

**TÓPICOS ESPECIAIS  
DE DIREITO DO ESTADO**



### Organizadores:

- Ricardo Maurício Freire Soares • Flávia Sulz Campos Machado
- Sabine Silva Kauss • Josévandro Raymundo Ferreira Nascimento

### Autores:

- Andréa Biasin Dias
- Arménio Alberto Rodrigues da Roda
- Carliane de Oliveira Carvalho
- Dejar dos Anjos Santana Júnior
- Eduardo Chagas Oliveira
- Fábio Santos
- Flávia Sulz Campos Machado
- Greice Alves Nascimento
- Ismar Viana
- Ivana Libertadoira Borges Carneiro
- Jailton Ribeiro Soares
- Jörg Luther
- José Andrade Soares Neto
- Lília Teixeira Santos
- Luigi Moccia
- Luisa Avitabile
- Luiz Carlos Souza Vasconcelos
- Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza
- Renata Peixoto Pinheiro
- Ricardo Maurício Freire Soares
- Simone Santana da Cruz

# TÓPICOS ESPECIAIS DE DIREITO DO ESTADO



Salvador, Bahia, Brasil.  
2018



## **Conselho Editorial**

- Antonio Francisco Costa
- Gilson Alves de Santana Júnior
- Nelson Cerqueira
- Rodolfo Pamplona Filho
- Wilson Alves de Souza

## **Produção gráfica:**

Couto Coelho – E-mail: *coutovsk@yahoo.com.br*.

## **Capa e editoração eletrônica:**

Maitê Coelho – E-mail: *maitescoelho@yahoo.com.br*

T674 Tópicos especiais de direito do Estado / Organizadores: Ricardo Maurício Freire Soares, Flávia Sulz Campos Machado, Sabrina Silva Kauss e Josévandro Raymundo Ferreira Nascimento. – Salvador: Ed. Paginae, 2018.  
510 p.

Inclui bibliografia  
ISBN: 978-85-54218-03-4

1. Direito-Brasil. 2. Estado de direito-Brasil. 3. Processo civil – Brasil. 4. Democracia. I. Soares, Ricardo Maurício Freire, II. Machado, Flávia Sulz Campos, III. Kauss, Sabrina Silva, IV. Nascimento, Josévandro Raymundo Ferreira. V. Título.

CDD: 347.8105

*Aos Professores Saulo José Casali Bahia e Manoel Jorge e Silva Neto, insignes juristas e cultores do Direito Público, pelos valiosos ensinamentos ministrados no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.*



# Sumário

<b>Apresentação</b> .....	17
– <i>Ricardo Maurício Freire Soares</i>	
– <i>Flávia Sulz Campos Machado</i>	
– <i>Sabrine Silva Kauss</i>	
– <i>Josévandro Raymundo Ferreira Nascimento</i>	
CAPÍTULO I	
<b>Responsabilidade do Estado na proteção e prevenção do dever médico de respeitar a recusa dos pacientes testemunhas de Jeová em receber transfusão de sangue, sob a perspectiva bioética</b> .....	21
– <i>Andréa Biasin Dias</i>	
1. Introdução.....	21
2. As testemunhas de jeová e a proibição de receber transfusão de sangue.....	23
3. Normas e jurisprudência pátrias acerca do tema .....	24
4. Princípios bioéticos aplicáveis à discussão .....	25
4.1. Os princípios da beneficência e da não-maleficência.....	27
4.2. O princípio da autonomia.....	27
4.2.1. Documento que autoriza a não transfusão .....	30
5. A recusa à transfusão de sangue no caso de pacientes não-autônomos .....	30
6. Considerações finais.....	33
Referências.....	34
CAPÍTULO II	
<b>Responsabilidade do Estado na proteção e prevenção dos crimes de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e trabalho forçado atentando a violação de dignidade humana</b> .....	37
– <i>Arménio Alberto Rodrigues da Roda</i>	
1. Introdução.....	37
2. Breve histórico do tráfico de mulheres e crianças em Moçambique.....	39

3. Responsabilidade dos estados quanto ao tráfico de pessoas nos tratados internacionais .....	40
4. O tráfico de pessoas como violação da dignidade humana.....	42
4.1. Dignidade da pessoa humana.....	43
4.2. O equívoco do argumento do consentimento da vítima na violação da própria dignidade humana.....	45
5. As principais causas de tráficos de crianças e mulheres .....	47
5.1. Fatores econômicos.....	47
5.1.1. Pobreza.....	47
5.1.2. Desemprego .....	48
5.1.3. Vulnerabilidade econômica .....	49
5.1.4. Corrupção nos setores público e privado de trabalho .....	50
5.2. Fatores sociais.....	50
5.2.1. Práticas e crenças culturais discriminatórias.....	50
5.2.2. Falta de conhecimento e informação .....	51
5.2.3. Acesso diferenciado à educação .....	51
5.2.4. Políticas de migração com diferenciação de gêneros.....	52
5.2.5. Fronteiras facilmente penetráveis.....	53
5.3. Destinação das vítimas do tráfico.....	53
5.3.1. Exploração sexual .....	53
5.3.2. Comércio de órgãos para transplantes .....	55
6. Atuação necessária do estado na proteção e prevenção contra o crime do tráfico de pessoas.....	56
7. Conclusões .....	58
Referências bibliográficas.....	59

### CAPÍTULO III

<b>Releitura do conceito de Estado Democrático.....</b>	<b>61</b>
– <i>Carliane de Oliveira Carvalho</i>	
1. Introdução.....	61
3. Da necessidade de releitura conceitual de Estado Democrático .....	72
4. Estado: o ser e o dever ser conceitual .....	75
5. Do paradigma democrático.....	79



6. Sugestão conceitual de estado democrático .....	82
Referências bibliográficas.....	84

#### CAPÍTULO IV

<b>A expansão da jurisdição constitucional e o transconstitucionalismo: a possibilidade de diálogo entre sistemas jurídicos para a implementação dos direitos fundamentais.....</b>	<b>87</b>
– <i>Dejair dos Anjos Santana Júnior e Ricardo Maurício Freire Soares</i>	
1. Introdução.....	87
2. Evolução do constitucionalismo .....	88
2.1. Do constitucionalismo liberal ao constitucionalismo social. A modernidade e as suas conseqüências.....	89
2.2. O advento do direito pós-moderno e o neoconstitucionalismo.....	92
2.3. A expansão da jurisdição constitucional como consequência do neoconstitucionalismo .....	97
3. A efetividade das normas constitucionais no direito pós-moderno .....	107
4. A Sociedade Multicêntrica e o Transconstitucionalismo: aspectos de uma nova dogmática da interpretação constitucional.....	111
5. A implementação dos direitos fundamentais Pelo mecanismo do transconstitucionalismo e a atuação do Supremo Tribunal Federal.....	114
6. Considerações finais.....	117
Referências bibliográficas.....	118

