, isto é, juridicamente desiguais, em razão preconceitos arraigados culturalmente que lhe inviabilizam o reconhecimento e a efetivação de direitos. Busca-se a

eficácia da igualdade assegurada constitucionalmente na principiologia de direitos fundamentais.

Chega-se assim ao exato lugar onde vulnerabilidade, igualdade e constituição se encontram. A ação afirmativa é assim, o princípio em movimento, é a busca pela igualdade material tendo como ponto de partida o reconhecimento da diferença quando esta se apresenta produtora de desigualdade e de injustiça. Chega-se assim, ao conceito atual de ações afirmativas como sendo:

“... um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate á discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego” (GOMES, Joaquim B. B. 2001).

Embora a doutrina da ação afirmativa tenha surgido e se expandido a partir da experiência norte-americana, na Europa ela é também conhecida, pela denominação de discriminação positiva que viria a ser:

“uma diferenciação jurídica de tratamento, criada a título temporário, na qual o legislador afirma, expressamente o objetivo de favorecer a uma categoria de determinadas pessoas físicas ou jurídicas em detrimento de outra, a fim de compensar uma desigualdade de fato preexistente entre elas” (MÉLIN-SOCRAMANIEN citado por SILVA, Fernanda Duarte Lucas da. 2003, p. 68).

Vislumbra-se que alguns critérios devem ser observados para a admissibilidade da discriminação positiva, seriam eles: a obrigatoriedade da diferenciação jurídica, motivada pela estrita finalidade de conceder uma vantagem a uma determinada categoria de cidadãos (grupos vulneráveis) em detrimento de outras, como única forma de colocar esta categoria em posição de igualdade.

Recorde-se que esta dita categoria diferenciada deve ostentar uma posição de desvantagem social em razão de sua vulnerabilidade, deve ser vítima de desigualdades e injustiças em razão de sua condição e a meta a ser alcançada é a igualdade de fato, quando já não será necessária a política igualadora.

Nossa Constituição explicitamente adotou a noção de ação afirmativa ao ampliar o conteúdo do princípio da igualdade, emblemático desse propósito é o texto do art. 3º em que se lê:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Se a noção da igualdade jurídica permanece paralisada em sua acepção formal (que materializa-se na vedação de tratamento discriminatório e o não repúdio à criação e manutenção de privilégios), esta se apresenta absolutamente incapaz de viabilizar a realização dos objetivos fundamentais da República.

A ação afirmativa perfaz-se assim, na práxis, como um instrumento de erradicação de injustiças e, em nosso discurso constitucional como a superação da letárgica noção de que o princípio da igualdade jurídica se esgota já em seu anúncio, ou seja, se exaure na mera enunciação de que “todos são iguais diante da lei”, ao tempo em que fornece vasto instrumental teórico à percepção da ampliação da igualdade jurídica num “mover-se” em direção a igualdade material.

“... a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante da sociedade da sociedade. Por esta desigualdade positiva promove-se a igualdade jurídica efetiva; por ela afirma-se uma forma jurídica para se provocar uma efetiva igualdade social, política-econômica e no segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.” (ROCHA, 1996, p. 286)

Dessa forma, somente uma ação transformadora valendo-se das ações afirmativas é que consegue completar o leque de significações e aplicações do princípio da igualdade na conformidade do que foi preceituado em nossa ordem constitucional. É a ação afirmativa que confere o conteúdo democrático a noção jurídica de igualdade, onde

vulnerabilidades e constituição se encontram.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 23 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito constitucional brasileiro**. Disponível em <[http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto\\_principios\\_constitucionais\\_barroso.pdf](http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf)>, Acesso em 28 de setembro de 2011.

BARROZO, Paulo Daflon. **A idéia de igualdade e as ações afirmativas**. In: Lua Nova - Revista de Cultura Política, n.º 63, p. 103-142, 2004.

BESTER, Gisela Maria. **Principiologia Constitucional e Ações afirmativas em prol da inclusão de pessoas idosas no Brasil: de Cronos a Kairos**. In GUERRA, Sidnei e EMERIQUE, Lilian Balmant (org.). *Direito das Minorias e Grupos Vulneráveis*. Ijuí, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de Política**. 10. ed. Brasília: UNB, v. I. 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Daniela de Carvalho Almeida da. **De pernas para o ar: mudança de paradigma por um mundo mais igualitário**. Revista Esmese. V. 7, p. 293-300, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

FREITAS, Fábio F. B. de. **Democracia, igualdade, diferença e tolerância**. Disponível em <http://www.espdh.hpg.com.br/texto45.pdf>. 2002. Acesso em 10/10/06.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2002.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade. O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. 2001.

KOSOVSKI, Ester & Seguin, Élide. **Temas de vitimologia**. Rio de Janeiro. Lúmen Juris, 2000.

KOSOVSKI, Ester. **Fundamentos da Vitimologia**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revista-artigo>> acesso em 15 de setembro de 2007.

KUNTZ, Rolf. **A redescoberta da igualdade como condição de Justiça**. In FARIA, José Eduardo (org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 1994.

LOBO TORRES, Ricardo. **Os direitos Humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro. Renovar, 1995.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Plano de ação internacional para o envelhecimento**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003.

PASSOS, J. J. Calmon de. **A Constitucionalização dos Direitos Sociais**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 6, set., 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 23 de setembro de 2011.

PIEIDADE JUNIOR, Heitor. **Reflexões sobre Vitimologia e Direitos Humanos**, KOSOVSKI, Ester & SÉGUIN, Élida. Temas de Vitimologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos desafios à ordem constitucional contemporânea**. Cadernos de Direito Constitucional, EMAGIS, p. 21-23, 2006.

RAWLS, Jonh. **A theory of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 1980.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, nº 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

SANTANA, Marilson dos Santos. **Minorias étnicas no contexto dos direitos humanos e do multiculturalismo**. *In*: Estudos de Direito Público. Brasília: UNB, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo**. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 4, jul., 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 23 de setembro de 2011.

SCRUTON, Roger. **Multiculturalismo. Que descanse em paz**. Revista The American Spectator, Edição de Dezembro de 2010-Janeiro de 2011. Texto disponível em <http://lisboa.pda.com.pt>. Acesso em 17 de outubro de 2011.

SEGUIN, Elida. **Minorias e Grupos Vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes da. **Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

TABORDA, Maren Guimarães. **“O princípio da igualdade em perspectiva histórica”**. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, vol. 211, p. 256-262, jan./mar. 1998.

TOSI, Giuseppe. **História e atualidade dos direitos do homem**. *In*: NEVES, Paulo Sérgio da Costa *et al* (org.). Polícia e democracia: desafios à educação em direitos humanos. Recife: Gajop; Bagaço, 2002.

VITA, A. **Liberalismo igualitário e multiculturalismo (sobre Brian Barry, Culture and Equality)**. *In*: Lua Nova - Revista de Cultura Política, n. 55-56, p. 5-27, 2002.

WUCHER, Gabi. **Minorias: proteção internacional em prol da Democracia**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

# O MOVIMENTO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL NA CF/88

**Déborah Barreto de Souza**

Mestranda em Direito - UFS; Advogada.

**Sumário:** Introdução. 1. Constitucionalização do Direito: 1.1 Origem e Trajetória; 1.2 Constitucionalização do Direito Civil, Administrativo e Penal; 2. O Direito Infraconstitucional na CF/88 e a Constitucionalização do Direito Infraconstitucional: 2.1 Constitucionalização do Direito Infraconstitucional e seus Reflexos nas Relações Sociais; 2.2 Problemática da Limitação aos Excessos de Constitucionalização do Direito Infraconstitucional. Conclusão. Referências Bibliográficas.

**Resumo:** O presente trabalho tem como desígnio investigar alguns aspectos da constitucionalização do direito infraconstitucional, no contexto da CF/88. A tendência da Doutrina e da Jurisprudência volta-se para a ideia de que o Direito Infraconstitucional não prescinde da visão principiológica e abraça os preceitos constitucionais no que diz respeito à metodologia operacional e interpretativa. Todavia, essa constitucionalização da legislação infraconstitucional traz duas questões que devem ser enfrentadas: o problema esvaziamento do poder das maiorias e a supervalorização do decisionismo judicial, ocasionado pela textura aberta e vaga do texto constitucional.

**Palavras-Chave:** Constitucionalização do Direito; Constitucionalização do Direito Infraconstitucional; Constituição Federal de 1988; Limitação aos Excessos do Constitucionalismo.

**Abstract:** The present work has as objective to investigate some aspects of constitutionalization of ordinary law in the context of the Federal Constitution of 1988. The trend of the Doctrine and Jurisprudence flows to the idea that not only the law does not ignore the constitutional principles but embraces the constitutional prescriptions regarding the operational and interpretative methodology. However, this constitutionalization of ordinary legislation brings two issues that must be addressed: the problem of emptying the power of majorities and the overvaluation of the court's decisionism, caused by the vague and open texture of the constitutional text.

**Key-words:** Constitutionalization of Law. Constitutionalization of the Ordinary Law. Federal Constitution of 1988. Limits to the Excesses of Constitutionalism

## INTRODUÇÃO

Este artigo aborda o tema do Movimento de Constitucionalização no contexto da CF/88. Para tanto, foi estabelecida uma estrutura sequencial que vai desde a sua conceituação, passando pela origem, trajetória e desafios.

Na doutrina jurídica brasileira, muito se discute acerca da constitucionalização do direito infraconstitucional, mormente na seara do direito privado. Há autores que sustentam que o fenômeno em comento seria uma manifestação da publicização do direito privado, havendo, portanto, uma atenuação da dicotomia existente entre o público e o privado.

Todavia, publicização não se confunde com constitucionalização, pois aquela significa a subordinação do Direito Privado ao Direito Público, sendo que tal conceito é mais adequado para designar a intervenção estatal própria do Estado Social.

Constitucionalização, em verdade, tem a ver com a submissão do direito positivo infraconstitucional aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos.

A partir da constitucionalização, a Constituição, agora com força normativa reconhecida e garantida pela jurisdição, passa a condicionar efetivamente a validade do direito infraconstitucional, exigindo a conformação deste último com as regras e princípios extraídas da Lei Maior.

Espera-se que este trabalho possa contribuir de alguma forma para um melhor esclarecimento a respeito do tema, pois esse estudo histórico-evolutivo da Constitucionalização do Direito é de suma importância para a compreensão e aprimoramento do Direito Constitucional.

## 1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A expressão Constitucionalização do Direito<sup>67</sup> ou Neoconstitucionalismo possui múltiplos sentidos, os quais a podem ser classificados como: a) Constituição e Supremacia; b) Incorporação formal

---

<sup>67</sup> A nomenclatura NEOCONSTITUCIONALISMO é utilizada para designar o Constitucionalismo Contemporâneo (*Vide* BARROSO).

na Constituição do direito infraconstitucional e c) Efeito expansivo das normas constitucionais com força normativa a todo o sistema. Luís Roberto Barroso descarta os dois primeiros sentidos da seguinte maneira:

[...] Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Embora seja essa uma situação dotada de características próprias, não é dela, tampouco, que será cuidando.<sup>68</sup>

O termo constitucionalismo do Direito assume, destarte, a ideia vinculada a um efeito expansivo das normas constitucionais, fruto de sua força normativa, traz um conteúdo que se irradia por todo o direito infraconstitucional.

A constitucionalização do Direito, conseqüentemente, reflete-se no âmbito dos três Poderes, nas relações destes com os cidadãos e nestes próprios.

Para o Legislativo, o mencionado fenômeno limita sua discricionariedade quando da edição de leis, pois a tem que atuar conforme preceitua as normas constitucionais, sejam elas prescritivas ou programáticas; para o Poder Executivo, além da limitação à discricionariedade e a imposição de deveres, proporciona-lhe a aplicação direta de atos que estejam devidamente fundamentados na Constituição, independentemente da interferência de leis infraconstitucionais. Para o Judiciário, além de parâmetro para o controle de constitucionalidade, a Constituição é a fonte de interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico.

Para os particulares, finalmente, a constitucionalização do Direito subordina-os em sua autonomia da vontade, como bem aduz Barroso, aos valores constitucionais e ao respeito aos direitos fundamentais.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> BARROSO, 2009, p. 351.

<sup>69</sup> BARROSO, 2009, p. 352.

Diante desta breve conceituação, passemos à história da Constitucionalização do Direito, com ênfase em sua culminação, no Brasil, na CF/88.

### 1.1 Origem e Trajetória

Como exposto, o termo Constitucionalismo é de uso até recente no vocabulário político e jurídico, pois remonta um pouco mais de duzentos anos, sendo visto como filho dos processos revolucionários francês e americano, mas que desde a antiguidade clássica já se desenha sua trajetória.

Em poucas palavras, no séc. XVIII, o constitucionalismo começaria a delinear a base da democracia, mas o fato é que o movimento teve sua marcha no séc. XIX e seu triunfo no século XX.

É incontestável, porém, que o constitucionalismo moderno é produto do iluminismo e do jusnaturalismo racionalista, pois foi reflexo da modificação da qualidade da relação entre indivíduo e o poder, com o reconhecimento de direitos fundamentais intrínsecos à condição humana.

Para Barroso, o processo de constitucionalização do Direito tem **marcos históricos, filosóficos e teóricos**.<sup>70</sup>

O **marco histórico** deu-se na Europa continental com o pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália, e, no Brasil, através da redemocratização pós-ditadura que teve na CF/88 seu maior símbolo.

Houve, em poucas palavras, uma reconstitucionalização do Direito na Europa, logo após a 2ª. Grande Guerra, que redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições.

Daí decorre a confluência entre constitucionalismo e democracia com o desígnio de constituir uma nova forma de organização política que atendessem o Estado democrático de direito.

Importante mencionar como marcos históricos do movimento de constitucionalização do Direito, a Lei Fundamental de Bonn de 1949 (Constituição Alemã), a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951 neste mesmo país, que seria o grande divulgador da promoção do direito constitucional no mundo ocidental, e a Constituição da Itália de 1947, com sua Corte Constitucional criada em 1956.

---

<sup>70</sup> BARROSO, disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>, Acesso em: 10 set. 2011.

No decorrer da segunda metade do século XX, relevante acrescentar a redemocratização de Portugal com a Constituição de 1976 e da Espanha em 1978.

No Brasil, a Constituição de 1988 representou essa passagem, como ocorrido na Europa, para um Estado democrático de direito, trazendo o direito constitucional ao apogeu, como antes nunca se havia visto no País.

Por sua vez, o **marco filosófico** do movimento de constitucionalização é o pós-positivismo, sem esquecer, como acima já delineado, a influência do jusnaturalismo moderno para todo este processo, vez que esta corrente contextualizada a partir do século XVI, ao trazer a razão para o estudo e aplicação da Lei, acabou por se tornar a filosofia natural do Direito.

Apesar de o jusnaturalismo ter sido a bandeira das revoluções liberais que culminou com as Constituições escritas e as codificações, ele passou a ser desconsiderado com o aparecimento do positivismo jurídico, no final do século XIX, pois se almejava objetividade científica.

Com o positivismo, Direito encontrava significado apenas na lei, saindo do campo da filosofia e afastando o problema da legitimidade e da justiça nas discussões jurídicas, isso até a primeira metade do século XX.

Ocorre que com a derrota do nazi-fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, o positivismo jurídico entra em decadência, pois foi acusado de justificar regimes que promoveram barbárie sob o prisma da legalidade.

Paulo Ricardo Schier bem sintetiza esses acontecimentos:

Viveu-se no Direito, por longos e longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico. Sob a ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da idéia do juiz neutro e passivo, da redução do direito a enunciados linguísticos, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse jurídico, da separação metodológica e cognitiva entre sujeito e objeto da interpretação, da prevalência sempre inafastável das opções do legislador em detrimento das opções da constituição e da criatividade hermenêutica do juiz, da negação de normatividade aos princípios e, assim, em grande parte, à própria Constituição.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> SCHIER *apud* SARMENTO ET NETO, 2007, p. 253-254.

Assim, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a preocupação com a legitimidade, a justiça, ou seja, com o conteúdo axiológico do Direito, surge o chamado pós-positivismo.

Schier novamente preleciona:

[...] Agora, fala-se do pós-positivismo, da inevitável intervenção da moral na solução dos casos difíceis, da técnica da ponderação na aplicação do direito, no ingresso dos fatos e da realidade na própria estrutura da norma jurídica, reconhece-se certa liberdade interpretativa criativa aos magistrados, a intervenção de sua esfera de pré-compreensão no processo decisório, a união linguística entre sujeito e objeto e, dentre outras conquistas, a afirmação da especial normatividade dos princípios.<sup>72</sup>

Assim, o pós-positivismo apesar de não desprezar o direito posto, traz a preocupação de se estudar o Direito também pelo prisma axiológico na interpretação e aplicação das normas jurídicas de acordo com uma teoria de direitos fundamentais que deriva do maior princípio de todos em qualquer ordenamento jurídico ocidental hodierno: o da dignidade da pessoa humana.

O **marco teórico**, finalmente, consoante Barros, engloba três aspectos, a saber: o reconhecimento de força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A seguir, a análise sucinta de cada uma delas.

Quanto à força normativa da Constituição, eis o ensinamento de Riccardo Guastini:

O primeiro aspecto do processo de constitucionalização consiste na compreensão de que a Constituição é um conjunto de normas vinculantes. Assim, este primeiro aspecto não se relaciona com a estrutura do ordenamento jurídico constitucional, mas leva em consideração a ideologia difundida na cultura do país em questão.<sup>73</sup>

A Constituição; se antes era vista como um documento essencialmente político cuja concretização ficava condicionada à vontade do legislador ou do administrador, passa a ter do caráter vinculativo e obrigatório, quedando-se dotada de imperatividade.

---

<sup>72</sup> SCHIER, 2007, p. 254.

<sup>73</sup> GUSTINI *apud* SARMENTO *et* NETO, 2007, p. 274.

Em relação à expansão da jurisdição constitucional, fala-se, em outras palavras, da supremacia da Constituição, que tem duas facetas nas sociedades democráticas: além de fazer cumprir e respeitar os preceitos previstos constitucionalmente, atuando em conforme a força normativa da Constituição, assume a responsabilidade de promover os direitos fundamentais e sociais, no sentido de desempenhar função interventora no processo de concretização material dos citados direitos, evitando, inclusive, o retrocesso dos mesmos.

No Brasil, a jurisdição constitucional ganhou esta supremacia a partir da CF/88, mormente com a ampliação do controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, com a criação de novos mecanismos de controle, como o controle concentrado, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O último aspecto do marco teórico é a nova interpretação constitucional, que decorre do simples fato de reconhecer que as normas constitucionais são normas jurídicas, mas também inclusive que os princípios nela inseridos se distinguem das regras apenas qualitativamente, por meio de um novo prisma de interpretação, já que a proteção constitucional ganha mais força.

A norma não somente deve ser efetiva, mas também interpretada da melhor forma possível, sendo que devem mudar ao longo do tempo para acompanhar a evolução social.

Para finalizar este tópico, saliente-se que apesar da CF/88 ter sido o símbolo da redemocratização e da constitucionalização do Direito, ela vem sofrendo críticas no tocante ao seu texto, que ter sido caracterizado como prolixo e corporativo; causando interferência nos limites de atuação do legislador ordinário.

Eduardo Ribeiro Moreira, inclusive, chama tal efeito de “a invasão da Constituição” em sua obra.<sup>74</sup> Esta problemática será discutida mais adiante.

## **1.2 Constitucionalização do Direito Civil, Administrativo e Penal**

Resumidamente, apresentam-se as principais influências do

---

<sup>74</sup> MOREIRA, 2008.

Constitucionalismo no âmbito do Direito Civil, Administrativo e Penal, não que este fenômeno se restrinja a estas três searas, mas apenas a título de exemplo de como a nova interpretação constitucional pode ser visualizada no direito infraconstitucional.

Quanto ao Direito Civil, que teve como marco inicial a Revolução Francesa e a promulgação de sua Constituição de 1791 e do Código napoleônico de 1804, as normas constitucionais tinham um papel limitado de Carta Política, sendo que o Código Civil era o mais importante e vinculante documento jurídico. A mudança de paradigma ocorreu, como já explicado, durante o século XX, quando o Estado passa a interferir nas relações entre particulares em nome da função social. Com efeito, a Constituição passa a protagonizar o ordenamento jurídico, atuando como filtro axiológico para os outros ramos do Direito.

O Direito Administrativo, como o Direito Constitucional, sempre possuiu objetivos comuns premidos pela necessidade de limitação do poder estatal, mas tendo o primeiro assumido ramo jurídico autônomo com a disciplina da Administração Pública.

Sua Constitucionalização teve início com as Cartas italiana e alemã, o mesmo ocorrendo com a Constituição Brasileira de 1988, devido à existência de várias normas constitucionais que disciplina a Administração Pública, as transformações sofridas pelo Estado e a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais (redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária e a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo).

Já o Direito Penal tem ampla influência do Direito Constitucional, facilmente constatada no rol de direitos e garantias fundamentais constantes do artigo 5º da CF/88 vigente, cuja aplicabilidade é concentrada na busca da pena mais adequada de acordo com a proteção aos interesses constitucionalmente relevantes.

## **2. O DIREITO INFRACONSTITUCIONAL NA CF/88 E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL**

Como já pontuado ao longo do texto, a CF/88 representou a redemocratização do País. Em seu texto, pode-se observar que os principais ramos do direito infraconstitucional (se não todos!) foram tratados, de modo que a extensa previsão de normas que vão do direito civil, penal, administrativo, processual, tributário, internacional e etc., o que ensejou críticas à prolixidade do legislador constituinte pela doutrina.

No entanto, é inquestionável a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico e a sua supremacia formal bem como material da Constituição, pois, segundo Paulo Bonavides, “ontem os Códigos, hoje, a Constituição”.<sup>75</sup> Sua característica enciclopédica apenas decorre do medo do retorno aos tempos de ditadura.

Assim, com a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, a mesma passou a desfrutar da supremacia formal e material ou axiológica e de força normativa sem precedentes.

Observe-se, entretanto, que o fenômeno da constitucionalização do direito não se confunde com a presença de normas infraconstitucionais no texto da Constituição, vez aquele se trata, na realidade, da constitucionalização das fontes do Direito na matéria referente a estas. Barroso melhor explicita:

[...] Com efeito, à medida que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante.<sup>76</sup>

A constitucionalização do direito infraconstitucional significa que toda interpretação jurídica se faz primariamente pela interpretação constitucional, pois qualquer aplicação de norma jurídica envolve a aplicação da Lei Maior, imediata ou mediatamente.

Nesse sentido J.J Gomes Canotilho e Vital Moreira:

A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> BONAVIDES *apud* BARROSO, 2009.

<sup>76</sup> BARROSO, 2009, p. 361.

<sup>77</sup> CANOTILHO *et* VITAL, Fundamentos da Constituição, 1991, p. 45.

O direito infraconstitucional, portanto, tem na Constituição sua base de validade e de interpretação. Esse fato gera um fenômeno começa a ser chamado, como aduziu Canotilho acima, de **filtragem constitucional**, segundo o qual todo ordenamento jurídico deve passar pela lente de sua Lei Fundamental.

## **2.1 Constitucionalização do Direito Infraconstitucional e seus Reflexos nas Relações Sociais**

A constitucionalização do direito consiste na expansão da Lei Maior pelo ordenamento jurídico. Esse fenômeno compreende não só aplicação direta da Constituição, a declaração de inconstitucionalidade das normas com ela incompatíveis, como também a interpretação sobre o filtro da Constituição às normas jurídicas infraconstitucionais.

A jurisdição constitucional é de competência, logicamente, de todos que aplicam o direito (do juiz estadual ao ministro do Supremo Tribunal Federal), que devem não só interpretar em conformidade com a constituição, como podem negar aplicação à lei ou ato normativo que considerem inconstitucional.

MOREIRA, sobre o tema da constituição como referencial de todo ordenamento jurídico, prescreve que “passamos de um direito em que as normas ditam o que fazer para um direito em que os princípios indicam o que se pode fazer”<sup>78</sup>.

Ocorre que, com a Constituição Federal de 1988, originou-se um aumento de demanda por justiça na sociedade brasileira, decorrente, obviamente, da redemocratização e da conscientização das pessoas como cidadãs detentoras de direitos.

Com o texto constitucional trazendo explicitamente novos direitos, novas ações, e ampliando a legitimidade ativa para a busca desses mesmos direitos, o poder judiciário ganhou não só ascensão como natureza política, pois começou a representar a tábua da salvação da cidadania, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo e gerando sérios questionamentos sobre essa expansão de poderes.

Tal fenômeno ocorrido no Brasil foi chamado de *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua

---

<sup>78</sup> MOREIRA, 2008, p. 18.

instância decisória final, o que traz o questionamento da legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites.<sup>79</sup>

Tal questionamento diz respeito ao encontro do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário, pois a função da primeira consiste em proteger os direitos fundamentais e determinar a adoção de políticas públicas que os concretizem, e para segunda, a Constituição definiu as competências aos Poderes Legislativo e Executivo.

O cerne da questão é assegurar apenas supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial sobre o controle de políticas públicas. Este debate gira em torno do confronto da idéias de constitucionalismo e democracia.

A doutrina, no entanto, é unânime em concluir que o papel do Poder Judiciário consiste em proteger o processo democrático e os valores constitucionais e apenas suprir a lacuna dos demais Poderes, quando houver necessidade.

## **2.2 Problemática da Limitação aos Excessos de Constitucionalização do Direito Infraconstitucional**

A CF/88 é muito criticada pelo texto prolixo e essa constitucionalização “exagerada” traz também conseqüências negativas, quais sejam, a de natureza política, que se denota pelo engessamento da legislação infraconstitucional e de natureza metodológica, por conta da textura vaga das normas constitucionais, o qual Barroso chama de **decisionismo judicial**.<sup>80</sup>

A primeira conseqüência negativa, de natureza política, constitui no fato de que a constitucionalização do direito dificulta o poder da maioria, pois esta não pode mais se manifestar sobre matéria que está no âmbito constitucional através do processo legislativo ordinário.

Quanto à discricionariedade judicial, verifica-se o problema da segurança jurídica, comprometendo a legitimidade do poder judiciário.

Para solucionar tais problemas, Barroso propõe aos intérpretes jurídicos dois parâmetros, a saber:

---

<sup>79</sup> BARROSO, 2009, p. 383.

<sup>80</sup> BARROSO, 2009, p. 391.

a) Preferência pela lei: onde tiver havido manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou o tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais conveniente; e

b) Preferência pela Regra: onde o constituinte ou o legislador tiver atuado, mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia, que por acaso pudessem postular incidência na matéria.<sup>81</sup>

Esses critérios, segundo o autor, estão profundamente ligados aos princípios da separação dos poderes, da isonomia e da segurança jurídica.

Neste diapasão, é importante mencionar as lições de Daniel Sarmento:

Na filtragem constitucional do ordenamento, não se confere proteção reforçada a trivialidades. Em regra, as normas constitucionais que são irradiadas para os diversos ramos do Direito, impondo uma releitura dos seus conceitos e instituto, são os direitos fundamentais e os princípios constitucionais mais ferais - dignidade da pessoa humana, solidariedade social, etc. - e não as regras detalhistas e minuciosas, cuja abundância no texto constitucional vimos criticar. **Trata-se, portanto, de uma faceta mais virtuosa do processo de constitucionalização do Direito, já que o que aqui se constitucionaliza são os princípios e valores fundamentais de elevada estatura moral**, e não banalidades e decisões conjunturais que, por circunstância do processo político, acabaram imerecidamente alçadas ao texto maior. (grifo nosso).

É com base nesse raciocínio que o intérprete deve se guiar no momento de frear os excessos do constitucionalismo, visto que este movimento, fruto do processo de redemocratização dos Estados ocidentais contemporâneos, ainda passará por diversas elucubrações teóricas, diante da sua pouca longevidade.

## CONCLUSÃO

O Constitucionalismo trouxe uma nova forma de se interpretar e aplicar no Direito Constitucional, pois representou a volta do conteúdo

---

<sup>81</sup> BARROSO, 2009, p. 392.

axiológico às normas jurídicas, reflexo do processo de redemocratização, tal como ocorreu na Europa do pós-guerra e, mais tardiamente, no Brasil com a CF/88.

Nesse contexto, a Lei Fundamental deixa de ser coadjuvante política e assume papel de protagonista dos principais ordenamentos jurídicos mundiais, causando revolução de paradigmas e aumento do clamor por justiça em toda a sociedade.

Como visto, o fenômeno da Constitucionalização provoca uma intensificação da judicialização das relações sociais e políticas, e consequentemente, contribui para a ascensão institucional do Poder Judiciário, pois este passa a ser guardião dos direitos da sociedade, legitimado pela democracia.

Em suma, apesar das limitações e excessos já exposto, o Constitucionalização do Direito Infraconstitucional fez o resgate dos valores dos princípios fundamentais e uma nova interpretação das normas infraconstitucionais, concernente à constitucionalidade de tais normas, servindo de filtro para vários ramos do Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, mar/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 20 setembro 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. *et* MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo - a invasão da constituição**. São Paulo: Método, 2008.

SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs.). **A constitucionalização do direito - fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

# A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

**Denise Martins Moura Silva**

Mestranda em Direito - UFS; Especialista em Direito Processual  
UNISUL; Analista Judiciária - TJ/SE.

**Sumário:** Introdução. 1. Que é Constituição: por Ferdinand Lassalle. 2. A Força Normativa da Constituição: por Konrad Hesse. Conclusão. Bibliografia.

**Resumo:** A produção deste artigo científico se revela essencial ao estudo na linha de pesquisa Direito Público Contemporâneo, uma vez que trata da temática A Força Normativa da Constituição, que é um clássico do constitucionalismo moderno. Tal obra do jurista alemão Konrad Hesse se constitui em um diálogo de ideias entre este e o nobre autor Ferdinand Lassalle, observando o que há de fundamental na sua obra *Essência da Constituição*, publicada no século XIX, e confrontando-o na ideia de que a Constituição não deva ser considerada somente no mero resultado das relações dos fatores reais de poder, mas que deve ser levada em conta a Constituição jurídica e a realidade político-social do país, revelando o significado e o valor da Constituição, preservando a sua força normativa de acordo com os limites e possibilidades de atuação da Constituição jurídica, bem como os pressupostos para a sua eficácia.

**Palavras-chave:** Constituição; Fatores Reais de Poder; Realidade Político-Social; Força Normativa.

**Abstract:** The production of this scientific paper is essential to study the line of research Contemporary Public Law, since it deals with the theme "The Normative Force of the Constitution," which is a classic of modern constitutionalism. Such a work of the German jurist Konrad Hesse constitutes a dialogue of ideas between this and the noble author Ferdinand Lassalle, observing what is fundamental in his book "Essence of the Constitution", published in the nineteenth century, and confronting him on the idea that Constitution should not only be considered merely the result of the relations of real factors of power, but must be taken into account the Constitution and the legal-political reality of the country, revealing the meaning and value of the Constitution, preserving the normative force in accordance with the limits and possibilities of legal action the Constitution, as well as the assumptions for its effectiveness.

**Keywords:** Constitution; Real Factors of Power; Politico-social Reality; Normative Power.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a força normativa da Constituição dada através das concepções de Ferdinand Lassalle e de, especialmente, Konrad Hesse levando a reflexões sobre o constitucionalismo moderno e em que situações se podem identificar um elo entre as ideias destes dois autores alemães.

Ao se fazer uma análise sociológica da Constituição Lassalle concluiu que a Constituição de um país somente seria eficaz se refletisse os fatores reais de poder, ou seja, se estivesse de acordo com os interesses da classe dominante constituída pela burguesia, aristocracia, banqueiros, exército ou quem quer que possua alguma relação com o poder em determinada região.<sup>82</sup> A eficácia da Lei Maior se dá com a presença do somatório desses fatores reais de poder.

Com este raciocínio, o autor alemão enfatiza na sua obra *A Essência da Constituição* que os assuntos constitucionais estão diretamente relacionados com o poder e não com os assuntos jurídicos em si.

Em contraponto a esse entendimento, as ideias de Konrad Hesse, lançadas um século depois, numa Alemanha do pós-guerra, e sob influência do neoconstitucionalismo. Em seu discurso na aula inaugural na Universidade de Freiburg, fez críticas dizendo que o autor em contesto estava com um pensamento limitado, visto que negava o Direito Constitucional enquanto ciência ao restringir a Constituição a circunstâncias apenas momentâneas de poder.

Deu sequência à aula através do seguinte questionamento: existiria poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, uma força determinante do Direito Constitucional? A sua resposta está na força normativa da Constituição ao narrar que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado.

---

<sup>82</sup> VAINER, Bruno Zilberman, A força normativa da constituição como garantidora da segurança jurídica: uma análise das obras de Konrad Hesse e de Ferdinand Lassalle. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 10 - jul./dez.2007. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/66430339/RBDC-10-091-Bruno-Zilberman-Vainer>> Acesso em: 15 nov. 2011.

## 1. QUE É CONSTITUIÇÃO POR FERDINAND LASSALLE

De início, faz-se necessário contextualizar historicamente o momento em que Lassalle elucidou sobre o tema “Que é Constituição”, uma vez que a história é marco de muitas decisões e criações ocorridas na sociedade.

Berlim, centro cultural e industrial da Alemanha (antiga Prússia), era o local em que ele vivia, um militante socialista, no século XIX, num momento em que a Europa estava sofrendo diversas manifestações populares contra o fim do absolutismo e o surgimento da burguesia à frente do poder político, necessitando, pois, de segurança jurídica para os seus contratos.

A repercussão de sua obra se deu pelo impacto dos seus questionamentos narrados, mesmo a conferência possuindo o cunho estritamente científico, e com a presença de um público não familiarizado com o tema jurídico, o proletariado de Berlim prussiano de 1862, mas que não deixou de compreender a exposição do marxista.

Lassalle inicia a sua conferência com os seguintes questionamentos: “que é Constituição?”, “aonde encontrar a sua verdadeira essência?” e “qual o verdadeiro conceito de uma Constituição?”,<sup>83</sup> e para dar as suas respostas às questões lançadas à plateia, o conferencista alemão diz que a Constituição deve ser comparada à lei, sendo esta, uma lei básica, mais do que outras comuns e que seja fundamental, ou seja, que seja o fundamento de outras leis e que exista porque, necessariamente, deva existir e que tenha força de eficácia para que seu conteúdo seja assim, e não de outro modo.

O intrigante autor segue com a sua fala, relatando em sua “tese fundamental que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas”.<sup>84</sup>

Merece informar o destaque dado por Hesse ao pensamento sustentado por Lassalle durante a conferência sobre relação de poder:

---

<sup>83</sup> COELHO NETO, Ubirajara. Força Normativa da Constituição: Lassalle & Hesse. Aracaju, 2011. 2 p. Resumo.

<sup>84</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 9.

É que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital, e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais. As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder; Esses fatores reais do poder formam a Constituição real do país.<sup>85</sup>

Esse documento, a Constituição jurídica, para Lassalle, não passa de um pedaço de papel e sua capacidade de regular e de motivar está diretamente relacionada à limitação da sua compatibilidade com a Constituição real. Uma vez não correspondida esta relação, será inevitável o conflito entre as Constituições, a jurídica e a real, e como consequência, aquela terá de sucumbir diante dos fatores reais de poder dominantes em um país.

Os fatores reais de poder constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, havendo uma correlação destas forças com estes fatores, provocando o efeito espelho que corresponde dizer que “a Constituição espelha o contexto em que ela é inserida, o que significa dizer que ela ratifica uma situação de distribuição de riqueza e de poder que já existe”.<sup>86</sup> Desta forma, para Lassalle, um estado absolutista possui uma Constituição absolutista, enquanto que um estado democrático possui uma Constituição democrática.

Para confirmar o entendimento do autor de que questões constitucionais não são, originalmente, questões jurídicas, mas políticas, Hesse incluiu na sua palestra, o pensamento de Jellinek, considerando uma ideia ainda atual:

[...] o desenvolvimento das Constituições demonstra que regras jurídicas não se mostram aptas a controlar, efetivamente, a

---

<sup>85</sup> *Idem, ibidem*, p. 9.

<sup>86</sup> LAMAS, Livia Paula de Almeida. Uma análise contemporânea da Constituição Sociológica de Lassalle. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em:< [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10257](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10257)>. Acesso em: 14 nov. 2011.

divisão de poderes políticos. As forças políticas movem-se consoante suas próprias leis, que atuam independentemente das formas jurídicas [...]»<sup>87</sup>.

Na compreensão de Lassalle, uma Constituição escrita será boa e duradoura, mantendo os seus efeitos, quando esta corresponder à Constituição real com fundamento nos fatores reais de poder de um país. Para o autor, de nada servirá o que se escrever na folha de papel, texto constitucional, se não se justificar pelos fatores reais e efetivos do poder. Do contrário, a Constituição não tem expressão alguma, torna-se liquidada, e não existe força alguma que possa salvá-la.<sup>88</sup>

Diante dessa sua defesa, Lassalle afirma que os fatos de um país são mais significantes que as suas normas, pois estas se apoiam nos fatos, dando força à realidade. Quando ocorre do poder normativo se distanciar dos fatos, a Constituição se resumirá a apenas uma folha de papel sem qualquer poder, ou comprovação de eficácia.

Conclui o conferencista alemão, pois, que o problema constitucional é de poder e não de direito, visto que:

“... a verdadeira Constituição somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social?”<sup>89</sup>

Como legado deste autor, resta comprovada a prevalência da Constituição real em face da Constituição jurídica por esta possuir meramente a índole técnica, levando à sua negação e, ao lado desta afirmação, tem-se que o Direito Constitucional está em contradição com a própria essência da Constituição, visto que há a descaracterização da Ciência da Constituição como ciência normativa, passando a ser ciência do *ser*.

Hesse encerra a problemática da Constituição real de Lassalle, com o seguinte trecho da sua aula:

---

<sup>87</sup> HESSE. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>88</sup> NEIVA, Gerivaldo Alves. Os fatores reais do poder e a força normativa da Constituição. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/11664/os-fatores-reais-do-poder-e-forca-normativa-da-constituicao>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

<sup>89</sup> LASSALLE, Ferdinand. Que é uma Constituição? Porto Alegre: Editorial Villa Martha, 1980. p. 72. *apud* NEIVA, Gerivaldo Alves. Os fatores reais do poder e a força normativa da Constituição. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/11664/os-fatores-reais-do-poder-e-forca-normativa-da-constituicao>>. Acesso em 15 nov. 2011.

Afigura-se justificada a negação do Direito Constitucional, e a consequente negação do próprio valor da Teoria Geral do Estado enquanto ciência, se a Constituição jurídica expressa, efetivamente, uma momentânea constelação de poder. Ao contrário, essa doutrina afigura-se desprovida de fundamento se se puder admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. A questão que se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição. Existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional? Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional? Não seria essa força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de que o direito domina a vida do Estado, quando, na realidade, outras forças mostram-se determinantes? Essas questões surgem particularmente no âmbito da Constituição, uma vez que aqui inexistente, ao contrário do que ocorre em outras esferas da ordem jurídica, uma garantia externa para execução de seus preceitos. O conceito de Constituição jurídica e a própria definição da Ciência do Direito Constitucional enquanto ciência normativa dependem da resposta a essas indagações.<sup>90</sup>

## **2. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: POR KONRAD HESSE**

Konrad Hesse, advogado e professor de Direito Público da Universidade de Freiburg, vivia o período do pós-guerra alemão, no meado do século XX, numa Alemanha dividida, dando início ao período da “guerra fria”, com a presença assolada da fome e do desemprego, uma verdadeira agitação social e endividamento dos países europeus ameaçavam a estabilidade do sistema capitalista.<sup>91</sup>

Hesse vinha com as suas ideias sob a influência da publicação da Constituição de Weimar de 1919 que consagrou os direitos sociais da 2ª geração tais como vida, saúde, assistência social, relações de emprego e reorganizou o Estado em função da Sociedade e não mais do indivíduo,

---

<sup>90</sup> HESSE. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>91</sup> COELHO NETO. *Op. cit.*

vivendo o auge da crise do Estado Liberal e da conseqüente ascensão do Estado Social alemão.

No final da década de 40, uma onda constitucional tomou a Alemanha Ocidental, carecendo de um novo modelo para a sua Constituição com fundamento estável da próspera democracia e sob inspiração da experiência sedimentada no constitucionalismo determinado pela supremacia constitucional americana. Assim sendo, em 1949 foi instituída a Lei Fundamental de Bonn, a nova Constituição em vigor; em seguida surgiu o Tribunal Constitucional Federal, em 1951, que se caracterizou por suas decisões e sentenças serem obrigatórias para as instâncias políticas, estatais e jurídicas da Alemanha.

Nesse contexto histórico, Hesse proferiu a sua aula inaugural na citada Universidade alemã para um público muito mais elitizado, constituído pelo meio acadêmico e por magistrados, advogados e promotores carentes da garantia dos direitos fundamentais e por um Estado Democrático de Direito, contrariamente à plateia e ao momento vivido por Lassalle quando da sua conferência.