#### CAPÍTULO V

<b>Retórica e persuasão: pelo esforço de interlocução entre Hobbes e Wittgenstein.....</b>	<b>121</b>
– <i>Eduardo Chagas Oliveira e Ivana Libertadoira Borges Carneiro</i>	
1. Hobbes e a função da retórica.....	121
2. A persuasão no pensamento de Wittgenstein: uma situação exemplar .....	132

3. Considerações conclusivas.....	136
Referências.....	138

## CAPÍTULO VI

### **A improbidade administrativa por fraude em licitações nos casos de concessão do serviço de transporte público municipal.....**

– <i>Fábio Santos e Greice Alves Nascimento</i>	
1. Introdução.....	141
2. Evolução histórica do processo de controle e fiscalização da gestão pública no Brasil com foco na improbidade administrativa .....	144
2.1. Conceito de improbidade administrativa.....	147
2.1.1. A relação entre o princípio da moralidade e a improbidade administrativa.....	149
2.1.2. A improbidade administrativa como causa de medida punitiva.....	150
3. O processo licitatório na esfera pública e a incidência de fraude como causa de improbidade administrativa.....	152
3.1. Principais pontos da lei 8.666/1993: finalidades, tipos e modalidades de licitação.....	155
3.1.1. Fraude em licitações como forma de prejuízo ao erário.....	159
4. Aspectos relevantes da concessão de serviços públicos e a obrigatoriedade da realização de processo licitatório.....	161
4.1. O transporte público municipal.....	164
4.2. A fraude em licitações nas concessões de serviço de transporte público municipal .....	167
5. Considerações finais.....	172
Referências.....	174

## CAPÍTULO VII

### **Segurança jurídica e precedentes judiciais: a busca pela previsibilidade das decisões no *common law* e no *civil law*.....**

– *Flávia Sulz Campos Machado*

177

1. Introdução.....	177
2. Segurança jurídica e estado de direito .....	179
3. Justiça, igualdade formal e segurança jurídica.....	182
4. Interpretação jurídica e atividade jurisdicional .....	186
5. Jurisprudência no <i>common law</i> e no <i>civil law</i> .....	190
5.1. <i>Common law</i> e a regra do precedente obrigatório.....	191
5.2. <i>Civil law</i> e a uniformização da jurisprudência.....	195
6. Considerações finais .....	200
Referências.....	200

## CAPÍTULO VIII

**O direito a uma razoável duração do processo à luz  
do princípio constitucional da dignidade**

<b>da pessoa humana.....</b>	<b>205</b>
– <i>Jailton Ribeiro Soares</i>	
1. Introdução.....	205
2. Fundamentos constitucionais .....	206
2.1. O Estado Democrático de Direito .....	206
2.1.1. Conceito .....	206
2.1.2. Evolução histórica.....	208
2.2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana .....	211
2.2.1. Conceito .....	211
2.2.2. A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional .....	213
2.3. O devido processo legal.....	217
3. O direito a uma razoável duração do processo no ordenamento jurídico brasileiro .....	218
4. Um exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema.....	223
5. Considerações finais .....	227
Referências.....	228

## CAPÍTULO IX

**I diritti umani sociali non sono insostenibili  
nell'Unione Europea .....**

<b>231</b>
– <i>Jörg Luther</i>

1. Lesauribilità di tolleranza e solidarietà minaccia l'universalità dei diritti.....	231
2. Il dovere di mitezza come antidoto al fondamentalismo e al nichilismo dei diritti .....	235
3. La storia dei doveri di tolleranza e di solidarietà non è finita.....	240
4. I doveri di solidarietà rendono sostenibili i diritti sociali umani con garanzie multilevel .....	248
5. La solidarietà sociale europea alla prova del “pilastro dei diritti sociali” dell'UE.....	254
6. I diritti umani non possono non essere (anche) sociali e i diritti sociali non possono non essere (anche) umani .....	263

## CAPÍTULO X

### **O conflito entre o dever de indenização prévia e o pagamento residual por precatórios na desapropriação por utilidade pública: uma leitura sob a perspectiva**

<b>do neoconstitucionalismo.....</b>	<b>267</b>
– <i>José Andrade Soares Neto</i>	
1. Introdução.....	267
2. A modernidade jurídica e a crise dos seus paradigmas.....	270
2.1. O projeto da modernidade jurídica.....	270
2.2. A crise da modernidade jurídica.....	271
3. A pós-modernidade jurídica e a administração pública.....	274
4. Breves considerações sobre o neoconstitucionalismo pós-positivista.....	276
5. A desapropriação por utilidade pública e o dever indenizatório: análise neoconstitucionalista do conflito entre a indenização prévia e o dever de pagamento residual por precatório decorrente de condenação em sentença judicial.....	280
6. Conclusão.....	286
Referências.....	289

## CAPÍTULO XI

**A democracia no Estado Democrático de Direito da Constituição Federal de 1988: estrutura, princípios e função**

<b>e função</b> .....	291
– <i>Lília Teixeira Santos</i>	
1. Introdução.....	291
2. Estado e democracia: conceito e características .....	292
3. A democracia na Constituição Federal de 1988: estrutura e função.....	302
4. Os princípios democráticos na Constituição Federal de 1988..	320
4.1. O princípio da dignidade da pessoa humana .....	322
4.2. O princípio da cidadania.....	325
4.3. O princípio do desenvolvimento nacional sustentável.....	332
5. As funções estatais, o conflito de poderes no espaço republicano e a função da democracia no estado democrático de direito .....	338
6. Conclusão.....	347
Referências.....	347

## CAPÍTULO XII

**Diritto comunitario e diritto europeo**

– <i>Luigi Moccia</i>	
1. Premesse di inquadramento.....	351
2. Diritto dell'europa ed europa del diritto .....	352
2.1. Diritto dell'Europa .....	353
2.2. Europa del diritto .....	354
3. Fase 'funzionalista' e fase 'costituzionale' del processo di integrazione .....	355
3.1. Valori e principi fondativi dell'unione.....	356
4. La 'cittadinanza comune' (concittadinanza) europea tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia.....	359
5.I. Tre pilastri del 'diritto europeo' .....	363
6. Rilievi finali .....	368

## CAPÍTULO XIII

**Giustizia sociale ed economia globalizzata: una riflessione tra ricerca del giusto e ordine-delle-cose....**

– *Luisa Avitabile*

CAPÍTULO XIV

**Precedentes e jurisprudência: uma interpretação à luz do Código de Processo Civil de 2015** ..... 395

- *Luiz Carlos Souza Vasconcelos e*
- *Ricardo Maurício Freire Soares*

1. Introdução..... 395

2. Diferença entre texto e norma na aplicabilidade do direito... 397

3. A sistematização da interpretação jurídica..... 403

4. Precedente e jurisprudência: delimitação conceitual, distinções, *ratio decidendi* e técnicas de revisão..... 412

5. Conclusão ..... 423

Referências..... 424

CAPÍTULO XV

**O devido processo legal de controle externo e os direitos fundamentais do gestor público**..... 427

- *Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza,*
- *Ismar Viana e*
- *Ricardo Maurício Freire Soares*

1. Introdução..... 428

2. O devido processo legal no âmbito do processo de controle externo como fundamento dos direitos fundamentais do gestor público..... 430

- 2.1. Direito de ter suas razões defensivas valoradas por agente competente para propor a aplicação de sanção..... 434
- 2.2. Direito ao prévio conhecimento do iter procedimental que será adotado como meio de aplicação de penalidade..... 435
- 2.3. Direito de ver aplicado ao caso o entendimento vigente à época da prática do ato – segurança jurídica..... 437
- 2.4. A oportunização do exercício do contraditório e da ampla defesa como um direito do fiscalizado e não como uma faculdade do fiscalizador ..... 440

3. Considerações finais..... 442

Referências..... 443

## CAPÍTULO XVI

<b>Direito de acesso a informação pública e sua relação com o controle da função administrativa</b> .....	445
– <i>Renata Peixoto Pinheiro</i>	
1. Introdução.....	445
2. Administração pública de resultado como paradigma do estado democrático de direito.....	446
3. Transparência na função administrativa e direito de acesso à informação pública.....	448
3.1. Transparência ativa e acessibilidade substancial à informação.....	452
4. O direito de acesso à informação como requisito indispensável ao controle da função administrativa.....	454
5. Conclusão.....	459
Referências.....	461

## CAPÍTULO XVII

<b>Cotas para negros em concursos públicos de nível superior: afrodescendência, “colorimetria/colorismo” e a crise no discurso da autodeclaração – reflexões acerca da isonomia e da criação/manutenção de (novas) desigualdades</b> .....	463
– <i>Simone Santana da Cruz</i>	
1. Introdução.....	464
1.1. Considerações iniciais .....	466
2. A Constituição Federal de 1988 e o princípio da isonomia .....	469
3. Ações afirmativas – “a ‘teoria’ dos sapatos sujos, de Matheu e do segundo par” .....	473
4. A legislação pertinente às cotas raciais em concursos públicos.....	475
4.1. Política de cotas.....	476
4.2. Cotas (raciais) no Brasil.....	477
4.3. Cotas raciais em concursos públicos no Brasil e a crise da autodeclaração.....	478
5. Representatividade, afrodescendência, autodeclaração e heteroidentificação no Brasil.....	481

5.1. As contradições nos discursos dos militantes e a predileção pelo sistema da “colorimetria” .....	482
6. Os com prerrogativas históricas, os com prerrogativas legais e a continuidade da subjugação: o que acontece com os socialmente desfavorecidos? .....	485
6.1. Ausência de representatividade dos negros e pardos nos cargos: a razão é a cor ou o histórico de desfavorecimento econômico? .....	487
7. A falácia da equiparação na graduação .....	488
7.1. Considerações acerca do tempo (necessário para uma aprovação).....	489
8. Autodeclaração, heteroidentificação e a posição da jurisprudência pátria .....	492
9. “Quando a vara está torta, ela fica curva de um lado e se você quiser endireitá-la, não basta colocá-la na posição correta. É preciso curvá-la para o lado oposto”. Para que lado deve envergar-se as ações afirmativas lastreadas por cotas? .....	499
10.(In)conclusões .....	501
Referências bibliográficas.....	504



# Apresentação

**Ricardo Maurício Freire Soares**

**Flávia Sulz Campos Machado**

**Sabrine Silva Kauss**

**Josévandro Raymundo Ferreira Nascimento**

*Tópicos Especiais de Direito do Estado* traz uma coletânea de instigantes artigos que apresentam a Teoria Geral do Direito do Estado como parte integrante das múltiplas reflexões do pensamento jurídico atual, fruto de leituras e discussões realizadas no âmbito da disciplina de Tópicos Especiais de Direito do Estado, ministrada pelo Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares, docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Andréa Biasin Dias enseja um debate sobre *O Dever Médico de Respeitar a Recusa dos Pacientes Testemunhas de Jeová em Receber Transfusão de Sangue, sob a Perspectiva Bioética*, a partir da colisão entre o direito fundamental à liberdade religiosa, consagrado na Carta Magna brasileira, face ao dever médico de salvar vidas, à luz da bioética, destacando a situação dos pacientes não-autônomos, a exemplo das crianças e adolescentes.

Arménio Alberto Rodrigues da Roda, em *Responsabilidade do Estado na Proteção e Prevenção dos Crimes de Tráfico de Pessoas para fins de Exploração Sexual e Trabalho Forçado vs Atentando a Violação de Dignidade Humana*, explanou, nos âmbitos jurídico e sócio-econômico, o problema do tráfico de pessoas de Moçambique para fins de exploração sexual e trabalho forçado como violação da dignidade humana, além da questão da responsabilidade protetiva e preventiva do Estado, considerando que a liberdade sexual e a integridade física são garantias fundamentais.

Carlhane de Oliveira Carvalho propôs a *Releitura Do Conceito De Estado Democrático*, através da exposição e da crítica a diversos conceitos de Estado existentes, sugerindo a uma reconceituação a partir de paradigmas que confirmam, materialmente, o poder de decisão à sociedade, garantindo autonomia social.

Dejair dos Anjos Santana Júnior e Ricardo Maurício Freire Soares, em *A Expansão da Jurisdição Constitucional e o Transconstitucionalismo: a possibilidade de diálogo entre sistemas jurídicos para a implementação dos direitos fundamentais*, analisam a evolução dos modelos constitucionais enquanto forma de efetivar os direitos fundamentais, especialmente a migração de um Estado Liberal de Direito para um Estado Constitucional de Direito.

Eduardo Chagas Oliveira e Ivana Libertadoira Borges Carneiro, em *Retórica e Persuasão: pelo esforço de interlocução entre Hobbes e Wittgenstein*, explanam acerca da retórica e da persuasão no pensamento de Thomas Hobbes, o qual inicialmente considera a retórica como insuficiente à produção do conhecimento, e nas reflexões produzidas por Ludwig Wittgenstein, para o qual a persuasão estaria intrinsecamente ligada à ideia de convencimento.

Fábio Santos e Greice Alves Nascimento, sobre *A Improbidade Administrativa por Fraude em Licitações nos Casos de Concessão do Serviço de Transporte Público Municipal*, refletem sobre as possibilidades de responsabilização criminal do agente público municipal pela prática de fraudes nos procedimentos licitatórios de concessão.