O mestre alemão inicia a aula contrapondo as ideias de Ferdinand Lassalle, dizendo que a Constituição não deve ser a parte mais fraca e ressaltando que a Constituição não significa apenas um pedaço de papel.

Hesse coloca, como ponto de partida e como tentativa de resposta aos questionamentos feitos pelo colega há meio século, o condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, devendo ser considerados, nesse contexto, os limites e as possibilidades da atuação da Constituição jurídica, bem como devem ser investigados os pressupostos de eficácia da Constituição.<sup>92</sup>

Diferentemente do pensamento constitucional do passado recente que está marcado pelo isolamento entre a norma e realidade, presentes tanto no positivismo jurídico da Escola de Paul Laband e de Georg Jellinek como no positivismo sociológico de Carl Smith, o nobre professor declara que deve haver uma superação deste isolamento, visto que se fizer uma análise à parte, levando em conta unicamente a ordenação jurídica, leva-se a crer que a situação da norma é vigente ou é derogada, sem alguma outra possibilidade, e se

---

<sup>92</sup> HESSE. *Op. cit.*, p. 13.

considerar somente a realidade, ignorando o positivismo, não consegue ver o problema na sua totalidade.<sup>93</sup>

Sendo assim, o significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela apenas pode ser apreciado se ambas - ordenação e realidade - forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre *ser* (*Sein*) e *dever ser* (*Sollen*) não leva a qualquer avanço. Essa cisão pode levar a uma confirmação, confessa ou não, da tese defendida por Lassalle que atribui exclusiva força determinante às relações fáticas.<sup>94</sup>

Hesse entende que a Constituição não deva estar desvinculada da realidade, das condições históricas e naturais de cada situação concreta, conforme relato:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. [...] Mas, - esse aspecto afigura-se decisivo - a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. [...] A Constituição adquire força normativa na medida em que logra idealizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua

---

<sup>93</sup> Neste sentido, *Idem, ibidem*, p. 13.

<sup>94</sup> HESSE. *Op. cit.*, p. 14.

realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida.<sup>95</sup>

Nesse sentido, Hesse trouxe, ao seu discurso, o entendimento de Wilhelm Humboldt para reiterar a sua afirmativa de que a compreensão das possibilidades e dos limites da Constituição apenas pode ser alcançada se houver um elo entre Constituição jurídica e realidade:

[...] somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se [...] As Constituições, afirma, pertencem àquelas coisas da vida cuja realidade se pode ver, mas cuja origem jamais poderá ser totalmente compreendida e, muito menos, reproduzida ou copiada. Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. Afigura-se altamente precário pretender concebê-la com base, exclusivamente, nos princípios da razão e da experiência.<sup>96</sup>

Em seguida, o jurista alemão passa a analisar os limites e possibilidades de realização da Constituição jurídica, vez que não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica, visto que a norma constitucional somente logra atuar se procurar construir o futuro com base na natureza singular do presente.

Sem esses pressupostos, a Constituição não pode emprestar “forma e modificação” à realidade porque onde inexistente força a ser despertada - força esta presente na natureza das coisas, a Constituição não pode emprestar direção, bem como se as leis forem ignoradas pela Constituição a carece do germe (da motivação) de sua força vital.

Dando continuidade à sua fala, o catedrático afirma que a Constituição por si só não é capaz de realizar nada, mas que pode impor tarefas, ou seja, ela se converte em força ativa se estas tarefas forem realizadas e se fizerem presentes, na consciência geral e na dos dirigentes, e, ainda, se existir uma vontade para concretizar as tarefas. Esta vontade é a vontade de poder e a vontade de Constituição.

---

<sup>95</sup> *Idem, ibidem*, p. 14-16.

<sup>96</sup> *Idem, ibidem*, p. 16-18.

Hesse entende, pois, que a realização da Constituição importa na vida política, nas circunstâncias históricas e na vontade de Constituição.<sup>97</sup>

E para esclarecer o que seja a vontade de Constituição, o moderno constitucionalista considera que esta vontade se origina a partir de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme; tem seu fundamento na compreensão de que essa ordem constitucional é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e assenta na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. “Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade”.<sup>98</sup>

Com fulcro nessas vertentes, a vontade de Constituição deve, portanto, ser entendida, sinteticamente, como vontade de preservar a Constituição.

A pretensão de eficácia da Constituição jurídica se apresenta como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A razão possui capacidade para dar forma à matéria, mas não dispõe de força para produzir substâncias novas. “A força, que é causa de produzir um efeito, que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa”.<sup>99</sup> De acordo com essa análise, surgem os limites da força ativa.

Em seguida, Hesse relaciona os pressupostos que levam à otimização da força normativa da Constituição se referindo tanto ao conteúdo quanto à *práxis* jurídica da Constituição, ao aspecto prático do direito. Quanto mais o seu conteúdo incorporar à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa, tendo como requisito que leve em conta os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes e o estado espiritual do seu tempo,

---

<sup>97</sup> Neste sentido, MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. *Hermenêutica constitucional: comparação das teorias de Konrad Hesse e Friedrich Müller*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_75/artigos/Marco\\_rev75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_75/artigos/Marco_rev75.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

<sup>98</sup> H. Heller. AÖR NF 16, p.341.353 *apud* HESSE. *Op. cit.*, p. 20.

<sup>99</sup> Segundo o entendimento de HESSE. *Op. cit.*, p. 20.

levando ao apoio e a defesa da consciência geral, imaginando uma ordem adequada e justa.

Como um segundo pressuposto, torna-se indispensável que a Constituição tenha condições de adaptar-se a uma mudança das condicionantes relatadas, e ainda, que estabeleça um reduzido número de princípios fundamentais, ainda que se insurjam novas situações face às céleres mudanças político-sociais, sob pena de constantes revisões. Mostrar-se em condições de se desenvolver, sem comprometer a segurança jurídica, negando interesses momentâneos ou particulares.

Resta como último pressuposto quanto ao conteúdo, que a Constituição não deve estar assentada numa “estrutura unilateral”, mas ponderando direitos e deveres da estrutura contrária, sob pena de distanciamento e visando manter a força normativa dos seus princípios fundamentais.

Nesse sentido, destaca Hesse que:

Direitos fundamentais não podem existir sem os deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente - no mais tardar em momento de acentuada crise - que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derogados.<sup>100</sup>

A seguir, o mestre destaca quanto aos pressupostos de eficácia ótima da força normativa da Constituição relacionados à *práxis* constitucional, que todos os partícipes da vida constitucional devem congrega daquela vontade de Constituição (preservação da Constituição). Somada a essa exposição, deve-se evitar o recurso reiterado à revisão (reforma) constitucional, tanto por comprometer a confiança no valor inquebrantável da Constituição, quanto por dar-se mais valor aos elementos fáticos do que à ordem normativa vigente.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> HESSE. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>101</sup> MAGALHÃES, *Op. cit.*

Merece destaque a citação a Walter Burckhardt proferida pelo palestrante sobre o que é identificado como vontade de Constituição:

[...] deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático.<sup>102</sup>

A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.<sup>103</sup>

Com relação, ainda, à *práxis* constitucional, Hesse coloca como fator fundamental para o fortalecimento e preservação da força normativa da Constituição, a interpretação, visto que esta deva estar submissa ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*).

Nessa linha de raciocínio, o catedrático entende que a interpretação da Constituição, por estar condicionada a fatos concretos da vida, não pode ignorá-los. Quanto à interpretação e a necessidade de concretização constitucional, destaca Hesse que “a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.<sup>104</sup>

Dessa forma, uma mudança das relações fáticas pode - ou deve - provocar mudanças na interpretação da Constituição; ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa.<sup>105</sup>

Diante do entendimento do jurista, a finalidade de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não deve ser sacrificada em virtude de uma mudança da situação. Atribui-se, pois, ao Direito Constitucional a tarefa de concretização da força normativa da Constituição, sobretudo porque esta não está assegurada de plano.

---

<sup>102</sup> BURCKHARDT, Walter. *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*. 3. ed., 1931. p. VIII *apud* HESSE. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>103</sup> HESSE. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>104</sup> *Idem, ibidem*, p. 22-23.

<sup>105</sup> Nesse sentido, *Idem, ibidem*, p. 23.

Interpretação constitucional é concretização. Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob a inclusão da "realidade" a ser ordenada. Nesse aspecto, interpretação jurídica tem caráter criador: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação, naturalmente, ela tem também somente nesse aspecto caráter criador; a atividade interpretativa permanece vinculada à norma.<sup>106</sup>

Ao focar a interpretação como elemento fundamental à *práxis* constitucional, merece ressaltar que Hesse sofreu influência de notáveis filósofos, uma vez que ele se utiliza de conceitos da hermenêutica ontológica de Heidegger e da hermenêutica filosófica de Gadamer, para expressar que é condição necessária para a interpretação a pré-compreensão, pois para ele “concretização” pressupõe um “entendimento” do conteúdo da norma a ser concretizada. Esse não se deixa desatar da “(pré)-compreensão” do intérprete e do problema concreto a ser resolvido, “dado que o intérprete” não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, mas somente diante da situação histórica concreta, na qual ele se encontra.<sup>107</sup>

A ideia hermenêutica *heideggeriana* é a da “pré-compreensão” e a de Gadamer é a presença da tradição histórica que contribuem com o entendimento de que interpretação constitucional é concretização. Aquilo que ainda não é unívoco deve ser determinado sob a inclusão desta nova realidade a ser positivada. Disso se pode concluir que a interpretação jurídica possui caráter criador: o conteúdo da norma interpretada se conclui primeiro na interpretação.

Essa via hermenêutico-concretizante utilizada por Hesse induz a um pensamento problematicamente orientado e que se assenta no pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema.<sup>108</sup>

Em vista disso, atribui-se ao Direito Constitucional a tarefa de concretização da força normativa da Constituição, em virtude desta não está assegurada de plano. Passa a ser fundamental para a esta concretização, o entendimento da estrutura interna da norma, a

---

<sup>106</sup> MAGALHÃES. *Op. cit.*

<sup>107</sup> Nesse sentido, MAGALHÃES. *Op. cit.*

<sup>108</sup> Conclusões feitas a partir de CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

necessidade de diferenciação do texto da norma da norma em si, bem como que a norma não tenha existência autônoma e acabada, totalmente desvinculada da realidade histórica concreta, ou seja, das condições da realidade concreta que a norma deve ordenar.

Nas palavras de Hesse:

Subsiste para o Direito uma enorme tarefa, sobretudo porque a força normativa da Constituição não está assegurada de plano, configurando missão que, somente em determinadas condições, poderá ser realizada de forma excelente. A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu *mister* de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões do poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder (*Machtfragen*).<sup>109</sup> Os princípios basilares da Lei Fundamental não podem ser alterados mediante revisão constitucional, conferindo preeminência ao princípio da Constituição jurídica sobre o postulado da soberania popular.<sup>110</sup>

Quanto mais intensa for a vontade da Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição, atribuindo ao Direito Constitucional a preservação da consciência dos seus limites, adquirindo maior eficácia possível, essencialmente nas questões fundamentais para a vida do Estado.

Um dos limites é dado pela força normativa que é mensurada de acordo com a satisfação dos pressupostos atinentes ao conteúdo e à *práxis* da Constituição. A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional alicerçada no entendimento de que questões constitucionais não são questões de poder, mas questões jurídicas.

Ao Direito Constitucional cabe realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição, esta maior garantia de sua força normativa.

Sendo esse raciocínio lembrado ao final de sua fala, Hesse, reitera que a vontade de Constituição é decisiva para a *práxis* constitucional, sendo fundamental uma vez que deve ser considerada tanto no global

---

<sup>109</sup> Hesse. *Op. cit.* p. 26.

<sup>110</sup> *Idem, ibidem* p. 28.

quanto singularmente.

Nesse contexto, Hesse afirma:

O observador crítico não poderá negar a impressão de que nem sempre predomina, nos dias atuais, a tendência de sacrificar interesses particulares com vistas à preservação de um postulado constitucional; a tendência parece encaminhar-se para o malbaratamento no varejo do capital que existe no fortalecimento do respeito à Constituição. Evidentemente, essa tendência afigura-se tanto mais perigosa se se considera que a Lei Fundamental não está plenamente consolidada na consciência geral, contando apenas com um apoio condicional.<sup>111</sup>

O autor, ainda não satisfeito com as suas argumentações acerca da força normativa da Constituição, lança mais um questionamento: o cotejo apresentado pela relação entre o Direito Constitucional e a realidade que ameaça um elenco de princípios fundamentais constitucionais, essencialmente o postulado da liberdade.

Questiona-se o presente sendo confrontado com a efetividade das normas jurídicas em um contexto marcado por uma realidade de correntes e tendências contraditórias. Depreende-se tamanha preocupação através do seguinte testemunho:

O questionamento da Constituição não decorre de um estado de anormalidade. Ao contrário da Constituição de Weimar, a Lei Fundamental (Grundgesetz) - promulgada numa época de inesperado desenvolvimento econômico e sob a influência de relações políticas relativamente estáveis - não foi submetida a uma prova de força. Como referido, as situações de emergência no âmbito político, econômico ou social configuram a maior prova desse tipo para a força normativa da Constituição, uma vez que elas não podem ser resolvidas com base no exercício das competências convencionais previstas na Constituição. A Lei Fundamental (Grundgesetz) não está preparada para esse embate.<sup>112</sup>

A fim de esclarecer que a “Lei Fundamental não está preparada para esse embate”, o notável jurista afirma que a Constituição vigente não adotou qualquer cláusula especial para o estado de necessidade,

---

<sup>111</sup> Hesse. *Op. cit.* p. 29. O autor enfatiza que essa constatação expressa uma tendência geral, que não se limita à República Federal da Alemanha e à sua pouco tradicional Constituição.

<sup>112</sup> *Idem, ibidem*, p. 30.

unicamente dispondo de competências isoladas e estritamente limitadas que não se mostram suficientes para encarar, sem medo, situações de perigo relativamente sérias.<sup>113</sup>

O ilustre professor deu continuidade à sua explanação pormenorizando o eventual perigo que pode ocorrer caso se verifique essa situação de estado de emergência, bem como ocorrendo omissão em uma disciplina normativa que a regulamente, restando o poder dos fatos como instrumento para se solucionar o problema.

Nesse sentido, Hesse:

Ressalte-se que o conteúdo dessa regra jurídica suprapositiva somente poderia expressar a idéia de que a necessidade não conhece limites (Not kennt kein Gebot). Tal proposição não conteria, portanto, regulação normativa, não podendo, por isso, desenvolver força normativa. Assim, a renúncia da Lei Fundamental (Grundgesetz) a uma disciplina do estado de necessidade revela uma antecipada capitulação do Direito Constitucional diante do poder dos fatos (Macht der Fakten).<sup>114</sup>

Nenhum poder, nem mesmo a Constituição, é competente para alterar os condicionamentos naturais de um país. Com isso, calcada nos seus limites, a Constituição se vê submetida à prova de força nas situações de emergência e no estado de necessidade, e não em tempos tranquilos para o Estado.<sup>115</sup>

Essa prova de força da Constituição deve contar com a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas e não a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo. Através dessa concepção *hesseana*, nega-se que a Constituição jurídica não passa de uma folha de papel.

Uma vez prevalecendo as tensões entre a ordenação constitucional e a realidade político-social, constata-se que os pressupostos garantidores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos, em especial, o da vontade de Constituição.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> Conforme Hesse. *Op. cit.* p. 30-31.

<sup>114</sup> *Idem, ibidem*, p. 32.

<sup>115</sup> NEIVA. *Op. cit.*

<sup>116</sup> *Idem, ibidem* p. 32.

Seguindo essa linha, uma vez não satisfeitos os pressupostos mantenedores da força da Constituição, em qualquer situação posta, os problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas se converterão em questões de poder e prevalecerá a Constituição real, defendida por Lassalle.

## CONCLUSÃO

Da exposição realizada sobre a contribuição de Konrad Hesse para o constitucionalismo moderno, à luz das afirmações do conferencista Ferdinand Lassalle sobre a Constituição, depreendem-se as seguintes conclusões que norteiam tanto a elite dirigente como a sociedade em geral:

A força normativa da Constituição é regulada pelo condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica (dimensão normativa) e a realidade político-social, respeitados os limites e possibilidades de sua atuação, e considerando os pressupostos necessários para a verificação de sua eficácia, fundamentalmente a vontade de Constituição.

As Constituições não podem ser o reflexo dos fatores reais do poder simplesmente, sob o risco de serem institutos temporários, que privilegiam a minoria e porque necessitam de reformas permanentes no seu texto, levando à incerteza jurídica.

A verdadeira Constituição deve trazer, em seu bojo, os interesses relativos aos fatores de poder, como também elementos de ordem política, social, econômica, positivados por meio de princípios e das regras de seu tempo, estando condicionada pela realidade histórica, de modo a construir um futuro de menos desigualdade.

A Constituição deve ser entendida como superestrutura que define as regras de infraestrutura da sociedade.

A Constituição cria o Estado de Direito e norteia seu ordenamento jurídico, tendo em vista que é classificada como lei fundamental, pelo eminente Bobbio, *in litteris*:

[...] devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: *essa norma é a norma fundamental*. A norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais poder de fixar normas válidas, impõe a todos aqueles aos quais se referem às normas

constitucionais o dever de obedecê-las.<sup>117</sup>

O fato é que a Constituição possui força normativa capaz de criar determinadas normas pertencentes a todos os segmentos da sociedade, tutelando garantias e interesses visando a todos os cidadãos, inclusive os excluídos, os não pertencentes às camadas dos fatores de poder de Lassalle.<sup>118</sup>

Para Konrad Hesse, a interpretação da Constituição é concretização, na medida em que não se vale unicamente da hermenêutica jurídica tradicional, mas permite colocar em evidência elementos não relacionados no texto normativo, originados a partir de uma realidade histórica concreta.

A natureza e função da Constituição, por meio da sua força normativa, devem impor tarefas a toda a sociedade e devem se fazer presentes na consciência geral do povo em busca do bem-estar social. Essa tarefa foi confiada a todos nós.<sup>119</sup>

## BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. 1995. Brasília: Editora Universidade de Brasília. p. 58-59.

BURCKHARDT, Walter. **Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung**. 3. ed., 1931. p. VIII *apud* HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. Tradução de: Die Normative Kraft der Verfassung.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

COELHO NETO, Ubirajara. **Força Normativa da Constituição**: Lassalle & Hesse. Aracaju, 2011. 2 p. Resumo.

H. Heller. AÖR NF 16. *apud* HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. Tradução de: Die Normative Kraft der Verfassung.

---

<sup>117</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 6. ed.. Brasília: UNB. p. 58-59.

<sup>118</sup> VAINER. *Op. cit.*

<sup>119</sup> Frase que encerra a obra do mestre alemão. HESSE, *Op. cit.* p.32.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. Tradução de: Die Normative Kraft der Verfassung.

LAMAS, Livia Paula de Almeida. **Uma análise contemporânea da Constituição Sociológica de Lassalle**. *Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10257](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10257)>. Acesso em: 14 nov. 2011.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Porto Alegre: Editorial Villa Martha, 1980. *apud* NEIVA, Gerivaldo Alves. **Os fatores reais do poder e a força normativa da Constituição**. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/11664/os-fatores-reais-do-poder-e-forca-normativa-da-constituicao>>. Acesso em 15 nov. 2011.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. **Hermenêutica constitucional: comparação das teorias de Konrad Hesse e Friedrich Müller**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_75/artigos/Marco\\_rev75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_75/artigos/Marco_rev75.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

NEIVA, Gerivaldo Alves. **Os fatores reais do poder e a força normativa da Constituição**. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/11664/os-fatores-reais-do-poder-e-forca-normativa-da-constituicao>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

VAINER, Bruno Zilberman. **A força normativa da constituição como garantidora da segurança jurídica: uma análise das obras de Konrad Hesse e de Ferdinand Lassalle**. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC* n. 10 - jul./dez.2007. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/66430339/RBDC-10-091-Bruno-Zilberman-Vainer>> Acesso em: 15 nov. 2011.

# POLÍTICAS PÚBLICAS E SEUS REFLEXOS NA ESFERA DEMOCRÁTICA

Lara Freire Bezerra de Sant'Anna

Mestranda em Direito - UFS.

**Sumário:** Introdução; 1. Políticas Públicas e Judicialização: 1.1 Políticas Públicas e Poder Discricionário: uma interface entre Direito e Política. 1.2 Contextualização; 1.3 Constituição e Pós-Guerra: americanização do Direito; 1.4 Panorama Brasileiro; 2. Democracia e Judicialização: pontos controversos: 2.1 O que Representa a Democracia; 2.2 Democracia & Constituição; 2.3 A Supervalorização do Poder Judiciário: retorno teoria platônica dos filósofos-reis? 2.4 Hércules: o protótipo de uma visão romântica e idealizada do Juiz; 2.5 A Judicialização como Mantenedora de um Frágil Equilíbrio Sistêmico Através de um Resfriamento da Mobilização Cívica do Cidadão; 2.6 Judicialização e Ativismo Judicial como Progresso: equívoco ilusório; 3. O Resgate do Orçamento em Busca da Transparência: quebrando o círculo; Conclusão; Referências Bibliográficas.

**Resumo:** O presente trabalho objetiva analisar o controle da Administração exercido pelo Poder Judiciário e suas nuances pós-Constituição de 1988. O enfoque principal é dado à análise dos efeitos que o processo de Judicialização vem produzindo no âmbito democrático, assim como a explicitação dos perigos de uma supervalorização deste poder que não possui legitimidade democrática. Através de uma análise das teorias e ideologias que subjazem o fenômeno, objetiva-se ainda desconstruir o mito que ronda o Poder Judiciário, como sendo aquele mais capacitado a interpretar os preceitos constitucionais. Faz-se, desde o início, uma contextualização do surgimento da idéia de políticas públicas, com o objetivo de explicitar a importância dos movimentos cívicos para a mudança de postura Estatal. Da mesma forma, objetiva-se no presente trabalho trazer à tona a evidência de que mudanças e melhoras efetivas, em termos de direitos sociais, não irão surgir de outra maneira que não através de uma consciência cidadã ativa. A postura paternalista do Poder Judiciário, ao contrário, serve às elites minoritárias, cujo objetivo é a manutenção do *status quo*, através de uma população satisfeita com soluções imediatistas e, principalmente, acomodada.

**Palavras-Chave:** Políticas Públicas; Judicialização; Democracia; Perigos; Consciência Cívica.

**Abstract:** The present work aims to review the Judicial control over Administration and its nuances post-1988 Constitution. The main focus is given to the analysis of the effects that the Judicialization has produced under

democratic sphere, as well as an explanation of the dangers of the overvaluation of this power, which has no democratic legitimacy. Through an analysis of theories and ideologies that underlie the phenomenon, the objective is still deconstructing the myth that surrounds the Judiciary, as being better able to interpret the constitutional provisions. It is made, since the beginning, a contextualization of the emergence of the idea of public policies with the aim of clarifying the importance of civic movements for a State posture change. Similarly, the objective of the present work is to show that effective changes and improvements about social rights, will not arise otherwise than through an active social consciousness. The paternalistic attitude of the judiciary, by contrast, serves the elite minority, whose goal is maintaining the status quo through a population satisfied with immediate solutions.

**Keywords:** Public Policies; Judicialization; Democracy; Dangers; Social Consciousness.

## INTRODUÇÃO

O processo de constitucionalização do Direito que teve início, aqui no Brasil, com a promulgação da Constituição da República de 1988, tem trazido mudanças substanciais no ordenamento jurídico brasileiro. De uma cultura jurídica extremamente arraigada na lei e nos decretos, passou-se a uma cultura de valorização da Constituição e do Poder Judiciário como guardião das promessas daquela, seguindo o modelo americano de supremacia interpretativa judicial.

Como foco principal de preocupação, este trabalho visa analisar a crescente interferência judicial na área das políticas públicas, antes de competência exclusiva dos poderes democráticos por excelência, o Legislativo e o Executivo.

Em primeiro plano, busca explicitar a interdisciplinaridade entre direito e política no âmbito de estudo das políticas públicas. Em um segundo momento, faz-se uma contextualização, expondo o surgimento da própria noção de política pública, com o nascimento do Estado Social. Neste ponto, objetiva-se deixar clara a importância dos movimentos cívicos na mudança de postura do Estado. Passada esta fase, inicia-se uma incursão nas idéias do neoconstitucionalismo, seu surgimento e seus reflexos nas políticas públicas.

No segundo tópico passa-se à análise dos reflexos que esta judicialização traz à esfera democrática, ponto principal desta pesquisa. Parte-se da constatação de que a doutrina neoconstitucionalista, com a idéia de um Judiciário forte e ativo, é aceita amplamente na doutrina brasileira, que costuma fazer um paralelo entre julgamentos substantivos e idéias progressistas. Observa-se que há uma recepção praticamente acrítica, o que é fruto de uma formação acadêmica de pouca interdisciplinaridade.

Busca-se, assim, fazer uma desconstrução das idéias que subjazem ao fenômeno, com o objetivo de explicitar os perigos democráticos que esta supervalorização do Poder Judiciário representa. Primeiro, traz-se à tona que a teoria da supremacia interpretativa judicial, fruto da idéia do Poder Judiciário como guardião da Constituição, possui uma grande falha de base, na medida em que se apoia em crenças mitológicas, tais como a inexistência de contágio político pelo Poder Judiciário e a idéia do juiz-hércules.

Segundo, demonstra-se que a judicialização da vida e da política ocasiona o resfriamento dos movimentos cívicos dentro da sociedade, o que, segundo diversos estudiosos, é justamente o objetivo de todo o processo de valorização do Judiciário, na medida em que este é apoiado por algumas elites que perderam o poder na esfera democrática e encontrou no Judiciário o espaço para perpetuar sua hegemonia.

Na última etapa do trabalho, a preocupação é voltada para a questão operacional do orçamento, que deságua na problemática da ingovernabilidade. Questiona-se a tese majoritária de que não se pode colocar o orçamento como obstáculo quando se trata de direitos de relevância “superior”. Objetiva-se demonstrar, ao revés, que o orçamento é justamente a chave para uma melhora efetiva, em todas as áreas relativas aos direitos sociais. O orçamento e sua necessária transparência, entretanto, devem ser resgatados.

O presente trabalho busca ao menos levantar um ponto de interrogação nesta onda neoconstitucionalista, que sob o argumento da modernidade, leva ao conformismo do povo e o favorecimento das mesmas elites de sempre.

# 1. POLÍTICAS PÚBLICAS E JUDICIALIZAÇÃO

## 1.1 Políticas Públicas e Poder Discricionário: uma interface entre Direito e Política

Um estudo sobre políticas públicas exige uma dinâmica interdisciplinar entre Direito e Política, pois, como bem explicita o doutor em Ciências Políticas Antônio Sérgio Araújo Fernandes, embora se trate de uma área técnico-administrativa que engloba as várias funções sociais possíveis de serem exercidas pelo Estado (saúde, educação, previdência, etc.), possui também uma dimensão política, na medida em que se refere ao processo decisório<sup>120</sup> (alocação de recursos, prioridades de atuação, etc.).

Na verdade, este traço político é extremamente forte, motivo pelo qual tais ações são pouco estudadas dentro do Direito Administrativo, o qual se limita a alocá-las dentro do campo do poder discricionário da Administração e como objeto de controle especial por parte do judiciário.

Situa-se dentro do poder discricionário, visto que a sua realização não implica a simples obediência a uma regra legal, mas implica uma valoração das condutas por parte do Administrador, reservando a este um grau maior de liberdade de atuação. Este conjunto de valores se traduz no binômio conveniência-oportunidade e constitui o mérito administrativo.

No que diz respeito ao controle especial, este se fundamenta justamente no caráter político das políticas públicas. Em razão da especificidade destes atos não se aplicaria a regra geral do controle jurisdicional, mas sim um controle especial, restrito à análise da sua legalidade ou constitucionalidade. Aliás, esta é a posição clássica da doutrina,

---

<sup>120</sup> FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. Políticas Públicas: Definição, Evolução e o Caso Brasileiro. [online] Disponível na internet via [http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:BtFfPCLIVEQJ:serv01.informacao.andi.org.br/b6d71ce\\_114f59a64cd\\_7fcc.pdf+FERNANDES.+Antonio+Sergio+Araujo.+Pol%C3%ADticas+P%C3%BAblicas:+Defini%C3%A7%C3%A3o+evolu%C3%A7%C3%A3o+e+o+caso+brasileiro+na+pol%C3%ADtica+social.&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESi5KyvFzz2j\\_sibJKTW6uZXRIATDv0U3zOQfrgqwk95LBULzV8P4y5TZAmO2IUmqCuFznAtYFwSlQwkKVlcTE2qbICR8nizPNca0W8CB04jISaWGGVaOCX\\_Bl8BLsejANOLNw95&sig=AHIEtbR2oxDDwbE-bmy9kB\\_5LiIQZ1aQWw&pli=1](http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:BtFfPCLIVEQJ:serv01.informacao.andi.org.br/b6d71ce_114f59a64cd_7fcc.pdf+FERNANDES.+Antonio+Sergio+Araujo.+Pol%C3%ADticas+P%C3%BAblicas:+Defini%C3%A7%C3%A3o+evolu%C3%A7%C3%A3o+e+o+caso+brasileiro+na+pol%C3%ADtica+social.&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESi5KyvFzz2j_sibJKTW6uZXRIATDv0U3zOQfrgqwk95LBULzV8P4y5TZAmO2IUmqCuFznAtYFwSlQwkKVlcTE2qbICR8nizPNca0W8CB04jISaWGGVaOCX_Bl8BLsejANOLNw95&sig=AHIEtbR2oxDDwbE-bmy9kB_5LiIQZ1aQWw&pli=1). Arquivo capturado em 25 de outubro de 2011. p. 1.

que defende que o Poder Judiciário não pode imiscuir-se na apreciação da conveniência e oportunidade, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo<sup>121</sup>. Isto não quer dizer que tais atos sejam imunes a qualquer tipo de controle: estão sujeitos ao controle da legalidade, o qual abrange, inclusive, a análise da adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade expressa na constituição ou na lei.

Este poder discricionário e o controle especial que sobre ele incide, portanto, fundamentam-se na liberdade de administração daqueles eleitos para tal fim, ou seja, fundamentam-se no princípio democrático.

Parte majoritária da doutrina entende hoje que, após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, houve um esvaziamento deste campo discricionário da Administração, na medida em que praticamente todos os direitos sociais foram positivados no texto constitucional, retirando tais questões do campo da competência exclusiva dos órgãos majoritários. Isto porque as normas constitucionais possuem força vinculante, configurando-se como verdadeiros imperativos direcionados às autoridades administrativas<sup>122</sup>.

Esta doutrina neoconstitucionalista acarreta reflexos diretos na área do controle judicial das políticas públicas, no sentido de ampliar a possibilidade de controle, antes restrita à questão da legalidade. Na medida em que se esvai o campo do poder discricionário, deixa-se de lado a idéia da impossibilidade do controle do mérito administrativo, pois não mais caberia ao administrador avaliar a conveniência e oportunidade dos direitos constitucionalizados, devendo efetivá-los de imediato. É um incontestável “avanço” da justiça constitucional sob a política majoritária, levando a uma crescente judicialização das políticas públicas.

Neste cenário, o juiz passa a ocupar posição de destaque, na medida em que passa a analisar uma série de demandas relacionadas à implementação dos direitos sociais, analisando os critérios das escolhas do administrador e determinando condutas positivas ao Estado. Passa a

---

<sup>121</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 45.

<sup>122</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica às luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 300.

ser visto, pois, como o garantidor dos direitos inseridos no texto constitucional.

Esta teoria, entretanto, tem implicações democráticas perigosas, pois o juiz passa a sobrepor suas decisões sobre a daqueles que foram democraticamente eleitos, em uma atuação de questionável usurpação. Além disto, peca pela simplicidade. É que, não obstante a Constituição haver positivado vasta gama de direitos sociais, a discricionariedade do Administrador ainda existe, na medida em que a Constituição não aponta, na maioria dos casos, que políticas públicas devem ser implementadas em cada caso<sup>123</sup>. Assim, o modo como serão tais direitos concretizados exige a avaliação de uma série de fatores que não foram especificamente determinados na Carta Magna (orçamento, modo de destinação do dinheiro público, prioridades), que deverão ser feitas pela política majoritária.

Como disserta com maestria o doutrinador Daniel Sarmento, embora em algumas áreas a atuação judicial seja justificável, em outras é preferível uma postura de auto-contenção:

“... seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de *expertise* do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos fora do Direito...”<sup>124</sup>.

Façamos um breve retrospecto do surgimento dos direitos sociais, bem como da teoria neoconstitucionalista, para que se possa entender as bases e os pilares em que se funda o processo de judicialização.

## 1.2 Contextualização

As políticas públicas encontram espaço na idéia do Estado enquanto provedor de uma série de bens e serviços, mas este modelo estatal nem sempre existiu. Até o início do século XX o consenso

---

<sup>123</sup> BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. cap. 5. p. 107.

<sup>124</sup> SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (org.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 137-138.

repousava sobre o Estado mínimo liberal, onde nada era planejado e eram as forças de mercado que comandavam o processo econômico<sup>125</sup>. A idéia do Estado Social surgiu com o colapso deste modelo liberal, desencadeado pela crise econômica mundial dos anos 30.

Esta crise trouxe à tona a evidência de que as forças de mercado não eram suficientes para sustentar as economias das nações democráticas, na medida em que a urbanização e a industrialização, atrelada à não intervenção Estatal, gerou um quadro de péssimas condições de vida nas cidades, principalmente da classe operária. Neste contexto floresceu a consciência cívica da população, cujo fruto maior foi a teoria socialista, que buscava uma sociedade justa e igualitária, sem classes sociais.

Assim, o Estado Social surge como uma resposta tanto à crise econômica, quanto à teoria socialista, apresentando-se como uma terceira opção, cuja utopia, segundo Mario Lúcio Quintão Soares era “compatibilizar, dentro do mesmo sistema, o capitalismo, como forma de produção, e as idéias socialistas, com o fetiche da consecução do bem-estar social geral”<sup>126</sup>.

Estes movimentos cívicos e as teorias socialistas tiveram também influência no âmbito jurídico, o que levou à constitucionalização da cláusula social<sup>127</sup>, cujo marco histórico foram as Constituições de Weimar (1919), na Alemanha, e a mexicana (1917).

A partir deste contexto o que se evidencia é um Estado provedor de bens e serviços essenciais à vida, com objetivo de promover justiça social. Não obstante, apesar dos ganhos efetivos deste modelo de Estado, com inequívocas melhorias na qualidade de vida da população como um todo e redução das desigualdades sociais, este modelo não é isento de problemas. Ao contrário, a partir da década de 70 muitos Estados entram em crises fiscais, que comprometem o financiamento do Estado e exigem uma redefinição na forma de administrar as políticas sociais<sup>128</sup>, tendo como consequência privatizações e terceirizações.

---

<sup>125</sup> FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. *op. cit.* p. 4.

<sup>126</sup> SOARES, Mario Lúcio Quintão. Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização. São Paulo: Atlas, 2011. p. 206.

<sup>127</sup> Ver em SOARES, Mário Lúcio Quintão. *op. cit.* p. 204-205.

<sup>128</sup> Ver em FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. *op. cit.* p. 4-9.

O que importa destacar, entretanto, é que surge neste contexto vários problemas existentes até hoje, concernentes às condições de manutenção das políticas sociais, o modo de sua efetivação e a qualidade dos serviços prestados, problemas que devem ser solucionados da melhor forma possível pelo Estado, em constante comunicação com a sociedade. Além disso, merece destaque o papel da consciência cidadã no surgimento e efetivação dos direitos sociais, isto porque na doutrina constitucional contemporânea há uma valorização da constituição como garantidora de direitos, sem a consequente evidenciação da importância dos movimentos sociais subjacentes à incorporação destes direitos ao ordenamento jurídico.

Após a promulgação da Carta Constitucional de 88, ressaltou-se, criou-se uma idéia de que a batalha já fora ganha, gerando uma paralisia popular em torno dos problemas ainda existentes. Substituíram-se as lutas por um processo judicial.

A problemática da judicialização destas políticas públicas surge justamente neste contexto do neoconstitucionalismo.

### **1.3 Constituição e Pós-Guerra: neoconstitucionalismo ou americanização do Direito**

A Constituição, diga-se de passagem, nem sempre foi dotada da popularidade que hoje lhe é inerente. Se hoje se reconhece a força normativa da constituição, no sentido de ser instrumento detentor de aplicabilidade imediata e direcionado a todos os poderes do Estado, devendo todas as demais normas passar pelo seu crivo de compatibilidade, antes a constituição era vista tão somente como documento político, cuja imperatividade era direcionada ao legislador e ao administrador, não comportando aplicação direta por parte do Poder Judiciário<sup>129</sup>.

A doutrina constitucional contemporânea começou a ser moldada no período que se seguiu à Segunda Grande Guerra, momento em que as grandes nações ainda estavam digerindo as tragédias ocorridas durante as ditaduras na Europa, não obstante algumas ainda estivessem

---

<sup>129</sup> BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. [online] Disponível na internet via [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial\\_11032010.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf). Arquivo capturado em 26 de outubro de 2010. p. 4-5.

em curso. Justamente por ter sido o foco de uma das doutrinas mais devastadoras já presenciadas pela humanidade, o nazismo, o solo Alemão abrigou o berço da mudança da cultura jurídica, que deixou de lado seu caráter essencialmente legicêntrico, para adotar teorias de valorização da Constituição, documento este que passa a ser repleto de normas impregnadas de conteúdo axiológico<sup>130</sup>.

O exemplo da Alemanha nazista, assim como o das demais nações com histórico de experiências autoritárias, deixou no mundo a impressão de que também as maiorias políticas podiam perpetrar ou tornarem-se cúmplices da barbárie<sup>131</sup>. Cresceu no âmago da população uma inevitável desconfiança dos órgãos majoritários, em sentido diametralmente oposto àquele percorrido na Revolução Francesa. Se lá o descrédito era voltado à idéia do governo de uma pessoa, ilimitado, aqui se volta para aquilo que na Revolução Burguesa se erigiu como solução: um legislativo forte, representante da vontade popular.

A solução desenhada pela comunidade jurídica foi a instituição de mecanismos de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador, o que levou ao fortalecimento da jurisdição constitucional<sup>132</sup>, nos moldes da realidade Americana. Daí porque se falar em “Americanização do Direito Constitucional”<sup>133</sup>.

É possível dizer que o Neoconstitucionalismo, nos moldes adotados pelo Brasil, é a Americanização do Direito, uma vez que este movimento surgido no pós-guerra europeu já havia sido traçado em territórios americanos há mais de um século, na emblemática decisão do caso *Marbury v. Madison*, em 1808. Eis as características do sistema jurídico americano que o Neoconstitucionalismo absorve: supremacia da Constituição, controle de constitucionalidade, supremacia judicial e ativa proteção dos direitos fundamentais<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> SARMENTO, Daniel. *op. cit.*. p. 117.

<sup>131</sup> SARMENTO, Daniel. *op. cit.* p. 117.

<sup>132</sup> SARMENTO, Daniel. *op. cit.* p. 117.

<sup>133</sup> ver BARROSO, Luis Roberto. *A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo*. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

<sup>134</sup> BARROSO, Luis Roberto. *op. cit.* p. 309.

Os holofotes se voltam, pois, ao Poder Judiciário, na medida em que a autoridade interpretativa da Constituição passa a ser dos juízes, nos moldes do exemplo americano, onde é a Suprema Corte quem diz o significado da Constituição<sup>135</sup>. Este personagem alçado à figura de protagonista é a peça chave deste breve estudo, na medida em que subjacente a esta valorização, é delineado um panorama de desconsideração das instâncias democráticas, principalmente no que tange à interpretação da Constituição. Tomando emprestadas as palavras do professor Daniel Sarmiento, “o juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais”<sup>136</sup>.

Esvai-se a importância dos órgãos democráticos, com consequência direta nas teorias e ideologias dominantes, ao mesmo tempo em que cresce o valor dos órgãos monocráticos, apoiado em uma teoria idealista e utópica do juiz como concretizador da justiça, igualdade e liberdade.

A partir do momento em que se adota o ideal neoconstitucionalista, mudando-se o modo como a Constituição é vista e, em muitos casos, com a promulgação de novos documentos constitucionais, os quais passam a conter normas de alto teor axiológico e passam a tratar de assuntos dantes não abarcados, como economia, relação de trabalho e família, além dos direitos sociais de natureza prestacional, o Poder Judiciário é alçado ao papel de aplicador fundamental. Isto porque na medida em que as normas constitucionais passam a constituir deveres ao legislador e ao administrador, e não mais simples programas, o seu não cumprimento enseja a provocação do Poder Judiciário, que passa a determinar o seu cumprimento forçado.