Flávia Sulz Campos Machado, em *Segurança Jurídica e Precedentes Judiciais: a busca pela previsibilidade das decisões no Common Law e No Civil Law*, propõe reflexões acerca da segurança jurídica como impulsionador para a emergência dos fenômenos da regra do precedente obrigatório e da uniformização da jurisprudência como mecanismos de estabilidade dos pronunciamentos jurisdicionais naqueles dois sistemas de direito ocidentais.

Jailton Ribeiro Soares discutiu *O Direito a uma Razoável Duração do Processo à Luz do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, destacando os fundamentos constitucionais da tutela à

duração razoável do processo e a formação do Estado Democrático de Direito na experiência brasileira.

Jörg Luther, em *I Diritti Umani Sociali Non Sono Insostenibili Nell'unione Europea*, defende a sustentabilidade dos direitos humanos na União Europeia, apontando o esgotamento da tolerância e da solidariedade como ameaças à universalidade dos direitos, numa expressa crítica a uma abordagem eurocêntrica dos direitos humanos, especialmente dos direitos sociais.

José Andrade Soares Neto analisa *O Conflito entre o Dever de Indenização Prévia e o Pagamento Residual por Precatórios na Desapropriação por Utilidade Pública: uma leitura sob a perspectiva do neoconstitucionalismo*, explorando a relevância dos princípios constitucionais para a transformação de institutos clássicos do Direito Administrativo, sobretudo no que tange ao papel da ponderação com vistas à adequação dos institutos aos paradigmas pós-positivistas.

Lília Teixeira Santos, em *A Democracia no Estado Democrático de Direito da Constituição Federal de 1988: estrutura, princípios e função*, propõe a análise do regime político democrático e dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e do desenvolvimento sustentável.

Luigi Moccia, em *Diritto Comunitario e Diritto Europeo*, centra-se no fundamento de um conceito unitário do “direito comum europeu”, tendo sua pedra angular na cidadania da União, como um elo entre a ordem européia como uma ordem internacional e como uma ordem constitucional baseada na centralidade da pessoa, constituída por valores compartilhados pelos Estados-membros.

Luisa Avitabile, em *Giustizia Sociale Ed Economia Globalizzata. Una Riflessione Tra Ricerca Del Giusto E Ordine-Delle-Cose*, discorre sobre a possibilidade de fracasso do conceito de justiça social, no contexto de uma concepção globalizada de justiça.

Luiz Carlos Souza Vasconcelos e Ricardo Maurício Freire Soares, em *Precedentes e Jurisprudência: uma interpretação à luz do Código de Processo Civil de 2015*, trazem uma abordagem teórica sobre

a interpretação jurídica, principalmente no que se refere à utilização dos precedentes com vistas à estabilidade das decisões dos tribunais.

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza, Ismar Viana e Ricardo Maurício Freire Soares, em *O Devido Processo Legal de Controle Externo e os Direitos Fundamentais do Gestor Público*, refletem sobre as regras balizadoras de uma instrução processual legal e regular no âmbito do controle externo da atividade dos agentes públicos incumbidos da gestão.

Renata Peixoto Pinheiro discorre acerca do *Direito de Acesso a Informação Pública e sua Relação com o Controle da Função Administrativa*, abordando a caracterização da Administração Pública como uma administração de resultado, passando pela transparência na atuação estatal para, afinal, analisar a indispensabilidade da garantia do direito do acesso da informação pública para o exercício do amplo controle da função administrativa.

Simone Santana da Cruz, em *Cotas para Negros em Concursos Públicos de Nível Superior*, elocubra sobre as políticas afirmativas raciais e sociais, especialmente no que tange à Lei n. 12.990/2014 (Lei de Cotas), destacando o crescimento da demanda por concursos públicos no Brasil, a qual teria sido incentivada pela crise política e as incertezas no mercado de trabalho privado.

*Salvador da Bahia, Março de 2018*

Capítulo I

# Responsabilidade do Estado na proteção e prevenção do dever médico de respeitar a recusa dos pacientes testemunhas de Jeová em receber transfusão de sangue, sob a perspectiva bioética

*Andréa Biasin Dias\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. As testemunhas de Jeová e a proibição de receber transfusão de sangue; 3. Normas e jurisprudência pátrias acerca do tema; 4. Princípios bioéticos aplicáveis à discussão; 4.1. Os princípios da beneficência e da não-maleficência; 4.2. O princípio da autonomia; 4.2.1. Documento que autoriza a não transfusão; 5. A recusa à transfusão de sangue no caso de pacientes não-autônomos; 6. Considerações finais; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

As religiões, de modo geral, impõem limites à conduta de seus seguidores, por meio de proibições expressas através de dogmas que, se desrespeitados, podem levar os fiéis a sofrer sanções morais perante a comunidade religiosa à qual pertencem. Em se tratando das testemunhas de Jeová, há a proibição de receber transfusão de sangue, e desobedecê-la é tão grave quanto cometer adultério, idolatrar imagens ou pessoas e praticar imoralidade sexual (VIEIRA, 2003).

---

(\*) Doutoranda em direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora universitária e advogada.

Diante disso, surgem questionamentos acerca da conduta dos profissionais da área médica quando eles precisam decidir entre realizar a transfusão de sangue para salvar a vida de um paciente testemunha de Jeová ou respeitar a sua escolha de não receber a transfusão, ainda que o preço dessa decisão do paciente seja a própria vida dele.

As incertezas tornam-se ainda mais palpitantes quando se questiona, nesse esteio, se a vida seria menos relevante que a convicção religiosa. Ou se, em se tratando de pacientes menores, o juiz poderia decidir no lugar dos pais. Ou, ainda, se o médico poderia, no caso de uma necessidade vital de transfusão de sangue, suprir o consentimento de um paciente testemunha de Jeová que estivesse impossibilitado de manifestar sua vontade (VIEIRA, 2003).

Com o escopo de tratar dessas questões, será abordada, inicialmente, a proibição aos testemunhas de Jeová de receber transfusão de sangue, amparada em fundamentos bíblicos. No tópico seguinte, o presente artigo comentará acerca de normas pátrias e da jurisprudência nacional, no tocante ao tema. Na sequência, serão trazidos à baila princípios bioéticos aplicáveis ao assunto, em especial os princípios da beneficência, da não-maleficência e da autonomia.

Isso porque, a análise de normas pátrias pertinentes ao tema, bem como dos princípios bioéticos acima referidos auxiliam na reflexão sobre a possibilidade de o médico preterir técnicas e tratamentos que a ciência lhe oportuniza, em prol do respeito à manifestação consciente da vontade do paciente que prefere não se valer de tais tratamentos, em virtude de uma proibição religiosa.

O artigo abordará, também, no contexto da autonomia da vontade do paciente, o documento que os testemunhas de Jeová assinam, autorizando os médicos a não realizarem a transfusão de sangue, mesmo em situações nas quais a vida do paciente esteja em risco.