Constitui-se, assim, o fenômeno da judicialização, na medida em que o Poder Judiciário passa a decidir sobre questões de natureza política, moral e social, as quais, por sua natureza eminentemente política, eram confiadas unicamente aos poderes democráticos, Legislativo e Executivo. Trata-se, como dito anteriormente, de um inegável “avanço” da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária.

---

<sup>135</sup> KRAMER, Larry D. Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o “Interesse do Homem”. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (org.). Limites do Controle de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. cap. 5. p. 85.

<sup>136</sup> SARMENTO, Daniel. *op. cit.* p. 122.

O neoconstitucionalismo, pois, irá conferir uma nova tonalidade aos direitos sociais, os quais, entretanto, já vinham sendo implementados desde o início do século XX. Desta feita, embora hoje se aponte como fundamento dos direitos sociais a Constituição, a existência destes direitos não está condicionada à existência de uma Carta Magna, ou mesmo a sua inserção no rol de suas garantias. Em momentos pretéritos, o fundamento das políticas públicas era exclusivamente político, proveniente de escolhas do legislativo ou executivo. Sua constitucionalização tornou a questão problemática, pois uma vez possuindo aplicabilidade imediata, qualquer pessoa que se sinta não abrangida por tal direito pode recorrer judicialmente.

O que teoricamente pode parecer bonito, na verdade se trata de algo muito mais complicado. Isto porque a questão da efetivação dos direitos sociais implica fatores como orçamento, prioridades, estudos específicos, assuntos que o Poder Judiciário não detém aptidão técnica.

Justamente por representar uma interferência do Poder Judiciário na esfera da política majoritária, tal fenômeno deve ser visto com bastante cautela. Se no país berço desta nova cultura constitucional existem sérias discussões acerca da legitimidade desta interferência, que dirá no Brasil, onde se costuma importar institutos jurídicos alienígenas, somando algo do “jeitinho brasileiro”.

#### **1.4 O Panorama Brasileiro**

No tocante às políticas públicas, o marco inicial de concessão de direitos sociais no Brasil foi o primeiro período da Era Vargas (1930-1945), marcado pela criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, surgimento de uma legislação previdenciária e pela promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943. Apesar de não ter sido em ambiente democrático, houve avanços na área da educação, da saúde e dos direitos sociais como um todo<sup>137</sup>.

Já o movimento neoconstitucionalista e, como conseqüência, o processo de judicialização da política, teve início com a promulgação da CF/88. Claro que já existiam vozes que despertavam a discussão acerca da

---

<sup>137</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

força normativa da Constituição, a exemplo do constitucionalista José Afonso da Silva, mas nada que efetivamente influísse na realidade jurídica. Dentre suas grandes inovações pode ser citada a expressa menção à aplicação imediata dos direitos fundamentais, políticos, sociais e difusos, constante no § 1º do artigo 5º, bem como a ampliação e solidificação dos mecanismos de controle de constitucionalidade, na medida em que ampliou o rol de legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade e instituiu o controle de inconstitucionalidade por omissão<sup>138</sup>.

Mas sem sombra de dúvidas, o que mais contribuiu para moldar o direito constitucional ao exemplo americano, com a conseqüente valorização do Poder Judiciário, foi o fato de a CF/88 ter regulado um número extenso de assuntos, muitos dos quais de dignidade constitucional duvidosa, retirando a exclusiva competência dos órgãos democráticos para lidarem com tais questões.

Interessante que no Brasil há uma ampla receptividade da doutrina neoconstitucionalista por parte da comunidade jurídica, com uma conseqüente defesa da supervalorização do Poder Judiciário<sup>139</sup>. Se antes da Constituição de 88 adotava-se uma postura estritamente legalista, com uma valorização das leis e decretos, em detrimento da própria constituição, e com uma tímida atuação judiciária, a realidade hoje mudou da água para o vinho, nas palavras de Daniel Sarmento<sup>140</sup>.

Hoje o discurso da comunidade jurídica brasileira é praticamente unânime na defesa do ativismo judicial, da judicialização da vida e da política. Enquanto se propaga um discurso de desvalorização dos órgãos democráticos, defende-se a idéia do “juiz-hércules”, expressão alcinhada por Ronald Dworkin, como o verdadeiro salvador da pátria, aquele que irá agir em prol da concretização dos direitos fundamentais e sociais, contra os abusos das maiorias. O discurso contra as instâncias majoritárias agrega seguidores, na medida em que se apoia nos constantes escândalos de corrupção em que seus membros se vêem envolvidos, mas certamente é um discurso ilusório e vazio, com pouca reflexão crítica.

---

<sup>138</sup> SARMENTO, Daniel. *op. cit.* p. 124.

<sup>139</sup> Até mesmo doutrinadores clássicos, antes considerados como positivistas, fazem hoje um discurso em favor do ativismo judicial, com um entusiasmo quase lúdico. Exemplo é o professor Celso Antônio Bandeira de Melo.

<sup>140</sup> SARMENTO, Daniel. *op. cit.* p. 139.

Sim, há uma crise das instâncias políticas, mas entregar a solução aos juízes significa adormecer a consciência cívica do povo brasileiro, que historicamente já possui fraca consciência cidadã, como explicita com excelência José Murilo de Carvalho, em sua obra sobre a cidadania no Brasil<sup>141</sup>. Na cultura individualista que hoje se vivencia, isto significa acomodação, uma vez que se recebem alguns benefícios em decisões isoladas e o *status quo* se perpetua.

Não é novidade, entretanto, que no Brasil as coisas costumam ser recepcionadas às avessas. Se assim não o for, adiciona-se ao menos um tempero brasileiro. Pega um pouco daqui, um pouco dali e se cria uma teoria mista, eclética, temperada, e por aí vai. Vejamos o próprio controle de constitucionalidade aqui adotado, cuja peculiaridade é justamente por ser um sistema “misto”, que combina o modelo americano de controle difuso (concreto) com o modelo europeu de controle concentrado (abstrato). Na cabeça de muitos essa fórmula é de uma inovação fantástica. Não cabe aqui discorrer sobre tal temática, mas há de se ressaltar que a adoção de um instituto próprio de países da *common law* em um país de tradição romano-germânica não pode ser visto de modo tão simplório.

A teoria neoconstitucionalista segue o mesmo rumo. Talvez porque não exista no Brasil uma cultura sedimentada com relação ao estudo de disciplinas interdisciplinares, principalmente no ensino das graduações, o que impede uma profunda análise crítica e ligada à realidade. O que ocorre é uma disseminação de idéias, cuja recepção não é acompanhada de questionamentos, nem de aprofundamento teórico. O risco desta recepção acrítica é imenso, ainda mais quando se trata de uma teoria de forte conotação valorativa, com cheiro de conto de fadas.

Disseminam-se, então, idéias equivocadas de outros institutos jurídicos. Daniel Sarmento cita como exemplo a questão do positivismo, que hoje é praticamente um “palavrão” no mundo jurídico. Ele afirma que são feitas duas afirmações equivocadas a seu respeito, erro que ele próprio já cometeu em preleções passadas: “a de que o positivismo recusa a aplicação dos princípios jurídicos, e a de que ele teria sido a Filosofia do Direito cultivada na Alemanha nazista”<sup>142</sup>. Explica então que

---

<sup>141</sup> CARVALHO, José Murilo de. *op. cit.*

<sup>142</sup> SARMENTO, Daniel. *op. cit.* p. 139.

exatamente ao contrário do que a grande maioria pensa, o positivismo não foi a teoria jurídica dominante no nazismo, mas sim uma espécie de jusnaturalismo de inspiração hegeliana, que era contra o formalismo e era adepto de conceitos vagos. Ora, os conceitos vagos, por seu caráter indefinido, dão margem à criatividade interpretativa e, conseqüentemente, à arbitrariedade. E não são eles que hoje possuem lugar de destaque na teoria neoconstitucionalista no Brasil?

Observa-se no discurso jurídico um verdadeiro hiato entre dogmática e realidade, na medida em que se fantasia um progresso com a simples adoção do ativismo judicial. O que se evidencia, entretanto, é uma verdadeira ilusão, que acalenta a maioria das pessoas.

## **2. DEMOCRACIA E JUDICIALIZAÇÃO: pontos controversos**

### **2.1 O que Representa a Democracia**

No centro de qualquer teorização acerca da democracia encontra-se a idéia de povo, no sentido de que em um Estado que adote tal forma de governo, é ele o detentor do poder político. Esta é a idéia básica que compõe o conceito de democracia, com base na qual já discutiam os gregos em seus estudos acerca da melhor forma de governo.

Não obstante o conceito como um todo permaneça o mesmo, os elementos que o compõe sofreram diversas mutações no decorrer da História. A própria idéia de povo não continha o germe da igualdade, de modo que nem todos os componentes da sociedade eram inseridos na conceituação, mas tão somente uma parcela da sociedade. Se tomarmos o exemplo da democracia praticada na Grécia, observamos que o conceito de povo como detentor da soberania era restrito àqueles considerados cidadãos: homens livres, maiores de idade. Ou seja, conquanto entendessem os gregos que era o povo, por sua maioria, quem deveria governar, esta noção de povo não abarcava a sociedade como um todo, mas tão somente aquela pequena parcela da população que era considerada apta para tanto.

No que diz respeito à forma de exercício do poder político, a representação é vista hoje não apenas como a forma ideal, mas como a única viável. Para os antigos, ao contrário, a democracia ideal era entendida como aquela exercida diretamente pelos cidadãos e o instituto

da representação traduzia-se numa deturpação daquela<sup>143</sup>.

É evidente, pois, que o ponto central da nossa democracia atual é o processo eleitoral, cujo ato de maior relevância é o voto, por meio do qual são escolhidos os responsáveis pelas decisões.

Ressaltem-se autores que, ao conceituar democracia, fazem-no por meio de palavras outras, com o objetivo de ressaltar alguma outra característica que reputam essencial a um Estado Democrático. É o exemplo do escritor italiano Norberto Bobbio, que a apresenta como o “poder em público”, explicitando a necessária transparência no exercício do poder, em contraposição à estratégia do poder autocrático do “não-dizer”, ou do dizer em falso (mentiras)<sup>144</sup>.

Hoje se agrega ao conceito de democracia, como fundamento, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, reconhecendo-se um núcleo básico de direitos que devem ser protegidos para que se possa falar em um “governo pelo povo”. É seguindo esta tendência que a maioria das Constituições contemporâneas os inclui em seu texto, o que, na linha do pensamento neoconstitucionalista, representa uma limitação às instâncias majoritárias.

## **2.2 Democracia & Constituição**

Mencionou-se em tópico pretérito que após a Segunda Grande Guerra presenciou-se um movimento de descrédito dos órgãos majoritários, em razão das ditaduras perpetradas na Europa, o que levou à criação de mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, mesmo em face do legislador.

Estes mecanismos foram materializados em uma Constituição rígida, com força normativa. Rígida, pois a sua modificação exige um procedimento diferenciado daquele utilizado para as demais leis. No caso da Constituição Brasileira, há ainda um núcleo sólido, que não pode ser modificado. São as chamadas cláusulas pétreas. Com força normativa, pois seu conteúdo é de aplicabilidade imediata, não constituindo apenas um programa para o legislativo ou para o executivo.

---

<sup>143</sup> Sobre o tema cf. ROUSSEAU, Jean Jacques. Do contrato social. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 104.

<sup>144</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000. p. 386-389.

A idéia de limite está no fato de que o legislador, mesmo tendo como base a legitimidade democrática, não pode ultrapassar determinados marcos estabelecidos pelo constituinte originário. Daí surge a idéia da “dificuldade contramajoritária”, termo alcinchado por Alexander Bickel, para designar o conflito entre os compromissos assumidos pelas gerações passadas e a vontade das gerações presentes. Bruce Ackerman tenta solucionar tal impasse afirmando que o povo escolhe, em tal caso, manter uma porção de sua soberania que fica sob reserva<sup>145</sup>.

Pois bem. De fato, a Constituição possui nuances antidemocráticas, pois retira da competência dos órgãos majoritários a competência que lhes era exclusiva para decidir sobre todos os rumos da sociedade. Se por um lado isto representa uma garantia, no sentido de resguardar determinados valores considerados supremos para uma sociedade, por outro lado pode levar a situações de ingovernabilidade. Isto porque, como fruto da eficácia normativa, os indivíduos passam a levar ao Judiciário diversas demandas relacionadas à prestação dos direitos sociais, o qual passa a determinar prestações positivas ao Estado, agindo como administrador. Isto gera reflexos em todo o planejamento feito pelo Executivo e Legislativo no que diz respeito às leis orçamentárias, comprometendo o programa de governo.

Outro ponto em que se visualiza a “dificuldade contramajoritária” é na supremacia interpretativa conferida aos Tribunais. É dizer, possui o Judiciário a última palavra no que diz respeito à interpretação dos preceitos constitucionais. Surge então a pergunta: seria legítimo, em uma democracia, conferir ao poder judiciário a guarda interpretativa da Lei Maior? Por que seriam os juízes mais habilitados para tal competência, em detrimento do nosso órgão democrático por excelência, o legislativo?

Durante décadas isto vem sendo discutido por inúmeros pensadores, alguns se posicionando a favor de uma maior contenção judicial<sup>146</sup>, outros defendendo um maior ativismo<sup>147</sup>. Vejamos algumas das críticas mais recorrentes.

---

<sup>145</sup> BINENBOJM, Gustavo. Duzentos anos de Jurisdição Constitucional: As lições de *Marbury v. Madison*. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 238.

<sup>146</sup> Dentre eles, John Hart Ely, Bruce Ackerman e Habermas.

<sup>147</sup> Por todos: Ronald Dworkin.

### 2.3 Supervalorização do Poder Judiciário: um retorno à teoria platônica dos filósofos-reis?

Platão não confiava na democracia. Ao revés, formulou sua teoria acerca da melhor forma de governo em cima da idéia de que o poder de governar deveria ser dado a um grupo de sábios. Em um dos diálogos supostamente travados entre Sócrates e Glauco, transcrito por Platão, ele defende que a cidade ideal só seria alcançada quando os filósofos dominassem o poder. Em suas próprias palavras:

Sócrates - Enquanto os filósofos não forem reis nas cidades, ou aqueles que hoje denominamos reis e soberanos não forem verdadeira e seriamente filósofos, enquanto o poder político e a filosofia não convergirem num mesmo indivíduo, enquanto os muitos caracteres que atualmente perseguem um ou outro destes objetivos de modo exclusivo não forem impedidos de agir assim, não terão fim, meu caro Glauco, os males das cidades, nem, conforme julgo, os do gênero humano, e jamais a cidade que nós descrevemos será edificada. Eis o que eu hesitava há muito em dizer, prevendo quanto estas palavras chocariam o senso comum. De fato, é difícil conceber que não haja felicidade possível de outra maneira, para o Estado e para os cidadãos<sup>148</sup>.

Tratava-se de um modelo de sociedade extremamente rígido, baseado na educação e na hierarquia<sup>149</sup>.

Bem, a judicialização da vida e da política baseia-se no fato de que os juízes seriam mais hábeis para solucionar determinadas questões de valor fundamental. Acima de tudo, está centrada na idéia de que os juízes são os mais competentes para interpretar a Constituição, dando a palavra final acerca dos seus dispositivos. E aí é que entra o questionamento feito no tópico anterior: por que seriam os juízes mais habilitados para interpretar a Constituição, em detrimento do nosso órgão democrático por excelência, o legislativo? Seria por que o povo seria suscetível à superstição, ao preconceito e a visões simplistas sobre assuntos de interesse público?

---

<sup>148</sup> PLATÃO. A República. Tradução Enrico Corvesieri. São Paulo: Nova Cultural Ltda. 1997. p. 180-81.

<sup>149</sup> BINENBOJM, Gustavo. *op. cit.* p. 230.

Esta era a idéia de Platão. Uma idéia aristocrática e, obviamente, de claro caráter antidemocrático. E eis que há um ponto de convergência entre a teoria platônica dos filósofos-reis e a prática da jurisdição constitucional.

Gustavo Binzenbojm, ao fazer uma análise dos duzentos anos de jurisdição constitucional nos Estados Unidos, traz um breve retrospecto das idéias acerca da jurisdição constitucional e sua dificuldade contramajoritária, na visão de alguns dos principais doutrinadores norte-americanos. Segundo ele, uma das primeiras vozes a suscitar esta questão foi o juiz norte-americano Learned Hand, o qual tinha para si a seguinte premissa:

... como as mais importantes cláusulas constitucionais estabelecem princípios morais extremamente abstratos, a interpretação constitucional lida, necessariamente, com questões de filosofia moral. Mas por que as convicções ou preferências morais dos juizes deveriam prevalecer sobre aquelas de legisladores ou governantes eleitos diretamente pelo povo?<sup>150</sup>

Isto porque, obviamente, em razão do alto grau de indeterminação das normas constitucionais, e do alto grau valorativo que carregam, a sua interpretação implica trazer à causa as doutrinas morais ou ideologias políticas dos intérpretes<sup>151</sup>. Para Hand “qualquer tentativa dos tribunais de substituir as convicções morais dos legisladores pelas suas próprias seria essencialmente uma conduta paternalista e antidemocrática”.

Outro importante doutrinador norte-americano que ousou questionar a legitimidade democrática da supremacia interpretativa dos tribunais foi John Hart Ely. Ele propõe o seguinte questionamento: “... como se pode ter certeza de que os valores e aspirações acolhidos pelos magistrados coincidem verdadeiramente com os da sociedade, e não os seus próprios?”.

Ainda assim, Ely não defendia o fim da jurisdição constitucional, mas defendia um papel procedimental da Corte Constitucional, que não

---

<sup>150</sup> BINENBOJM, Gustavo. *op. cit.* p. 230.

<sup>151</sup> GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, OLIVEIRA, Elton Somensi (org). *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. Baueri (SP): Manole, 2010. cap. 3, p. 59.

deveria interferir nas escolhas substantivas (morais) dos legisladores. Seu papel seria o de garantir a lisura e a imparcialidade dos processos democráticos de deliberação<sup>152</sup>. Esta foi uma das teorias que inspirou, alguns anos mais tarde, o doutrinador alemão Jurgen Habermas no desenvolvimento da sua teoria procedimentalista.

Ambos os doutrinadores, Hand e Ely, tinham uma preocupação principal: a proteção à democracia. Ressalte-se que, além da supremacia interpretativa judicial impor um entendimento de valores que pode não representar verdadeiramente os da sociedade, existe um agravante. É que as decisões do tribunal constitucional não podem ser modificadas pelo povo, salvo por meio de uma emenda à Constituição. Ao contrário, se os legisladores fizerem escolhas valorativas com as quais o povo não acorde, podem ser substituídos por outros que defendam diferentes opções axiológicas. Assim, quando se fala em instâncias democráticas, tanto seus componentes, quanto suas decisões são passíveis de modificação/revogação. O mesmo não se pode dizer do Poder Judiciário, que não possui legitimidade democrática, ou seja, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo<sup>153</sup>.

## **2.4 Hércules: o protótipo de uma visão romântica e idealizada do juiz**

Hércules vem da mitologia grega. Um semideus, filho de Zeus e da mortal Alcmena, o qual, devido à sua característica de berço, é dotado de virtudes sobre-humanas.

Esta é a figura que Ronald Dworkin tomou emprestada da antiguidade para servir como base para a sua tese principiológica do ordenamento jurídico. A partir da idéia de um semideus, ele cria a figura de um juiz ideal, possuidor de uma habilidade, sabedoria, paciência e perspicácia sobre-humanas. Em suas próprias palavras:

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma forma que um árbitro filosófico construiria as regras de um jogo. Para esse

---

<sup>152</sup> BINENBOJM, Gustavo. *op. cit.* p. 233.

<sup>153</sup> SARMENTO, Daniel. *op. cit.* p. 133.

fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules.<sup>154</sup>

Importante notar que Hércules se insere em um modelo jurídico fundado em princípios concretos e abstratos, conforme defendido por Dworkin, no qual muitas vezes o juiz deverá sopesar os princípios em conflito. Neste caso, reconhece Dworkin que os juízes se engajam em julgamentos de filosofia moral, o que para ele não é problema algum, sendo então o seu papel “o de tornar o direito (e a Constituição) ‘o melhor que eles puderem ser’”<sup>155</sup>.

Para este autor norte-americano não há qualquer choque com a democracia, pois em que pese os juízes realizarem julgamentos valorativos, existe uma comunidade de princípios, baseada em um consenso sobreposto, na medida em que determinados valores são endossados pela sociedade como um todo, apesar de todas as diferenças. E, é claro, tomando em consideração que é Hércules quem irá fazer esta ponderação, ele irá levar em conta este consenso que repousa sob a sociedade.

Pois bem. Mas de onde recrutar seres tais quais Hércules? Talvez os deuses e semideuses da antiguidade já tenham extirpado da Terra todos os seres malignos, pois há muito não recebemos qualquer visita do Olimpo.

O problema da teoria de Dworkin é um problema de base. Ele funda toda a sua teoria em uma figura que não existe no nosso mundo de mortais. Dar amplos poderes interpretativos a um juiz perfeito, inteiramente neutro e imparcial, não suscetível a influências externas ou mesmo internas, que buscasse apreender os valores supremos da sociedade como um todo, talvez representasse um ganho em termos humanitários. Mas ainda assim é de se questionar se não deveríamos ceder o lugar dos nossos governantes democraticamente eleitos para estes homens perfeitos.

E tem mais. Voltemos por um minuto ao trecho acima compilado. Dworkin propõe que examinemos de que modo um **juiz-filósofo** iria desenvolver seu pensamento diante do caso concreto. Mais uma vez salta

---

<sup>154</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 165.

<sup>155</sup> DWORKIN, Ronald *in* BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.* p. 235-236.

à evidência a semelhança vital com a teoria platônica dos filósofos-reis. Estaria Platão correto? A experiência histórica da humanidade já deixou claro que não.

A teoria de Dworkin não é um caso a parte. Na verdade, se analisarmos as teorias em prol da superioridade interpretativa judicial, bem como do ativismo judicial, é possível constatar que todas se fundam na integridade moral do julgador. A hipótese de que, em algum momento, aquele que julga possa estar interessado no deslinde da causa, parece não passar nem perto da cabeça de tais doutrinadores. Trabalha-se com o hipotético, não com o real.

Todo este pensamento, pois, peca pela ingenuidade. Felizmente ou infelizmente, quem atua no Poder Judiciário são seres humanos tão mortais quanto quaisquer outros. Em geral, dotados de um saber jurídico notório, mas suscetíveis às demais mazelas do espírito humano como qualquer outra pessoa.

Assim, o juiz que analisará e aplicará as normas constitucionais não será o filósofo de Dworkin, muito menos o de Platão. Será o juiz com todas as suas virtudes e defeitos, com suas ideologias políticas, religiosas e morais. No caso brasileiro, será o juiz com sobrecarga de processos e, na maioria dos casos, com uma pobre herança acadêmica, extremamente ligada ao ensino formal, em detrimento da interdisciplinaridade.

Conquanto nos casos mais simples isso possa não fazer muita diferença, principalmente no que concerne à interpretação constitucional e, mais especificamente, aos chamados casos difíceis (*hard cases*), as consequências poderão resultar em uma afronta democrática, como já observavam Learned Hand e John Hart Ely. Isto porque ao permitir uma interpretação valorativa, está a se permitir que o judiciário substitua as escolhas valorativas realizadas pelo legislador, não havendo garantia que seja “para melhor”, uma vez que a conclusão que se chegará a partir do processo interpretativo, nestes casos, pode variar tanto quanto sejam díspares as visões de mundo dos intérpretes.

O perigo não para aí. A princípio, se trata de um perigo formal. Mas o problema são os interesses que subjazem este papel de destaque do Poder Judiciário. Na mesma proporção que possam existir bons juízes, próximos daquela figura idealizada por Dworkin, podem existir

aqueles que agem em nome de interesses diversos, que podem não representar o interesse da coletividade.

## **2.5 A Judicialização como Mantenedora de um Frágil Equilíbrio Sistêmico Através de um Resfriamento da Mobilização Cívica do Cidadão**

Ressaltava o jurista brasileiro Francisco Luiz da Silva Campos<sup>156</sup>, já na primeira metade do século passado, que o controle judicial de constitucionalidade, que teve origem no direito norte-americano, era fruto da articulação dos conservadores legistas que tinham a intenção de barrar ou moderar as reivindicações populares, transferindo o poder interpretativo da Constituição a um órgão que não se origina no povo.

A despeito do seu controverso papel na história, suas palavras não são destituídas de sentido. Ao contrário, existem diversos indicativos de que a judicialização da vida e da política representam peça fundamental no resfriamento dos movimentos cívicos, com a esperada conseqüência de manter a estabilidade das estruturas existentes (econômicas e sociais).

A supremacia interpretativa do judiciário, como sustentada pela maioria das doutrinas neoconstitucionalistas, é bom que se diga, não é uma supremacia aparente, como quer fazer crer uma ingênua doutrina, a qual atribui ao método jurídico um caráter puramente lógico e objetivo. Ao contrário, trata-se de uma supremacia política, eis que a função de interpretar, ainda mais quando se trata da Constituição, é a mais alta, e talvez a mais eminente das funções políticas, na medida em que ao se interpretar, cria-se.

O canadense Ran Hirschl é um dos grandes doutrinadores dedicados ao estudo do impacto da judicialização na esfera democrática. Tendo feito um estudo de caso do Canadá, Israel, África do Sul e Nova Zelândia, ele chegou à conclusão de que o processo de judicialização da política que vem ocorrendo nos últimos anos em diversos países do mundo possui como pano de fundo uma tentativa das elites econômicas e culturais que haviam perdido espaço na política majoritária, de se manterem no poder, mediante o reforço do arranjo institucional do

---

<sup>156</sup> CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. Diretrizes Constitucionais do novo Estado Brasileiro. RF 73 n. 415/417, p. 229, jan./mar. 1938.

Estado e do peso do Judiciário, onde ainda possuem hegemonia.

Há ainda vozes que esboçam um curioso paralelo entre o protagonismo que hoje possui o Poder Judiciário e a democratização dos pleitos eleitorais. A idéia é a de que na medida em que houve a democratização via eleição, com o preenchimento dos cargos segundo a vontade da maioria, as elites minoritárias, fragilizadas pela perda do poder, teriam eleito o Poder Judiciário como instrumento adequado e rápido para a conquista e manutenção da hegemonia política perdida ou ameaçada pelas vozes das urnas.

A realidade assume a forma de uma bola de neve. A judicialização não representa apenas a transferência da competência do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, mas também a mitigação do papel da reivindicação popular ante aos problemas fáticos, em virtude da postura judicial de “guardião” das promessas. Através de uma postura paternalista, e até mesmo populista (no caso das políticas públicas), o Judiciário passa a assumir a responsabilidade pela garantia dos direitos em geral, ao mesmo tempo em que envia subliminarmente uma mensagem ao povo de que tudo já foi garantido, não há mais pelo que lutar.<sup>157</sup> Daniel Sarmento observa como um desvio esta obsessão com a interpretação constitucional, cuja consequência, dentre tantas, é o favorecimento de um governo à moda platônica, de sábios de toga, que são convidados a assumir uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada<sup>158</sup>.

Quando se trata do Brasil há ainda um agravante. É que o povo brasileiro, em virtude de suas peculiaridades históricas, nunca desenvolveu uma forte consciência cívica. Tirando algumas revoluções do período colonial, o brasileiro é caracterizado por uma acomodação muito grande diante dos fatos históricos<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> Daniel Sarmento salienta que: “... uma ênfase excessiva no espaço judicial pode levar ao esquecimento de outras arenas importantes para a concretização da Constituição e realização de direitos, gerando um resfriamento da mobilização cívica do cidadão.. A ênfase judicialista pode afastar do cenário de disputa por direitos as pessoas e movimentos que não pertençam nem tenham proximidade com as corporações jurídicas”.

<sup>158</sup> SARMENTO, Daniel. *op. cit.* p. 136.

<sup>159</sup> Sobre o assunto cf. CARVALHO, José Murilo de. *op. cit.*

O que se observa é que através da judicialização, principalmente das políticas públicas, há um processo de silenciamento da população, na medida em que o Judiciário confere decisões de caráter político-populista, que satisfazem a necessidade individual do cidadão, e leva ao esquecimento das mazelas em âmbito geral. Fazendo um link com a seara das políticas públicas, um exemplo claro é o caso dos medicamentos. Uma enxurrada de ações judiciais para fornecimento de medicamentos que não constam na lista oficial é recebida todos os dias, e outras tantas decisões condenando o Estado ao fornecimento destes medicamentos são prolatadas. Um efeito análogo aos das bolsas assistenciais. Recebe-se o benefício e acomoda-se.

Ao mesmo tempo cria-se um cenário de um aparente progresso em torno do Judiciário. O Judiciário bom, justo. O Judiciário que efetiva o direito à saúde, o Judiciário que permite o casamento homoafetivo. Mas se observarmos a fundo, as decisões judiciais são muito bem equacionadas, de modo a atingir as pessoas certas e a deixar de fora do seu alcance outras tantas. Primeiro, em uma breve análise chega-se logo à constatação de que o grande número de condenações volta-se contra o Estado. Certo, a Constituição garante tais direitos. Mas esta mesma Constituição garante, por exemplo, uma relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar<sup>160</sup>. A lei complementar nunca foi promulgada, mas não é a teoria neoconstitucionalista que defende serem os direitos previstos na Constituição imediatamente exigíveis? Não é a teoria constitucionalista que defende que tais direitos valem inclusive contra o particular?

Por que o Judiciário não aplica as mesmas teses aplicadas ao direito à saúde? Evidentemente, porque neste caso ela não lida com o espaço exclusivamente público, mas principalmente com os interesses dos particulares. E aí, sim, “o bicho pega”. A verdade é que se vestem falsas vestes progressistas, através de atuações de fachada, para legitimar um sistema que beneficia as mesmas elites de sempre.

---

<sup>160</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Mais um ponto deve ser ressaltado: a judicialização retira da esfera comum o debate acerca das questões a serem decididas. Percebe-se na doutrina neoconstitucionalista o anseio de ceder ao Judiciário o poder norteador das questões políticas, retirando do órgão majoritário (Legislativo) e, portanto, do grande público, a possibilidade do debate livre, distante da seara jurídica.

Isto preocupa principalmente aqueles defensores da democracia participativa, que enfatizam a importância do engajamento ativo do cidadão na deliberação política. Jeremy Waldron<sup>161</sup> faz um estudo de caso interessante em seu artigo acerca do *Judicial Review* e as Condições da Democracia. Ao mesmo tempo em que expõe os posicionamentos de Dworkin, para o qual o “judicial review” não enfraquece o debate, ao contrário, o qualifica, ele elabora um discurso que demonstra que nos países que não adotam a supremacia interpretativa do Judiciário, como a Nova Zelândia e o Reino Unido, o debate ocorre de forma mais direta e abrange uma parcela maior da população.

A questão do debate está ligada diretamente à questão do resfriamento cívico. Na medida em que o debate não abrange a sociedade como um todo, mas somente uma parcela da população, especialmente aquela familiarizada com terminologias jurídicas, não há movimentos provenientes das diversas parcelas da sociedade em defesa de qualquer dos pontos em jogo.

Este panorama não está longe do nosso campo de visão. Embora Waldron passe à margem da situação brasileira, dois casos emblemáticos foram decididos neste ano de 2011 pelo STF, que se mantiveram distantes da discussão popular: o reconhecimento da união homoafetiva e a constitucionalidade do exame da Ordem dos Advogados do Brasil.

## **2.6 Judicialização e Ativismo Judicial como Progresso: equívoco ilusório**

O discurso jurídico que predomina hoje, em terras tupiniquins, costuma estabelecer um paralelo entre uma posição judicial ativa e

---

<sup>161</sup> WALDRON, Jeremy. O *Judicial Review* e as Condições da Democracia. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (org.). Limites do Controle de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. cap. 9. p. 243-270.

posições progressistas de cunho social. Mas será que tal paralelo encontra respaldo na realidade? Segundo Daniel Sarmiento este discurso angaria adeptos em razão de que, em nossa história, o Judiciário brasileiro tem pecado mais por omissão, do que por excesso de ativismo. Não obstante, tal paralelo não existe, pois “o Poder Judiciário pode atuar bloqueando mudanças importantes promovidas pelos outros poderes em favor dos excluídos, defendendo o *status quo*. E esta defesa pode ocorrer inclusive através do uso da retórica dos direitos fundamentais”<sup>162</sup>.

Tal evidência é facilmente perceptível se fizermos uma análise da Jurisdição Constitucional norte-americana, que pode ser vista como um pêndulo, conforme metáfora utilizada por Luis Roberto Barroso, em razão das suas idas e vindas entre progresso e retrocesso.

Pois bem. Façamos uma breve análise da “era Lochner”, apogeu do “devido processo substantivo”. Para as vozes que bradam que a inserção de valores ao processo é a garantia do justo, eis a prova da sua ingenuidade. Neste período, entre 1885 a 1930, aproximadamente 150 leis que contemplavam as relações trabalhistas foram invalidadas pelos tribunais.<sup>163</sup> O nome da era, em verdade, se atribui a um caso em específico: *Lochner vs. New York*.

Eis um breve resumo do caso: no final do século XIX era comum que padeiros trabalhassem mais de cem horas por semana em cidades norte-americanas. Não bastasse a elevada carga horária, as padarias funcionavam normalmente em porões das residências, com condições precárias de salubridade (exposição prolongada à umidade, à poeira do trigo e variação de temperatura). Em razão disso, os legisladores nova-iorquinos aprovaram, em 1895, o “Bakeshop Act”, uma legislação reformista para melhorar as condições de trabalho dos padeiros, que reduzia sua jornada laboral para 10 horas diárias ou 60 semanais.

Joseph Lochner, dono de uma padaria, tendo sido multado pelo Estado de Nova York por permitir que um de seus padeiros extrapolasse o máximo de horas semanais, recorreu ao Judiciário. Após algumas perdas, seu caso chegou à Suprema Corte. Para sua sorte, e azar dos padeiros, foi justamente nesta época que a Corte Constitucional norte-

---

<sup>162</sup> SARMENTO, Daniel. *op. cit.* p. 135.

<sup>163</sup> WALDRON, Jeremy. *op. cit.* p. 247.

americana deixou de lado o antigo “devido processo legal” e passou a adotar o “devido processo legal substancial”, passando os tribunais a analisar o conteúdo da legislação.

Lochner alegou que o “Bakeshop Act” violava a liberdade de contrato, direito este que apesar de não expresso na Constituição americana, estava implícito na Décima Quarta Emenda. No julgamento, o juiz Peckham afirmou que a liberdade protegida pela emenda suscitada incluía o direito de comprar e vender a força de trabalho, de modo que qualquer lei que interferisse neste direito seria nula, a menos que tivessem circunstâncias que o excluíssem. Concluiu por entender que naquele caso não havia qualquer circunstância que autorizasse a interferência no direito de comprar e vender força de trabalho (não havia razoabilidade na medida), uma vez que “a profissão de padeiro, em si própria, não é prejudicial à saúde [*unhealthy*] a um tal grau que autorizaria o legislador a interferir no direito ao trabalho e no direito à liberdade de contrato dos indivíduos, seja na qualidade de empregador ou de empregado”.<sup>164</sup>

A decisão foi emblemática, pois a Suprema Corte substituiu decisão do órgão eleito pelo povo, o legislativo, por entender que as condições de trabalho do padeiro não eram, afinal, tão ruins. Mas porque deveria a Suprema Corte saber mais sobre as condições de trabalho nas padarias do que a assembléia legislativa? Não seria o contrário? Por esta e outras decisões deste cacife foi que, em 1910, o então presidente norte-americano, Theodore Roosevelt, chegou a afirmar que o Judiciário representava um obstáculo às reformas sociais.

A Corte Americana é marcada, pois, por estas idas e vindas. Luis Roberto Barroso faz um estudo interessante acerca da Jurisdição Constitucional norte-americana, desde a Corte Warren até a atual Corte Roberts, expondo seus avanços e retrocessos. O que se observa é que, tirando a Corte Warren, que foi marcada por decisões importantes acerca dos direitos fundamentais, todas as demais representaram a volta do

---

<sup>164</sup> Lochner vs. New York *in* COSTA, Alexandre Araújo. O Controle da Razoabilidade no Direito Comparado. [online] Disponível na internet via <http://www.arcos.org.br/livros/o-controle-da-razoabilidade-no-direito-comparado/capitulo-ii/b-historico-do-devido-processo-substantivo/3-era-lochner-o-apogeu-do-devido-processo-substantivo/a-lochner-v-new-york>. Arquivo capturado em 08/11/2011.

pêndulo. Não deixaram de lado o ativismo, mas o utilizaram em favor das prerrogativas de propriedade e com indiferença pelos pobres em geral.

No caso do Brasil, pode-se trazer como exemplo o caso da Lei da Ficha Limpa, cuja aplicação acabou sendo suspensa após o empate do julgamento pelo STF. Em verdade, a saída mais plausível para o caso não era a suspensão da lei, mas, sim, sua aplicação, uma vez que a última decisão, proveniente do TSE, havia sido no sentido de ser aplicável para as eleições de 2010. Como os caminhos mais coerentes nunca são seguidos em terras tupiniquins, o caso foi que o STF acabou afastando a lei, sem vestir a carapuça.

O que importa ressaltar aqui, enfim, é que uma postura ativa do judiciário não pode ser relacionada a posicionamentos progressistas. Assim também a inserção de valores às normas não significa trazer justiça ao caso concreto. Isto porque a abertura para julgamentos valorativos abre a porta para ambas as opções, que vai depender de quem está por detrás da toga.

### **3. O RESGATE DO ORÇAMENTO EM BUSCA DA TRANSPARÊNCIA: quebrando o círculo**

A questão relativa ao orçamento é talvez a mais problemática trazida pela judicialização das políticas públicas. Isto porque a interferência do Poder Judiciário no campo dos direitos sociais implica, necessariamente, condenações a prestações positivas, com efeito imediato. E diante deste fato, é de se perguntar: de onde sai este dinheiro?

A sistemática orçamentária estatal foi minuciosamente estabelecida pela CF/88 (arts. 165 a 169). O sistema funciona com basicamente três leis de iniciativa do Poder Executivo: a lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), possuindo cada uma suas devidas funções, estabelecidas no art. 165 da Carta Magna, e devendo todas ser encaminhadas ao Legislativo, para aprovação, integralmente ou mediante acordo/modificações.

É um sistema fechado, que não permite a inclusão de novas despesas, de modo que os gastos públicos são vinculados à lei (PPA, LDO e LOA). Neste sentido, o art. 167 da CF/88 dispõe, em seu inciso

II, que é vedada “a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais”.

Voltemos então à pergunta: de onde sai o dinheiro de tais condenações?

Fernando Facury Scaff<sup>165</sup> faz um estudo interessante a respeito. Ele inicia fazendo a distinção entre três tipos de sentença que implicam condenação ao Estado: aquelas que entram no bolo dos precatórios (art. 100, CF/88); aquelas que possuem efeitos futuros e, assim sendo, seus gastos devem ser incluídos no projeto de Lei Orçamentária a ser enviado ao Poder Legislativo; e aquelas que possuem efeitos imediatos, que engloba, dentre outras, as condenações de pequeno valor (abaixo de 60 salários mínimos) e, claro, as prestações positivas de efetivação de direitos sociais.

Estas condenações que implicam efeitos imediatos são, obviamente, as mais problemáticas, isto porque comprometem a possibilidade de planejamento financeiro público, na medida em que desviam recursos que já haviam sido alocados nas leis orçamentárias. Além disso, representa uma indevida ingerência do Poder Judiciário no âmbito do Poder Executivo, bem como uma usurpação de competência constitucional, qual seja a de administrar o orçamento.

À margem desta problemática formal, sobressai-se ainda a questão do princípio da isonomia. Seria legítimo a atuação do Poder Judiciário no sentido de fomentar a microjustiça, em detrimento da macro? Não seria uma afronta ao princípio da igualdade, na medida em que somente uma parcela da população procura as vias judiciais para solucionar seu problema relativo a direito fundamental/social, e nada garante que seja a parcela mais necessitada?

Nos processos judiciais, o orçamento é utilizado como argumentação em prol do Estado, no sentido de representar uma limitação à efetivação dos direitos sociais, em determinado momento e sob determinadas condições. Seria, com suas adaptações, a doutrina alemã da Reserva do Possível. Como regra geral, entretanto, tal tese não

---

<sup>165</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças Aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 133-153.

é aceita pelos tribunais. Costuma-se sustentar que ao se colocar na balança o orçamento e, por exemplo, o direito à vida, este último deve sair ganhando.

Na verdade, o argumento do orçamento sequer costuma ser levado a sério. Uma análise das decisões proferidas neste tipo de processo leva à conclusão de que os juízes se prendem a ponderações de direitos em abstrato, sem levar em conta o substrato fático que rodeia a questão.

A despeito das motivações judiciais, que podem ser diversas, como explicitado nos tópicos acima, o orçamento não é bem visto. Isto tem sua razão de ser, é claro. Os nebulosos casos de corrupção em que se vêem envolvidos os nossos governantes leva à seguinte lógica: se muito do dinheiro público é desviado para bolsos particulares, como se dizer que não há dinheiro para custear determinado tratamento, ou determinada moradia?

Ocorre que, por bem ou por mal, o orçamento é uma limitação fática, na medida em que os recursos são escassos. Assim, levando-se em conta a finitude dos recursos, a chave para uma melhoria em termos de prestação dos direitos sociais é uma boa administração do orçamento, e não a abertura de mais uma válvula de escape, permitindo-se o Judiciário a incluir gastos em seu programa. A solução para tal problemática deve ser, pois, o resgate do controle.

A Constituição de 1988 estabeleceu dois mecanismos de controle das ações do governo: o controle social e o controle institucional. O primeiro é aquele a ser exercido pelo cidadão, seja através do estabelecimento de instrumentos legais de participação direta (ação popular, plebiscito, referendo, etc.) ou de participação coletiva (através de associações, sindicatos, partidos políticos, etc.). O controle institucional é realizado pelo próprio Estado, seja através de controle interno, seja através de controle externo, sob a responsabilidade do Legislativo, conjuntamente com os Tribunais de Contas, e do Ministério Público<sup>166</sup>.

Estes mecanismos são de suma importância na busca por um orçamento transparente, que possibilite um efetivo controle e, como via

---

<sup>166</sup> Sobre o assunto cf. SILVA, Gecilda Esteves. Tribunais de Contas e o controle social na consolidação da democracia. [online] Disponível na internet via [http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppII/pagina\\_PGPP/Trabalhos2/Gecilda%20Esteves%20Silva193.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppII/pagina_PGPP/Trabalhos2/Gecilda%20Esteves%20Silva193.pdf). Arquivo capturado em 13/11/2011.

de consequência, uma melhoria em termos de administração do dinheiro público, com reflexos na implementação dos direitos sociais e na melhoria da qualidade de vida da população em geral.

O bom uso do orçamento implica *a priori* um bom planejamento e *a posteriori* um gasto destinado aos projetos planejados. Um bom planejamento, obviamente, deve refletir as reais necessidades de uma sociedade, dando prioridade aos setores mais fragilizados, em detrimento de atuações de fachada. É através do orçamento que se pode pensar em avanços efetivos para uma sociedade, em termos de educação, saúde, saneamento, etc.

Assim, muito mais eficaz do que a valorização de uma resposta imediatista proveniente do Poder Judiciário, estes mecanismos de controle devem ser buscados pela população. Obviamente, há um entrave cultural que ainda dificulta o processo, mas ele deve ser combatido: o da alienação política. O combate a este entrave, entretanto, não se resume à educação formal e a luta pela sua universalização. Na verdade, trata-se de uma questão muito mais cultural, pois se assim não o fosse, a parcela da população que recebe uma boa educação deveria ser uma parcela consciente, quando na verdade não o é.

Como já dito, o Brasil possui um fraco histórico de mobilizações cívicas e isto é herança do modo como se desenvolveu nossa colonização e posterior independência. Já está mais do que na hora, todavia, de cortar o cordão umbilical.

## CONCLUSÃO

O Estado como prestador de serviços para a coletividade surge com a grande crise da década de 30. Além do colapso da economia, o setor popular, insatisfeito com as condições de vida e de trabalho, vinha unindo forças em prol de melhorias. A urbanização e a industrialização mudaram para sempre o paradigma de existência.

Ao mesmo tempo em que o ideal capitalista tomava conta do mundo, surgiram idéias que questionavam a justiça do modelo hegemônico, propondo uma sociedade mais igualitária. Tratava-se da doutrina socialista. O Estado Social surgiu então como alternativa criada pelo próprio Estado capitalista, que, amedrontado com o avanço das

idéias socialistas, entendeu por bem absorver o que de bom ela tinha a oferecer, evitando uma mudança drástica na sociedade.

Uma coisa, entretanto, é evidente: o povo, com suas lutas e suas idéias, foi fundamental para a mudança do *status quo*. Não foi nenhuma instituição que, solidarizando-se pelas classes proletárias, lutou pelos seus direitos. Na verdade, foi resultado do interagir ativo da população, somado às instâncias democráticas.

O momento pós-ditaduras na Europa, entretanto, trouxe diversas mudanças no pensar jurídico que influenciaram o mundo inteiro. Instalou-se um profundo descrédito dos órgãos majoritários, em razão da percepção de que também as maiorias podiam perpetrar a barbárie. Com isto, presenciou-se um movimento de valorização da Constituição, como um documento impregnado de normas valorativas.

No Brasil, este movimento teve início quase meio século mais tarde: em 1988, com a promulgação da nossa atual Constituição da República. Hoje, os ideais neoconstitucionalistas estão praticamente consolidados no país, com seu tempero tupiniquim, é claro. Na verdade, o que se observa é um verdadeiro caos que se perde em um círculo vicioso de uma população acomodada e um Estado omissos e corrupto. Neste meio de campo, o Judiciário surge como o grande salvador; aquele que, como guardião das promessas constitucionais, irá concretizar os direitos ali consolidados, em face da inércia dos demais poderes.

O que aparenta, infelizmente, é que muito menos que uma fatalidade, este insulamento judicial faz parte de um esquema muito bem equacionado. Através de posturas e decisões progressistas, que encarna para legitimar a sua conduta cada vez mais ativa e usurpativa, o STF encarna a figura da justiça. É um caminho perigoso. A visão doutrinária é bem maquiavélica: “os fins justificam os meios”, afinal, se houve avanços democráticos, qual o problema de seu procedimento, o que importa de onde veio?

A grande questão é que, com os poderes interpretativos que hoje possui, a arma está carregada, e ela pode ser disparada para qualquer dos lados. Como se objetivou mostrar neste trabalho, o problema dos julgamentos substantivos é que, com uma boa argumentação, pode-se pender para ambos os lados (progresso e retrocesso), inclusive através da retórica dos direitos fundamentais. A era *Lochner* está aí para nos servir de exemplo. O julgamento da Lei da Ficha Limpa também.

E dentre tanta falácia, a única saída é o sentimento comunitário. É a idéia de comunidade, de uma sociedade que interage e luta pelos seus direitos. Estamos pagando o preço pelo mundo que escolhemos: um mundo totalmente individualista, um mundo dos livros de auto-ajuda, dos “best-sellers” e das celebridades. A judicialização é fruto também deste mundo individualista. Deixando de lado a política e o senso de comunidade, as pessoas preferem recorrer por rápidas soluções judiciais a lutar por uma melhoria em nível geral.

Enfim, não obstante possua o Judiciário um importante papel de proteção de direitos, este papel não pode ser ilimitado.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais:** o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. cap. 5.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial:** Direito e Política no Brasil Contemporâneo. [online] Disponível na internet via [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial\\_11032010.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf). Arquivo capturado em 26 de outubro de 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos:** teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *In:* SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Duzentos anos de Jurisdição Constitucional:** As lições de Marbury v. Madison. *In:* SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política:** a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.

CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. Diretrizes Constitucionais do novo Estado Brasileiro. **RF** 73 n. 415/417, p. 229, jan./mar. 1938.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

COSTA, Alexandre Araújo. **O Controle da Razoabilidade no Direito Comparado**. [online] Disponível na internet via <http://www.arcos.org.br/livros/o-controle-da-razoabilidade-no-direito-comparado/capitulo-ii/b-historico-do-devido-processo-substantivo/3-era-lochner-o-apogeu-do-devido-processo-substantivo/a-lochner-v-new-york>. Arquivo capturado em 08/11/2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. **Políticas Públicas: Definição, Evolução e o Caso Brasileiro**. [online] Disponível na internet via [http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:BtFfPClIVEQJ:serv01.informacao.andi.org.br/b6d71ce\\_114f59a64cd\\_7fcc.pdf+FERNANDES.+Antonio+Sergio+Araujo.+Pol%C3%ADticas+P%C3%BAblicas:+Defini%C3%A7%C3%A3o+evolu%C3%A7%C3%A3o+e+o+caso+brasileiro+na+pol%C3%ADtica+social.&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEE5i5KyvFzz2j\\_sibJKTW6uZXRIATDv0U3zOQfrgqwk95LBULzV8P4y5TZAmO2IUmqCuFZnAtYFwSlQwkKVLcTE2qbICR8nizPNca0W8CB04jLSaWGGVaOCX\\_B18BLseJANOLNw95&sig=AHIEtbR2oxDDwbE-bmy9kB\\_5LiIQZ1aQWw&pli=1](http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:BtFfPClIVEQJ:serv01.informacao.andi.org.br/b6d71ce_114f59a64cd_7fcc.pdf+FERNANDES.+Antonio+Sergio+Araujo.+Pol%C3%ADticas+P%C3%BAblicas:+Defini%C3%A7%C3%A3o+evolu%C3%A7%C3%A3o+e+o+caso+brasileiro+na+pol%C3%ADtica+social.&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEE5i5KyvFzz2j_sibJKTW6uZXRIATDv0U3zOQfrgqwk95LBULzV8P4y5TZAmO2IUmqCuFZnAtYFwSlQwkKVLcTE2qbICR8nizPNca0W8CB04jLSaWGGVaOCX_B18BLseJANOLNw95&sig=AHIEtbR2oxDDwbE-bmy9kB_5LiIQZ1aQWw&pli=1). Arquivo capturado em 25 de outubro de 2011.

GUASTINI, Riccardo. **Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade**. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, OLIVEIRA, Elton Somensi (org.). **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. Baueri (SP): Manole, 2010. cap. 3.

KRAMER, Larry D. **Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o “Interesse do Homem”**. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (org.). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. cap. 5.

OHLWEILER, Leonel Pires. **Políticas Públicas e controle jurisdicional**: uma análise hermenêutica às luz do Estado Democrático de Direito. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

PLATÃO. **A República**. Tradução Enrico Corvesieri. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda. 1997.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil**: Riscos e Possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças Aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Gecilda Esteves. **Tribunais de Contas e o controle social na consolidação da democracia**. [online] Disponível na internet via [http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppII/pagina\\_PGPP/Trabalhos2/Gecilda%20Esteves%20Silva193.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppII/pagina_PGPP/Trabalhos2/Gecilda%20Esteves%20Silva193.pdf). Arquivo capturado em 13/11/2011.

SOARES, Mario Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: novos paradigmas em face da globalização. São Paulo: Atlas, 2011.

WALDRON, Jeremy. **O Judicial Review e as Condições da Democracia**. *In*: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (org.). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. cap. 9.

# A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FRENTE A RESERVA DO POSSÍVEL

**Lorena Costa Ribeiro**

Mestranda em Direito - UFS; Graduada em Direito - UFG;  
Advogada.

**Sumário:** Introdução; 1. A Importância dos Direitos Sociais; 2. Os Direitos Sociais na CF/88; 3. A Questão da Restrição aos Direitos Sociais; 4. A Efetivação dos Direitos Sociais e a Teoria da Reserva do Possível; Considerações Finais. Bibliografia.

**Resumo:** Os direitos sociais surgiram como consequência das condições desumanas as quais os trabalhadores foram submetidos durante a Revolução Industrial ocorrida na Europa no século XIX. Essa espécie de direitos tem por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais tidas como imprescindíveis para o pleno gozo dos outros direitos. No Brasil os direitos sociais foram inicialmente previstos constitucionalmente em 1934, mas apenas com a CF/88 eles passaram a ser considerados direitos fundamentais. Assim como os demais direitos também os direitos sociais podem ser restringidos no caso concreto desde que absolutamente necessário, após um juízo de ponderação e respeitando-se o mínimo existencial. A característica de fundamentalidade desses direitos somado, entre outros aspectos, ao reconhecimento da normatividade das normas constitucionais fizeram com que eles passassem a ser buscados judicialmente uma vez que, na realidade brasileira, muitos deles ainda não foram concretizados. Um dos principais entraves para a judicialização dos direitos sociais é a falta de recursos orçamentários que tem como base teórica a cláusula da reserva do possível. O desafio atual é compor o conflito entre o dever do poder judiciário de proferir decisões determinando o cumprimento dos direitos previstos constitucionalmente e a questão dos custos desses direitos.

**Palavras-chave:** Direitos Sociais; Mínimo Existencial; Judicialização; Reserva do Possível.

**Abstract:** The social rights emerged as a result of inhumane conditions to which workers were subjected during the Industrial Revolution that occurred in Europe in the XIX century. This kind of rights is intended to provide the material conditions of individuals seen as essential to the enjoyment of other rights. In Brazil, social rights were initially provided in the Constitution of 1934, but only with the Constitution of 1988 they came to be considered fundamental rights which gave them immediately applicable. Like other rights social rights may also be restricted in the specific case and as long as absolutely necessary and after

consideration of a weighing respecting the minimum existential. The characteristic of these rights fundamentality ally, among other things, the recognition of the constitutional normativity had those rights had to be sought judicially because, in the Brazilian reality, many of them have not yet been implemented. One of the main impediments for the judicialization of social rights is the lack of budget resources that is based in reserve of the possible. The problem now is to compose the conflict between the duty of the judiciary to render decisions determining their rights under the Constitution and the question of costs of such rights.

**Keywords:** Social Rights; Minimum for Existing; Judicialization; Reserve of the Possible.

## INTRODUÇÃO

Os direitos sociais surgiram a partir do século XIX. No Brasil a previsão constitucional desses direitos ocorreu a partir de 1934. A mera previsão legal, entretanto, se mostrou insuficiente para a concretização desses direitos. A etapa mais difícil é realizar esses direitos. A realidade brasileira demonstra isso.

O reconhecimento da normatividade dos princípios e das disposições constitucionais fizeram com que os direitos sociais passassem a ser demandados judicialmente. Essa judicialização aliada à ausência de recursos públicos por parte do Estado Brasileiro fez com que a doutrina brasileira importasse da Alemanha a teoria da reserva do possível. Nesse contexto, o presente trabalho pretende verificar se esta teoria pode ser utilizada nas demandas que envolvem a concretização dos direitos sociais e, em caso positivo, pretende determinar as condições para esse uso.

Para responder a essa questão utilizaremos a metodologia da compilação. Faremos a exposição do pensamento de autores sobre o tema organizando as várias opiniões de forma a demonstrar um panorama das posições e apresentar nossa opinião sobre os pontos relevantes.

## 2. A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Conforme dispõe o *caput* do art. 6º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados.

Esses direitos são aqueles decorrentes, em regra, de prestações positivas por parte do Estado. Perfazem-se na busca de uma isonomia substancial através de melhores condições de vida. Eles são voltados para proporcionar aos cidadãos um mínimo de dignidade.

O momento histórico que impulsionou o surgimento dos direitos sociais foi a Revolução Industrial ocorrida na Europa do século XIX. A igualdade tão-somente formal e a abstenção do Estado Liberal em face das questões sociais expandiu o capitalismo, mas agravou sobremaneira a situação da classe trabalhadora que passou a viver sob condições desumanas e degradantes. Isso fez com que os trabalhadores se organizassem buscando direitos que lhe garantisse melhores condições de trabalho e de vida o que culminou na criação dos direitos sociais.

Eles surgiram inicialmente na legislação infraconstitucional e foram elevados ao nível constitucional a partir das Constituições sociais do México de 1917 e da Alemanha em 1919 (conhecida como Constituição de Weimar). Outro passo importante para seu reconhecimento foi previsão deles na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O movimento capitaneado pelos trabalhadores indicava para uma revolução o que acabaria por romper com o Estado Liberal. Para evitar essa alternativa revolucionária a burguesia criou o chamado Estado Social que é caracterizado pela intervenção estatal na economia, aplicação do princípio da igualdade material e realização da justiça social. A burguesia, então, conferiu a classe trabalhadora uma melhor qualidade de vida para, com isso, conter o avanço revolucionário. Assim, o surgimento dos direitos sociais iniciou-se com a luta dos trabalhadores, mas teve uma contribuição da burguesia que, para não perder o poder, legalizou para permanecer no poder. Como muito se vê na história é o detentor do poder abrindo mão de uma parte dele para continuar no próprio poder.

Foi no Estado Social que os direitos sociais tomaram uma maior dimensão sendo nesse modelo estatal o seu ponto central. O Estado Social é, portanto, uma realidade mais recente que os direitos sociais e consequência da busca desses direitos. O Estado, nesse momento, deixou de ser apenas o protetor da liberdade humana para se tornar o fomentador da igualdade material.

Conforme esclarece Leonardo Cacau Santos:

Esse modelo de estado busca implementar a premissa de que 'é preciso ter para ser'. Ou seja, é necessário ter um mínimo de direitos assegurados e realizados, para que o indivíduo possa, realmente, ser um cidadão.<sup>167</sup>

Os direitos sociais, então, são vistos como as prerrogativas sem as quais o indivíduo não pode sequer usufruir de outras categorias de direitos, não pode usufruir da sua condição de cidadão. Nesse sentido, Santos<sup>168</sup> recorda a Teoria da Essencialidade dos Direitos Sociais defendida pelo ministro Carlos Ayres Brito para quem os direitos sociais são as condições para se concretizar os próprios direitos individuais, afinal, diz ele, o direito a inviolabilidade de domicílio só tem razão de existir se o indivíduo tiver uma casa.

Outro ponto que demonstra a importância dos direitos sociais é sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Não é difícil verificar que sem o cumprimento de ao menos os mais básicos direitos sociais como a alimentação, a moradia, a saúde, a educação, estará desrespeitada a própria dignidade humana do indivíduo.

### **3. OS DIREITOS SOCIAIS NA CF/88**

A Constituição de 1934 foi a primeira constituição brasileira a incluir em seu texto os direitos sociais. Entretanto, apenas na Constituição de 1988 eles foram alçados ao patamar de direitos fundamentais o que lhes conferiu aplicabilidade imediata. Essa foi a grande colaboração da atual Carta Magna para o tema.

Conforme dispõe o § 2º do art. 5º da CF/88<sup>169</sup> os direitos fundamentais (incluídos os sociais) não se restringem aqueles elencados no

---

<sup>167</sup> LA BRADBRUY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito noções, afinidades e fundamentos. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/9241/estados-liberal-social-e-democratico-de-direito>>. Acesso em 10/10/2011.

<sup>168</sup> *Ibid*, Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/9241/estados-liberal-social-e-democratico-de-direito>>. Acesso em 10/10/2011.

<sup>169</sup> Art. 5º § 2º (CF/88) - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Título II da Constituição. Como exemplo o STF considerou a anterioridade tributária como um direito fundamental do contribuinte. Ou seja, existem direitos fundamentais difundidos por todo o texto constitucional. Assim, para a determinação de um direito fundamental deve ser utilizado não só o critério formal, mas também critérios materiais.

Neste aspecto Ana Carolina Lopes Olsen<sup>170</sup> aponta que dentre os critérios materiais que permitem a identificação de direitos fundamentais fora do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição há de se levar em conta os critérios da relevância e de substância. Ela defende o princípio da dignidade da pessoa humana como critério material por excelência para a determinação dos direitos fundamentais sociais.

A CF/88, no intuito de proteger ao máximo os direitos fundamentais, consagrou entre as cláusulas pétreas, a inviolabilidade dos “direitos e garantias individuais”<sup>171</sup>. Com isso passou-se a discutir se os direitos sociais estariam ou não alcançados por essa garantia. Atualmente a maioria da doutrina se posiciona no sentido dessa possibilidade em virtude, como informam Flávia Piovesan<sup>172</sup> e Paulo Bonavides<sup>173</sup>, da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, da cláusula de proibição do retrocesso social, da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios fundamentais.

#### **4. A QUESTÃO DA RESTRIÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

Como todo direito os direitos sociais também podem ser restringidos. Todavia, por se tratar de uma intervenção em um direito

---

<sup>170</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2009, p. 32.

<sup>171</sup> Art. 60 § 4º (CF/88). Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>172</sup> PIOVESAN, Flávia & VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades. Ano 8, nº 15: Primeiro semestre de 2007. Disponível em: <<http://www.institucional.us.es/araucaria>>. Acesso em 03/10/2011.

<sup>173</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 560.

fundamental ela somente será aceitável se devidamente ponderada (nos termos da doutrina de Alexy) ressaltando-se que essa restrição há de ser feita apenas no caso concreto. Não se admite restrição de direito fundamental em abstrato também pela própria disposição do já referido art. 60 § 4º da CF/88.

Da discussão sobre a restrição dos direitos fundamentais sociais surgiu a noção de mínimo existencial.

O mínimo existencial<sup>174</sup> é formado por aquelas prestações que apesar da restrição não podem deixar de ser cumpridas. Seria o núcleo intangível dos direitos, núcleo este ligado a dignidade da pessoa humana. É a parcela mínima de um direito que deve ser cumprida. Seu objetivo é garantir as necessidades mais essenciais aos indivíduos sem as quais a dignidade da pessoa humana e a própria vida estaria em risco.

A ideia de mínimo existencial surgiu na Alemanha e foi difundida especialmente após a II Guerra Mundial. Conforme noticia Andréas J. Krell, a maioria da doutrina alemã concorda que o Estado Social deve

---

<sup>174</sup> Devemos diferenciar núcleo essencial mínimo de mínimo existencial. Nas palavras de Ana Carolina Lopes Olsen: “Apesar de em alguns casos ocorrer uma coincidência não deve se confundir a idéia do núcleo essencial mínimo de um direito com a do mínimo existencial”. O núcleo essencial de uma norma foi um conceito desenvolvido com a finalidade de proteger o conteúdo do direito fundamental frente à atividade restritiva dos poderes públicos. O núcleo essencial corresponde à porção característica do direito depois de ponderados os princípios, interesses e bens jurídicos em conflito, a partir do postulado da proporcionalidade. A teoria do núcleo essencial defende que os direitos fundamentais possuem um conteúdo mínimo impassível de restrição. (...) Nestas condições, muitos doutrinadores têm apresentado o mínimo existencial como esta porção essencial do direito fundamental social, sendo que aqueles que adotam a teoria absoluta do núcleo essencial o apresentam como mínimo absoluto e intangível em quaisquer hipóteses, e aqueles que adotam a teoria relativa defendem-no como essencial e intocável para determinado caso concreto, em virtude da aplicação da técnica de ponderação e do postulado da proporcionalidade. Entretanto, é preciso ressaltar que nem sempre um direito fundamental social terá no seu núcleo um conteúdo equivalente ao mínimo existencial. No caso do direito à saúde, por exemplo, a correspondência entre núcleo essencial e mínimo existencial parece bastante clara. O mesmo, entretanto, não ocorre se for tomado como parâmetro o direito fundamental à participação nos lucros do empregador. Logo, é preciso deixar claro que se trata de duas categorias distintas - núcleo essencial de direito fundamental social, e mínimo existencial - mas que podem ter características e aplicação semelhantes”. OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 346.

garantir aos seus cidadãos um “mínimo social” capaz de garantir uma existência digna. Este modelo foi extraído do princípio da dignidade humana e do direito à vida e à integridade física e é defendido pela jurisprudência alemã<sup>175</sup>.

Conforme demonstra Ana Carolina Lopes Olsen<sup>176</sup> variam na doutrina brasileira os elementos que estariam inseridos na ideia de mínimo existencial. Enquanto para Vicenzo Demetrio o mínimo existencial seria formado por moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social para Andreas Joachim Krell esse padrão mínimo inclui um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia.

Apesar da definição de mínimo existencial variar entre os doutrinadores parece haver entre eles um tronco comum que seria formado pelo direito a saúde, alimentação, educação e moradia.

Apesar das várias definições existentes acredita-se que é necessário detalhar os elementos do mínimo existencial, inclusive, para que em caso de judicialização desses direitos o poder judiciário tenha mais facilidade para impor seu cumprimento. É responder a questões como em que medida o mínimo de moradia estará garantido? Propiciando uma casa para cada família ou a garantia de uma moradia coletiva já cumpriria minimamente com esse direito? E a alimentação? Estaria cumprido seu mínimo existencial com o fornecimento de refeições?

Ainda sobre a idéia de mínimo existencial é preciso cuidado para que esse mínimo seja visto como exceção e não como regra. Essa noção deve ser aplicada com parcimônia sob pena de os direitos serem diminuídos a esse grau mínimo. Cabe a sociedade buscar sempre o cumprimento total de seus direitos.

---

<sup>175</sup> KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 60.

<sup>176</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2009, p. 341.

## 5. A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Atualmente a grande questão discutida sobre os direitos sociais diz respeito a sua judicialização, a busca judicial por sua efetivação.

Sobre esse respeito o professor Paulo Bonavides informa que as disposições sobre os direitos sociais:

“passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos (...). Atravessaram [os direitos sociais] uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais<sup>177</sup>.”

Quando se entendia que nem todas as normas constitucionais tinham por si só força normativa fazia sentido entender as disposições sobre direitos sociais como regras programáticas. Hoje a realidade já não pode ser vista assim por três motivos principais: a concepção de que os princípios são normas e, portanto, dotados de normatividade, a idéia de força normativa da Constituição de Conrad Hesse<sup>178</sup> e, sobretudo, de não se poder admitir que mesmo após mais de 22 anos de Constituição o legislativo ainda não tenha sido capaz de regulamentar os direitos constitucionais. Disso tudo surge a noção de que mesmo sem a regulamentação por lei o que está assegurado na Carta Magna poderá ser assegurado pelo poder judiciário.

Diante dessa perspectiva e da realidade brasileira que está longe de prover a seus cidadãos grande parte dos direitos sociais a eles garantidos surge a tormentosa questão: O judiciário pode impor à administração pública prestações onerosas como saúde, educação, assistência, sem o exame dos custos dessas prestação para os cofres públicos? Poderia o Judiciário deixar de determinar o cumprimento das normas constitucionais em virtude da escassez de recursos?

---

<sup>177</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 564.

<sup>178</sup> HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

Não há como negar ao judiciário o dever de proferir decisões determinando o cumprimento dos direitos previstos constitucionalmente. Por outro lado não se pode ignorar totalmente a questão orçamentária. Então, como compor esse conflito?

Uma solução encontrada pela doutrina brasileira foi a aplicação da teoria da reserva do possível. Essa teoria foi criada pelo Tribunal Constitucional Alemão e, originalmente, buscou determinar o que o indivíduo razoavelmente pode exigir do Estado levando-se em consideração o que o Estado efetivamente tem condições de realizar e, muito importante, o que realmente precisa ser garantido para que não ocorra o desrespeito às normas constitucionais.

Conforme ensina Krell<sup>179</sup> a primeira vez que a reserva do possível foi tratada nos tribunais foi em 1970, no processo que ficou conhecido como o caso *numerus clausus*. Tratava-se de duas demandas envolvendo o acesso de cidadãos alemães ao curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e Munique. O objetivo era avaliar a compatibilidade das regras estaduais que restringiam o acesso ao ensino superior - as *numerus clausus* - com a Lei Fundamental alemã.

Entre os anos de 1952 e 1967, o número de estudantes nas universidades da Alemanha praticamente dobrou. O desenvolvimento das universidades, entretanto, não acompanhou estes números especialmente por conta da situação em que a Alemanha se encontrava no pós-guerra. Por conta disso, nos anos 60 cada vez mais escolas recorreram ao auxílio da regra do *numerus clausus* uma vez que o número de vagas para o ensino superior era limitado e de fato não poderia atender a toda a população.

Diante dessa realidade, a Corte Constitucional Alemã entendeu que a regra do *numerus clausus* era compatível com a Lei Fundamental isso porque se verificou que o Estado Alemão estava fazendo o que estava ao seu alcance para tornar o ensino superior acessível. Deste modo, não era exigível que o Estado garantisse o acesso a educação a um curso específico. A concessão desse pedido iria negligenciar outros programas

---

<sup>179</sup> KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 52.

sociais, ou mesmo comprometer as políticas públicas o que, em função do caso concreto, não se mostrava razoável.

Ou seja, a construção da reserva do possível apesar de mencionar a questão orçamentária não se limitou a esse ponto. A discussão principal foi voltada para a aferição da razoabilidade do pleito.

Conforme notícia Ana Carolina Lopes Olsen<sup>180</sup>, no Brasil, a reserva do possível começou a ser objeto de discussão a partir da década de 90. Entretanto, aqui, a idéia foi modificada não sendo aplicada exatamente nos termos em que foi desenvolvida na Alemanha. No caso brasileiro a preocupação inicial com a proporcionalidade e a razoabilidade deu lugar a questão da disponibilidade de recursos<sup>181</sup>. Deixou-se de verificar se o pedido era razoável passando a argumentar tão somente se era ou não possível frente a questão orçamentária sendo chamada por Gilmar Mendes de “reserva do financeiramente possível”<sup>182</sup>.

Diante disso, informa Olsen, no caso brasileiro a reserva do possível passou a ser considerada condicionante para a efetivação dos direitos sendo “invocada como um limite fático praticamente “intransponível” diante de uma alegada escassez de recursos absoluta”<sup>183</sup>. Ou seja, a aplicação brasileira para a reserva do possível aproximou-se da idéia apresentada pelos americanos Sunstein e Holmes<sup>184</sup> para quem, resumidamente, se não há dinheiro não há direito.

Conforme aponta Luciane de Souza<sup>185</sup> no Brasil a teoria foi dividida em duas concepções “reserva do possível fática” (ausência de recursos

---

<sup>180</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2009, p. 185.

<sup>181</sup> *Ibid*, p. 236.

<sup>182</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. Revista Jurídica Virtual nº 14 - Jul./2000. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev-14/direitos\\_fund.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/direitos_fund.htm)>. Acesso em 20/10/2011.

<sup>183</sup> OLSEN, *op. cit.*, p. 235.

<sup>184</sup> HOLMES, Stephen, SUNSTEIN. Cass. The Cost of Rights: why liberty depends on Taxes. New York W. Norton & Company, 1999.

<sup>185</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. Reserva do Possível x Mínimo Existencial: O Controle de Constitucionalidade Em Matéria Financeira e Orçamentária como Instrumento da Realização dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane\\_moessa\\_de\\_souza2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza2.pdf)>. Acesso em 01/11/2011.

financeiros) e “reserva do possível jurídica” (impossibilidade de alteração da legislação orçamentária). O presente trabalho analisa essa primeira acepção.

Por conta dos contornos brasileiros dados a teoria da reserva do possível passou-se a discutir se a falta de recursos pode ou não constituir um obstáculo a efetivação judicial dos direitos sociais. Sobre essa discussão duas posições surgiram: de um lado quem entende que a reserva do possível não pode ser obstáculo para a efetivação dos direitos sociais e de outro aqueles que defendem que diante da ausência de recursos o direito, no caso concreto, restará prejudicado. Alguns autores dessa segunda posição se colocam também contra a própria judicialização dos direitos sociais.

Para exemplificar essa bipolarização apresenta-se a posição de Ingo Sarlet<sup>186</sup> para quem a reserva do possível não pode impedir a concretização judicial dos direitos prestacionais. Por outro lado, Flávio Galdino <sup>187</sup> sustenta que não se deve afirmar, no caso concreto, a existência de um direito público subjetivo quando seja absolutamente impossível cumpri-lo, sob o prisma prático (aproximação da idéia de Sunstein e Holmes).

Além disso, conforme assinalam, Ana Paula de Barcellos<sup>188</sup> e Luís Roberto Barroso<sup>189</sup> aqueles que defendem essa segunda posição argumentam que afastar a reserva do possível gera uma intervenção do poder judiciário nos outros poderes - intervenção esta que ofende o princípio democrático - e que a judicialização desses direitos representa uma politização indevida da justiça.

---

<sup>186</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 5. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 320.

<sup>187</sup> GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In Paulo Lobo Torres (Org.) Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 *apud* OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais - Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá, 2009, p. 197.

<sup>188</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 118.

<sup>189</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selcao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selcao.pdf)>. Acesso em 26/10/2011.

Dois autores demonstram esses argumentos. O primeiro é Fernando Facury Scaff para quem a judicialização “é a pior fórmula que existe, pois destrói a possibilidade de planejamento financeiro público, e solapa a capacidade organizacional de qualquer governo”.<sup>190</sup>

Já Calmon Passos afirma que:

Impotentes para efetivar decisões políticas eficazes, pretendemos superar nossos problemas transmudando-os em pleitos judiciais, numa inversão que só contribui para deixar os problemas insolúveis e agravados. O político precede, necessariamente, o jurídico. Precisamos convencer-nos, todos os brasileiros, de que Papai Noel não existe, que será inútil colocarmos nossos sapatos na beira da cama ou no peitoral da janela, na esperança de que o bom velhinho coloque neles os mimos que desejamos. Nossos sapatos permanecerão vazios, porque só o nosso empenho, nosso engajamento, nosso trabalho e nossa organização têm condições de produzir os frutos que se farão presentes. Será inútil, portanto, e frustrante, pretendermos que o Direito seja nosso Papai Noel e com suas formulações (palavras, palavras e palavras!) coloque em nossos sapatos os presentes que não pudemos adquirir com nossa luta política.<sup>191</sup>

Entretanto, levando-se em conta a realidade brasileira essa posição deve ser vista com parcimônia.

Ingo Sarlet se posiciona sobre o tema da seguinte forma:

“Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de (...) gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real. Certamente não é isto que pretendem ressaltar alguns de nossos mais conceituados mestres, mas, sim, que existe - de modo especial entre nós - uma nítida tendência no sentido de negar-se pura e simplesmente aos direitos sociais sua eficácia e efetividade. Com efeito, pode-se chamar de ideológica a postura dos que tentam desqualificar os

---

<sup>190</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 160-161.

<sup>191</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05/10/2011.

direitos sociais como direitos fundamentais, incluindo aqueles que outorgam às dificuldades efetivamente existentes o cunho de barreiras intransponíveis<sup>192</sup>.”

De fato a população brasileira ainda tem muito a amadurecer em termos de participação política. Nestas questões os brasileiros são muito individualistas, falta a eles a noção da coisa pública, reconhecer que o bem público é de cada cidadão e que, portanto, ele deve ser preservado e bem utilizado. Contudo, é preciso lembrar que uma sociedade amadurecida politicamente há de ser formada por um povo minimamente educado o que retoma a questão da importância dos direitos sociais.

Além disso, antes de simplesmente aceitar o argumento da falta de orçamento deve-se verificar a razão da escassez de recursos - se é por baixa arrecadação, se é consequência de má gestão ou ainda se é fruto de escolhas que não guardam consonância com os dispositivos constitucionais. Ingo Sarlet lembra que é preciso:

“que se tenha sempre em mente, que quem ‘governa’ - pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito - é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade as opções do Constituinte<sup>193</sup>.”

Ademais, não se pode esquecer que o Brasil é um país que tem uma das maiores cargas tributárias do mundo e de que corrupção, aqui, é quase um fato que independe de prova, praticamente um fato notório.

Para não ser considerada alheia a realidade fática os partidários da primeira posição (que não admite a reserva do possível como obstáculo a efetivação dos direitos sociais) incorporam na discussão o conceito de mínimo existencial na tentativa de compatibilizar a limitação orçamentária e uma concretização ao menos mínima dos direitos sociais.

Nesse sentido resume Clèmerson Clève:

“a *reserva do possível* não pode, num país como o nosso, ao menos em relação ao mínimo existencial, ser compreendida como um

---

<sup>192</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 5. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 146.

<sup>193</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 359.

obstáculo, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial<sup>194</sup>.”

Sobre a questão de interferência no princípio democrático Cláudio Pereira de Souza Neto afirma que:

“Quando se trata de direitos sociais básicos, o Poder Judiciário tem legitimidade para concretizá-los, independentemente de decisões majoritárias. Não se trata de usurpação dos direitos da maioria, a quem caberia a implementação do projeto constitucional. Trata-se, antes sim, do estabelecimento de certas condições sociais de vida sem as quais a própria idéia de cooperação social perde completamente o sentido<sup>195</sup>.”

Não se pode esquecer que o poder judiciário tem papel subsidiário, atuando apenas quando os outros poderes falham no desempenho de suas funções. Se a administração cumprisse em maior medida as determinações sociais ou ao menos demonstrasse um considerável incremento dessas medidas a cada ano já seria possível prescindir do judiciário ao menos em alguns aspectos.

Nesse sentido interessante posicionamento de Andreas J. Krell, um jurista que apesar de ser alemão vive no Brasil a muitos anos. Ele diz: “Devemos nos lembrar também que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha - como nos outros países centrais - não há um grande contingente de pessoas que não acham uma vaga nos hospitais mal equipados da rede pública; não há a necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não

---

<sup>194</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *In*: Revista Crítica Jurídica, n. 22, jul./dez. 2003, p. 28.

<sup>195</sup> Cláudio Pereira de Souza Neto. Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. *In* Teoria da Constituição - Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2003. p. 58 *apud* PIOVESAN, Flávia & VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades. Ano 8, n° 15: Primeiro semestre de 2007. ISSN 1575-6823. Disponível em: <<http://www.institucional.us.es/araucaria>>. Acesso em 03/10/2011.

conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de ‘assistência social’ que recebem etc. Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta das condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado de agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição<sup>196</sup>.”

Dirley da Cunha Júnior defende que:

“a reserva do possível só se justifica na medida em que o Estado garanta a existência digna de todos. Fora desse quadro, tem-se a desconstrução do Estado Constitucional de Direito, com a total frustração das legítimas expectativas da sociedade<sup>197</sup>.”

O problema, portanto, não parece ser a aplicação da teoria da reserva do possível e sim a forma como ela foi concebida no Brasil. Ela deveria ser aplicada nos moldes em que foi criada, ou seja, voltada para o exame da proporcionalidade do pedido e sendo aplicável apenas quando reste comprovado que o Estado garante o mínimo existencial e já faz o possível para a efetivação do direito.

Conforme observa Flávia Piovesan, a quantidade de demandas envolvendo direitos sociais levadas a juízo ainda é pequena<sup>198</sup>. Além disso, ainda não se discute nos tribunais uma grande gama de direitos sociais. As disputas se limitam a saúde e educação e se apresentam muitas vezes em demandas individuais e não coletivas.

Ao menos nesses dois aspectos o Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendimento firmado que a reserva do possível não pode ultrapassar o conceito de mínimo existencial.

---

<sup>196</sup> KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 107/109.

<sup>197</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. Leituras Complementares de Direito Constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 349-395.

<sup>198</sup> PIOVESAN, Flávia & VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades. Ano 8, nº 15: Primeiro semestre de 2007. Disponível em: <<http://www.institucional.us.es/araucaria>>. Acesso em 03/10/2011.

Um exemplo em que se discutia educação infantil:

(...). A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.<sup>199</sup>

Julgando um processo sobre o direito a saúde o STF afirmou que:

(...) A Administração não pode invocar a cláusula da “reserva do possível” a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária<sup>200</sup>

Em monografia em que analisa decisões do STF sobre escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível Daniel Wang critica a fundamentação utilizada pelo Tribunal para afastar a reserva do possível na medida em que ela se apresenta por demais “simplificada”<sup>201</sup>. Tal fato é importante, pois a utilização do mínimo existencial como barreira para a reserva do possível depende da força dos argumentos utilizados nas sentenças.

Resta saber como o STF irá se manifestar quando direitos sociais como moradia, alimentação, assistência social começarem a ser pleiteados.

Outro ponto que merece destaque é a tradicional diferenciação entre direitos civis e os direitos sociais que classifica os primeiros como de prestações negativas que não demandariam despesas para seu cumprimento e os últimos como de prestações positivas sendo necessário, para seu cumprimento, despesas. Os juristas argentinos

---

<sup>199</sup> STF. ARE 639337 AgR / SP - São Paulo. AG.REG no recurso extraordinário com agravo. Relator: Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 23/08/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma.

<sup>200</sup> STF. AI 674764 AgR / PI - PIAUÍ AG.REG no agravo de instrumento. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 04/10/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma.

<sup>201</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, 2006. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/80\\_Daniel%20Wang.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/80_Daniel%20Wang.pdf)>. Acesso em 31/10/2011.

Victor Abramovich Christian Courtis<sup>202</sup> afirmam que “todos os direitos sejam eles civis, políticos ou sociais tem um “custo” e precisam, para serem efetivados, tanto de prestações positivas quanto negativas. Basta pensar, dizem eles, no direito de propriedade e na grande quantidade de recursos que o Estado destina para a proteção desse direito. Apenas para a proteção do direito de propriedade estão voltados grande parte da justiça civil e penal, grande parte da tarefa policial, grande parte dos serviços de registros, de regulamentação.

E essa construção pode aplicar-se a vários outros direitos. Em matéria de direitos políticos a grande quantidade de condutas (e despesas) que o Estado precisa promover para garantir o direito de votar. Para garantir o acesso a justiça a despesa que se faz necessária para manter assistência judiciária gratuita. A pergunta que se coloca é até que ponto a questão do gasto público como limitador da efetivação dos direitos sociais é uma consequência da natureza desses direitos e não uma questão de ideologia, uma questão de prioridades?