Por fim, este estudo tratará da recusa a transfusão de sangue por pacientes não autônomos, a exemplo de crianças e adolescentes, sob a ótica, especialmente, da proteção ao incapaz e da salvaguarda de seus direitos e interesses pelo Estado.

## **2. AS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A PROIBIÇÃO DE RECEBER TRANSFUSÃO DE SANGUE**

A religião testemunhas de Jeová foi fundada em 1872, por Charles Taze Russell. Seus seguidores creem na Bíblia e acreditam que Jesus Cristo é o filho de Deus enviado ao mundo para salvar a humanidade. Não aceitam, entretanto, a deidade de Cristo e cultuam apenas a Deus, a quem chamam de Jeová. (<[www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes](http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes)>. Consultado em 8 de agosto de 2013)

As testemunhas de Jeová são radicalmente contra o recebimento de transfusão de sangue, haja vista entenderem que o sangue representa a vida e que esta somente pode ser dada a alguém por Jeová. Tal entendimento é consubstanciado em algumas passagens bíblicas. Em Gêneses (9:3-6), por exemplo, lê-se: “Tudo que vive e se move nos servirá de comida... Contudo não deveis comer carne com vida, isto é, com sangue... Pedirei contas de vosso sangue que é vossa vida”. Em Atos (15:19-21), no mesmo sentido, está escrito “Que se abstenham... da fornicção e do estrangulamento e do sangue... Quanto qualquer homem da casa de Israel ou algum residente forasteiro que reside no vosso meio, que comer qualquer espécie de sangue, eu certamente porei minha face contra a alma que comer o sangue, e deveras o decapearei dentre seu povo” (VIEIRA, 2003).

Assim, por associarem a expressão bíblica “comer sangue” ao ato da transfusão de sangue, as testemunhas de Jeová repudiam tal transfusão. Não admitem, por conseguinte, a transfusão de plaquetas, necessária nos transplantes de medula óssea, e permitem o transplante de órgãos apenas se puderem ser realizados sem a utilização de sangue. Caso a testemunha de Jeová consinta em receber uma transfusão de sangue, será excluída da comunidade religiosa, por decisão do Conselho de Anciãos, composto por praticantes mais antigos da religião e que possuem uma conduta moral considerada exemplar pelas testemunhas de Jeová.

Contudo, o seguidor transfundido não será excluída de sua comunidade religiosa quando o médico realizar a transfusão de sangue

contra a vontade do paciente (nesta situação, a testemunha de Jeová não pode ser condenada porque não traiu a sua consciência) e quando aceita a transfusão, mas arrepende-se posteriormente. Neste último caso, ele pode voltar a integrar a comunidade religiosa das testemunhas de Jeová (WILLEMAN, 2010).

### **3. NORMAS E JURISPRUDÊNCIA PÁTRIAS ACERCA DO TEMA**

Existem diversas normas a respeito da liberdade religiosa e do dever do Estado de proteger a vida humana digna, a exemplo da Resolução no. 1.021/80, editada pelo Conselho Federal de Medicina, e a própria Constituição Federal de 1988. Ao analisá-los, não é difícil supor uma aparente contradição entre esses dois princípios constitucionais.

Os fundamentos jurídicos mais consistentes arguidos pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras na defesa de que os médicos devem respeitar o desejo das testemunhas de Jeová de não receber transfusão de sangue, mesmo em situações de risco de morte, estão relacionados ao direito do indivíduo de dispor do próprio corpo, em decorrência do princípio da privacidade; ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme o qual as pessoas são fins em si mesmas e destinatárias dos direitos constitucionais fundamentais, entre os quais, o de seguir religião que desaconselhe a continuidade da vida, caso haja a necessidade de se realizar algum tratamento médico contrário aos seus preceitos religiosos; ao direito dos indivíduos de seguir a religião com a qual mais tenham identificação, mesmo que algum dogma dessa religião coloque a sua vida em risco, e ao direito das pessoas de recusar tratamento médico, com base na autonomia da vontade, o que permite ao paciente fazer valer suas objeções de consciência (WILLEMAN, 2010).

A Resolução no. 1.021/80, editada pelo Conselho Federal de Medicina, estabelece, em sentido oposto, que os médicos brasileiros devem realizar a transfusão de sangue em situação de risco de morte dos pacientes, mesmo naqueles que recusam a transfusão por motivo



religioso, caso não seja possível o uso de técnicas alternativas ([www.portalmedico.org.br/php/pesquisa\\_resolucoes.php](http://www.portalmedico.org.br/php/pesquisa_resolucoes.php)> Consultado em 6 de agosto de 2013).

O Código de Ética Médica, em consonância com a resolução acima citada, apregoa que os profissionais da medicina devem cuidar da saúde das pessoas, sem preocupações de natureza religiosa, bem como que, em casos de risco à vida, podem realizar procedimentos sem o consentimento do paciente e até mesmo desrespeitar seu direito de decidir sobre terapias e tratamentos (<[www.portalmedico.org.br/novocodigo](http://www.portalmedico.org.br/novocodigo)> Consultado em 6 de agosto de 2013).

Resta claro, então, que para a Resolução e para o Código referidos, o direito à vida, insculpido no art. 5º da CF/88, é indisponível e não pode ser flexibilizado frente a questões de ordem religiosa, prevalecendo sobre os demais direitos presentes no ordenamento jurídico, dentre eles, o direito de professar uma determinada fé e seguir integralmente seus ditames.

Os diferentes entendimentos acerca da realização ou não da transfusão de sangue em testemunhas de Jeová denotam o conflito entre o dever do Estado de proteger o direito dos indivíduos à vida digna, de um lado, e, do outro, o dever desse mesmo Estado de respeitar o direito das pessoas de escolher uma religião e praticá-la, seguindo seus rituais e obedecendo seus dogmas e suas proibições.

Nessa perspectiva, deve-se considerar que o Estado, ao proteger o direito à vida, não pode interferir nas práticas religiosas das pessoas, mormente quando se trata de obrigá-las a fazer ou deixar de fazer algo relacionado à autonomia do indivíduo, autonomia essa que lhe permite atuar no mundo de acordo com seus valores e suas crenças, desde que não desrespeite direitos alheios (VIEIRA, 2003).

#### **4. PRINCÍPIOS BIOÉTICOS APLICÁVEIS À DISCUSSÃO**

O termo “bioética” foi elaborado a partir da união das palavras gregas *bios*, que significa vida, e *ethos*, que diz respeito à ética. A bioética se encarrega, assim, de questões pertinentes à ética aplicada à vida. Suas investigações perpassam por diversos campos do

saber, a exemplo da biologia, filosofia, das ciências da saúde e do direito e ganharam força especialmente em decorrência das práticas médicas nazistas, realizadas em nome da ciência, na Segunda Guerra Mundial. As atrocidades realizadas por cientistas e profissionais de saúde, nos campos de concentração, e as pesquisas em humanos por elas estimuladas contribuíram para o surgimento de uma nova consciência no mundo ocidental, que passou a refletir acerca dos avanços científicos desejados, a fim de que eles não se submetessem a qualquer tipo de interesse (DINIZ; GUILHEM, 2007).