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os direitos sociais são disposições de grande importância, pois colaboram para o cumprimento do princípio da dignidade humana. Após o reconhecimento de que todas as disposições constitucionais têm, por si só, normatividade passou a ser possível buscar judicialmente esses direitos independentemente da existência de norma regulamentadora.

A imposição ao poder executivo do cumprimento dos direitos sociais esbarra na questão do custo desses direitos. A negação por parte do poder público em acolher os pedidos por prestações como saúde e educação tem como fundamento teórico a cláusula da reserva do possível.

Apesar de ser uma construção teórica relevante não se pode admiti-la como impedimento absoluto para o cumprimento dos direitos sociais. Ela deve ser utilizada com prudência devendo analisar em primeiro plano a razoabilidade do pedido. A análise do ordenamento jurídico como um todo impõe o cumprimento de, ao menos, uma

---

<sup>202</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de Los Derechos Sociales. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 138.

parcela básica dos direitos sociais (o mínimo existencial) não podendo esse mínimo estar condicionado a questão orçamentária. Esta é a tese que vem sendo acolhida pelo STF.

A judicialização pode não ser a melhor forma de busca por esses direitos, mas por vezes é a que se apresenta mais eficaz. Por fim, a crítica que se faz quanto a diferenciação dos direitos como de prestação negativas e positivas leva a crer que dar maior importância a uma classe de direitos do que a outra é, antes de tudo, uma questão de escolha.

## **BIBLIOGRAFIA**

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [http://www.direitonoovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarros\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitonoovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarros_para_Selecao.pdf), com acesso em 26/10/2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**: why liberty depends on Taxes. New York: W. Norton & Company, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional", publicado na **Revista Jurídica Virtual** n° 14 – jul.; 2000, [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_14/direitos\\_fund.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm), com acesso em 20/10/2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2009.

PASSOS, J. J. Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n° 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05/10/2011.

PIOVESAN, Flávia & VIEIRA, Renato Stanziola. **Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas.** Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades. Ano 8, nº 15: Primeiro semestre de 2007. Disponível em: <<http://www.institucional.us.es/araucaria>>. Acesso em 03/10/2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 5. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Reserva do Possível x Mínimo Existencial: O Controle de Constitucionalidade Em Matéria Financeira e Orçamentária como Instrumento da Realização dos Direitos Fundamentais.** Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane\\_moessa\\_de\\_souza2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza2.pdf)>. Acesso em 01/11/2011.

# A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E SEUS MECANISMOS DE ATUAÇÃO PRÁTICA

**Patrícia Cunha Barreto de Carvalho**

Mestranda em Direito - UFS; Magistrada - TJ/SE; Graduada em Direito - UFS; Especialista em Direito Público - UCAM; Especialista em Ciências Penais - UNISUL; Especialista em Direito Penal e Processual Penal - FASE; Autora do Livro Crimes Hediondos e a Lei 11.464/07; Ex. Prof.<sup>a</sup> de Deontologia Jurídica e Código de Ética da Magistratura; Especialista em Direito Processual Civil - PUC/SP.

**Sumário:** Introdução. 1. A Constitucionalização do Direito Brasileiro; 2. Breve Histórico dos Mecanismos de Atuação Prática; 3. Tendência do STF; 4. O Papel do Senado Federal e a Mutação Constitucional; 5. A Criação de Súmulas Vinculantes e outros Instrumentos de Controle; 6. A Pirâmide do Controle de Constitucionalidade e o Grau de Estabilidade das Decisões; Conclusão; Referências Bibliográficas.

**Resumo:** O fenômeno da Constitucionalização do Direito exerce um verdadeiro papel unificador do sistema jurídico, preservando sobremaneira a força normativa da Constituição e a efetividade de suas normas. Para tal desiderato, foram criados mecanismos de atuação prática para fins de controle de constitucionalidade de todas as demais normas hierarquicamente inferiores.

**Palavras-chave:** Constitucionalização do Direito; Efetividade das Normas Constitucionais; Direitos Fundamentais; Mecanismos de Atuação Prática; Unificação do Sistema Jurídico; Controle de Constitucionalidade.

**Abstract:** The phenomenon of the constitutionalization of the right has a real unifying role of the legal system, additionally preserving the normative force of the Constitution and the effectiveness of its rules. To this aim, mechanisms of action were created for practical purposes of judicial review of all other standards-ranking below.

**Keywords:** Constitutionalization of Law. Effectiveness of Constitutional Provisions. Fundamental Rights. Mechanisms of Practical Action. Judicial Review.

## INTRODUÇÃO

É indubitável que a Constituição Federal é norma suprema do sistema jurídico brasileiro, sendo dotada, portanto, de força normativa.

Por tal razão é que todas as demais normas existentes no ordenamento jurídico lhe devem obediência formal e material, já que ela ocupa o mais alto grau na hierarquia das fontes.

De igual modo, por serem as referidas normas objeto de estudo dos diferentes ramos do direito existentes no sistema jurídico, é fato que também estes micro sistemas deverão manter a devida correspondência, sobretudo quando da interpretação de seus preceitos.

Com efeito, denota-se que, hodiernamente, desde o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, está ocorrendo verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, consequência da evolução da ciência constitucional.

Este fenômeno, mais conhecido como constitucionalização do Direito, permite não somente a releitura de conceitos e institutos jurídicos, mas também a elaboração e desenvolvimento de novas categorias jurídicas e a interação dos diferentes campos da ciência jurídica.

Destarte, a Carta Magna assume atualmente papel de unificação do sistema jurídico, mediante a imposição de seus princípios e normas aos demais ramos do ordenamento jurídico, mediante processos de filtragem constitucional realizados, sobretudo, pelo Poder Judiciário, seja mediante o controle difuso ou concreto de constitucionalidade.

Assim, é cogente que se compreende a estrutura interna de uma determinada norma que compõe um determinado ramo do direito a partir da legalidade constitucional.

O Supremo Tribunal Federal cada vez mais vem exercendo um controle mais efetivo, criando precedentes, muitas vezes vinculantes, atrelado ao controle efetuado pelos juízes de todo o país quando do julgamento dos casos concretos.

E a consequência desta trajetória evolutiva é a incorporação de mecanismos de jurisdição constitucional e o fortalecimento dos já existentes, como veremos no decorrer deste trabalho.

## **1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO**

O Direito Constitucional é fruto de uma constante trajetória histórica, desenvolvendo-se, sobremaneira, de acordo com a evolução do conceito de Estado.

Traduz-se o texto constitucional em verdadeira Carta Política e Jurídica de direitos conquistados pela humanidade.

Revela, portanto, um intenso compromisso com os direitos humanos, não refletindo pura e simplesmente as circunstâncias momentâneas de poder, mas, sobretudo os valores do ser humano.

Os valores consagrados universalmente em determinada Carta Magna, ditos fundamentais internamente e humanos no plano internacional, muitas vezes podem até mesmo se sobrepor à soberania de um Estado.

Sobre o tema, discorre Daniel Sarmento que:

(...) Elaborada por uma Assembléia Constituinte livre e democrática, marcada pela ampla participação de uma sociedade civil altamente mobilizada, a Constituição de 88 foi, não sem razão, apelidada por um dos seus principais artífices de “Constituição Cidadã”.

E, de fato, no seu lado mais virtuoso, a Constituição revela um profundo compromisso com os direitos humanos, em plena sintonia com os tratados e declarações internacionais existentes nesta área. Ela contém o que talvez seja o mais amplo elenco de direitos fundamentais do constitucionalismo mundial, composto não só por liberdades civis clássicas, como também por direitos econômicos e sociais, incorporando, ainda, direitos de 3ª geração - como o meio ambiente e a proteção à cultura.

Por outro lado, o constituinte não quis fazer dos direitos meras proclamações retóricas despidas de significado prático. Pelo contrário, ele se preocupou com a efetivação dos direitos fundamentais, afirmando por isso a sua aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF). Reforçou, neste sentido, os mecanismos de tutela de direitos instituindo novos remédios constitucionais e ampliando os já existentes. E fortaleceu institucionalmente o Poder Judiciário, tido como guardião dos direitos, ao robustecer a sua independência em face dos poderes políticos.<sup>203</sup>

Como se percebe, é fato a importância vital da preservação dos direitos consagrados constitucionalmente, fundamentais por natureza e, por tal razão, imperativos, universais e cogentes, sendo imperioso que o

---

<sup>203</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A constitucionalização do Direito - Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 123.

sistema jurídico seja dotado de mecanismos de atuação prática para fins de implementação efetiva de tais direitos consagrados, a fim de conferir a máxima efetividade tão almejada.

E, como já se disse anteriormente, faz-se necessária uma releitura do Direito em toda a sua plenitude, quero dizer, em todos os seus ramos, redefinindo as categorias jurídicas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, sobretudo em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial, conferindo-se, assim, uma nova compreensão do Direito pelos seus operadores.

Com prioridade, Luís Roberto Barroso ensina que:

A verdade, no entanto, é que a preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua efetividade, incorporou-se, de modo natural, à prática jurídica brasileira pós-1988. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvéssimos descoberto o óbvio após longa procura. A capacidade – ou não – de operar com as categorias, conceitos e princípios de direito constitucional passou a ser um traço distintivo dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas. A Constituição liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições.<sup>204</sup>

Verifica-se, portanto, que em razão da imperatividade das normas constitucionais e a real necessidade de implementação dos direitos fundamentais nela consagrados, foram criados mecanismos para garantir-lhe uma máxima efetividade, daí decorrendo a criação de mecanismos, em especial para o Poder Judiciário, fato que acarretou a expansão da jurisdição constitucional.

## **2. BREVE HISTÓRICO DOS MECANISMOS DE ATUAÇÃO PRÁTICA**

A Constituição de um país, dotada de força normativa, deve conferir máxima efetividade a suas normas, sejam elas princípios ou regras.

---

<sup>204</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Para tal desiderato, faz-se necessária a criação de mecanismos que confirmem certa rigidez constitucional, garantindo a supremacia das normas constitucionais, bem como mecanismos de controle e de sua observância.

No direito norte americano, em face da regra do *stare decisis*, os tribunais devem seguir os seus próprios precedentes e os das cortes superiores, especialmente aqueles emanados da Suprema Corte.

Sendo assim, declarada a inconstitucionalidade de uma lei, *incidenter tantum*, pela Suprema Corte Americana, ainda que formalmente a lei inconstitucional permaneça em vigor, integrando o corpo legislativo do país, praticamente ela se transforma em uma normativa morta, despidida de eficácia jurídica.

Já no Brasil, a tese da obrigatoriedade da decisão definitiva de inconstitucionalidade proferida pelo STF, em se tratando de controle difuso e incidental, originariamente, não teve o mesmo tratamento.

Os efeitos de tais decisões deveriam ser sempre *inter partes*, aplicando-se apenas ao caso concreto. Por tal razão, constata-se a possibilidade de existência de decisões diversas em processos distintos, que declaram a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos para uns e a constitucionalidade para outros, dependendo do convencimento motivado do juiz.

Para contornar esta lacuna, o legislador Constituinte de 1934 atribuiu ao Senado a competência para, em suspendendo a execução do ato normativo viciado, conferir efeito *erga omnes* à decisão definitiva da Excelsa Corte.

Procurou-se ampliar os efeitos da declaração a respeito da constitucionalidade da lei ou ato normativo, a fim de que a decisão não se restringisse ao caso particular, mas, ao contrário, que fosse aplicada a mesma interpretação em todos os casos semelhantes.

Tratou-se de elaborar um mecanismo que prevenisse a reprodução de tantas demandas quantos fossem os interessados maculados pelo ato inconstitucional.

Com isso, foi introduzido o efeito *erga omnes* no controle de constitucionalidade brasileiro, através da resolução do Senado e mediante a apreciação de um caso concreto, via controle difuso.

Somente depois, em 1946, é que foi instituída a Ação Direta de Inconstitucionalidade com possibilidade de atribuição de efeitos *erga omnes* à própria decisão do STF, proferida através da análise da lei ou ato normativo em tese, via controle concentrado, e com legitimidade restrita ao Procurador Geral da República.

Este fato revela grande evolução do sistema, já que impediria a coexistência de decisões contraditórias acerca da matéria posta em juízo, ao tempo em que aprimorava o sistema de freios e contrapesos.

O dispositivo foi mantido nas demais Constituições, com exceção da de 1937, e encontra-se hoje previsto no art. 52, inciso X, da CF/88.

Esta solução parece ter sido criativa e adequada, já que as circunstâncias demonstravam um temor a um “governo dos juizes” e em que se procurava manter sob controle as questões incidentais ao tempo em que se almejava a eficácia *erga omnes*.

Porém, necessário se faz perquirir sobre a permanência de tal modelo na Constituição de 1988, já que, nos dias atuais, não existe apenas e tão-somente o controle incidental e difuso, mas também o controle em tese, abstrato e principal, outrora inexistente, com poder de atribuir por si próprio eficácia *erga omnes* à decisão do STF.

### **3. TENDÊNCIA DO STF**

Diante do quadro atual, portanto, denota-se uma grande transformação no cenário do controle de constitucionalidade brasileiro.

O momento revela a tendência do STF em se transformar numa verdadeira Corte especializada em questões constitucionais, cujas decisões são capazes de gerar, ainda que em sede de controle difuso, concreto, efeitos *erga omnes*, desde que proferidas pelo Pleno.

Com isso, denota-se a progressiva retirada da competência do Senado quanto à suspensão do ato normativo inquinado de vício, implicitamente, através de mutação constitucional.

A norma com vício de constitucionalidade já não deverá ser aplicada a qualquer caso semelhante a partir da decisão do próprio STF e não mais em decorrência da resolução do Senado.

Paulatinamente, substitui-se o modelo atual por aquele praticado em outros países, em que se confere à decisão do órgão fiscalizador da constitucionalidade eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Com efeito, num sistema em que se adota um controle concentrado-principal de que derivam decisões de inconstitucionalidade que operam efeitos *erga omnes* e vinculantes, a participação do Senado para conferir eficácia geral às decisões do STF prolatadas em sede de controle incidental se revela despicienda.

Questiona-se: se o STF pode, em sede de controle concentrado-principal, suspender liminarmente e em caráter geral a eficácia de uma lei e até mesmo de uma Emenda Constitucional, qual a *ratio* da limitação da declaração de inconstitucionalidade pronunciada pela Corte no controle incidental às partes do processo, condicionando a sua eficácia geral ao Senado?

À luz do direito constitucional positivo brasileiro e examinando a jurisdição constitucional no controle difuso incidental, portanto, verifica-se que não persistem os motivos que ensejaram a atribuição ao Senado de tal prerrogativa.

É por isso que o tema, nos dias atuais, ganha relevância e a tendência é que o STF seja transformado em Corte com competência para decidir e atribuir eficácia geral e vinculante, ainda que nos casos concretos, à semelhança do *stare decisis* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

#### **4. O PAPEL DO SENADO FEDERAL E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Denota-se que existe no próprio STF pensamento no sentido de que seja atribuída eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle incidental e difuso, sem qualquer interferência do Senado.

A resolução do Senado passaria a servir apenas para conferir publicidade à decisão da Corte.

O referido movimento tem como nome de destaque o eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que sugere a ocorrência de uma mutação constitucional em relação ao inciso X do art. 52 da Magna Carta, com a conseqüente nova compreensão do seu texto para fins de limitação do ato político do Senado à concessão de mera publicidade da decisão de inconstitucionalidade.

Defende ele que a decisão proferida pelo STF, em sede de controle de constitucionalidade difuso e incidental, reveste-se de eficácia

geral e vinculante desde a publicação de sua ata e desde que proferida em sessão Plenária.

Na reclamação constitucional nº 4.335-5/AC, o Ministro Gilmar Mendes, como relator, votou no sentido de dar provimento e reconhecer a eficácia *erga omnes* da decisão prolatada pelo STF em sede de controle concreto.

Comungando do pensamento esposado pelo Ministro Gilmar Mendes e a partir do exame da jurisprudência e da legislação, denota-se que estão sendo consolidadas fórmulas que retiram, implicitamente, do Senado Federal a atribuição de suspender a execução de uma lei declarada inconstitucional incidentalmente, ao tempo em que conferem significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais às decisões proferidas pelo STF em casos concretos.

O que se verifica hodiernamente é que as decisões proferidas pelo STF em sede de controle incidental acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do inciso X do art. 52 da Magna Carta.

O contexto normativo da suspensão retro pelo Senado é diferente daquele existente no momento de sua origem.

A natureza idêntica do controle de constitucionalidade difuso e concentrado, quanto às finalidades e procedimentos adotados, não mais legitima a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas, seja no controle direto ou incidental.

Está havendo uma nova compreensão do texto constitucional, uma autêntica mutação, ou seja, uma reforma da Constituição sem que haja uma efetiva modificação em seu texto.

A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso, sem sombra de dúvidas, contribuiu muito para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do sistema.

Agora, as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a ser a regra quando prolatadas pelo Plenário do STF.

Sendo assim, o dispositivo que fundamenta a suspensão da execução de uma lei pelo Senado Federal, que em dias de outrora foi tão útil para atribuir a eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em caso concreto, está sendo objeto de mutação constitucional a fim de que se lhe aplique apenas o efeito de publicidade.

Simples assim. Se o Plenário do STF, em sede de controle incidental de constitucionalidade, chegar à conclusão, em decisão definitiva, de que a lei é inconstitucional, poderá conferir efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal apenas para fins de publicidade.

Porém, não é mais a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. É a própria decisão da Corte que contém essa força normativa.

Isto talvez se apresente como o mais eficaz instrumento tendente a resolver o fenômeno da multiplicação de demandas, propiciando o acesso à justiça.

## **5. A CRIAÇÃO DE SÚMULAS VINCULANTES E OUTROS INSTRUMENTOS DE CONTROLE**

O sistema de controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro, portanto, vem sofrendo, na atualidade, mudanças bastante significativas.

A recente criação da súmula vinculante, com a EC n.º 45, constitui exemplo de um dos instrumentos criados para conferir efetividade ao controle das leis e atos normativos inconstitucionais.

Outra mudança relevante consiste na tendência do STF de transformar o recurso extraordinário, que em regra é instrumento de controle difuso de constitucionalidade, como meio de efetivação de controle abstrato de constitucionalidade, fenômeno denominado pela doutrina de “objetivação” do recurso extraordinário.

O procedimento do recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais demonstra tal transformação, pois a decisão do STF neste recurso é vinculante para as Turmas Recursais.

Verifica-se que é uma forma de controle em abstrato, exercida a partir de um caso concreto, em controle difuso e incidental.

A dispensa do prequestionamento em recurso extraordinário, excepcionalmente, também é mais um exemplo.

A Ministra Ellen Gracie Northfleet dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário sob o fundamento de que fosse conferida efetividade a posicionamento do STF sobre uma questão constitucional, adotado em julgamento de outro recurso extraordinário (AI n. 375.011, constante do Informativo n. 365 do STF).

A Ministra manifestou-se expressamente sobre a transformação do recurso extraordinário em instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, e com base neste fundamento, dispensou o prequestionamento para prestigiar o posicionamento do STF em matéria de controle de constitucionalidade.

Verifica-se que, devido à relevância da questão da constitucionalidade, despreza-se o meio em que ela está sendo discutida, levando-a à apreciação pelo Plenário do STF, que exercitará a defesa da supremacia de nossa Magna Carta.

E mais. À semelhança do que já acontece com o julgamento das referidas ações de controle concentrado, no julgamento do RE n. 298.694, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 23.4.2004, foi decidido sobre a possibilidade de julgamento de recurso extraordinário também com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo Tribunal recorrido.

Também no julgamento do RE 197.917/SP (publicado no DJU de 27.02.2004), o STF interpretou a cláusula de proporcionalidade prevista no inciso V do art. 29 da Constituição Federal, que cuida da fixação do número de vereadores em cada município, através de um Recurso Extraordinário, ou seja, via controle difuso e incidental.

Diante deste julgamento, o TSE editou uma Resolução adotando o posicionamento do STF, conferindo ao julgamento eficácia *erga omnes*. E esta resolução foi alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade que foram rejeitadas.

O STF também admitiu no RE n. 416827/SC e RE n. 415454/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, publicado no Informativo n. 402 do STF, 19-23 de setembro de 2005, a possibilidade de sustentação oral de *amici curiae* em julgamento de recurso extraordinário, sendo que tal possibilidade é própria dos processos objetivos, até então somente exercido através das ações do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

E ainda que não se trate de um recurso extraordinário, verifica-se o fenômeno da objetivação do processo constitucional como um todo, em especial quando tiver por escopo o exame da constitucionalidade através do controle difuso e incidental.

No julgamento do HC n. 82.959, o Min Gilmar Mendes aplicou o art. 27 da Lei n. 9868/99, atribuindo eficácia não retroativa, ou seja, *ex nunc*, à decisão.

Ou seja, aplicou em sede de controle difuso um instrumento típico, em princípio, do controle concentrado, que é a possibilidade de o STF definir acerca da produção de efeitos de seu julgado, determinando se a decisão operará efeitos *ex nunc* ou *ex tunc*, a denominada modulação dos efeitos em sede de controle de constitucionalidade.

A dispensa do reexame necessário, quando se está diante de uma sentença baseada em posicionamento emanado pelo Pleno do STF, mesmo não sumulado e que não seja oriundo de um processo objetivo, também confere importância aos precedentes do STF.

Conclui-se também que, se estão sendo conferidos efeitos *erga omnes* e vinculantes em sede de controle difuso de constitucionalidade, em decisões tomadas pelo Pleno do STF, é coerente que se admita a reclamação constitucional, independentemente da existência de enunciado sumular de eficácia vinculante.

E o §3º do art. 103-A também permite o ajuizamento da reclamação constitucional para cassar a decisão judicial que contrariar súmula vinculante editada a partir de decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade.

Além do mais, o Min. Carlos Velloso entende que o controle difuso de constitucionalidade de lei pode ser exercido através dos variados remédios constitucionais, no juízo de primeiro grau, e incidentalmente, quando necessário para a decisão da hipótese concreta.

Mas isto somente quando a declaração de inconstitucionalidade for pleiteada como causa de pedir e não como pedido, por exemplo, de uma ação civil pública.

Não pode também o Mandado de Segurança ser utilizado como instrumento de controle concentrado, abrangendo casos gerais, impessoais e abstratos, conforme a Súmula 266 do STF.

Com relação aos outros remédios constitucionais, como o mandado de injunção, *habeas corpus*, *habeas data* e ação popular, todos eles também podem ser utilizados em sede de controle difuso de constitucionalidade.

## **6. A PIRÂMIDE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O GRAU DE ESTABILIDADE DAS DECISÕES**

As decisões do STF, em matéria de controle de constitucionalidade e interpretação da constituição, podem ser escalonadas de acordo com a sua força vinculante e extensão subjetiva dos seus efeitos em quatro espécies.

Existem as decisões proferidas por uma Turma, em controle difuso, que somente têm eficácia *inter partes* e se constitui em precedente jurisprudencial de menor importância, inclusive porque a outra Turma pode adotar posicionamento diverso, fato que ensejará a interposição de Embargos de Divergência.

Tais decisões possuem menor estabilidade, uma vez que uma Turma pode proferir julgamento diverso da outra e, sendo assim, podem ser interpostos Embargos de Divergência para dirimir a querela, cuja solução ensejará o descarte de uma das decisões pelo Plenário do STF.

De qualquer forma, são precedentes jurisprudenciais do STF que devem ser observados pelos demais Tribunais e juízes de 1º grau, tanto assim que cabe a Reclamação Constitucional.

Seguindo a linha ascendente da pirâmide da estabilidade, depois das decisões emanadas das Turmas do STF, estão as decisões proferidas pelo Pleno, em controle difuso e ainda não consagradas pelo enunciado de uma súmula vinculante.

Tais decisões podem produzir efeitos *erga omnes*, sendo precedente jurisprudencial que acarreta grande natureza vinculativa.

Porém, ainda assim, não detêm estabilidade absoluta, pois podem ser revistas pelo próprio Plenário do STF, desde que surjam novos fundamentos, tendo em vista a evolução do pensamento a respeito do assunto.

As decisões consagradas em Súmula Vinculante revelam estágio bem mais avançado de estabilidade do posicionamento do STF embora ainda possam também ser revistas de acordo com os pressupostos previstos no §2º do art. 103-A da CF/88.

As decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, em ADI, ADC e ADPF, ficam imunes pela coisa julgada material, não podendo ser revistas sequer através de Ação Rescisória.

Trata-se do nível mais elevado de estabilidade com relação a um posicionamento do STF em tema de interpretação da Constituição Federal.

Daí porque a sua força vinculante e extensão subjetiva dos efeitos também estão em grau máximo.

Tanto a evolução do papel do Senado, como a criação de novos instrumentos de controle e de atribuição de efeitos vinculantes e *erga omnes*, acarretam um novo perfil ao estudo do controle de constitucionalidade brasileiro, sendo relevante para os que militam na área jurídica, já que devem observar os preceitos da Corte Suprema.

A modulação temporal dos efeitos, a atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, o cabimento de Reclamação Constitucional, dentre outros, são institutos que agora podem ser aplicados tanto em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, como também em sede de controle difuso e incidental.

A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso, sem sombra de dúvidas, contribuiu muito para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do sistema.

Agora, as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a ser a regra quando prolatadas pelo Plenário do STF.

É por isso que o tema, nos dias atuais, assume extrema relevância e a tendência é que o STF seja transformado em verdadeira Corte com competência para decidir com eficácia geral e vinculante, ainda que diante de casos concretos, à semelhança do *stare decisis* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

## CONCLUSÃO

Enfim, variadas são as transformações em matéria de controle de constitucionalidade, principalmente com relação aos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

A nossa corte constitucional detém o dever de guarda da nossa Constituição Federal, dotada de força normativa e supremacia.

É imprescindível que o controle de constitucionalidade seja um instrumento eficaz no combate ao vício de inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais, preservando-se com isso o equilíbrio do ordenamento jurídico brasileiro.

Não se justifica mais o apego à forma, aos ideais de outrora.

O Poder Judiciário está migrando para um modelo de eficiência e celeridade processuais, e não pode mais se resumir tão-somente à legalidade.

Os juízes hoje devem pautar as suas decisões em fundamento constitucional, tendo em vista sempre a dignidade da pessoa humana e os princípios explícitos e implícitos que dela derivam.

Há um verdadeiro processo de filtragem constitucional, obtido através da supremacia e da força normativa da Constituição.

Ademais, deve sempre ser averiguada a dupla compatibilidade vertical, ou seja, a lei deve ser compatível não só com a Constituição Federal, mas também com o direito internacional.

A era é a da globalização e da democracia material.

Não basta a democracia formal, da maioria. Não basta a maioria aprovar a lei para que seja válida.

Antigamente, bastava a aprovação da maioria para que a lei fosse válida e esta situação perdurava até que outra lei a revogasse.

Hoje, uma lei vigente só é válida se compatível com os ditames da Constituição Federal e do direito internacional.

Daí a importância de serem preservados os princípios previstos na Constituição Federal e que seja realizado um efetivo controle de validade das normas infraconstitucionais, a fim de serem preservadas as normas que detêm supremacia.

Diante de tal necessidade, caminha bem o Brasil em direção a um controle mais efetivo, mais dinâmico e eficaz.

A tendência é a aproximação do modelo norte-americano, em que se tem a presença do *stare decisis*.

O STF, como guardião da Constituição Federal, tem um papel de suma relevância nesta tarefa evolutiva.

Através da mutação constitucional e outros mecanismos, o controle de constitucionalidade hoje no Brasil tem uma nova feição, muito diferente, a título de exemplo, daquela existente durante a vigência da Constituição de 1934.

A tendência é avançar ainda mais. É só uma questão de tempo.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Malheiros, 1997.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 3. ed. Salvador: JusPODIUM, 2007.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle da Constitucionalidade das Leis Penais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Direito Constitucional**. São Paulo: RT: IELF, 2005 - (Série manuais para concursos e graduação; v. 5/ coordenação geral Luiz Flávio Gomes).

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MERLIN CLÈVE, Clèmerson. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

PAULO, Vicente. **Controle de Constitucionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A constitucionalização do Direito - Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

## O PERFIL CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: evolução e histórico

**Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza**

Mestranda em Direito Público pela UFS; Advogada; Assessora do TCE/SE; Autora do livro- Corrupção e Improbidade: críticas e controle (Editora Fórum); Pós-graduada em Direito Municipal; Pós-graduada em Direito do Estado; Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil; Pós-graduada em Auditoria Contábil.

**Sumário:** Introdução. 1. Tipos de Controle Exercido pelos Tribunais de Contas; 2. Panorama Histórico do Surgimento dos Tribunais de Contas no Mundo; 3. Evolução Histórica dos Tribunais de Contas no Brasil; 4. Controle Restrito dos Tribunais de Contas: aspecto da legalidade; 5. As Atribuições dos Tribunais de Contas após a CF/88; Conclusão; Bibliografia.

**Resumo:** Este presente artigo visa corroborar para o contexto histórico dos Tribunais de Contas, associando o perfil das diversas Constituições desde o seu surgimento em 1890 até os dias atuais. Sendo assim, vem contribuir às pesquisas na área do direito público. Procura esclarecer as regras, a composição e competências das Cortes de Contas durante as constituições que vigoram em nosso país. Faz considerações sobre como funcionam hoje estas Cortes e a fiscalização exercida pelas mesmas, indo além da legalidade, mas chegando a operacionalidade buscando não apenas a eficiência, mas atingir resultados positivos, ou seja, a eficácia que tanto almeja a sociedade.

**Palavras-chave:** Tribunais de Contas; Perfil Constitucional; Evolução. Histórico.

**Abstract:** This article aims to corroborate the historical context of Supreme Audit, associating the profile of the various constitutions since its inception in 1890 until today. Thus, contributes to research in the area of public law. Seeks to clarify the rules, the composition and powers of the Courts of Auditors for the constitutions vigoram in our country. Raises questions about how they work today these courts and the supervision exercised by them, going beyond the law, but getting the operation seeking not only efficiency, but to achieve positive results, ie, the effectiveness of society he craves.

**Keywords:** Courts of Auditors. Constitutional Profile. Evolution. History.

## INTRODUÇÃO

Na antiguidade, Aristóteles acreditava que a política deveria ser vista como a ciência que tem como objeto a felicidade humana, dividindo-se, assim, em *ética* e *política*, cujo foco de cada uma destas seriam a busca da felicidade individual do homem inserido na *polis* e a busca da felicidade coletiva de todos na *polis*, respectivamente.

Desta feita, o filósofo grego, ainda em seu texto, objetivava investigar as formas de governo e as instituições assecuratórias dessas felicidades individual (do cidadão) e coletiva (*da polis*), daí porque justapor-se a política como uma ciência prática, eis que se utiliza do conhecimento como meio para ação, aquela que estuda os sistemas políticos, as organizações políticas e os processos políticos.

Como essas estruturas de realização da felicidade individual e coletivas se dão através do uso do patrimônio financeiro público, surge a necessidade de controle do dinheiro público, que é uma cautela que remonta a história da humanidade e que precede o surgimento das instituições hoje reconhecidamente voltadas para a verificação do profícuo uso do dinheiro público por parte dos públicos administradores, como textualizado por COELHO (2002:33), *verbis*:

...normas acerca de como se deveriam aplicar os fundos públicos já constavam nas leis de Manu, na Índia (século XIII a.C.); nos hieróglifos egípcios e nas leis de Moisés. Também na China antiga existia a figura do censor que fiscalizava toda a atividade estatal, inclusive a do rei<sup>205</sup>.

Não obstante, os primeiros mecanismos de controle sobre o uso do patrimônio financeiro público, muito embora despidos do fim institucional de controle de gestão orçamentária, foram evidenciados em Roma e na Grécia, servindo de modelo para o que hoje sinalizamos como instituições de controle financeiro sobre a gestão pública, como se extrai das ideias esposadas por CRETELLA JÚNIOR (1997:106).

Enquanto que os gregos e os romanos concebiam as expressões *'ta politiká'* e *'res pública'* como as práticas ou os modos de participação no poder, aos conflitos e às tomas de decisões e no que seriam as leis e as suas aplicações, traçando a bilateralidade de direitos e obrigações dos sujeitos e

---

<sup>205</sup> LOPES, Alfredo Cecílio. Ensaio sobre o Tribunal de Contas. São Paulo, 1947, p. 5-90.

as decisões voltadas ao erário. Por outro lado, os atenienses defendiam três relevantes direitos dos cidadãos - a liberdade, a igualdade e a participação no poder, primando, desta forma pela tese da democracia.

O ser humano, ao deixar a sua condição de integrante do ‘*gens*’ (em Roma) ou do ‘*genos*’ (na Grécia), constituiu o Estado, fazendo com que as consecuições individuais e coletivas, como necessidades públicas, passassem a ser uma atribuição desse Estado, cujas atividades políticas foram avolumando-se até englobar as questões administrativas complexas e crescentes, como a organização desse Estado, as decisões de cunho econômico e os serviços de conotação social.

Assim, o Estado passou a ser aquele que, de posse da gestão do erário - do todo arrecadado com tributos -, atenderia aos anseios públicos, realizando as despesas que fossem necessárias à consecução do bem coletivo, além do exercício da sua soberania, em legislar (fazer as leis) e jurisdizer (exigir o cumprimento das leis, sob pena de sanção).

Conduto, como os fins do Estado são perpetrados por atos dos agentes administrativos, que realizam a despesa, não se pode negar que a possibilidade de mau uso desses recursos coletivos pelo particular imbuídos do dever-poder, razão porque os controles até então existente sempre visaram a conferência da correta aplicação da verba pública pelos que ordenam a despesa.

## **1. TIPOS DE CONTROLE EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Calha à fiveleta, nesta oportunidade, por dever, orientar e fazer algumas digressões sobre o que é controle, os tipos de controle e os momentos em que ele pode se dar.

Primeiramente e de forma simples, pode-se dizer que controle é o ato de direcionar qualquer serviço ou atividade, orientando-o (prévia e concomitantemente) e fiscalizando-o (concomitante e posteriormente) para a sua consecução do modo mais conveniente, o que pode se dar pela instrução e monitoramento das atividades desempenhadas visando a sua conformidade.

Podé o controle ser interno e externo, sendo o primeiro deles o que é feito dentro do próprio órgão ou Poder, como evidenciado nos comandos constitucionais insertos nos arts. 31, 70 e 74, e o outro

(externo) aquele que é exercido pelos Tribunais de Contas no seu *mister* constitucional, como órgão de controle parlamentar indireto [arts. 70 a 76].

No que tange ao momento do controle, ele pode ser prévio, concomitante e a *posteriori*, sendo que, via de regra, os Tribunais de Contas exercem maciçamente o controle a *posteriori* (aposentadoria, contas de recurso de convênio, contratos de obras e serviços), tal qual o modelo francês, muito embora faça o controle prévio (editais de licitação, de concurso público), como exercido na Itália, e concomitante (denúncia no curso da licitação, do pregão eletrônico, da execução de obra).

## 2. PANORAMA HISTÓRICO DO SURGIMENTO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO MUNDO

SPECK (2000) demonstra, na tabela a seguir, um cronograma histórico, na esfera internacional, a respeito da evolução e criação das instituições de controle financeiro sobre a administração pública.

PAÍS	ANO	NOME
Espanha	Séc. XV	Tribunal de Cuentas
Prússia	1714	Generalrechnkammer
Áustria	1761	Hofrechnkammer
França	1807	Cour dès Comptes
Holanda	1814	Algeme Rekenkamer
Finlândia	1824	General Revision Court
Bélgica	1830	Rekenhof
Grécia	1833	Court of Audit
Luxemburgo	1840	Chambre des Comptes
Portugal	1842	Tribunal do Tesouro Público
Dinamarca	1849	Riksrevisionen
Itália	1862	Corte dei Conti
Inglaterra	1866	Controller and Auditor General
Brasil	1891	Tribunal de Contas
Irlanda	1921	Controller and Auditor General
Suécia	1921	National Accounts Board
Estados Unidos	1921	General Accounting Office

Fonte: SPECK (2000)

Diante desse panorama, interessante é observar que a maior parte das instituições de controle financeiro sobre a administração pública surgiram no período absolutista, pois era justamente o serviço de contabilidade do Rei, não tendo, ainda, a conotação que hoje é verificada: controlar quem tem o poder de gerir o erário.

### **3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL**

Assim como ocorrido em outros países, no Brasil, a iniciativa de se criar mecanismos de controle financeiro sobre os recursos públicos, não obstante sem a configuração existente nos órgãos de controle de contas que surgiam na Europa, igualmente se originou do Poder Executivo durante o período colonial do absolutismo português, ou seja, a serviço do Rei.

O surgimento do controle, no Estado Brasileiro, sobre o uso do dinheiro público remonta o período posterior ao seu descobrimento, como faz exemplo o da vigência do sistema de governadorias-gerais, em 1549, no qual foi criado o cargo de ‘Provedor-mor das contas’, ao qual incumbia *“exigir as prestações de contas anuais dos provedores das capitânicas, tomando providências contra os que não apresentassem tais prestações de contas”* (SIQUEIRA, 1998:147).

SIQUEIRA (1998:149) menciona, também, que em 1780, no Rio de Janeiro, foram criadas as Juntas das Fazendas nas Capitânicas, às quais cabia a tarefa de fazer a verificação dos livros de receita e despesa da Fazenda Pública, e, em 1808, foi fundado o ‘Erário Régio’, composto por um Presidente, um tesoureiro e três controladores-gerais, cuja função era a de *“coordenar e controlar todos os dados referentes ao patrimônio público”*.

Com isso, percebe-se que, no período colonial, não se deu a institucionalização do controle através de um órgão estruturado para tanto, com o fito precípua de exercer o efetivo controle orçamentário e financeiro sobre a pública administração brasileira, todavia, serviu como embrião para que o país, após a sua independência proclamada, pudesse amadurecer essa idéia.

Com vista ao futuro, os senadores Visconde de Barbacena e José Inácio Borges, em 1826, propuseram a criação de um tribunal de contas,

mas naufragaram no seu objetivo, pois o Projeto foi rejeitado sob o frágil argumento de que o tribunal que estava sendo proposto exerceria tão somente o controle posterior, não garantindo, assim, o lapidar desafio primeiro de garantir o uso correto dos recursos público de então, ou seja, “o controle limitado que o ministro das finanças tinha sobre a gestão financeira dos administradores”, nas afirmações de SPECK (2000:38).

Com a criação do Tribunal do Tesouro Público, em 1831, restou clara a preocupação desse controle, que era presidido pelo Ministro da Fazenda e cujas funções eram a de, nas palavras de SIQUEIRA (1998:151),

“administrar a despesa e a receita pública, a contabilidade e os bens nacionais, receber as prestações de contas anuais de todas as repartições da fazenda, ainda que dependentes de outros ministérios e demitir funcionários públicos considerados inidôneos e inabilitados à ocupação dos cargos”.

Àquele tempo, já se tinha a preocupação com o controle das finanças públicas, com a principal atenção para conter os gatos que fossem ordenados pelos gestores que não levassem em conta as possibilidades financeiras de arcar com a obrigação adquirida por parte do tesouro (liquidez), como se extrai da lição de SPECK (2000:38).

Não obstante essa preocupação com a liquidez, ainda não existia a outra faceta, a de efetivamente controlar, mas cujo *mister*, em 1835, já era enxergado pelo deputado Manoel de Nascimento e Castro, que propôs a criação de uma instituição de controle que intercambiasse com o Legislativo, representando isso uma sinalização de que o referido Poder já se mostrava intencionado em controlar as atividades do Executivo, ao que nos indica SPECK (2000:39).

Foi em 1838 que o Ministro da Fazenda Marquês de Abrantes iniciou o Projeto de criação do Tribunal de Contas, que tramitou na Câmara dos Deputados, mas não foi aprovado.

Outros tantos Ministros da Fazenda tentaram a mesma sorte, mas não obtiveram resposta positiva, como fez exemplo, ainda, o Projeto de autoria do Ministro Manoel Alves Branco para a criação, em 1845, de um órgão de controle de contas.

Nessa esteira, é de se ver que o país, durante o Império, fomentou sobremaneira a discussão sobre a necessidade de criação de um órgão

para o efetivo controle de contas para o acompanhamento dos gastos públicos (conotação gerencial), mas com uma vertente ainda pouco evoluída para o que hoje se conhece como controle externo, como controle do poder político para que não sobrepuje o interesse público (conotação liberal), o que só vem a ocorrer com a República, quando a ideia sobre as funções do Tribunal de Contas atravessa as margens do mero gerenciador e para alcançar as raias daquele de vai contender contra os que abusam do poder.

Enfim, em 1890, com o Decreto 966-A de Rui Barbosa, é que se formalizou a criação dos Tribunais de Contas, sendo instituído em 1891, com a Carta Magna e dois anos após, em 1893, surge o Tribunal de Contas da União, constituído pelo Ministro Serzedello Correa.