Ademais, transformações sociais e tecnológicas, ocorridas entre os anos 1960 e 1970, suscitaram questões envolvendo o respeito à diversidade, à pluralidade de opiniões e a prática biomédica, impulsionando a bioética enquanto limitação e reflexão crítica sobre as atividades científicas (DINIZ; GUILHEM, 2007).

A bioética, nessa senda, é uma disciplina que se ocupa com os conflitos morais envolvendo a área da saúde e da doença dos seres humanos e dos animais não-humanos, a partir da associação entre conhecimento biológico-científico e avanços tecnológicos a valores humanos, presando pelo respeito às variações morais da humanidade (DINIZ, GUILHEM, 2007).

Com o surgimento de um discurso crítico relativo à pesquisa científica, especialmente na segunda metade do século XX, passou-se a questionar se o desenvolvimento científico seria mais relevante que a saúde e o bem-estar dos indivíduos. Começaram a vir à tona, então, dúvidas com fundamento ético, jurídico, político, econômico acerca de avanços relativos a temas hoje discutidos pela bioética, a exemplo da experimentação humana, do transplante de órgãos e da engenharia genética (DINIZ, GUILHEM, 2007).

Dentre as diversas correntes bioéticas, encontra-se a corrente principialista, que propõe a observância de quatro princípios éticos como base para a elaboração, a reflexão e a interpretação de questões morais acerca da pesquisa científica. Esses princípios são: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça. Deles, os que mais interessam à discussão proposta nesse artigo são os princípios da beneficência, da não-maleficência e o da autonomia.

#### **4.1. Os princípios da beneficência e da não-maleficência**

A beneficência reflete o compromisso do pesquisador na pesquisa científica em garantir o bem-estar dos indivíduos que estejam direta ou indiretamente envolvidos no experimento. Na relação médico-paciente, a aplicação desse princípio exige que sejam maximizados os benefícios que ele pode obter em decorrência da prática médica (DINIZ, GUILHEM, 2007).

Nesse sentido, tal princípio aproxima-se do princípio da não-maleficência, de acordo com o qual o profissional de saúde tem o dever de não causar mal e/ou danos, intencionalmente, a seu paciente. Este preceito é utilizado, frequentemente, como uma exigência moral da profissão médica. Trata-se, portanto, de um mínimo ético, um dever profissional que, se não cumprido, coloca o profissional de saúde numa situação de má-prática ou de prática negligente da medicina ou das demais profissões da área biomédica (BAUCHAMP, CHILDRESS, 2002).

Ao transfundir um paciente testemunha de Jeová, o médico estará desrespeitando o princípio da não-maleficência, haja vista que, sob a ótica do paciente, ao transfundir o sangue de um outro indivíduo para ele, o médico o estará tornando uma pessoa impura e não merecedora de participar do reino de Jeová.

#### **4.2. O princípio da autonomia**

A consagração do princípio da autonomia, a seu turno, decorre do primado da pessoa humana, que ganhou força após os horrores da segunda grande guerra, e, se não se sobrepõe ao princípio da beneficência, não pode ser anulado por ele. Dentre as diversas acepções do vocábulo “autonomia” (*autos*= próprio + *nomos*= regras), encontra-se a que se refere à “escolha individual”. O princípio da autonomia está fundado na ideia de que a existência de uma sociedade democrática na qual se viva em condição isonômica é o pressuposto para que diferentes morais possam existir simultaneamente.

Nessa sociedade ideal, poder-se-ia questionar em que consistiriam condutas intolerantes ou qual seria o limite do exercício da autonomia. Mas o respeito à autonomia impõe que a autodeterminação do indivíduo somente possa ser desconsiderada quando venha a causar sofrimento ou danos a terceiros (PEREIRA, 2004).

Várias teorias tratam da autonomia, sendo que praticamente todas elas entendem que para que uma pessoa seja considerada autônoma, ela precisa estar livre de influências controladoras e, também, precisa ser capaz de agir intencionalmente (BEAUCHAMP, CHILDRESS, 2002).

Mill (*apud* BEAUCHAMP, CHILDRESS, 2002) argumenta que as pessoas devem poder agir em sociedade conforme as suas crenças e seus valores, desde que não prejudiquem a liberdade alheia. Kant (*apud* BEAUCHAMP, CHILDRESS, 2002) defende que a autonomia surge da capacidade dos indivíduos de determinar o próprio destino e que desrespeitar a autonomia de alguém é usar a pessoa como meio para alcançar objetivos de outras pessoas, desconsiderando os objetivos do próprio indivíduo.

Nesse esteio, tem-se que, quando se impõe à testemunha de Jeová a transfusão de sangue em caso de risco de morte, impõe-se a ela crenças que não lhe pertencem, mas que, de outro modo, representam essencialmente os valores de quem fez a imposição.

Ademais, sob o prisma arquetípico junguiano, é possível dizer que o respeito à decisão do paciente testemunha de Jeová está associada ao arquétipo da alteridade, ao passo que a prevalência da decisão do médico sobre a do paciente está relacionada ao arquétipo patriarcal. Os arquétipos consistem em modelos mentais de percepção e compreensão universais, dos quais todos os seres humanos comungam, por fazerem parte da raça humana. São a matéria do inconsciente coletivo, desde as eras mais longínquas (HOPCKE, 2011 *apud* AGUIAR, 2014.)

O arquétipo de alteridade é compreendido como o arquétipo da democracia, da compaixão, do amor. Ele considera o outro, o “alter”, permite a interação entre os opostos, ao passo que o arquétipo

patriarcal se revela de modo autocrático, elitista, autoritário e até mesmo explorador (BYINGTON, 2015).

Quando um paciente testemunha de Jeová se recusa a receber transfusão de sangue, mesmo ciente de que sua vida corre risco em decorrência de tal recusa, ele está, livre e intencionalmente, fazendo valer seus valores e suas crenças em um momento crucial da sua vida, sem causar sofrimento ou lesão a terceiros. Está, de outro modo, propiciando bem-estar e tranquilidade espiritual a si e aos que com ele convivem e fazem parte de seu círculo religioso, pois todos eles têm a certeza de que, ainda que o paciente venha a óbito por haver recusado a transfusão, estará muito bem, pois integrará o reino de Jeová.

Essa tranquilidade espiritual é, inclusive, um elemento do direito constitucional à vida. Conforme ensina José Afonso da Silva (1998), a vida humana é composta não apenas por elementos materiais (físicos e psíquicos), mas também por elementos imateriais (espirituais). Caso o médico venha a transfundir uma testemunha de Jeová contra a sua vontade, ele estará perturbando cabalmente a paz espiritual e o bem-estar emocional dessa pessoa.

Para esse paciente, a manutenção da sua vida terá sido resultado de uma prática altamente condenável e sua vida, a partir de então, pode tornar-se sem sentido e até mesmo pior que a morte. O médico, desse modo, ao transfundir testemunhas de Jeová, age em desfavor do paciente, no sentido de condená-lo, devido à transfusão realizada, a uma vida que, sob a percepção do paciente, tornou-se contrária às leis do Criador.

Ademais, na área da saúde, o paradigma da autonomia é o consentimento informado e expresso, que busca assegurar que o paciente seja suficientemente esclarecido pelo médico a respeito dos procedimentos a que poderá ser submetido, para que, diante desse esclarecimento, exerça o direito de decidir se, de fato, deseja se submeter ao procedimento indicado pelo profissional. Para que o consentimento informado seja válido, é preciso que haja o fornecimento pelo médico de todas as informações de que ele dispõe e que são relevantes para o paciente; que este tenha, de fato, compreendido tais

informações; que a decisão do paciente seja voluntária e que ele, por fim, decida acerca do procedimento. Pode o paciente, ao contrário, recusar o procedimento, consciente das implicações dessa recusa (BEAUCHAMP, CHILDRESS, 2002).

Desse modo, qualquer paciente adulto e capaz tem o direito de não querer se submeter a um procedimento ou tratamento, mesmo que essa recusa acarrete danos à sua saúde.

#### ***4.2.1. Documento que autoriza a não transfusão***

Por prevenção, as testemunhas de Jeová portam consigo um documento chamado “Diretrizes sobre tratamento de saúde e isenção para a equipe médica”, cujo conteúdo expressa claramente que o portador do documento recusa o recebimento de qualquer transfusão de sangue, bem como que a equipe médica está isenta de responsabilidade civil, caso o tratamento alternativo à transfusão de sangue não seja exitoso (VIEIRA, 2003).

Esse documento, vale ressaltar, é assinado pela testemunha de Jeová em momento em que ela está na plenitude de suas faculdades mentais. Deve, então, ser acatado mesmo em situações nas quais a testemunha de Jeová esteja impossibilitada de manifestar a sua vontade e a transfusão de sangue seja a prática médica necessária à conservação da sua vida. De outro modo, estar-se-á, através de uma atitude paternalista, desrespeitando a autonomia de um indivíduo capaz de administrar a própria vida, retirando-se dele o direito de optar pelo tratamento mais condizente com a sua situação, amparado em suas crenças e em seus valores (VIEIRA, 2003).

## **5. A RECUSA À TRANSFUSÃO DE SANGUE NO CASO DE PACIENTES NÃO-AUTÔNOMOS**

Conforme já elucidado, um dos requisitos da autonomia é a capacidade da pessoa de agir intencionalmente (BEAUCHAMP, CHILDRESS, 2002). Em sendo autônomo, pode o indivíduo recusar transfusão de sangue, ainda que tal recusa coloque sua vida em risco. É o que se defende no presente artigo.

Porém, há situações em que testemunhas de Jeová juridicamente incapazes necessitam ser transfundidas. O que fazer quando um menor de dezoito anos, testemunha de Jeová, precisa de transfusão de sangue para continuar a viver e se recusa a recebê-la? Qual deve ser a conduta do profissional da medicina ao se deparar com um paciente menor ou adolescente ou ainda sem desenvolvimento mental completo, cujos pais, seus representantes legais, são testemunhas de Jeová e não querem que a transfusão seja feita?

Para responder tais perguntas, é preciso considerar que o respeito à autonomia não deve ser absoluto, ou seja, deve ser flexibilizado quando se estiver tratando de pessoas não-autônomas, a exemplo de crianças e daqueles que não estiverem na plenitude de suas faculdades mentais (BEAUCHAMP, CHILDRESS, 2002).

As questões bioéticas devem ser tratadas com base em referenciais que indiquem como elas devem ser equacionadas, almejando encontrar opções mais satisfatórias, do ponto de vista ético. Dentre esses referenciais, está o da vulnerabilidade.

Todos os seres vivos são vulneráveis, pois são mortais e, em vida, podem ser ofendidos, feridos, lesados, intencionalmente ou não, por pessoas, animais, fatos naturais, acidentes. Movidos pelo instinto de sobrevivência, as pessoas se defendem, instintivamente, diante da vulnerabilidade, que lhes é inerente (HOSSNE, 2009).

Todavia, nem todos possuem, em regra, consciência dessa vulnerabilidade, necessitando, assim, de proteção especial, devido ao fato de se encontrarem em situação na qual sequer podem compreender satisfatoriamente o que se passa a sua volta e, portanto, se defender de modo adequado, devido às suas limitações intelectivas.

A potencialização da vulnerabilidade está atrelada à pouca ou à ausência de autonomia. Esta, como elucidado alhures, consiste na capacidade do ser para decidir fazer algo ou buscar aquilo que compreende como o melhor para si próprio. A autonomia depende da capacidade para agir de modo intencional, o que requer entendimento e discernimento para deliberar, de forma coerente, diante das opções que lhe são postas, independentemente de pressões externas

(BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002). Autonomia concerne à autodeterminação, à capacidade do ser de fazer escolhas e tomar decisões livres no que tange à sua vida, consubstanciadas na própria vontade.

As crianças e os adolescentes não possuem plena capacidade para proteger os interesses deles mesmos, não raro não compreendem o que é melhor para si e não dispõem de meios para atender as suas próprias demandas. A falta de autonomia deles os torna muito mais sujeitos às imposições externas, o que intensifica a sua vulnerabilidade e reforça a necessidade de proteção legal aos seus direitos.

Nessa perspectiva, quando se tratar de paciente criança ou adolescente, testemunha de Jeová ou filho de pessoas que professam essa fé, o médico deve, inicialmente, avaliar se é possível realizar procedimentos alternativos à transfusão que salvaguardem a vida do paciente. Não havendo essa possibilidade, deve comunicar o fato ao Poder Judiciário e requerer urgência na prolação de uma decisão (VIEIRA, 2003).

Caso a gravidade da situação não permita a consulta ao Judiciário, por falta de tempo hábil, o médico deverá realizar a transfusão, pois somente assim o juiz e/ou o médico garantirão que o menor possa vir a ser autônomo. Afinal, o pai que é testemunha de Jeová não pode dispor de algo que não lhe pertence: a vida do filho.