No Brasil, os Tribunais de Contas Estaduais surgiram entre os séculos XIX e XX. O primeiro deles surgiu no Piauí, 1899, sucedido pela Bahia (1915), Rio de Janeiro (1920), São Paulo (1923), Rio Grande do Sul (1935), Minas Gerais (1935), Ceará (1935), Maranhão (1946), Paraná (1947), Pará (1947), Goiás (1947), Alagoas (1947), Amazonas (1950), Mato Grosso (1953), TC Municípios do Estado do Ceará (1954), Santa Catarina (1955), Espírito Santo (1954), Rio Grande do Norte (1957), Brasília (1960), Pernambuco (1967), TC Município de São Paulo (1968), Sergipe (1970), Paraíba (1970), TC Municípios do Estado de Goiás (1977), Mato Grosso do Sul (1979), TC Municípios dos Estados do Pará (1980), TC do Município do Rio de Janeiro (1980), Rondônia (1983), Acre (1987), Roraima (1988), Tocantins (1989), TC Municípios da Bahia (1989), Amapá (1991).

Da sequencia cronológica acima, percebe-se que o lapso temporal de um século entre a fundação da primeira e última Corte de Conta Brasileira (1890 a 1991) nos Estados brasileiros.

O Tribunal de Contas do Estado de Sergipe [TCE/SE] foi criado pela Emenda Constitucional nº 2, de 30 de dezembro de 1969, por ato do Governador Lourival Baptista, sendo composto por sete Conselheiros e regido pela Lei Complementar Estadual n.º 205, de 06 de julho de 2011, ao qual compete, nos termos do art. 68 da Constituição do Estado de Sergipe, *verbis*:

Art. 68. A Assembléia Legislativa exercerá o controle externo com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:  
I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador do

Estado, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar do seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, inclusive das fundações, empresas públicas e sociedades instituídas ou mantidas pelo Poder Público Estadual e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público estadual;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, inclusive nas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, e empresas públicas, excetuadas as nomeações para cargo de natureza especial ou provimento em comissão, bem como e para os mesmos fins, apreciar as concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Assembléia Legislativa, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar a aplicação de qualquer recurso repassado pelo Estado, mediante convênio, acordo ou outro instrumento análogo, a Município;

VI - prestar à Assembléia Legislativa e a suas Comissões técnicas ou de inquérito, ao Ministério Público e ao Judiciário, informações solicitadas sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias, perícias e inspeções realizadas;

VII - aplicar aos responsáveis em casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

VIII - estabelecer prazo para que o responsável pela ilegalidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

IX - promover, na hipótese do inciso anterior, se não ocorrer a sanatória, a sustação da execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Assembléia Legislativa;

X - representar ao Poder competente sobre irregularidade ou abusos apurados, cientificando o Ministério Público sempre que,

da prática irregular ou abusiva, resultar, em tese, ilícito penal;

XI - executar suas próprias decisões que impliquem imputação de débito ou multa;

XI - (Declarado inconstitucional - STF-RE 223037);

XII - emitir parecer prévio, no prazo de cento e oitenta dias do seu recebimento, sobre as contas que os Prefeitos devem apresentar anualmente;

XII - apreciar as contas prestadas anualmente pelos Prefeitos Municipais, emitindo parecer prévio que deverá ser elaborado em cento e oitenta dias a contar do seu recebimento, independente de diligências e notificações. Decorrido o tempo previsto sem oferecimento do parecer, serão os autos remetidos no prazo de cinco dias às respectivas Câmaras Municipais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 11 de 1996).

XIII - fiscalizar os cálculos das quotas do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações - ICMS, devidas aos Municípios;

XIV - acompanhar, fiscalizar e emitir parecer para apreciação da Assembléia Legislativa, sobre a aplicação das disponibilidades de caixa do Tesouro Estadual no mercado financeiro nacional de títulos públicos e privados de renda fixa;

XV - fiscalizar as contas de empresas de cujo capital social o Estado participe, de forma direta ou indireta, nos termos do documento constitutivo.

Os Tribunais de Contas Estaduais existem em todas as 27 unidades federativas do Brasil e, conforme cada Estado, fiscalizam as contas do governo estadual e de todos os prefeitos.

Contudo, há quatro estados-membros (Bahia, Ceará, Goiás e Pará) que possuem Tribunais de Contas Municipais imbuídos de fiscalizar as contas de todos os prefeitos da unidade federativa em que atuam.

A diferença mais contundente, quanto aos Estados da Bahia, Ceará, Goiás e Pará, reside nas duas formas de controle de contas sobre a pública administração: em que ao Tribunal de Contas estadual competente avaliar as contas do governador do Estado, ao passo que o Tribunal de Contas dos municípios exercem o controle financeiro sobre as contas de todos os prefeitos dos municípios de cada um destes Estados, respectivamente.

Ressalva se faz, porque diferenciados, são os Tribunais de Contas dos Municípios de São Paulo e Rio de Janeiro, pois existem de forma única e exclusiva nos municípios e são objeto de fiscalização apenas as contas dos prefeitos dessas capitais.

A criação do Tribunal de Contas do Município de São Paulo adveio ao art. 106 da Constituição estadual de 1967, o qual apregoava que “o município de São Paulo e os que tiverem renda superior a cinco por cento da arrecadação deste, poderão ter regime administrativo especial e Tribunal de Contas próprio, na forma que a Lei Orgânica dos municípios estabelecer”, e do art. 107, ao dispor que “municípios da mesma região, que, em conjunto, atingirem o limite de renda estabelecido no artigo anterior, poderão ter Tribunal de Contas próprio”.

Ocorre que, durante o Regime Militar de 1969, o governo de então elaborou uma emenda à Constituição de 1967, e em seu art. 16, restringiu a possibilidade da existência das Cortes de Contas em “... municípios com população superior a dois milhões de habitantes e renda tributária acima de quinhentos milhões de cruzeiros novos”.

Diante disso, os demais órgãos de controle que já existiam em outros municípios foram extintos, restando somente o Município de São Paulo que ficou com o seu próprio Tribunal de Contas.

Com esse novo panorama, apenas o Município do Rio de Janeiro se enquadrava nos requisitos previstos na precitada Emenda Constitucional de 1969, razão pela qual veio a ser criado o TCM do Rio de Janeiro em outubro de 1980.

Sem embargos aos Tribunais de Contas Paulista e Fluminense, a Constituição de 1988, em seu art. 31, reassentou a vedação à criação dos Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais, permitindo, como se disse, que continuassem a existir apenas os Tribunais de Contas dos Municípios já aludidos.

Para garantir a autonomia do Tribunal de Contas frente aos Poderes, evitado inoportunas ingerências, e para muni-lo dos instrumentos necessários ao desempenho do seu *mister*, inclusive o de punir, as competências do Tribunal de Contas da União, de acordo com o art. 4º do Decreto 966-A, ficaram delineadas da seguinte forma (BARROS, 1999:267):

- 1º Examinar mensalmente, em presença das contas e documentos que lhe forem apresentados, os resultados mensais;
- 2º Conferir esses resultados com os que lhe forem apresentados pelo Governo, comunicando tudo ao Poder Legislativo;
- 3º Julgar anualmente as contas de todos os responsáveis por contas, seja qual for o Ministério a que pertençam. Dando-lhes quitação, condenando-os a pagar, e quando o não cumprirem, mandando proceder na forma de Direito;
- 4º Estipular aos responsáveis por dinheiros públicos o prazo de apresentação de suas contas, sob as penas que o regulamento estabelecer.

Decerto, submetendo a escolha dos Ministros do TCU, que se dava pelo Poder Executivo, à necessária aprovação do Senado Federal [Poder Legislativo], pensou-se que estaria o Tribunal de Contas imune às pressões políticas, o que não ocorreu na prática, pois com a efetiva ação de controle do TCU sobre os atos governamentais, como aponta SIQUERIA (1999:164-165), o Executivo começou a indagar sobre a autoridade do Tribunal, chegando ao ponto de afirmar que estava se posicionando acima do Presidente da República, levando os membros dos governos a crer que os atos presidenciais não deveriam ser questionados pela Corte de Contas.

Conflito memorável existente entre o TCU e a Presidência foi o ocorrido entre o Marechal Floriano Peixoto, que nomeou um parente de Deodoro da Fonseca, Presidente antecessor, como membro do Tribunal, por meio da criação de um “lugar” específico para ele, cuja indicação foi rejeitada pelos Ministros do TCU sob o argumento de que o “Governo não poderia criar lugares” (SIQUERIA, 1999:164-165).

Não cessando a contenda, a Presidência da República, em retaliação à rejeição de atos relativos à receita e à despesa do Executivo e pelo veto à nomeação de uma pessoa indicada por Floriano Peixoto, editou decretos reduzindo a competência do Tribunal para impugnar despesas do Executivo, o que não foi aceito pelo Ministro da Fazenda Serzedello Corrêa, que se demitiu do cargo e, em 27 de abril de 1893, demonstrou, por documento público, sua repulsa nas seguintes linhas:

Esses decretos anulam o Tribunal, o reduzem a simples Ministério da Fazenda, tiram-lhe toda a independência e autonomia, deturpam os fins da instituição, e permitirão ao Governo a prática de todos

os abusos e vós o sabeis - é preciso antes de tudo legislar para o futuro. Se a função do Tribunal no espírito da Constituição é apenas a de liquidar as contas e verificar a sua legalidade depois de feitas, o que eu contesto, eu vos declaro que esse Tribunal é mais um meio de aumentar o funcionalismo, de avolumar a despesa, sem vantagens para a moralidade da administração. (Fonte: [www.tcu.gov.br/Institucional/Histórico.html](http://www.tcu.gov.br/Institucional/Histórico.html), acesso em 03 de novembro de 2011)

A partir daí o TCU sofreu diversas mudanças políticas: em alguns momentos, os governantes de períodos autoritários reduziram suas atividades, e em outros, devolveram antigas atribuições, incluindo, também, funções que antes não eram realizadas por estas Cortes.

Depois de idas e vindas, passando - inclusive - por governos autoritários, enfim, com a Constituição Federal de 1934, ao TCU foi dada a competência para a consecução das tarefas de realizar o acompanhamento da execução orçamentária, emitir parecer sobre as contas prestadas pelo Presidente da República para posterior encaminhamento ao Legislativo, proceder ao registro prévio das despesas e dos contratos, bem como ao julgamento das contas dos responsáveis por bens e dinheiro públicos (FERNANDES, 2001:64-67).

Continuava a forma de escolha dos Ministros do TCU, advinda do Poder Executivo, com a necessária aprovação pelo Senado, sem, contudo, haver qualquer exigência quanto à qualificação do pretense Ministro ou à sua idade (SPECK, 2000:46).

Com o Estado Novo (período autoritário), em 1937, o Tribunal de Contas da União deixou de ter competência para emitir parecer prévio acerca das contas do Presidente, o que só foi restaurado no período democrático, a partir de 1945, e com a promulgação da nova Carta Constitucional de 1946, adicionando-se a competência para julgar a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, como se extrai das lições de FERNANDES (2001:64-67), e afixando-se, como exigências básicas para se ocupar o cargo de Ministro do TCU, a condição de ser brasileiro, ter no mínimo 35 anos de idade e gozar plenamente dos direitos políticos, ao que afirma SPECK (2000, 46).

Eis que o Golpe de 1964 acarretou a retirada de competências do Tribunal de Contas da União, como estampado na Constituição Federal de 1967 e na EC nº 1, de 1969.

Segundo pesquisa de FERNANDES (2001:67-68), com a supressão da democracia, em razão do golpe de Estado ocorrido em 1964, as atribuições do TCU sofreram algumas modificações que passaram a constar tanto na Constituição Federal de 1967, como na EC nº 1, de 1969, como a de julgamento prévio dos atos e contratos geradores de despesas e o das aposentadorias, reformas e pensões, podendo ele apenas identificar ilegalidades e comunicá-las ao Congresso Nacional para que o próprio Legislativo tomasse as providências. A escolha dos ministros continuou sob responsabilidade do Poder Executivo, acrescentando idoneidade moral e conhecimentos específicos no rol das exigências para o pretense Ministro. Em contrapeso, o TCU passou a realizar auditorias nas entidades por ele fiscalizadas.

Para SPECK (2000: 67), a razão para que o regime militar extirpe o controle prévio das atribuições do TCU está no fato de que “um dos pilares do autoritarismo militar era o fortalecimento do Executivo e a sucessiva limitação do espaço dos outros poderes - Legislativo e Judiciário”.

#### **4. CONTROLE RESTRITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: aspecto da legalidade**

Antes de mais nada, é de se frisar que o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, marcou sobremaneira a administração pública, ao estabelecer novas diretrizes para a Reforma Administrativa, robustecendo o Tribunal de Contas frente aos órgãos da Administração Federal, aos quais cabia a prestação dos informes relativos à administração dos créditos orçamentários, além de funcionarem como facilitadores (colaboradores) do Tribunal na realização das inspeções de controle externo dos órgãos de administração financeira, como se vê do art. 75 do citado Diploma Legal, *verbis*:

Art. 75. Os órgãos da Administração Federal prestarão ao Tribunal de Contas, ou suas delegações, os informes relativos à administração dos créditos orçamentários e facilitarão a realização das inspeções de controle externo dos órgãos de administração financeira, contabilidade e auditorias. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

Parágrafo único. As informações previstas neste artigo são as imprescindíveis ao exercício da auditoria financeira e orçamentária, realizada com base nos documentos enumerados

nos itens I e II do artigo 36 do Decreto-lei número 199, de 25 de fevereiro de 1967, vedada a requisição sistemática de documentos ou comprovantes arquivados nos órgãos da administração federal, cujo exame se possa realizar através das inspeções de controle externo. (Incluído pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

Além disso, o Decreto-lei n.º 200/67 instituiu uma visão apurada de responsabilidade na gestão ao estabelecer, por exemplo, que “As despesas inscritas na conta de ‘Restos a Pagar’<sup>206</sup> serão liquidadas quando do recebimento do material, da execução da obra ou da prestação do serviço, ainda que ocorram depois do encerramento do exercício financeiro” (art. 76); que haveria, pelos órgãos de contabilização, o acompanhamento da execução orçamentária (art. 78); e que a contabilidade deveria aferir os resultados da gestão através dos custos dos serviços (art. 79).

No art. 80 apregoou o mencionado Decreto-lei que “Os órgãos de contabilidade inscreverão como responsável todo o ordenador da despesa, o qual só poderá ser exonerado de sua responsabilidade após julgadas regulares suas contas pelo Tribunal de Contas”, deixando claro, em seu art. 81, que “Todo ordenador de despesa ficará sujeito a tomada de contas realizada pelo órgão de contabilidade e verificada pelo órgão de auditoria interna, antes de ser encaminhada ao Tribunal de Contas (art. 82)”.

Portanto, todo ordenador de despesa era tido como responsável, podendo ser eximido pelo julgamento positivo do Tribunal de Contas, que se sujeitava a uma tomada de contas e poderia, ante o contido no art. 90, responder pelos prejuízos que causassem à Fazenda Pública.

É de se ver, pois, que a discricionariedade administrativa encontrava limites, o que poderia redundar na responsabilização do ordenador de despesas, ante o extenso controle da legalidade dos atos administrativos por parte do Tribunal de Contas.

## **5. AS ATRIBUIÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS APÓS A CF/88**

Feitas estas digressões, importante se faz mencionar a respeito das atribuições dos Tribunais de Contas que, inicialmente, atendiam, de forma restrita, apenas aos requisitos da legalidade. Contudo, foi a partir da

---

<sup>206</sup> Restos a pagar são as despesas empenhadas, mas não pagas até o dia 31 de dezembro, distinguindo-se as processadas das não processadas. (Art. 36, Lei 4.320/64).

promulgação da Constituição de 1988 que foram alargadas as competências e a jurisdição dos Tribunais de Contas.

A Constituição Cidadã trouxe consigo a preocupação de que a administração pública deveria se pautar, além da legalidade, nos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Este último princípio foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que pretendeu nortear a administração para além da simples obediência legal, extravasando esse âmbito para alcançar a eficiência, a eficácia, mirando os resultados para a finalidade e a legitimidade das aplicações dos recursos públicos.

Assim, o papel constitucional dos Tribunais de Contas, no seu viés de fiscalizador, deveria ser exercido para ir mais adiante da já esperada auditoragem orçamentária, contábil e financeira, para, num passo à frente, chegar à avaliação patrimonial e operacional, enraizando-se com o fito de apreciar a legalidade de contratos, da admissão de pessoal, da concessão de aposentadorias, das reformas e pensões, somado à atribuição de realizar auditorias em qualquer área do setor público, por iniciativa própria ou a pedido do Legislativo ou do Judiciário.

A nova Constituição balanceou os poderes anteriormente concedidos ao Executivo, pois o Presidente da República não mais indicaria os nove membros do Órgão de Controlador das Contas, cabendo-lhe a indicação de apenas 1/3 dos Ministros, passando ao Congresso Nacional a parcela de indicação correspondente aos 2/3 restantes, mantendo-se a necessidade de o pretense Ministro indicado ser aprovado pelo Senado.

Demais disso, o Presidente da República não estaria mais livre para a escolha de todos os Ministros do Tribunal de Contas ao sabor de suas conveniências políticas. Do 1/3 que lhe restou, correspondente a três membros do TCU, dois devem ser recrutados do próprio Tribunal de Contas da União, sendo um da carreira de Auditores e outro dos representantes do Ministério Público junto ao citado Órgão de Controle, restando uma vaga para o que se chama de clientela.

No âmbito dos requisitos obrigatórios para a assunção ao cargo de Ministro do TCU, manteve-se a idade mínima de 35 anos e fixou-se em 65 anos a idade máxima, além de se exigir idoneidade moral e reputação ilibada do candidato. Passou-se a exigir que o candidato tivesse, pelo

menos, dez anos de exercício em atividade profissional que o permita ter adquirido conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos, financeiros ou da administração pública, conforme preceitua a Carta Maior de 1988.

Observe-se que, ao se falar em conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos, financeiros ou da administração pública, não se quer dizer possuir formação acadêmica nas áreas respectivas, mas conhecimento de um modo geral, o que pode justificar, só para argumentar, a existência de Ministros que não possuem curso superior, ainda que não seja nessas áreas de conhecimento.

Como já dito, o controle exercido pelo Tribunal de Contas vai além da simples obediência legal, perpassando pelos aspectos da legitimidade e da economicidade, como patenteado no art. 70, *caput*, da Carta Republicana.

Nesse toar, a legalidade estaria na obediência ao que apregoa a lei, cabendo ao administrador público mais do que agir conforme a lei, agir como manda a lei, no mais puro sentido do princípio da legalidade estrita, seguindo as formalidades existentes no ordenamento jurídico para a consecução da despesa pública, adstringindo-se aos preceitos orçamentários e aos comandos legais, como fazem exemplo as Leis n.ºs 4.320/64, 8.666/93 e 101/00(LRF).

Ainda na esteira da legalidade, o Tribunal de Contas pode, com esteio no art. 71, inciso X, da CF/88, sustar a execução do ato impugnado que considere ilegal ou inconstitucional, mas não poderá declarar essa inconstitucionalidade, posto que restrito ao âmbito do Poder Judiciário.

Verificada a inconstitucionalidade, deve o Tribunal de Contas abster-se da aplicação da norma inquinada por vício quanto a essa ausência de conformidade com a Constituição, como garantido na CF/88 e confirmado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal na Súmula n.º 347, de 13 de dezembro de 1963: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”.

Em somação, a legitimidade, como elemento de exame por parte do Órgão de Controle de Contas, está ligado ao fato de que os atos administrativos devem ser engendrados pelos gestores públicos com especial atenção para o fato de que estes regem o que é de todos, o coletivo, o público, estando imbuídos de um dever-poder, no exercício

constitucional da representatividade, pois “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (...), nos termos desta Constituição” (art. 1º, Parágrafo único, da CF/88). A legitimidade, por assim dizer, tem abrangência na defesa da moralidade, da impessoalidade e do alcance do interesse público, aferindo os motivos determinantes do ato administrativo e os resultados almejados e alcançados.

Por derradeiro, o terceiro elemento constante do prisma constitucional para o *munus* exercido pelo Tribunal de Contas: a economicidade. Daí irá decorrer o simples equacionamento - contrabalanço - entre a qualidade e o custo, entre o custo e o benefício, aferindo-se se o dispêndio financeiro foi razoável, tendo em vista os elementos objetivos e subjetivos que circundam o bem a ser adquirido, o serviço a ser contratado, a obra a ser realizada etc. Enfim, faz-se a avaliação para saber se o gestor pagou o preço justo (menor possível) pelo justo produto (melhor possível), como evidenciado, *verbi gratia*, na realização de uma licitação, em que se busca a proposta mais vantajosa.

Não se pode olvidar que os Tribunais de Contas, na atual matriz constitucional, inserta no art. 71, são Órgãos de Controle auxiliares do Poder Legislativo, mas independente deste, posto que dotado de autonomia administrativa e financeira, funcionando de ofício ou por provocação (art. 71, IV, e art. 74, §2º, ambos da CF/88), podendo, inclusive, atuar supletivamente nos casos de inércia do Congresso Nacional ou do Poder Executivo, caso estes, no prazo de noventa dias, não efetivem o ato de sustação de contrato, nos termos do art. 71, §§ 1º e 2º, da CF/88.

Então, estão sujeitos a prestar contas aos TCs “...os administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal”, além das pessoas físicas ou jurídicas que “...derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”, a teor do contido no art. 71, II, da Carta Republicana, cujo rol de prestadores de contas se amplia com interpretação conjunta com o disposto no art. 70, parágrafo único, da CF/88, *verbis*:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade,

economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela EC nº 19, de 1998)

Porém, a Constituição, como elemento de exteriorização da soberania, materializadora do Estado, impede que as Cortes de Contas julguem as contas do Chefe do Poder Executivo, delimitando-lhe na função opinativa de apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República (modelo federal), mediante parecer prévio (art. 71, I, da CF/88), posto que é competência exclusiva do Poder Legislativo julgar ditas contas prestadas (art. 49, IX, da CF/88).

Essa evolução das competências dos Tribunais de Contas na matriz constitucional de 1988 foi evidenciada no escólio de TORRES (1991: 37- 47), ao comentar:

A CF/88 pode ser caracterizada como *compromissária*, por haver resultado do compromisso político entre correntes partidárias antagônicas e ideologicamente irreconciliáveis. Por isso mesmo exibe contraditoriamente altos e baixos, bons e maus dispositivos, alguns capítulos retrógrados e outros plenamente ajustados à modernidade. Entre estes últimos pode ser apontado o da Constituição Financeira, que abrange as normas sobre o crédito público e o orçamento (arts. 163-169) e sobre a fiscalização contábil, financeira e orçamentária (arts. 70-75). Realmente é um subsistema elaborado em estrita consonância com os avanços do constitucionalismo de nações mais desenvolvidas<sup>207</sup>.

Oportuna se faz a lição de BRITTO (2001), hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal [STF], ao tratar do tema ‘O controle externo e seu vínculo funcional com o princípio republicano’, *verbis*:

8.1. Tão elevado prestígio conferido ao controle externo e a quem dele mais se ocupa, funcionalmente, é reflexo direto do princípio

---

<sup>207</sup> TORRES, Ricardo Lobo. In: “O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade”. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v. 13, n.º 22, jul. 1991, p. 37- 47.

republicano. Pois, numa República, impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e consequente dever) cuidar de tudo que é de todos, assim do prisma da decisão como do prisma da gestão. E tal responsabilidade implica o compromisso da melhor decisão e da melhor administração possíveis. Donde a exposição de todos eles (os que decidem sobre a “*res pública*” e os que a gerenciam) à comprovação do estrito cumprimento dos princípios constitucionais e preceitos legais que lhes sejam especificamente exigidos. A começar, naturalmente, pela prestação de contas das sobreditas gestões orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e operacional<sup>208</sup>.

É visível, pois, que o modelo atual de gestão pública visa a eficiência dos seus atos, o que é perfeitamente reconhecido pela doutrina brasileira, mas nem sempre foi assim, eis que perpassamos por momentos extremamente embaraçosos no gerenciamento daquilo que é público, atravessando, no Brasil, três modelos básicos de administração pública: o modelo patrimonial, o burocrático e o gerencial<sup>209</sup>.

Consubstancia-se o modelo patrimonial pela circunstância de que o detentor do poder gerencia a coisa pública como se sua fosse, confundindo o patrimônio privado (seu) com o patrimônio público (*res pública*), como ocorrido no período feudal e no absolutismo, nos quais a coisa pública, todo o patrimônio coletivo, era incorporado ao do senhor feudal ou do rei e ficava sob o julgo destes. Ele é auto-referente.

Com o surgimento da democracia e do capitalismo vem o modelo o burocrático (Séc. XIX, Weber), este que tem como característica marcante a preservação do interesse público, criando métodos impeditivos de continuação do patrimonialismo, a fim de que houvesse a clara divisão entre o patrimônio privado dos gestores e o patrimônio público, através de um sistema que tenta impedir a corrupção e o nepotismo. A partir desse ponto, o serviço público passa a ser impessoal, formal e racional, com atos sequenciados numa forma de contínuo exame de conformidade, passo a passo.

---

<sup>208</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 01/11/2011.

<sup>209</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Contudo, com as crescentes demandas públicas, principalmente as de cunho social e econômico, o modelo burocrático restou ineficiente e a não responder aos anseios coletivos, dando margem para o surgimento do terceiro modelo de administração: o gerencial.

Neste novo modelo, o cidadão passou a ser visto como o principal foco, como cidadão (politicamente) e como consumidor/usuário (economicamente), razão porque começou-se a pensar na eficiência da gestão, nos resultados, na boa condução da *res publica*, que deveria cada vez mais ser resguardada dos interesses privados escusos. O controle e a transparência evidenciaram-se como elemento republicano.

Importante trazer a lume que essa evolução dos Tribunais de Contas também trouxe a preocupação com o devido processo legal (do inglês *due process of law*), contraditório e a ampla defesa, posto que se o ato impugnado envolver situações jurídicas subjetivas em favor de terceiros, é imprescindível a observância dos citados princípios constitucionais (art. 5º, LIV e LV, da CF/88), garantindo aos legitimamente interessados o exercício do direito subjetivo à contraposição.

Com vista a esse mesmo propósito, o Excelso Supremo Tribunal Federal [STF], em Sessão plenária de 30/05/2007, editou a Súmula Vinculante n.º 3 com o seguinte teor, *verbis*:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Desta feita, o STF obriga os Tribunais de Contas a assegurarem, no âmbito do processo administrativo, o exercício do contraditório e da ampla defesa àqueles que puderem ser afetados (prejudicados) com as suas decisões, estabelecendo, inclusive, a aplicação subsidiária da Lei Geral de Processo Administrativo Federal [Lei n.º 9.784/99] aos ditos procedimentos, como se vê do Mandado de Segurança n.º 23.550/DF - Distrito Federal, assim ementado, *verbis*:

**EMENTA:** I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a

anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a *fortiori*, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase - jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente". A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão. (STF, MS n. 23.550/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 01/04/2001, *in* DJ 31-10-2001 PP-00006, EMENT VOL-02050-3 PP-00534)

Não obstante garantida o STF o exercício do contraditório e da ampla defesa nos processo perante os TC's, quando se tratar de apreciação da legalidade, para fins de registro, das aposentadorias, reformas e pensões, esse direito subjetivo só surgirá se passados cinco

anos do ingresso do processo na respectiva Corte de Contas e este não tenha sido examinado, como plasmado no Mandado de Segurança n.º 25.116/DF - Distrito Federal, *verbis*:

**EMENTA:** MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA DE REGISTRO A APOSENTADORIA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. O impetrante se volta contra o acórdão do TCU, publicado no Diário Oficial da União. Não exatamente contra o IBGE, para que este comprove o recolhimento das questionadas contribuições previdenciárias. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. 2. Infundada alegação de carência de ação, por ausência de direito líquido e certo. Preliminar que se confunde com o mérito da impetração. 3. A inércia da Corte de Contas, por mais de cinco anos, a contar da aposentadoria, consolidou afirmativamente a expectativa do ex-servidor quanto ao recebimento de verba de caráter alimentar. Esse aspecto temporal diz intimamente com: a) o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito; b) a lealdade, um dos conteúdos do princípio constitucional da moralidade administrativa (caput do art. 37). São de se reconhecer, portanto, certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público, mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de aposentadoria. 4. A manifestação do órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade. Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade intersubjetiva ou mesmo intergrupala. A própria Constituição Federal de 1988 dá conta de institutos que têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser. Pelo que existe uma espécie de tempo constitucional médio que resume em si, objetivamente, o desejado critério da razoabilidade. Tempo que é de cinco anos (inciso XXIX do art. 7º e arts. 183 e 191 da CF; bem como art. 19 do ADCT). 5. O prazo de cinco anos é de ser

aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido in albis o interregno quinquenal, a contar da aposentadoria, é de se convocar os particulares para participarem do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º). 6. Segurança concedida. (STF, MS n. 25.116/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 08/09/2010, in DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011, EMENT VOL-02461-01 PP-00107).

Saliente-se que o Excelso Pretório tem admitido, com esteio na teoria dos poderes implícitos, que os Tribunais de Contas exerçam o poder geral de cautela, possibilitando a concessão de Medidas Cautelares com o fito de resguardar a eficácia de suas decisões finais e prevenir lesão ao patrimônio público.

Acerca desse poder-dever de cautela, urge salientar que as cautelares são medidas típicas do Poder Judiciário, mas que, por extensão e de forma atípica e inominada, são possibilitadas às Cortes de Contas.

Embora de natureza excepcional para se evitar um dano irreparável para o erário, há razoável quantitativo dessas medidas expedidas pelos TCs, como fazem exemplo, no ano de 2010, o TCE de Pernambuco (40 cautelares), o de Santa Catarina (37), o de Sergipe (5).

Importante destacar que a sociedade exerce um papel fundamental dentro das atividades do controle por parte dos Tribunais de Contas, quando, no exercício da cidadania, denuncia aos precitados Órgãos a possível ocorrência de irregularidades, tornando-se um verdadeiro parceiro, pois as Casas de Contas não estão ao alcance de todas as ilegalidades cometidas pelos gestores públicos.

Ante o exposto, cumpre registrar que os TC's estão fortalecendo o controle com a adoção de medidas cautelares e estão se modernizando cada vez mais, *ex vi* do PROMOEX, que é o programa de modernização dos Tribunais de Contas quanto ao Controle Externo, com o apoio do BID, no sentido de melhorar e desenvolver ainda mais as atividades dos TC's.

É alvissareira a criação, em curto prazo, do Conselho Nacional dos Tribunais de Contas, que prestará essencial auxílio no que tange à uniformização de procedimentos junto às Cortes de Contas, engrandecendo ainda mais o controle externo para o melhor atendimento das propostas republicanas.

Falando-se em Tribunal de Contas, menção não se pode deixar de fazer ao Ministério Público Especial, instituição que enobrece o controle dos gastos públicos, de forma independente e profícua, na defesa da ordem jurídica, dos fundamentos, dos princípios e dos objetivos da República Federativa do Brasil, com especial atenção para o regime democrático, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

É de se ver que o Ministério Público e o *Parquet* de Contas não se confundem, mas ambos estão alocados no capítulo que trata das funções essenciais à Justiça, havendo congruência entre ambos no que pertine a direitos, vedações e forma de investidura constantes dos arts. 127 *usque* 130 da CF/88, com especial atenção para o contido logo no *caput* do art. 127, ao fixar que “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Assim, muito embora o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas tenha suas nuances próprias, que o diferem do Ministério Público da União ou dos Estados e o torna especial, não se pode olvidar que ele é também o fiscal da lei, o guardião desta, só que no âmbito do processo administrativo engendrado nas Cortes de Contas, face a matriz constitucional que o sustenta.

Portanto, não se pode conjugar o Ministério Público da União ou dos Estados com o Ministério Público de Contas, posto que diferentes e autônomos em si, eis que o Ministério Público Especial, que atua junto ao Tribunal de Contas, não integra nem o Ministério Público da União, nem o Ministério Público dos Estados-membros, é órgão de matriz constitucional, “qualifica-se como órgão de extração constitucional”, com nascedouro específico no art. 130 da CF/88, e funciona junto à estrutura dos TCs porque não possui a sua própria, como MPU e MPs estaduais, não obstante guarde em si as garantias que lhe são conferidas pela *Lex Legum*, com lei própria e os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e da independência funcional.

Isso é o que brota da ADI n.º 789/DF - Distrito Federal, cuja ementa se traz abaixo *ipsis litteris*:

EMENTA - ADIN - LEI N. 8.443/92 - MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU - INSTITUIÇÃO QUE NÃO INTEGRA O MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO - TAXATIVIDADE DO ROL INSCRITO NO ART. 128, I, DA CONSTITUIÇÃO - VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA A CORTE DE CONTAS - COMPETÊNCIA DO TCU PARA FAZER INSTAURAR O PROCESSO LEGISLATIVO CONCERNENTE A ESTRUTURAÇÃO ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE PERANTE ELE ATUA (CF, ART. 73, *CAPUT*, *IN FINE*) - MATÉRIA SUJEITA AO DOMÍNIO NORMATIVO DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - ENUMERAÇÃO EXAUSTIVA DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS DE REGRAMENTO MEDIANTE LEI COMPLEMENTAR - INTELIGÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 130 DA CONSTITUIÇÃO - AÇÃO DIRETA IMPROCEDENTE. - O Ministério Público que atua perante o TCU qualifica-se como órgão de extração constitucional, eis que a sua existência jurídica resulta de expressa previsão normativa constante da Carta Política (art. 73, par. 2., I, e art. 130), sendo indiferente, para efeito de sua configuração jurídico-institucional, a circunstância de não constar do rol taxativo inscrito no art. 128, I, da Constituição, que define a estrutura orgânica do Ministério Público da União. - O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na "intimidade estrutural" dessa Corte de Contas, que se acha investida - até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, *caput*, *in fine*) - da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente a sua organização, a sua estruturação interna, a definição do seu quadro de pessoal e a criação dos cargos respectivos. - Só cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita. A especificidade do Ministério Público que atua perante o TCU, e cuja existência se projeta num domínio institucional absolutamente diverso daquele em que se insere o Ministério Público da União, faz com que a regulação de sua organização, a discriminação de suas atribuições e a definição de seu estatuto sejam passíveis de veiculação mediante simples lei ordinária, eis que

a edição de lei complementar e reclamada, no que concerne ao *Parquet*, tão-somente para a disciplinação normativa do Ministério Público comum (CF, art. 128, par. 5.). - A cláusula de garantia inscrita no art. 130 da Constituição não se reveste de conteúdo orgânico-institucional. Acha-se vocacionada, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger os membros do Ministério Público especial no relevante desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas. Esse preceito da Lei Fundamental da República submete os integrantes do MP junto aos Tribunais de Contas ao mesmo estatuto jurídico que rege, no que concerne a direitos, vedações e forma de investidura no cargo, os membros do Ministério Público comum. (STF, ADI n. 789/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 26/05/1994, *in* DJ 19-12-1994 PP 35180, EMENT VOL-01772-02 PP-00236).

Nessa mesma esteira, face a existência dessa dicotomia entre o MP de Contas e o MP comum, decidiu o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Mandado de Segurança n.º 27339/DF - Distrito Federal, pela manutenção da decisão do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, que determinou o imediato retorno de dois Procuradores de Justiça que oficiavam perante o TCE/RS às suas funções próprias no Ministério Público estadual, *verbis*:

EMENTA Mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional do Ministério Público. Atuação de Procuradores de Justiça nos Tribunais de Contas. Ofensa à Constituição. 1. Está assente na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas possui fisionomia institucional própria, que não se confunde com a do Ministério Público comum, sejam os dos Estados, seja o da União, o que impede a atuação, ainda que transitória, de Procuradores de Justiça nos Tribunais de Contas (cf. ADI n.º 2.884, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 20/5/05; ADI n.º 3.192, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 18/8/06). 2. Escorrega a decisão do CNMP que determinou o imediato retorno de dois Procuradores de Justiça que oficiavam perante o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul às suas funções próprias no Ministério Público estadual, não sendo oponíveis os princípios da segurança jurídica e da eficiência, a legislação estadual ou as ditas prerrogativas do Procurador-Geral de Justiça ao modelo institucional definido na própria Constituição. 3. Não se pode desqualificar decisão do Conselho Nacional do Ministério Público que, no

exercício de suas atribuições constitucionais, identifica situação irregular de atuação de Procuradores de Justiça estaduais junto ao Tribunal de Contas, o que está vedado em julgados desta Corte Suprema. O argumento de que nasceu o exame de representação anônima, considerando a realidade dos autos, não malfeire a decisão do colegiado que determinou o retorno dos Procuradores de Justiça às funções próprias do Ministério Público estadual. 4. Denegação da segurança. (STF, MS n. 27339/DF, Rel. Min. Menezes Direito, julgado em 02/02/2009, in DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009, EMENT VOL-02351-02 PP-00386, RTJ VOL-00210-01 PP-00267, LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 132-141).

De igual teor foi a decisão proferida pelo Excelso Pretório na ADI n. 3307/MT - Mato Grosso, sob a Relatoria da Min. Cármen Lúcia, na qual houve o julgamento parcialmente procedente para, em essência, reafirmar essa diferenciação entre os MPs especial e comum, *verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. SIMETRIA OBRIGATÓRIA COM O MODELO NACIONAL. 1. A Lei Complementar mato-grossense n. 11/1991 foi revogada pela Lei Complementar n. 269, que estabeleceu a organização do Tribunal de Contas daquele Estado. Prejuízo, neste ponto, da Ação. 2. O Ministério Público Especial, cujas atividades funcionais sejam restritas ao âmbito dos Tribunais de Contas, não se confunde nem integra o Ministério Público comum. 3. É obrigatória a adoção, pelos Estados, do modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público que perante ele atua. Aplicação do princípio da simetria. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão "exercício privativo das funções do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas", constante do art. 106, inc. VIII, da Constituição do Mato Grosso e do art. 16, § 1º, inc. III, da Lei Complementar n. 27/1993 daquele mesmo Estado. (STF, ADI n. 3307/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 02/02/2009, in DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009, EMENT VOL-02362-05 PP-00820, LEXSTF v. 31, n. 365, 2009, p. 46-62).

## CONCLUSÃO

Evidente, pois, que a blindagem constitucional às prerrogativas institucionais do Ministério Público de Contas, fortalecida nos julgados do Supremo Tribunal Federal, é o essencial ponto para que o *Parquet* Especial exerça com plenitude as suas garantias de ordem subjetiva, garantindo aos seus Membros a independência funcional, não obstante carentes de autonomia administrativa e financeira.

Como visto, o Tribunal de Contas é um órgão extremamente necessário ao aperfeiçoamento da gestão pública, mormente quando desempenha o seu *munus* na indissociável companhia do Ministério Público de Especial, os quais cristalizam, indubitavelmente, no âmbito do restrito controle das contas, os mais elementares princípios republicanos.

A esse respeito, salutar é o escólio de MOREIRA NETO (2003: 85-86), que, com precisas linhas, evidenciou a robustez pela qual passou os Órgãos de Controle, ao expressar:

“Em suma, ... os órgãos de contas alcançaram indubitavelmente sua maturidade e máxima prestância deixando de ser apenas órgãos de Estado para serem órgãos da sociedade no Estado, pois a ela servem não apenas *indiretamente*, no exercício de suas funções de controle externo, em auxílio da totalidade dos entes e dos órgãos conformadores do aparelho do Estado, como *diretamente* à sociedade, por sua acrescida e nobre função de canal de controle social, o que os situa como órgãos de vanguarda dos Estados policráticos e democráticos que adentram o século XXI.”<sup>210</sup>

## BIBLIOGRAFIA

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos de. **TCU**: presença na história nacional. *In* monografias vencedoras do prêmio Serzedello Corrêa 1998. Brasília: TCU, 1999.

---

<sup>210</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. *In*: SOUSA, Alfredo José de, *et al.* *O novo Tribunal de Contas - Órgão protetor dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 85-86.

BRASIL. Constituição Federal de 1967.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil - o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CITADINI, Antonio Roque. **O Controle Externo da Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 1994.

FERNANDES, Carlos Thompson Costa. **A despesa pública e o Tribunal de Contas**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-SP, 2001.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Gestão do Setor Público: estratégia e estrutura para um novo Estado**. *In: Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial* (Pereira, L. C. B. e Spink, P., org.). Rio de Janeiro: FGV, 2006.

PESSANHA, Charles. **Relações entre os poderes Executivo e Legislativo no Brasil - 1946-1994**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo, 1997.

SIQUEIRA, Bernardo Rocha. **O Tribunal de Contas da União ontem e hoje**. *In monografias vencedoras do prêmio Serzedello Corrêa 1998*. Brasília: TCU, 1999.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União**. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2000.

TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. **Entre o Técnico e o Político: o Tribunal de Contas do Município de São Paulo e o Controle Financeiro das gestões Luiza Erundina (1989-1992) e Paulo Maluf (1993-1996)**. Tese de Doutorado em Ciência Política apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais da PUC-SP, 2004.

SOUZA, Alfredo José de *et al.* **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Belo horizonte: Forum, 2005.

FERRAZ, Luciano de Araújo. **Controle da Administração Pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

LOPES, Alfredo Cecílio. **Ensaio sobre o Tribunal de Contas.** São Paulo: Gráfica São José, 1947.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas.** *In:* SOUSA, Alfredo José de, *et al.* **O novo Tribunal de Contas - Órgão protetor dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 85-86.

# DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO PREVIDENCIÁRIA BRASILEIRA

**Ubirajara Coelho Neto**

*Especialista, Mestre e Doutor em Direito Constitucional - UFMG; Ex. Prof.º do Curso de Direito - UFMG; Ex. Prof.º Adjunto do Curso de Direito - UFRN e UFT (Graduação e Mestrado); Prof.º Adjunto do Curso de Direito - UFS (Graduação e Mestrado).*

**Sumário:** Introdução; 1. Constitucionalização Previdenciária Brasileira; 2. Evolução Constitucional Previdenciária Brasileira; 2.1 A Constituição de 1824; 2.2 A Constituição republicana de 1891; 2.2.1 A Emenda Constitucional de 1926; 2.3 A Constituição de 1934; 2.4 A Constituição de 1937; 2.5 A Constituição de 1946; 2.6 A Constituição de 1967; 2.6.1 A Emenda Constitucional de 1969; 2.7 A Constituição de 1988; Conclusão; Bibliografia.

**Resumo:** O presente artigo visa analisar a Constitucionalização em matéria previdenciária no Brasil, para tal traçaremos um panorama do seu desenvolvimento, dividindo sua evolução histórica segundo a égide de cada Constituição vigente, visando com isso dar um aspecto lógico e didático, mostrando a constitucionalização previdenciária brasileira a partir da evolução iniciada pela Constituição de 1824 para encerrar com o texto original da Constituição de 1988.

**Palavras-chave:** Constitucionalização. Previdência Social. Brasil.

**Resumen:** Este artículo pretende analizar la constitucionalización en materia de seguridad social en Brasil, para ello que haremos un resumen de su desarrollo, dividiendo su evolución histórica según la égida de cada Constitución con el fin de darle un aspecto lógico y didáctico, mostrando la pensión brasileña de constitucionalización de los desarrollos iniciados por la Constitución de 1824 para terminar con el texto original de la Constitución de 1988.

**Palabras-clave:** Constitucionalización. Seguridad social. Brasil.

## INTRODUÇÃO

A escolha do tema não foi aleatória, mas ditada pelo momento jurídico-político de mutação constitucional por que passa o mundo ocidental, diante da leva neoliberal, que atinge o Brasil.

Se o liberalismo político triunfante da revolução anglo-franco-norte-americana se consolidou do início do século passado à primeira Grande Guerra, após esta, até a queda do Muro de Berlim e o fim do

Império Soviético, em contraposição à realidade comunista, desenvolveu-se no mundo ocidental a Democracia Social do “*Welfare State*”, que, pela intervenção do Estado procurou minimizar os excessos do capitalismo anterior através de medidas concretas assecuratórias das liberdades liberais, com ênfase na seguridade social.

Essas medidas foram tomadas, em geral, em todos os campos de atividade social e econômica, com maior ênfase em alguns Estados do que em outros, e o Direito Previdenciário, constitucionalizado ou tratado por normas infra-constitucionais, assumiu posição de relevo para a garantia dos cidadãos, quando lhes faltasse ânimo, fôlego, idade e capacidade para o sustento de suas necessidades básicas, anteriormente não levados em consideração.

No entanto, desaparecida a bipolaridade Estado Comunista & Estado Ocidental, com a vitória deste modelo já avançado na Europa, nos Estados Unidos e Canadá, a ideologia liberal, transformou-se em neo-liberalismo que, a pretexto de enxugamento do Estado, de sua transformação em Estado Mínimo, pretende retomar às regras do livre mercado para atingir também as relações sociais, nelas inseridas as relações trabalhistas e previdenciárias, dentre outras, sem levar em conta o estágio da vida social e política dos Estados Ocidentais menos desenvolvidos.

Para a compreensão do problema, traçamos um panorama do desenvolvimento da Previdência Social no Brasil, dividindo neste caso, a evolução histórica da Seguridade Social segundo a égide de cada Constituição vigente na época, visando com isso dar um aspecto lógico e didático, mostrando a constitucionalização previdenciária brasileira a partir da evolução iniciada pela Constituição de 1824 para encerrar com o texto histórico da Constituição de 1988.

A Previdência Social brasileira atravessa um momento de crise que não será superada com a aplicação de apenas uma solução. Grave e complexa, ela exige, devido a suas causas diferenciadas, um conjunto de medidas de curto, médio e longo prazo.

Sem reformas estruturais, posteriormente a Previdência Social sentirá os efeitos negativos de oferecer benefícios sem cobertura.

O longo ciclo exigido em matéria previdenciária para que as modificações surtam efeito, recomendam, em nome do futuro, que estas modificações comecem já!

## 1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO PREVIDENCIÁRIA BRASILEIRA

Sem embargo da produção legislativa no plano infraconstitucional sobre a previdência haver se iniciado no final do século passado, é certo que o tema em apreço não restou abordado, sob essa rubrica na Constituição Política do Império, de 1824, e tampouco na primeira Constituição da República, de 1891. Não obstante, a Constituição Imperial continha uma única disposição de natureza securitária, que vinha estampada no item 31 do seu artigo 179, a qual expressava que “a Constituição também garante socorros públicos”.

Além disso, por força do item 10 do artigo 10 do Ato Adicional baixado pela Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, foi outorgada competência às Assembléias Legislativas para também legislar, entre outras matérias, sobre “casas de socorros públicos, conventos e quaisquer associações políticas ou religiosas”.

Assim sendo, se a Constituição Imperial não cogitava expressamente do tema sob rótulo “previdência social”, certo é que o fazia de forma consentânea com o entendimento de proteção social à época dominante, que era fundado no mutualismo. Por outro lado, importa notar que primeira Constituição republicana não repetiu a previsão de cunho mutualista realizada na Constituição precedente (socorros públicos); pela primeira vez, porém, é feita alusão, em sede constitucional, ao termo “aposentadoria”, haja vista ter rezado o respectivo art. 75 que a aposentadoria só poderia ser concedida aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação.

A previdência social, apesar de apenas por previdência, somente ganhou assento constitucional na Constituição de 1934, posto que a alínea “h” do parágrafo primeiro do seu art. 121 impunha que a legislação do trabalho observasse, dentre outros preceitos que colimassem melhorar as condições do trabalhador, os que se seguem:

“assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidente de trabalho ou de morte.”

Outra disposição atinente à proteção social estava inserida na alínea “d” do item 8 do seu art. 39, que conferia competência ao Legislativo para legislar sobre aposentadorias e reformas. Mas era no título respeitante aos funcionários públicos que efetivamente havia um grande número de preceitos relativos à previdência, quais sejam: aposentadoria compulsória para o integrante dessa categoria ao atingir 68 (sessenta e oito) anos (art. 170, § 3º); aposentadoria por invalidez para o exercício de cargo, com vencimentos integrais, para funcionário que contasse mais de 30 (trinta) anos de serviço público efetivo (art. 170, § 4º); aposentadoria por invalidez decorrente de acidente em serviço com vencimentos integrais, qualquer que fosse o tempo de serviço público (art. 170, § 6º); e previsão da impossibilidade de os proventos da aposentadoria excederem os vencimentos da atividade (art. 170, § 7º). Sem dúvida, a Constituição de 1934, redigida sob a influência da Constituição alemã de Weimar, muito avançou em diversos campos, dentre eles o atinente aos direitos sociais, mormente, como visto, no que se refere às normas de previdência social.

Sob a égide da Constituição de 1937, outorgada para institucionalizar juridicamente o golpe do Estado Novo - um Estado notadamente arbitrário em que prevalecia a vontade do então presidente da República -, o tema previdência social foi tratado de forma não muito diversa da existente no ordenamento constitucional antecedente, porquanto, no seu art. 137, *caput* e alíneas “l”, “m” e “n”, era previsto que a legislação do trabalho observasse, além de outros preceitos, “assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto”, “a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para casos de acidente de trabalho” e, por fim, que “as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais”. Note-se que esta Constituição deixou de fazer referência ao vocábulo “previdência”, preferindo cunhar o termo “seguro social”.

No mais, cumpre observar que, em relação à disciplina dos funcionários públicos, foram mantidas disposições idênticas às existentes na ordem jurídica precedente, consoante o contido no respectivo art. 156.

Por seu turno, a constituição de 1946, um dos melhores textos constitucionais pátrios, senão o melhor põe fim ao regime autoritário e marca o retomo do país ao regime democrático, além de determinar, em seu art. 157, em moldes semelhantes àqueles das constituições anteriores, mas com algumas inovações, que a legislação do trabalho observasse, entre outros preceitos que visassem à melhoria da condição dos trabalhadores, a assistência aos desempregados (inciso XV); a previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, invalidez e da morte (inciso XVI) e a obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes de trabalho (inciso XVII); acabou também por expressamente referir, nos seus arts. 5º, “b”, e 6º, que a competência para legislar sobre a previdência social pertencia à União, observando, porém, que dita competência não excluía a legislação estadual supletiva ou complementar.

No que se refere ainda à Constituição de 1946, importa mencionar que, por meio da Emenda Constitucional nº 11, de 1965, foi acrescentado ao seu art. 157 um parágrafo, o segundo, que estabeleceu que nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social poderia ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total.

Pois bem, do teor dos dispositivos citados dessa Constituição percebe-se que houve o abandono da expressão, “seguro social” para, finalmente, ser acolhido o vocábulo “previdência social”. Por fim, a disciplina da matéria “*sub examine*”, no que diz respeito ao funcionário público, continuou a ser tratada de forma detalhada, como nos Textos Constitucionais anteriores, uma vez que foi prevista aposentadoria por invalidez (art. 191, I); aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos (art. 191, II); aposentadoria voluntária aos 35 (trinta e cinco) anos (art. 191, § 1º); vencimentos integrais da aposentadoria, se o funcionário contar 30 (trinta) anos de serviço, e proporcionais, se contar tempo inferior (art. 191, § 2º), etc.

Sobre o assunto em tela também não discrepou a Constituição de 1967, tanto em sua versão originária, como com a redação imposta pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, uma vez que restou atribuída à União a competência legislativa atinente à previdência social, com igual

previsão no que concerne à possibilidade de os Estados, respeitada a lei federal, legislarem supletivamente sobre a matéria (art. 8º, XVII, “c”, e parágrafo único). No mais, a referida Constituição, em seu art. 165, assegurou aos trabalhadores, dentre outros direitos, os seguintes:

“previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte; seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado (inciso XVI); aposentadoria para a mulher, aos 30 (trinta) anos de trabalho, com salário integral (inciso XIX), e aposentadoria para o professor após 30 (trinta) anos e, para a professora, após 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério, com salário integral.”

Demais disso, no parágrafo único desse mesmo dispositivo constitucional também foi asseverado que nenhuma prestação de serviço de assistência ou benefício compreendidos na previdência social seria criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio.

Quanto ao funcionário público, previa o art. 101 da Constituição de 1967, com redação dada pela EC nº 2, de 1969, que seria ele aposentado por invalidez, com proventos integrais, quando se invalidasse por acidente em serviço, por moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei (inciso I, do art. 101 c/c a alínea “a” do art. 102); compulsoriamente, aos 70 (setenta) anos de idade, com proventos proporcionais, caso o funcionário contasse menos de 35 (trinta e cinco) anos de serviço (inciso II, do art. 101 c/c o inciso II, do art. 102), ou voluntariamente, após 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou 30 (trinta) anos se mulher, com vencimentos integrais (inciso III e parágrafo único do art. 101). Ainda era prevista a aposentadoria para professor após 30 (trinta) anos e, para professora, após 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício do magistério, com proventos integrais (inciso III do art. 101 c/c o inciso XX do art. 165).

Dita Constituição, convém ainda consignar, derivou de uma série de sobressaltos que, marcaram a vida institucional do país a partir de 1961, especialmente com a malograda instituição do regime de governo parlamentarista, o posterior restabelecimento do regime presidencialista e a assunção ao poder dos militares em 1964. Ela se caracterizava, entre outros aspectos, pela centralização de poderes ao presidente da República e de competência à União.

Nesse período, há que se lembrar, foram editados diversos atos institucionais, atos de poder sem igual que, inclusive, sobrepunham-se à própria Constituição.

Por fim, no que concerne à Constituição de 1988, carta que novamente reconduziu o país ao regime democrático, certo é que o respectivo legislador constituinte não se revelou nada acanhado na estatuição sobre o tema referente à proteção social, porquanto ao mesmo reservou todo o Capítulo II do Título VIII - “Da Ordem Social”, para tratar da Seguridade Social; isso sem prejuízo da existência de disposições esparsas contidas ao longo do Texto Constitucional.

Logo no primeiro artigo do referido capítulo é fornecido o alcance constitucional da “Seguridade Social”, ficando assente que compreende “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (art. 194). Destarte, fica claro que, “*ex vi constitutiones*”, Seguridade Social abarca os segmentos de proteção social respeitantes à saúde, à previdência e à assistência social.

Além de delimitar o alcance da seguridade social, houve por bem o referido constituinte também elencar, no parágrafo único do art. 194, os “princípios” desse instituto, quais sejam: universalidade da cobertura e do atendimento (inciso I); uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (inciso II); seletividade e distribuição na prestação dos benefícios e serviços (inciso III); irredutibilidade do valor dos benefícios (inciso IV); equidade na forma de participação do custeio (inciso VI) e caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação da comunidade, em especial dos trabalhadores, empresários e aposentados (inciso VII).

No art. 195, “*caput*” e incisos, vem assinalada a compulsoriedade do financiamento da seguridade social por toda a sociedade, de forma direta ou indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos das pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assim como mediante contribuições dos empregadores (incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro) e dos trabalhadores, além de receitas oriundas de concursos de prognósticos. Anote-se, por oportuno, que, no § 4º desse mesmo artigo, também restou prevista a hipótese de instituição por lei de outras fontes destinadas a garantir a manutenção e a expansão

da seguridade social. Além disso, o constituinte de 1988, objetivando preservar a arrecadação da seguridade social, estabeleceu a vedação de pessoa jurídica em débito com o sistema contratar com o Poder Público, bem como dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Preocupado com a precissão do custeio em relação aos benefícios e serviços do sistema, o constituinte de 1988 firmou, no art. 195, § 5º, da Constituição que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”. Tal disposição, exsurge-se óbvio, pretende impedir o legislador ordinário de instituir benefícios ou serviços sem o necessário, total e prévio aporte financeiro, ou, por outra, a correspondente fonte de custeio.

Trata-se, pois, de norma com clara preocupação de natureza atuária, haja vista que essa última consiste em técnica relacionada com a teoria e o cálculo de seguros numa coletividade.

De acordo com essas disposições gerais sobre a seguridade social, cuida a Constituição vigente da saúde em seus arts. 196 a 200, da previdência em seus arts. 201 e 202 e da assistência social em seus arts. 203 e 204.

No que se refere especificamente à previdência social, objeto deste trabalho, fica estabelecido no art. 201, da Constituição de 1988 que os “planos de previdência social mediante contribuição”, nos termos da lei, atenderão às seguintes contingências:

“I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidente do trabalho, velhice e reclusão; II - ajuda à manutenção dos dependentes dos segurados de baixa renda; III - proteção à maternidade, especialmente à gestante; IV - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes (...).”

Já nos §§ 7º e 8º do art. 201, há previsão expressa à previdência complementar privada, cuja fiscalização e autorização para funcionamento, conforme o preceituado nos arts. 21, VIII, e 192, II, compete à União.

A aposentadoria, à sua vez, é assegurada no art. 202, obedecidas as seguintes condições:

“I - aos sessenta e cinco anos de idade, para o homem, e aos sessenta, para a mulher, reduzido em cinco anos o limite de idade

para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal; II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei; após trinta anos, ao professor, e após vinte e cinco, à professora, por efetivo exercício de magistério.”

Além disso, prevê o parágrafo único do mesmo artigo que é facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e após vinte e cinco anos, à mulher.

Quanto competência para legislar sobre a seguridade social, vem ela insculpida no art. 22 da Constituição, que lhe compete privativamente à União. Já no que se refere à previdência social, o art. 24 a arrola dentre as matérias que se submetem à competência legislativa concorrente existente entre a União, Estados e Distrito Federal, cumprida à União apenas o estabelecimento de normas gerais, com o advento destas não excluindo a competência suplementar das demais pessoas políticas.

Por fim, no que tange à proteção social aos funcionários públicos, que já de há muito é tratada em sede distinta daquela destinada aos demais trabalhadores nas ordens constitucionais precedentes, vem ela traçada no art. 40 da Constituição Federal.

Nesse dispositivo é assegurada aposentadoria por invalidez permanente (inciso I); compulsória, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço (inciso II); voluntária, sendo que esta poderá se verificar: a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta anos, se mulher, com proventos integrais; b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais; c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo; d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

Além da aposentadoria, também é garantido o benefício de pensão por morte, que corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido (art. 40, § 5º).

Quanto ao custeio da previdência do funcionário público, dispôs a Constituição, aludindo especificamente ao servidor federal, que os

respectivos benefícios serão custeados com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, diretiva essa que, de acordo com o princípio da simetria, também vale para os sistemas de previdência dos servidores públicos estaduais, municipais e do Distrito Federal. Aliás, há preceptivo contendo disposição teleologicamente semelhante com relação a esses últimos servidores; trata-se do parágrafo único do art. 149, que é assim redigido:

“Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.”

No que concerne às diversas disposições constitucionais esparsas relativas à proteção social, possível é de se citar, entre outras, o art. 7º, II - o seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; VIII - o décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; XII - salário família para os dependentes; XVIII - licença-maternidade com duração de 120 dias; XIX - licença-paternidade com duração de cinco dias, nos termos do art. 10, § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; XXII - prevenção dos riscos inerentes ao trabalho; XXIV - aposentadoria; XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas; art. 39, § 2º, que estende diversos direitos sociais ao servidor público; art. 149, § 2º, que conforme já mencionado neste estudo, permite aos Estados, Distrito Federal e Municípios instituírem contribuições, cobradas dos respectivos servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.

## **2. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIA BRASILEIRA**

Dividiremos a evolução histórica da seguridade social no Brasil segundo a égide de cada Constituição vigente na época visando com isso dar um aspecto lógico e didático.

### **2.1 A Constituição de 1824**

Politicamente independente de Portugal em 1822, a 25 de março de 1824 Dom Pedro I, manda observar a “Constituição Política do Império, oferecida e jurada por sua Majestade, o Imperador”. Nossa

primeira Constituição é outorgada, monárquica, à altura das necessidades do momento histórico. Perdurou por 69 anos.<sup>211</sup>

A história constitucional brasileira se inicia sob o símbolo da outorga. A ulterior submissão da Carta de 1824 à ratificação das províncias, ao contrário da indulgente avaliação de autores ilustres<sup>212</sup>, não se lhe permite aponha o selo da aprovação popular, por mais estreitos que sejam os critérios utilizados para identificá-la.

É inegável, contudo, que a Constituição do Império fundava-se em certo compromisso liberal, a despeito de jamais haver sido encarada pelo Imperador como fonte de legitimidade do poder que exercia. O mando pessoal, semi-absoluto, ora guardava mera relação formal com a estrutura normativa da Constituição, ora simplesmente a ignorava.<sup>213</sup>

A sua única disposição de natureza securitária, apropriada à época em que prevalecia o mutualismo como técnica de proteção social, é a do art. 179, XXXI, onde se dispõe: “A constituição também garante os socorros públicos”.

O Montepio Geral dos Servidores do Estado (MONGERAL) apareceu em 22 de junho de 1835, sendo a primeira entidade privada que veio a funcionar no país. Tal instrumento legal é anterior à lei austríaca de 1845, e à lei alemã de 1883. Previa um sistema típico do mutualismo (sistema por meio do qual várias pessoas se associam e vão se cotizando para a cobertura de certos riscos, mediante a repartição dos encargos com todo o grupo). Contém a maior parte dos institutos jurídicos securitários existentes nas modernas legislações e foi concebido muito tempo antes da Lei ELOY CHAVES.<sup>214</sup>

O Ato Adicional de 1834, em seu art. 10, estipula que compete às Assembléias Legislativas, entre outras coisas, legislar sobre “casas de socorros públicos, conventos e quaisquer associações políticas ou religiosas” (Lei nº 16, de 12.8.34).

---

<sup>211</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. A Seguridade Social na Constituição Federal, 1992, p. 17.

<sup>212</sup> CAETANO, Marcelo. Direito Constitucional. v. I, 1987, p. 500.

<sup>213</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 1996, p. 7.

<sup>214</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. Atlas, 1992, p. 23.

O Código Comercial de 1850 já previa no art. 79 que “os acidentes imprevistos e inculcados, que impedirem aos prepostos o exercício de suas funções não interromperão o vencimento de seu salário, contanto que a inabilitação não exceda a três meses contínuos”.

O Decreto nº 3.397, de 24 de novembro de 1888, criou a Caixa de Socorros para os trabalhadores das estradas de ferro. O Decreto nº 9.212, de 26 de março de 1889, estatui o montepio obrigatório para os empregados dos Correios. O Decreto nº 10.269, de 20 de julho de 1889, estabeleceu um fundo especial de pensões para os trabalhadores das Oficinas da Imprensa Régia.

## 2.2 A Constituição Republicana de 1891

Afigura-se fora de dúvida, constata SEABRA FAGUNDES<sup>215</sup>, que a República no Brasil nasce sem legitimidade. ”Nada documenta que a idéia republicana fosse uma aspiração generalizada na opinião pública, embora houvesse grupos diversos, e intelectualmente de grande expressão, que por ela batalhassem. E o episódio, em si, da Proclamação, revestiu todos os aspectos de um mero pronunciamento militar, de um golpe armado. O povo o recebeu atônito e perplexo”.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 é avara em relação à Previdência Social, não reproduzindo a proteção ao mutualismo, mas é a primeira a conter a expressão “aposentadoria”, quando determina que “A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação” (art. 75). E o texto diz bem: o benefício era dado.

Proíbe a acumulação de cargos (art. 79) e permite livremente o trabalho (art. 72, § 24), estabelecendo obrigações em relação aos funcionários (art. 82).

Nas Disposições Transitórias estipula a Dom Pedro de Alcântara, “uma pensão que, a contar de 15 de novembro de 1889, garante-lhe, por todo o tempo de sua vida, subsistência decente”. O Congresso Ordinário, em sua primeira reunião, fixará o *quantum* desta pensão (art. 7º).

---

<sup>215</sup> FAGUNDES, M. Seabra. A Legitimidade do Poder Político na Experiência Brasileira. Recife: Publicação da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Pernambuco, 1982, p. 16.

Em vista do avanço do mutualismo ocorrido a partir de 1835, é estranhável o silêncio constitucional em matéria de técnicas de proteção social.

O Código Comercial em diversos artigos dispõe sobre matéria trabalhista. Regula o seguro privado marítimo, esboçando a indenização e uma forma rudimentar de seguro de acidentes do trabalho.

No art. 232 dispõe sobre a inadimplência dos empreiteiros e no art. 241 regulamenta a indenização devida pelas empresas aos mestres, administradores ou diretores de fábricas. Já o art. 79 preceitua que “os acidentes imprevistos e inculpados, que impedem aos prepostos o exercício de suas funções, não interromperão o vencimento do seu salário, contanto que a inabilitação não exceda de três meses contínuos”.

O Regulamento nº 737, de 25.11.1850, de modo geral, assegura aos empregados, vítimas de acidentes do trabalho, a percepção de salários que não excedam a três meses. Na mesma oportunidade, é garantido aos trabalhadores o salário correspondente ao período de aviso prévio não concedido oportunamente.

Na obra “Subsídios à Pré-História da Previdência Social Brasileira”<sup>216</sup> são retratadas as diversas instituições mutualistas, culminando com a Lei nº 3.397, de 24.11.1888, que criou a Caixa de Socorros em cada uma das Estradas de Ferro do Império, além do montepio obrigatório para os empregados dos Correios e da Imprensa Régia (Decretos n.ºs 9.212/4, de 26.3.1889, e 10.269, de 20.7.1889).

A Lei ELOY CRAVES (Decreto-Legislativo nº 4.682/23) foi a primeira norma a instituir no Brasil a previdência social, com a criação de Caixas de aposentadorias e pensões para os ferroviários, de nível nacional. Tal fato ocorreu em função das manifestações gerais dos trabalhadores da época e da necessidade de apaziguar um setor estratégico e importante da mão-de-obra daquele tempo.

A referida lei destinou-se a estabelecer, em cada uma das empresas de estrada de ferro existentes no país, uma Caixa de aposentadoria e de pensões para os respectivos empregados. Beneficiários eram, portanto, apenas os trabalhadores subordinados (empregados).

---

<sup>216</sup> *In* Revista de Previdência Social. São Paulo: LTr, nº 16/37.

A aposentadoria era entendida na época como sendo a Previdência Social.

No Brasil as pessoas também passaram a se reunir num mesmo grupo profissional, mediante cotização, para assegurar entre si determinados benefícios, dando a idéia do mutualismo que ocorrera em outros países.

Depois da introdução da proteção acidentária, ocorrida em razão do Decreto-Legislativo nº 3.724, de 15.1.1919, a Lei ELOY CHAVES (Decreto-Legislativo nº 4.682, de 24.1.1923), autoriza a criação de caixas de aposentadorias e pensões nas ferrovias; com isso implanta-se a Previdência Social no Brasil.

### **2.2.1 A Emenda Constitucional de 1926**

A reforma constitucional de 1926, sob a presidência de ARTHUR BERNARDES, teve por traço fundamental o ímpeto centralizador, impondo limitações à autonomia dos Estados, fortalecendo a União e ampliando os casos de intervenção federal.

A Constituição de 1891 sofre uma emenda em 3 de setembro de 1926, que a altera significativamente. O § 28, do art. 54, autoriza o Congresso Nacional a disciplinar o trabalho, e o § 29 do mesmo artigo a “legislar sobre licença, aposentadoria e reformas, não se podendo conceder, nem alterar, por leis especiais”.

Por aposentadoria se entendia, à época, a Previdência Social, quase inteiramente afastada dos textos constitucionais até então, a despeito do avanço da legislação ordinária.

A impressão que se tem é que os constituintes e emendadores não tinham a preocupação de incluir no texto constitucional diretrizes relativas ao trabalho e ao seguro social, interesse que passa a existir a partir da Constituição de 1934 e que se institucionaliza na Constituição de 1946.

A partir de 1930, época da revolução, o sistema previdenciário deixou de ser estruturado por empresa, passando a abranger categorias profissionais.

### **2.3 A Constituição de 1934**

Vitorioso o movimento, uma Junta Governativa Militar, pelo Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, formalizou a transferência do poder para um Governo Provisório, chefiado por

GETÚLIO VARGAS. A nova ordem somente veio a institucionalizar-se, tardiamente, com o advento da Constituição de 16 de julho de 1934, cuja necessidade fora “dramaticamente” acentuada pela Revolução Constitucionalista de São Paulo, em 1932.<sup>217</sup>

A Constituição de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar, de 1919, e pelo corporativismo, continha inovações e virtudes. Dedicou um título à Ordem Econômica e Social, iniciando a era da intervenção estatal. Criou a Justiça do Trabalho e o salário-mínimo. Em uma fórmula de compromisso entre capital e trabalho, delineou o arcabouço formal de uma democracia social, que não se consumou.<sup>218</sup>

A Constituição de 16 de julho de 1934 apresenta inúmeras disposições sobre a proteção social. Já no art. 5º, XIX, “c”, estabelece competência da União para fixar regras de assistência social, enquanto no art. 10 divide a responsabilidade com os Estados Federados para “cuidar da saúde e assistência públicas” (inciso II) e “fiscalização à aplicação das leis sociais” (inciso V).

Mantém a competência do Poder Legislativo para legislar sobre as aposentadorias (art. 39, inciso 8, item “d”), fixa a proteção ao trabalhador (art. 121) e, finalmente, abre espaço para o Direito Social, em seu art. 121, § 1º, letra “h”.

Falando em “assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, a instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes do trabalho ou de morte”.

São diretrizes fundamentais do seguro social fincadas na Constituição de 1934: tríplice e obrigatória contribuição, noção social de risco, prestações comuns e acidentárias e proteção em especial à maternidade.

Equipara aos trabalhadores, os profissionais liberais (art. 123), ampara os desvalidos (art. 138, “d”), os infantes (art. 138, “e”) e as famílias com prole numerosa (art. 138, “f”).

---

<sup>217</sup> FERREIRA, Pinto. Princípios do Direito Constitucional Moderno. 1971, p. 112.

<sup>218</sup> BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, p. 18.

Na parte reservada aos funcionários públicos (art. 170), prevê aposentadoria compulsória aos 68 anos (art. 170, § 3º), aposentadoria por invalidez de valor integral para quem tivesse no mínimo 30 anos de trabalho (art. 170, § 4º), benefícios integrais para os acidentados (art. 170, § 6º) e aponta princípio segundo o qual os proventos não devem superar os vencimentos (art. 170, § 7º).

Curiosamente, sinaliza sobre a acumulação de benefícios oficiais com privados (art. 172, § 2º).

É a primeira a referir-se expressamente à previdência, apesar de sem o qualificativo “social”.

## **2.4 A Constituição de 1937**

A Constituição de 10 de novembro de 1937 é sumariíssima em matéria de Direito Social. Representa uma involução comparada com as anteriores Constituições brasileiras.

Depois de expressar-se bombasticamente em relação ao direito dos pais miseráveis, de invocar o auxílio e a proteção do Estado (art. 127) e de declarar peremptoriamente que “o trabalho é um dever social” (art. 136), disciplina a Previdência Social em apenas dois §§ do art. 137.

Nº o primeiro menciona a “instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidente do trabalho”; de acordo com o segundo, “as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio e assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos segurados de acidentes do trabalho e aos seguros sociais”.

Consagra o emprego, muito em voga na época, da denominação “seguro social” (em vez de “previdência social”), que perde expressão a partir de 1945. Uma constituição pobre em matéria de proteção social, só justificável pelas razões políticas que levaram à sua elaboração, tanto quanto a de 1934. Um atraso historicamente inexplicável, quando a legislação ordinária estava avançada em relação ao começo do século.

## **2.5 A Constituição de 1946**

A Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946 foi contemporânea de uma fecunda época de construção constitucional em todo mundo. Com o fim da Segunda Guerra, diversos Estados tomaram-

se independentes, elaborando seus estatutos fundamentais. Outros tantos, findos os regimes ditatoriais, reordenavam suas instituições. Conforme notícia AFONSO ARINOS<sup>219</sup>, entre 1946 e 1949, vinte e um países editaram novas Constituições, sem contar a América Latina, onde oito Estados inauguraram novas Leis básicas ou reformaram a fundo as existentes.

Com a Constituição social-democrática de 1946 inicia-se a sistematização constitucional da matéria previdenciária, embora mesclada com o Direito do Trabalho. É reservado todo o art. 157 para o Direito Social.

Aparece pela primeira vez a expressão “previdência social”, em detrimento de “seguro social”, que perde terreno.

No inciso XVI consagra a fórmula posteriormente empregada na Constituição de 1967, bem como sua posterior Emenda datada de 1969, referindo-se a “previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte”. No inciso XVIII alude, em particular, à proteção acidentária.

Sob os auspícios da Constituição de 1946 é elaborado o Decreto-lei nº 7.526/45, bem como o Decreto nº 35.448/54, protótipo da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807/60), que funde a legislação de Previdência Social de todos os institutos, abrindo caminho para sua unificação, ocorrida em 01.01.67, com o Decreto-lei nº 72/66.

Com a Emenda Constitucional nº 11, de 31.3.65, um dispositivo legal ascende à posição de princípio constitucional. Acrescenta-se um § ao art. 157, determinando-se que “Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social pode ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total”, norma sucessivamente descumprida pelos Poderes Executivo e Legislativo.

---

<sup>219</sup> FRANCO, Afonso Atinos de Melo. As Constituições Brasileiras. Teoria da Constituição. 1976, p. 171.

A Constituição Federal de 1946 é um marco em matéria de Previdência Social. É nítida a preocupação do contribuinte com o assunto. Revela-se o interesse do Estado pelo seguro social em face da permanente importância deste para toda a Nação.

## **2.6 A Constituição de 1967**

A Constituição de 24 de janeiro de 1967, que entrou em vigor em 15 de março de 1967 (art. 189), não inovou em matéria previdenciária em relação à Constituição de 1946.

Foi uma imposição do Movimento Revolucionário de 1964. Os ideólogos que a conceberam não tinham a intenção de modificar profundamente a Previdência Social, calcando-se, em relação à matéria, nos dispositivos da Constituição de 1946. O art. 158 da Constituição de 1967 é praticamente o mesmo art. 157 da Constituição de 1946. Na prática, a fórmula adotada pelo *caput* é de referir-se à legislação trabalhista previdenciária, fixando-se os parâmetros; na segunda, garante os mesmos direitos pela Constituição.

Destaca-se o parágrafo único, onde se fixa a precedência do custeio em relação às prestações. Comparece pela primeira vez o benefício “*seguro-desemprego*” (que haveria de ser regulamentado pela Lei nº. 4.923/65, sob o nome de “*auxílio-desemprego*”) e como uma prestação previdenciária. Também é assegurada aposentadoria à mulher “aos trinta anos de trabalho, com salário integral” (inciso XX).

### **2.6.1 A Emenda Constitucional de 1969**

A Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969, que entrou em vigor em 30 de outubro de 1969, também não apresentou alterações substanciais em relação à Constituição de 1946 e a de 1967. A matéria previdenciária era tratada juntamente com a de Direito do Trabalho no art. 165, repetindo praticamente a Constituição de 1967.

A Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS) foi editada pela primeira vez pelo Decreto nº 77.077, de 24 de janeiro de 1976. Era uma norma que tinha força de decreto e não de lei. Caso houvesse dúvida, haveria necessidade de se consultar os textos da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), Lei nº 3.807.

A Lei nº 6.439, de 1º. de julho de 1977, instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS) tendo como objetivo a reorganização da Previdência Social. O SINPAS destinava-se a integrar as atividades da Previdência Social, da Assistência Médica, da Assistência Social e de gestão administrativa, financeira e patrimonial, entre as entidades vinculadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social. O SINPAS tinha várias divisões:

- a) o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que cuidava de conceder e manter os benefícios e demais prestações previdenciárias;
- b) o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), que prestava assistência médica;
- c) a Fundação Legião Brasileira de Assistência (LBA), que tinha a incumbência de prestar assistência social à população carente;
- d) a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), que promovia a execução da política do bem-estar do menor;
- e) a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (DATAPREV), que cuidava do processamento de dados da previdência social;
- f) o Instituto de Administração da Previdência Social (IAPAS), que tinha competência para promover a arrecadação, fiscalização e cobrança das contribuições e outros recursos pertinentes à Previdência e Assistência Social.

Com o Decreto nº 89.312, de 23 de janeiro de 1984, reorganizou-se nova CLPS, consolidando as leis supervenientes, e estabelecendo tipologia mais extensa em relação a vários segurados.

O Decreto nº 94.637, de 20 de julho de 1987, e a Portaria nº 4.370, de 2 de dezembro de 1988, criaram o Programa de Desenvolvimento de Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde dos Estados (SUDS) e estabeleceram normas complementares para o funcionamento deste programa.

## **2.7 A Constituição de 1988**

Nas palavras de JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES<sup>220</sup>, a Previdência Social aparece no texto constitucional de 1988 como sendo

---

<sup>220</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Poder Municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro. 1997, p. 269.

um direito social fundamental conforme dispõe o Título II, Capítulo II que trata dos Direitos Sociais, em seu art. 6º, com a seguinte redação:

“São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, tem todo um capítulo dedicado a Seguridade Social (arts. 194 a 204). A Previdência Social, a Assistência e a Saúde passaram a fazer parte do gênero Seguridade Social.

A Constituição deu contornos mais precisos aos direitos de previdência social (arts. 201 e 202), mas seus princípios e objetivos continuam mais ou menos idênticos ao regime geral de previdência social consolidado na legislação anterior, ou seja; funda-se no princípio do seguro social, de sorte que os benefícios e serviços se destinam a cobrir eventos de doença, invalidez, morte, velhice e reclusão, apenas do segurado e seus dependentes. Isto quer dizer que a base da cobertura assenta no fator contribuição e em favor do contribuinte e dos seus<sup>221</sup>.

Segundo KILDARE GONÇALVES<sup>222</sup>, em matéria previdenciária, a Constituição de 1988 contém inúmeros princípios e preceitos programáticos, dependendo sua eficácia de legislação integrativa, mas, de qualquer forma, direcionando a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que deverão ater-se às diretrizes nele enunciadas.

A vigente Constituição de 1988 representa o reconhecimento da importância do seguro social pelas lideranças políticas. Não só o espaço físico é mais amplo - reservando-se onze artigos ao Título VIII - Da Ordem Social - como a matéria é mais programaticamente exposta que as anteriores e acentuado o esmiuçamento.

Inclui lugar específico para a saúde e a assistência social e, o que é mais significativo, firma os princípios da seguridade social- que introduz - como os das ações de saúde, previdência e assistência social.

Não reformula o modelo previdenciário, tarefa que não cabe ao constituinte, mas aprofunda concepções sobre o papel da técnica de proteção social.

---

<sup>221</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 1996, p. 300.

<sup>222</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional Didático. 1996, p. 451.

Tais idéias, pelo menos a maioria delas, nascem conjuntamente das insatisfações de aposentados e pensionistas. Pouquíssimas derivam do estudo e da preparação científica, nesta observação incluídas as idéias provenientes da Comissão de Alto Nível. Algumas, por sinal, traduzem a preocupação do constituinte em fazer as pazes com os seus representados, refletindo a congressualidade da Assembléia Nacional Constituinte<sup>223</sup>.

O texto constitucional causa a sensação de que, divididos os encargos entre os contribuintes, os que receberam a incumbência de elaborar o Título VIII - Da Ordem Social - empenharam-se em atender às reclamações mais comuns e hodiernas, sem pensar efetivamente na construção da seguridade social.

A capitulação da matéria e a tonalidade do texto legal demonstram que, concebidos títulos altissonantes, o constituinte apressa-se a estofá-los, sem muito amparo na realidade nacional. Tanto isto é verdade que, como se fossem iguais as grandezas, o espaço reservado à saúde e à assistência social são equivalentes aos da Previdência Social e esta é sabidamente, muito mais complexa e exigente no que diz respeito à normatização.

No tocante à previdência social, o ponto mais importante talvez seja a sua nítida caracterização como seguro social, uma vez que, ainda em termos constitucionais expressos, seus planos devem ser levados a efeito “mediante contribuição” (art. 201)<sup>224</sup>.

Esta Constituição não é sistematizadora nem revolucionária, em termos de ápice do ordenamento jurídico. Mantém dispersos os comandos securitários, não obstante o esforço de síntese no Capítulo II - Da Seguridade Social - deixando para outros Capítulos os regimes não geridos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS). Tem o inestimável mérito de desmembrar de vez o Direito Previdenciário do Direito do Trabalho, embora no Capítulo II - Dos Direitos Sociais, do Título II, muitos institutos previdenciários estejam ao lado dos trabalhistas (art. 7º, incisos I/XXXIV).

---

<sup>223</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. A Seguridade Social na Constituição Federal. 1992, p. 23.

<sup>224</sup> Curso de Direito Previdenciário. Coordenador: Wagner Balera. 1996, p. 27.

A Constituição dedica o Título VIII à “ordem social”, que se desvincula da “ordem econômica”. Afasta-se assim o texto constitucional de 1988 da orientação das Constituições anteriores, que, a partir de 1934, incluíam a “ordem social” no Título da “ordem econômica”.

Ao mesmo tempo em que simplificou o conceito, ou melhor, a noção de seguridade social, a Constituição criou com relação a ela algumas complicações, tanto genéricas como específicas.

A principal das complicações genéricas talvez tenha sido o estabelecimento de um orçamento global para a seguridade social, reunindo, portanto, as suas três partes, com dotações separadas para cada uma delas.

Acontece que na previdência social orçamento não é a mesma coisa que nas demais áreas das finanças públicas (ou privadas). A lei estabelece, com expresse respaldo constitucional, o direito aos benefícios, em valores também estabelecidos, prevendo, naturalmente, recursos para isso; e a previdência tem de pagá-los, como manda a lei.

Nenhum dispositivo legal condiciona o pagamento dos benefícios à existência de recursos orçamentários. Ao contrário, o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 8.212/91, que entre outras coisas instituiu o plano de custeio da seguridade social, é taxativo a respeito: a União responde pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras decorrentes do pagamento dos benefícios de prestação continuada da previdência social.

Salvo melhor juízo, responde pela insuficiência decorrente do pagamento dos benefícios em geral, ou seja, os de pagamento único também.

O Decreto nº 99.060, de 7 de março de 1990, passou a vincular o INAMPS ao Ministério da Saúde.

Com o advento do Decreto nº 99.350, de 27 de junho de 1990, foi criado o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), autarquia federal vinculada ao então Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante a fusão do IAPAS com o INPS.

Em 24 de julho de 1991 entram em vigor a Lei nº 8.212, que trata do custeio do sistema da seguridade social, e a Lei nº 8.213, que versa sobre os benefícios previdenciários.

Tais normas foram regulamentadas pelos Decretos nºs. 356 e 357, de 7 de dezembro de 1991, o primeiro dispondo sobre o sistema de custeio e o segundo sobre os benefícios.

A Lei nº 8.422, de 13 de maio de 1992, extinguiu o Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS), criando o Ministério da Previdência Social (MPS) e o Ministério do Trabalho e da Administração (MTA).

O Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992, vem dar nova redação ao Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, substituindo o regulamento anterior previsto no Decreto nº 357, de 7 de dezembro de 1991. O Decreto nº 612, de 21 de julho de 1992, fornece nova redação ao Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social, substituindo o regulamento anterior disciplinado pelo Decreto nº 356, de 7 de dezembro de 1991.

A seguridade social está desenvolvida em três distintos momentos na Constituição Federal de 1988:

- a) nos artigos 194/204;
- b) em diversos artigos esparsos, notadamente no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II - Dos Direitos Sociais;
- c) nas Disposições Transitórias.

Saúde, previdência e assistência social podem ser vistos dentro do Título VIII, Capítulo II, Seções II/IV. Assuntos correlatos, como os do Direito do Trabalho, encontram-se nos artigos 6º/8º.

Nos artigos 194/204, porém, é que centradamente se cuida de seguridade social.

O Capítulo II - Da Seguridade Social - divide-se em três seções, sendo que nos artigos 194 e 195, que as antecedem, são estaqueadas as diretrizes básicas, as fontes de custeio e as prestações programadas nas seções respectivas.

No art. 195, cuida-se enfaticamente da receita, revelando-se a intenção do constituinte de assentar a implantação da seguridade social em bases financeiras.

Em cada uma das seções inicia-se a disciplina após uma concentração dos objetivos e, logo a seguir, são fixados os princípios norteadores da ação. Posteriormente, são arroladas as prestações por espécies, quase que enumerativamente, restando esquecido, dos benefícios importantes, apenas o “auxílio-doença”.

Inobstante subsistir quase unanimidade entre os estudiosos de que a Seguridade Social se trata de uma técnica de proteção social, um seguro

social avançado, o constituinte de 1988 concebe a Seguridade Social como um gênero ou um vasto programa tornado possível através da saúde, previdência e assistência social.

Bem lido o *caput* do art. 194, tem-se ali um dispositivo não de previdência ou seguridade, mas de Direito Securitário:

“A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações, de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Verdadeiramente, porém, pretende-se garantir a saúde, a previdência e a assistência social, mais do que o direito a essas instituições<sup>225</sup>.

A indistinção entre seguridade social e previdência social não se desfaz com a leitura dos dois artigos que se seguem. Após fixar-lhe os princípios, limitam-se eles a estatuir as fontes de custeio da Previdência Social (art. 195).

Note-se: o parágrafo único estabelece postulados de uma técnica avançada, que seria a seguridade social, consubstanciada pela previdência social (arts. 201 e 202) e a assistência social (arts. 203 e 204) já existentes. Ou seja, excluída a carta de princípios que constitui o art. 194, a seguridade social na Constituição é uma soma da previdência e assistência social com as atribuições do INAMPS e do Ministério da Saúde; uma mudança meramente administrativa.

Constitucionalmente, repita-se, a Previdência Social estrutura-se como o principal instrumento da seguridade social, ao lado da qual o Estado pretende oferecer condições de saúde e de assistência social.

## CONCLUSÃO

Está aí uma visão panorâmica da Previdência Social no Brasil, que nos permite uma análise crítica de seu desenvolvimento, para firmarmos alguns pontos de vista sobre a sua evolução ou involução, levando-se em conta o estágio da vida social, econômica e política do Brasil.

Como é sabido, o sistema previdenciário em funcionamento em nosso país é o de repartição de receitas ou, mais apropriadamente de fluxo de caixa - arrecada-se dos trabalhadores em atividade para pagar os

---

<sup>225</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Op. cit.*, p. 40.

benefícios dos que estão inativos (aposentadorias e pensões).

Sistema, inicialmente concebido, com contribuição tripartite, trabalhadores, patrões e Estado, viu-se ao longo do tempo, reduzido a bipartite, com o afastamento do Estado de suas obrigações contributivas, porém, um excepcional tomador dos parcos recursos do caixa da previdência com o fim de custear obras que deveriam ser pagas com dinheiro vindo dos impostos (construção de Brasília, Itaipu, Ponte Rio-Niterói, etc.). Registre-se, por oportuno, que a Ponte Rio-Niterói, construída com recursos da previdência social, agora é entregue à iniciativa privada e não se tem notícia de que os cofres dos trabalhadores foram ressarcidos. Os empresários marcham sobre Brasília (de avião...) para exigir do governo as reformas para que o país possa crescer. Quando cresceu, com dinheiro da previdência, certamente não se lembraram de onde vinham, pois só pensavam em capturá-lo.

A correção do descalabro com os recursos que deveriam compor um sólido fundo para garantir uma vida digna após anos de trabalho é relegado a segundo plano.

Porque não partir para um sistema único em que todos contribuam (trabalhadores, patrões e governo), com um teto de aposentadoria (o menor possível), deixando para um fundo de administração pública (jamais privado) a formação de um pecúlio com contribuição de cada trabalhador (do setor privado ou público), para que, após 30 ou 35 anos, se mulher ou homem, administre seu recurso da forma que lhe aprouver, independentemente de poder ou não se aposentar, criando-se, naturalmente, mecanismos que previnam possíveis sinistros (parte de cada depósito, seria destinado à constituição de um seguro). Esta solução elimina o perigo, de no crepúsculo da vida, ver os “reformadores” eliminarem direitos tão fundamentais.

## **BIBLIOGRAFIA**

BALERA, Wagner (Coordenador). **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

- CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. v. I, 1987.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FAGUNDES, M. Seabra. **A Legitimidade do Poder Político na Experiência Brasileira**. Recife, Publicação da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Pernambuco, 1982.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1990.
- FERREIRA, Pinto. **Princípios do Direito Constitucional Moderno**. v. 1, 5. ed. São Paulo: RT, 1971.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **As Constituições Brasileiras. Teoria da Constituição**. As Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Poder Municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A Seguridade Social na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 1992.
- MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

# A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À NÃO DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

**Vilma Leite Machado Amorim**

Mestranda em Direito - UFS; Especialista em Negociação Coletiva - OIT; Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social e em Direito Público - UNIT; Ex. Coordenadora Nacional da Coordigualdade - Ministério Público do Trabalho.

**Sumário:** Introdução; 1. Desenvolvimento: 1.1 O Trabalho Humano: aspectos históricos; 1.2 A Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da não Discriminação; 1.3 Trabalho Decente: direito constitucionalmente garantido; 1.4 Da Discriminação de Gênero nas Relações de Trabalho; 1.5 Proteção Legal à não Discriminação da Mulher; 1.6 Atuação do Ministério Público do Trabalho; Conclusão; Bibliografia.

**Resumo:** A discriminação de gênero é tão antiga quanto a história da humanidade. Ela perdura no tempo, nos diversos espaços, nas mais diferentes formas: das mais cruéis às mais sutis. Em que pese a mulher possui mais anos de estudo do que o homem e ter qualificação profissional, ela continua sendo preterida em todas as fases do contrato de trabalho e recebendo salários inferiores aos dos homens pelo mesmo trabalho executado. Por outro turno, jamais o ordenamento jurídico pátrio possuiu tantas normas protetivas, de ordem pública, para a mulher, inclusive com a constitucionalização dos princípios da dignidade humana e da não discriminação. Falta, ainda, um longo caminho a percorrer para que haja igualdade de oportunidades à mulheres e, finalmente, para que a sociedade brasileira seja justa, fraterna e livre de preconceitos.

**Palavras-Chave:** Constitucionalização; Não Discriminação; Gênero; Trabalho.

**Abstract:** Gender discrimination is as old as human history. It endures in time, in different spaces in different ways: the most cruel to the most subtle. Despite the woman has more years of education than men and have professional qualifications, it remains tilted in the private sector in all phases of employment and receive lower wages than men for equal work performed. On the other hand, never possessed so many legal parental protective standards, public policy, for women, including the constitutionalisation of the principles of human dignity and non-discrimination. Missing, still a long way to go to there equal opportunities for women and, finally, the Brazilian society to be just, fraternal and free from bias.

**Keywords:** Constitutionalization. Non-discrimination. Gender. Work.

## **INTRODUÇÃO**

O objetivo do presente artigo é o estudo da constitucionalização do direito à não discriminação de gênero nas relações de trabalho. Para tanto, far-se-á, inicialmente, uma retrospectiva histórica do trabalho humano no mundo e no Brasil, ressaltando a presença desse direito nas constituições pátrias, outorgadas ou promulgadas, ao longo desses dois últimos séculos.

Para abordar o tema, entende-se indispensável uma breve análise acerca da dignidade da pessoa humana, enquanto norma-princípio que fundamenta o Estado Democrático de Direito, servindo de âncora a diversos direitos humanos trazidos a Carta Cidadã de 1988. Nessa perspectiva, tratar-se-á do Trabalho Decente, enquanto direito fundamental de toda pessoa humana, trazendo à baila conceitos, doutrina, normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais que versam sobre a questão.

Passar-se-á a uma reflexão no tocante à discriminação nas relações de trabalho, com seus diversos tipos de classificação, complementado com o arcabouço legal de proteção à não discriminação da mulher nas relações laborais, demonstrando-se, ainda, embora de maneira superficial, a atuação do Ministério Público do Trabalho no combate do trabalho indigno e na promoção do trabalho decente.

Nas considerações finais, será feita uma análise crítica da efetivação do direito constitucional à não discriminação de gênero nas relações laborais.

## **1. DESENVOLVIMENTO**

### **1.1 O Trabalho Humano: aspectos históricos**

O trabalho realizado pelo homem é um dos elementos mais importantes para compreensão da história da humanidade. A maneira pela qual se busca o sustento próprio e o da sua família revela muito acerca da sua comunidade, no tocante às relações sociais, econômicas, políticas e culturais.

Os estudiosos do direito do trabalho, quando lidam com a linha do tempo desse ramo da ciência jurídica, ensinam que o termo trabalho

tem sua origem no latim “tripalium”<sup>226</sup>, nome dado a instrumento de tortura ou, ainda, cavalete de três paus, usado em animais e palavra “tripaliare”<sup>227</sup> significa trabalhar. Por isso, “certo é que o vocábulo trabalho apresentou, desde o seu nascimento, um sentimento de expiação, de castigo ou de fadiga”<sup>228</sup>. Ressalte-se, aqui, que tais atributos já encontramos no Antigo Testamento, quando Deus, ao expulsar Adão do paraíso, determina que esse sobreviva do suor do rosto.<sup>229</sup>

O Direito do Trabalho tem como objeto de estudo a energia despendida em favor de terceiro. Durante muito tempo, o trabalho esteve atrelado à mão-de-obra que não era livre juridicamente, fosse na Idade Antiga, pela escravidão, predominantemente, na qual o trabalhador era visto como coisa, mercadoria, não era considerado como sujeito de direitos, ou fosse pela servidão, na Idade Média, que possibilitava a troca de favores entres os senhores feudais e os seus servos. No sistema feudal os nobres permitiam o uso da terra pelos camponeses e lhes davam proteção militar e política. Porém, aqueles que não eram livres, pois estavam ligados à terra, e esses lhes pagavam os tributos com parte da produção.<sup>230</sup>

Com a decadência do sistema feudal na Baixa Idade Média, esclarece Augusto de Carvalho,<sup>231</sup> “[...] o crescimento demográfico e o renascimento urbano, com emancipação pacífica ou não das cidades onde mais florescia a atividade comercial, deram origem a uma nova sociedade agora estruturada em classe e a habitar cidades ou burgos”, as corporações de mercadores e as de ofício, estabeleciam estrutura hierárquica, regulando a capacidade produtiva, regulamentando a técnica de produção e possuíam os mestres (proprietários das oficinas), os companheiros, (recebiam salários dos mestres) e os aprendizes (recebiam ensino metódico da profissão, de 12 a 14 anos).

---

<sup>226</sup> CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. Niterói: Impetus, 2008, p. 3.

<sup>227</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 4.

<sup>228</sup> SOUZA, Otávio Augusto Reis de e CARNEIRO, Ricardo José Mercês. Direito e Processo do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1.

<sup>229</sup> “No suor do seu rosto, comerás o teu pão, até que te tornes à terra.” Gênesis, 3,19.

<sup>230</sup> CASSAR, Vólia Bonfim. *Op. cit.*, p.14.

<sup>231</sup> CARVALHO, Augusto César Leite de. Direito Individual do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 6.

A Revolução Francesa do ano de 1789 suprimiu as corporações, com base nos princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade, trazendo ao centro do poder uma nova classe, a burguesia, sedenta do poder econômico e político, formando monarquias nacionais que dominaram toda a Idade Moderna, inaugurando a produção de bens em larga escala.

As Revoluções Industriais, primeira, segunda e terceira, iniciadas na Inglaterra, transformaram o trabalho em emprego, predominantemente, remunerado e subordinado. A utilização da máquina trouxe a mecanização da produção em série, exigindo técnica no processo produtivo e concentração do elemento humano, em torno das unidades onde se instalaram as máquinas, provocando a urbanização da sociedade, com cidades, metrópoles e megalópoles, fazendo surgir “consciência coletiva”<sup>232</sup>.

Com todas essas mudanças, passou-se, então, à intervenção do Estado nas novas relações de trabalho, fruto, também, da pressão exercida pela classe operária, para a criação de normas destinadas à proteção dos trabalhadores, em especial, a menores de idade e às mulheres, considerados meia-força. Em 1802, surge na Inglaterra norma proibindo o trabalho noturno de menores e fixando jornada de trabalho de doze horas.

Na França, em 1841, o trabalho de menores de oito anos de idade fora proibido. A Igreja Católica preocupada com as precárias condições de trabalho falta de repouso e baixa remuneração, em 1891 publica a Encíclica Papal *Rerum Novarum*,<sup>233</sup> da autoria de Leão XIII. Relevante ressaltar o surgimento, nesse período, de várias normas destinadas à proteção da liberdade e organização sindical.

A Idade Contemporânea é marcada por duas grandes guerras, 1914/18 e 1939/45 e pela constitucionalização do direito do trabalho. Em 1917, no México, surge a primeira Constituição que tratou de temas relativos ao Direito do Trabalho. Em 1919, na Alemanha Constituição de Weimar, e, ainda, no mesmo ano, Tratado de Versalhes, que fixou

---

<sup>232</sup> GODINHO, Maurício Delgado. Curso de Direito do Trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 88.

<sup>233</sup> *Op. cit.*, p. 93.

princípios sobre duração de trabalho, diária e semanal, repouso isonomia salarial, proteção especial ao menor e à mulher e direito de associação.

Em 1921, durante a Convenção de Genebra, foi criada a OIT- Organização Internacional do Trabalho, que passa a ter papel fundamental no mundo do trabalho, disciplinando as relações laborais. Não poderia deixar de mencionar a Carta del Lavoro, de 1927, da Itália, que muito influenciou o direito do trabalho brasileiro, no tocante ao Direito Sindical e Organização da Justiça do Trabalho.<sup>234</sup>

Após, a segunda grande guerra, os países se voltaram para a construção normas de proteção à pessoa, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, com limitação de jornada, férias remuneradas, repouso e lazer.

No Brasil, normas de natureza trabalhista foram contempladas na Constituição do Império, de 1824, as quais asseguravam ampla liberdade para o trabalho e extinguiu as Corporações de Ofício, na trilha dos acontecimentos da Revolução Francesa. A Constituição da República de 1891 garantiu o livre exercício de qualquer profissão e assegurou liberdade de associação.

A Constituição de 1934 foi a primeira a elevar direitos trabalhistas ao patamar constitucional. A Carta de 1937 marcou uma fase intervencionista do Estado, decorrente do golpe de Getúlio Vargas. O Decreto-lei nº 5.452/43, aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), tendo como objetivo reunir as leis esparsas existentes à época, consolidando-as, embora inovando em alguns aspectos as relações trabalhistas.

A Constituição da República de 1946 é considerada uma norma democrática e nela podem ser encontrados diversos direitos trabalhistas, a exemplo da participação dos trabalhadores nos lucros da empresa, repouso semanal remunerado, estabilidade, direito de greve e outros direitos que estavam na norma constitucional anterior, bem como a inclusão da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário. Em 1967, foram mantidos os direitos trabalhistas estabelecidos nas Constituições anteriores.

Em 1988, fora aprovada a atual Constituição da República, que também versa sobre direitos trabalhistas, enquanto direitos fundamentais.

---

<sup>234</sup> CASSAR, Vólia Bonfim. *Op. cit.*, p.18.

A Constituição Cidadã, que é um marco na história do país, avançou na proteção aos direitos e garantias individuais, na supremacia do regime democrático e, para salvaguardar todos esses direitos, elevou a dignidade da pessoa humana a valor fundamental do Estado Brasileiro, expressamente proclamado em seus artigos 1º, inciso III, 170, inciso III e 226, § 7º. Desse modo, ocorreu a constitucionalização do direito a não discriminação.

## **1.2 A Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Não Discriminação**

O estudo do princípio da não discriminação, necessariamente, leva a reflexão acerca da norma-princípio da dignidade da pessoa humana. A constitucionalização dos chamados direitos humanos trouxe à luz a necessidade de se buscar a igualdade material, conforme ensinamentos de Yara Maria Pereira Gurgel, “considerando os diversos grupos e suas eventuais desvantagens e vulnerabilidades sociais”<sup>235</sup>.

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva,<sup>236</sup> em sua tese de doutorado, assevera que “com a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, tornou-se evidente que a Lei Maior não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, constituindo, também, uma norma jurídica, e, como tal, dotada de coercibilidade”.

Nessa linha de pensamento, Jussara Maria Morena Jacinto<sup>237</sup> chega a seguinte conclusão:

“que a dignidade humana é valor que informa toda a ordem jurídica inaugurada com a Constituição Federal de 1988. Nesse diapasão, a dignidade da pessoa vai orientar toda a interpretação possível das normas constitucionais”.

---

<sup>235</sup> GURGEL, Yara Maria Pereira. Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação: sua aplicação às relações de trabalho. LTr, 2010, p. 18-19.

<sup>236</sup> SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da, Direito Social do Trabalhador ao Salário Justo. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008, p. 120.

<sup>237</sup> JACINTO, Jussara Maria Morena. Dignidade Humana - Princípio Constitucional. Curitiba, Juruá, 2006, p. 253.

Flávia Moreira Guimarães Pessoa,<sup>238</sup> em sua obra Curso de Direito Constitucional do Trabalho, leciona que:

“o princípio da dignidade da pessoa humana é essencial dentro do contexto de análise dos direitos fundamentais. Ela, como valor fundamental, exerce uma atração no conteúdo dos demais direitos fundamentais, pressupondo o reconhecimento de todos eles, independentemente de suas dimensões”.

Assim, notamos uma mudança substancial de paradigma, pois, no passado, o trabalho era, essencialmente, caracterizado pela tortura, dor, sofrimento, atribuído sempre aos membros das classes menos favorecidas economicamente. Hoje, o trabalho prestado pelo homem, no dizer de José Cláudio Monteiro de Brito Filho,<sup>239</sup>

“... deveria também ser considerado meio de realização do indivíduo. Para isso, é preciso que alguns preceitos mínimos sejam observados; o primeiro deles, premissa de todos, é que exista liberdade na ação de emprestar a força de trabalho. Negar o trabalho livre, então, é negar o próprio direito ao trabalho e, portanto, um dos direitos inerentes à pessoa humana.”

Basta, portanto, a condição humana para ter direito à dignidade, por ser essa um atributo intrínseco à pessoa, independentemente de religião, da moral ou de crença.

Finalmente, cabe ressaltar que o princípio da não discriminação é considerado a vertente negativa do princípio da igualdade,<sup>240</sup> como o da dignidade humana, também possui carga normativa. Para GURGEL,<sup>241</sup> “deriva da própria axiologia do direito ao tratamento isonômico, não sem possível qualquer tratamento excludente em razão de gênero, raça, cor, orientação sexual, aparência, estado civil”, por exemplo.

### **1.3 Trabalho Decente: direito constitucionalmente garantido**

Primeiramente, urge trazer à baila o significado palavra decente,

---

<sup>238</sup> PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Curso de Direito Constitucional do Trabalho. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 28-29.

<sup>239</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 12.

<sup>240</sup> GURGEL, Yara Maria Pereira. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>241</sup> *Op. cit.*, p. 48.

para, logo a seguir, ser analisada o termo trabalho decente.

O Dicionário de Houaiss da língua portuguesa<sup>242</sup> define o vocábulo decente como “o que está em conformidade com os padrões morais e éticos da sociedade; digno, correto, decoroso”.

Para o já citado Brito Filho,<sup>243</sup> “trabalho decente é aquele que garante os Direitos Humanos do Trabalhador”. E esse mesmo autor define Direitos Humanos como sendo,

“o conjunto de direitos e garantias conferidos à pessoa humana enquanto indivíduo, coletividade e gênero, oponíveis e exigíveis contra o Estado e outras pessoas, visando a igualdade, o respeito e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento de todos.”

Segundo a Organização Internacional do Trabalho- OIT,<sup>244</sup>

“decente é um trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade, e segurança, sem quaisquer formas de discriminação, e capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu trabalho.”

Em razão disso, foi elaborada uma Agenda do Trabalho Decente, figurando o Brasil como país signatário, tendo sido fixados os quatro eixos centrais: da a criação de emprego de qualidade para homens e mulheres, a extensão da proteção social, a promoção e fortalecimento do diálogo social e o respeito aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, expressos na Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho da OIT, adotada em 1998, com liberdade de associação e de organização sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;<sup>245</sup> eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;<sup>246</sup> abolição efetiva do trabalho infantil;<sup>247</sup> eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.<sup>248</sup>

---

<sup>242</sup> Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia, Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 918.

<sup>243</sup> BRITO FILHO, *Op. cit.*, p. 25.

<sup>244</sup> Organização Internacional o Trabalho. Disponível em <[http://www.oit.org.br/agenda\\_trabalho\\_decente](http://www.oit.org.br/agenda_trabalho_decente)>, Acesso em 19 set . 2011.

<sup>245</sup> Convenções 87 e 98, da OIT.

<sup>246</sup> Convenções 29 e 105, da OIT.

<sup>247</sup> Convenções 138 e 182, da OIT.

<sup>248</sup> Convenções 100 e 111, da OIT.

A promoção do trabalho decente passou a ser um compromisso assumido entre o Governo Brasileiro e a Organização Internacional do Trabalho, tendo como metas combate ao trabalho infantil e proteção ao trabalhador adolescente, ao trabalho escravo, ao assédio moral, seja interpessoal, seja organizacional, a todo tipo de fraudes nas relações de emprego, à toda forma de discriminação nas relações de trabalho, ao meio ambiente de trabalho inadequado, é tarefa que se impõe para a efetivação da nossa CF/88.

Destarte, diante do estudo do tema abordado, Caroline Delevati Colpo,<sup>249</sup> professora do curso de Relações Públicas das Faculdades Integradas Uninvest, chegou a seguinte conclusão:

Assim, o chamado trabalho decente é perspectiva futura, no qual o empregado terá equilíbrio entre o trabalho e a vida familiar. Terá possibilidade de enviar seus filhos para as escolas e retirá-los do trabalho infantil. Cada mulher e cada homem poderão ascender a um trabalho decente e produtivo em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade. Não serão discriminados e terão voz dentro do local de trabalho e na sociedade, poderão desenvolver suas capacidades pessoais para competir no mercado de trabalho, além de ter saúde, ou seja, um meio para garantir a própria dignidade humana.

#### **1.4 Da Discriminação de Gênero nas Relações de Trabalho**

A discriminação de gênero<sup>250</sup> é tão antiga quanto a história da humanidade. Ela perdura no tempo, nos diversos espaços, nas mais diferentes formas, variando das mais cruéis às mais sutis, da violência doméstica, física e psicológica, à discriminação indireta, velada, nas seleções para os mais altos escalões das grandes empresas, apesar do fato de a mulher possuir mais anos de estudo do que o homem.<sup>251</sup> Por outro

---

<sup>249</sup> COLPO, Caroline Delevati. Responsabilidade Social e Trabalho Decente no Paradigma Organizacional. *In*: V Encontro dos Núcleos de Pesquisa da Intercom. Trabalho apresentado ao NP 05 - Relações Públicas e Comunicação Organizacional, Faculdades Integradas Uninvest.

<sup>250</sup> O termo gênero é aqui utilizado enquanto construção social e histórica para identificar a diversidade biológica, portanto, mais amplo que o termo sexo.

<sup>251</sup> IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Relatório de 08 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 14 set. 2011.

turno, jamais o ordenamento jurídico pátrio possuiu a quantidade de normas protetivas para a mulher, como acontece nos dias atuais. Essa assertiva pode ser confirmada nos textos internacionais, constitucionais e infraconstitucionais, repletos de igualdade jurídica formal.

Não se pode duvidar que grande passo foi dado para vincular pessoas, instituições, empresas, o próprio legislador, e até o judiciário, enfim, toda a sociedade, no cumprimento dos fundamentais princípios da igualdade e da não-discriminação. No entanto, a realidade demonstra, ainda, um longo caminho a ser trilhado para a obtenção da igualdade material em relação a gênero nas relações de trabalho.

Discriminar, em sentido neutro, significa distinguir ou diferenciar. Impõe ressaltar que a mulher é sempre alvo da discriminação, conotação negativa, ou seja, a que desfavorece a pessoa ou o grupo de pessoas unidas por um traço comum, sem motivo razoável.<sup>252</sup> Já o preconceito enquanto atitude interior do indivíduo ou grupo, ou uma ideia pré-concebida acerca de algo ou alguém, pode conduzir à discriminação, vez que essa é a materialização, exteriorização daquele.

Para Egídia Maria de Almeida Aeixe, citada por Thereza Cristina Gosdal,<sup>253</sup>

[...] o ato de discriminar compõe-se, antes de tudo, de uma generalização dos atributos extrínsecos das pessoas de um grupo como sinônimos de uma ou mais qualidades vistas como negativas. O efeito é a negação da individualidade de cada componente do grupo e sua dissolução em um todo imaginário, que recebe uma categorização estigmatizante a partir dos valores daquele que discrimina.

Discriminação é toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, conforme definição dada pela Convenção nº 111, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil no ano de 1968 e cristalizada no Decreto nº 62.150/68.

---

<sup>252</sup> GOSDAL, Tereza Cristina. Discriminação da Mulher no Emprego: relações de gênero no direito do trabalho. Curitiba: Genesis, 2003, p. 92.

<sup>253</sup> *Op. cit.*, p. 94.

A discriminação da mulher no mercado de trabalho, nas lições de Thereza Cristina Gostal<sup>254</sup> “[...] surge historicamente legitimada por um conjunto de ‘leis’ biológicas e de mercado, consolidadas nas relações de gênero”, o que condiciona tal discriminação à natureza, seja do trabalhador, seja da atividade a ser desenvolvida, desconsiderando-se, assim, os aspectos históricos, sociológicos e antropológicos.

Alice Monteiro de Barros, citada por Thereza Gosal,<sup>255</sup> conceitua a discriminação direta como sendo aquela que “[...] pressupõe um tratamento desigual fundado em razões proibidas; e a discriminação indireta, um tratamento formalmente igual, mas que produz efeito diverso sobre determinados grupos”.

Se a discriminação direta de gênero é tema que já não traz à baila muita polêmica no mundo acadêmico e jurídico, a indireta, a velada, por seu turno, tem na sua negação o maior obstáculo, inexistindo, muitas vezes, o reconhecimento dessas manifestações por parte das empresas.

A discriminação indireta está “[...] relacionada com situações, regulamentações ou práticas aparentemente neutras, mas que, na realidade, criam desigualdades em relação a pessoas que têm as mesmas características”.<sup>256</sup> Essa, sem conflitos abertos, caracteriza-se pela maior dificuldade de ser identificada, sendo esse tipo a que gera as piores consequências, pois pretere grupos mais vulneráveis, a exemplo do de mulheres, sem, muitas vezes, deixar rastros.

Além dos tipos de discriminação acima explicitados, direta e indireta, existem na doutrina outras classificações, a exemplo daquela feita por Eva Saldaña Valderas,<sup>257</sup> ou seja, discriminação vertical e horizontal:

“La discriminación vertical se manifiesta através de suas dificultades en el acceso a los empleos que ocupan altas posiciones en el escafón de las empresas y, vencida esta barrera, de forma específica, en la minusvaloración salarial subsiguiente. La preterición horizontal muestra como un hecho suficientemente constatable que los empleos ocupados mayoritaria y tradicionalmente por mujeres suelen estar peor remunerados que

---

<sup>254</sup> *Op. cit.*, p. 83.

<sup>255</sup> *Op. cit.*, p. 83.

<sup>256</sup> *Op. cit.*, p. 83.

<sup>257</sup> VALDERAS, Eva Saldaña, citada por Thereza Cristina Gosal, *Op. cit.* 100.

aquellos que son ocupados predominantemente por hombres.”

Joaquim B. B. Gomes<sup>258</sup> manifestou-se sobre discriminação, afirmando que:

Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas.

Alexandre Silva<sup>259</sup> classifica a discriminação em dois tipos: intencionais (explícitas e implícitas) e as não intencionais. Nas intencionais explícitas, o critério discriminatório exsurge com nitidez do veículo normativo ou do ato que introduziu a exclusão. Nas intencionais implícitas, o critério discriminatório não é intencionalmente declarado, havendo um desvio de finalidade do legislador, sub-repticiamente, sob o pálio de um critério aparentemente neutro. No que se refere às não intencionais, também chamada discriminação de fato, decorre da indiferença e postura passiva do poder público a determinados grupos sociais vulneráveis.

O Manual de Procedimento do Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades para Todos, do Ministério Público do Trabalho,<sup>260</sup> assevera que a discriminação indireta é a mais comum e se expressa de maneira sutil através de padrões institucionais de desigualdade que vão além das condutas dos indivíduos. A desigualdade permanece mesmo quando todos os indivíduos recebem tratamento igual. É o caso das mulheres ou dos membros de uma categoria racial, que enfrentam barreiras invisíveis, porém intransponíveis, para alcançar ocupações de maior prestígio social, recompensa econômica e posições socialmente mais valorizadas.

Na discriminação indireta a empresa simula respeitar o direito à igualdade de oportunidades, porém, na prática, a sua conduta produzirá efeito diverso sobre determinado grupo, como ocorre na do processo de

---

<sup>258</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. *Op. cit.*, p. 100.

<sup>259</sup> SILVA, Alexandre Vitorino. O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, p. 4.

<sup>260</sup> Coordenadoria Nacional de Promoção da Igualdade de Oportunidades Para Todos. Disponível em <<http://www.mpt.gov.br>>. Acesso em: 02 out. 2011.

recrutamento e seleção do candidato ao emprego, bem como no momento de realizar a ascensão profissional.

Os modelos utilizados para combater a discriminação são o repressor, que se caracteriza pela imposição de normas que vedam a discriminação e, contra ela impõem sanções, de naturezas penal, civil e trabalhista, e as ações afirmativas, para chamar atenção ao fato de medidas políticas, com o objetivo de corrigir distorções que foram produzidas historicamente, não são privilégios.

### **1.5 Proteção Legal à Não Discriminação da Mulher**

Após a Segunda Grande Guerra o mundo necessitou combater a discriminação em relação à raça, que causou o extermínio de milhões de judeus. Os direitos humanos passam a fazer parte de normas protetivas internacionais.

Vale ressaltar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, promulgada pela Organização das Nações Unidas-ONU (1945), quando dispõe que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade, pois todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. Nasce, portanto, um sistema internacional de proteção aos direitos essenciais da pessoa humana.

A partir de então, a ONU passou a combater, efetivamente, a discriminação através dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos - Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, sociais e Culturais (1966). Em 1965, a ONU adotou a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 1968.

A Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra Mulheres, de 1974, ratificada pelo Brasil em 1984, define discriminação contra as mulheres como qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada em gênero cujo efeito ou propósito seja o de enfraquecer ou anular o reconhecimento ou pleno exercício das mulheres de seus direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político,

econômico, social, cultural ou outro qualquer, independentemente de seus estados civis, com base na igualdade entre homens e mulheres.

No âmbito da Organização Internacional do Trabalho- OIT, da qual o Brasil é um dos fundadores, as Convenções n°s 110 e 111, de 1958, têm como objeto a igualdade de remuneração entre homem e mulher e de discriminação, respectivamente, ambas ratificadas pelo Brasil em 1968, são as primeiras a tratarem do tema discriminação de gênero.

Em seu art. 1º, a Convenção n° 111 declara que todos os seres humanos, sem distinção de raça, crença ou de sexo, têm direito a perseguir seu bem-estar material e desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade, de segurança econômica e em igualdade de oportunidade e diz o que seja discriminação.

Nesse diapasão, a OIT, através das Convenções n° 122, que trata de política de emprego, proibindo a discriminação por gênero, e da de n° 159, de 1983, ratificada pelo Brasil em 28.08.1989, impõe ao Estado o dever de formular e aplicar uma política nacional sobre readaptação profissional e emprego de pessoas com deficiência, política essa baseada no princípio de igualdade de oportunidades.

No plano nacional, o princípio da igualdade aparece no texto constitucional de 1891, quando declara a igualdade formal de todas as pessoas. A Constituição de 1934, primeira a tratar dos direitos sociais, proibiu distinções e privilégios em razão de nascimento, sexo, cor, raça, profissão, crença religiosa ou idéias políticas, tendo proibido diferenças salariais para o mesmo trabalho desenvolvido.

A Carta de 1946 voltou a usar o termo “igualdade perante a lei” e pela primeira vez fez menção ao valor do trabalho humano e manteve a proibição de discriminação de salário. A Constituição de 1967 tratou dos princípios da Igualdade e da Não Discriminação, por motivo de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas, na esteira da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ainda no seu preâmbulo, anuncia um Estado que visa assegurar a liberdade, igualdade, justiça, como valores supremos, entre outros, de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. No art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana é elevada à condição de fundamento do Estado democrático de direito e o inciso IV do mesmo artigo traz como

fundamento da República os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. No art. 3º, incs. III e IV são fixados os objetivos fundamentais da República, e entre eles estão a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No inciso I, do art. 5º, a igualdade formal, abstrata, de direitos e obrigações entre homens e mulheres está proclamada e a lei pune qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, é o que dispõe o inciso XLI. Já o art. 7º, inciso XXX, estabelece a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário, exercício de funções e critérios de admissão por motivo de sexo, cor, idade ou estado civil.

Em que pese todo arcabouço do nosso ordenamento jurídico, as mulheres continuaram a sofrer discriminação no acesso, manutenção e após rompimento do contrato de trabalho, inclusive com salários inferiores aos percebidos pelos homens, quando da realização do mesmo trabalho, e na ascensão funcional, essa, quando ocorria.

O legislador ordinário, em consonância com o texto da Carta Magna, cria a Lei nº 9.029/95, que trata da discriminação no emprego, mais voltada à questão de gênero, proibindo, em seu art. 1º, a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7.º da Constituição da República.

A lei referida tipifica criminalmente a conduta discriminatória, descrita no art. 2º, punível com pena de detenção de um a dois anos e multa . O art. 3º estabelece infrações administrativas, multa e proibição da obtenção de empréstimos ou financiamentos junto a instituições financeiras oficiais.

Segundo o art. 4º, o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes da lei, faculta ao empregado a opção pela readmissão, com ressarcimento integral do período de afastamento, ou a percepção em dobro da remuneração do período de afastamento.

A Lei nº 9.799/99 introduziu regras na CLT relativamente ao acesso da mulher ao mercado de trabalho, vedando diversas práticas

discriminatórias desde o acesso à relação de trabalho, sua manutenção. Assim, verifica-se que o legislador infraconstitucional trouxe à baile o princípio da não discriminação ainda na fase pré-contratual.

## 1.6 Atuação do Ministério Público do Trabalho

A promoção do Trabalho Decente é a pedra de toque da atuação do Ministério Público do Trabalho, por ser “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”<sup>261</sup> e ter como uma das suas funções “promover o inquérito civil e ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”<sup>262</sup>.

O Ministério Público do Trabalho (MPT), no desempenho de suas atribuições institucionais tem se dedicado a reprimir toda e qualquer forma de superexploração da mão-de-obra do trabalhador, tendo como metas prioritárias erradicar o trabalho infantil e regularizar o trabalho do adolescente; o combate ao trabalho escravo; promover a defesa do meio ambiente do trabalho seguro e saudável; regularizar dos contratos de trabalho; adequar da atividade portuária; **eliminar todas as formas de discriminação nas relações de trabalho e promover a igualdade de oportunidades para todos.**

Essas importantes funções são exercidas preventiva e repressivamente, utilizando-se de procedimentos investigatórios e inquéritos civis, que podem gerar a assinatura de Termos de Ajustamento de Conduta, documento pelo qual o denunciado se compromete a não mais praticar a conduta irregular, bem como a propositura de Ações Cíveis, requerendo ao Poder Judiciário a condenação do empregador em obrigações de dar, fazer e não fazer, a depender do tipo de conduta.

## CONCLUSÃO

A linha do tempo do mundo do trabalho, acima demonstrada, revela significativo avanço do ordenamento jurídico pátrio na trajetória da constitucionalização do direito à não-discriminação de gênero nas

---

<sup>261</sup> Art. 127, CF/88.

<sup>262</sup> Art. 129, III, CF/88.

relações laborais. A CF/88, refletindo normas internacionais protetivas, elevou o princípio da dignidade humana a fundamento do Estado Democrático de Direito e, já em seu preâmbulo, assevera que somos uma sociedade pluralista, fraterna, justa e livre de preconceitos.

Assim, a discriminação contra a mulher, seja em quaisquer das suas formas, direta ou indireta, vertical, horizontal, intencionista ou não, viola frontalmente a Carta Cidadã em vigência. A fim de evitar o descumprimento do princípio da não-discriminação em relação a gênero e permitir que a mulher tenha a igualdade de oportunidades de um trabalho decente, medidas repressivas-punitivas e promocionais, essas mediante políticas públicas e compensatórias,<sup>263</sup> devem ser implementadas nas relações de trabalho, inclusive, vez que a adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada norma de ordem pública.<sup>264</sup>

## **BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito Individual do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CASSAR, Vólia B.. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.

Coordenadoria Nacional de Promoção da Igualdade de Oportunidades Para Todos. Disponível em <<http://www.mpt.gov.br>>, Acesso em: 15/09/2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ações afirmativas e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

---

<sup>263</sup> PIOVESAN, Flávia. A Igualdade dos Gêneros nas relações de Trabalho. Direitos Humanos das Mulheres no Brasil: Desafios e Perspectivas. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 210.

<sup>264</sup> Art. 377, da CLT.

GOSDAL, Tereza Cristina. **Discriminação da Mulher no Emprego: relações de gênero no direito do trabalho.** Curitiba: Genesis, 2003.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do Trabalhador: um Conceito Construído sob o Paradigma do Trabalho Decente e da Honra.** São Paulo: LTr, 2007.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho.** São Paulo: LTr, 2003.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação: Sua Aplicação às Relações de Trabalho.** São Paulo: LTr, 2010.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Relatório de 08 de março de 2010, site <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 25/09/2011.

JACINTO, Jussara Maria Morena. **Dignidade Humana - Princípio Constitucional.** Curitiba: Juruá, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Dignidade. Caminhos para a Efetividade Humana e Inclusão Social Direito do Trabalho no Brasil.** São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

**Organização Internacional do Trabalho.** <[http://www.oit.org.br/agenda\\_trabalho\\_decente](http://www.oit.org.br/agenda_trabalho_decente)>, Acesso em: 24/09/2011.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Perspectiva do Direito como Integralidade.** São Paulo: LTr, 2009.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho.** Salvador: *JusPODIVM*, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **A Igualdade dos Gêneros nas relações de Trabalho. Direitos Humanos das Mulheres no Brasil: Desafios e Perspectivas.** Revista: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da, **Direito Social do Trabalhador ao Salário Justo**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008.

SOUZA, Otávio Augusto Reis de e CARNEIRO, Ricardo José Mercês. **Direito e Processo do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.