Ademais, no caso de o profissional da medicina realizar a transfusão sem autorização judicial por falta de tempo, estará ele efetivando o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, insculpido nos artigos 7º e 11, dentre outros, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Os artigos acima citados determinam que a vida e a saúde da criança e do adolescente devem ser protegidas, por meio de políticas públicas que propiciem o nascimento e o desenvolvimento sadio, bem como a existência digna. Garantem, também, que a saúde da criança e do adolescente seja integralmente atendida e que eles tenham amplo acesso a serviços públicos que visem à promoção, proteção e recuperação da saúde (CURY, GARRIDO, MARÇURA, 2002).



A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento. Essa condição implica o reconhecimento de que a criança e o adolescente não conhecem inteiramente os seus direitos, não têm condições de defendê-los e fazê-los valer de modo pleno, não sendo ainda capazes, principalmente as crianças, de suprir, por si mesmas, as suas necessidades básicas (CURY, GARRIDO, MARÇURA, 2002).

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A função das normas jurídicas e dos códigos de ética das profissões é disciplinar a conduta dos indivíduos na vida em sociedade e no exercício de suas atividades profissionais, respectivamente, determinando como devem ou não agir em diversas situações com as quais se deparam em seu cotidiano.

Há casos, porém, em que a norma entra em conflito com os valores e as convicções dos indivíduos envolvidos em situações por ela reguladas, gerando dúvidas quanto às decisões a serem tomadas. Essas decisões tornam-se ainda mais difíceis quando envolvem o choque entre o dever médico de respeitar a autonomia de um paciente que prefere a morte a receber transfusão de sangue, por motivos religiosos, e a possibilidade de transfundir o paciente, mesmo contra a vontade expressa dele, a fim de que o médico cumpra a sua missão histórica de salvar vidas.

Nessa situação, o direito à liberdade religiosa do paciente e o direito dele à vida digna entram em choque. Por conseguinte, colidem, também, o dever do médico de respeitar a escolha religiosa do paciente e o dever desse profissional de se valer de todos os instrumentos que a ciência lhe oportuniza para tentar salvar a vida daquele que está sob os seus cuidados.

Diante de tais conflitos, o titular dos direitos em pauta, o paciente, é quem deve decidir, em harmonia com as suas crenças e

convicções, o que é mais valioso para ele e que, portanto, deve prevalecer. O médico, profissional que tem por mister propiciar saúde física e mental a seus pacientes, deve, nessa perspectiva, respeitar a autonomia do paciente, acatando sua escolha livre e consciente. Deve, também, observar a aplicação dos princípios bioéticos da beneficência e da não-maleficência ao enfrentar situação tão delicada.

A transfusão de sangue em testemunhas de Jeová só deve ser realizada em pessoas não-autônomas, que não tenham firmado as “Diretrizes sobre tratamento de saúde e isenção para a equipe médica” e havendo a equipe médica descartado a possibilidade de procedimento alternativo. De outro modo, os profissionais da medicina estariam desconsiderando o que mais se deve respeitar: a vontade consciente do titular da vida que se almeja proteger.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Monica. O arquétipo da alteridade como paradigma necessário ao afastamento da alienação parental. **Publica Direito**, 2014. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b80d1ec3ddec44d0>>. Acesso em: 19 ago.17.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios da ética biomédica**. São Paulo: Editora Loyola, 2002.
- BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. **Psicologia simbólica Junguiana**. A viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação. São Paulo: Edição do Autor, 2015.
- CURY, Munir; GARRIDO, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- GURGEL, Wildobert B. **Meio ambiente, direito e biotecnologia**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.
- HOSSNE, William Saad. Dos referenciais da bioética – a vulnerabilidade. **Bio&Thikos**, n.3, p.41-51, 2009. Disponível em:< <https://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/68/41a51.pdf>>, Acesso em: 19 ago.17.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico paciente.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Aspectos éticos e jurídicos da recusa do paciente testemunha de Jeová em receber transfusão de sangue.** Revista Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar, v.6. n.2, p.221-234, jul./dez., 2003.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Recusa a tratamento de saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana. O caso da transfusão de sangue em testemunha de Jeová.** Revista da EMERJ, v.13, n.50, 2010.

<[www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes](http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes)>. Consultado em 8 de agosto de 2013.

<[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069)>. Consultado em 6 de agosto de 2013.

<[www.portalmedico.org.br/novocodigo](http://www.portalmedico.org.br/novocodigo)> Consultado em 6 de agosto de 2013.

<[www.portalmedico.org.br/php/pesquisa\\_resolucoes.php](http://www.portalmedico.org.br/php/pesquisa_resolucoes.php)> Consultado em 6 de agosto de 2013.



## Capítulo II

# Responsabilidade do Estado na proteção e prevenção dos crimes de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e trabalho forçado atentando a violação de dignidade humana

*Arménio Alberto Rodrigues da Roda\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Breve histórico do tráfico de mulheres e crianças em Moçambique; 3. Responsabilidade dos estados quanto ao tráfico de pessoas nos tratados internacionais; 4. O tráfico de pessoas como violação da dignidade humana: 4.1. Dignidade da pessoa humana; 4.2. O equívoco do argumento do consentimento da vítima na violação da própria dignidade humana; 5. As principais causas de tráficos de crianças e mulheres: 5.1. Fatores econômicos: 5.1.1. Pobreza; 5.1.2. Desemprego; 5.1.3. Vulnerabilidade econômica; 5.1.4. Corrupção nos setores público e privado de trabalho; 5.2. Fatores sociais: 5.2.1. Práticas e crenças culturais discriminatórias; 5.2.2. Falta de conhecimento e informação; 5.2.3. Acesso diferenciado à educação; 5.2.4. Políticas de migração com diferenciação de gêneros; 5.2.5. Fronteiras facilmente penetráveis; 5.3. Destinação das vítimas do tráfico: 5.3.1. Exploração sexual; 5.3.2. Comércio de órgãos para transplantes; 6. Atuação necessária do estado na proteção e prevenção contra o crime do tráfico de pessoas; 7. Conclusões; Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Neste artigo pretende-se analisar o alcance jurídico da questão do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e trabalho

---

(\*) Mestrando em Direito Humanos na Universidade Federal da Bahia (2017). Graduado em Direito pela Universidade Zambeze (2016). Ativista em de Direitos Humanos na Associação Moçambicana de advogados Cristã desde 2015.

forçado como violação da Dignidade da Pessoa Humana, sobretudo a partir da situação em Moçambique, mas não somente mediante análise jurídica, porque o tema apresenta também conteúdo sociológico de grande relevância para sua abordagem, a fim de compreender os fatores ou causas que levam a ocorrência dos tráficos de pessoas.

Nesse objetivo, será necessário delimitar o papel do Estado na prevenção e repressão do atividades ilícitas, uma vez que a estrutura estatal consiste no mais elevado aparato orgânico da sociedade, com poderes para decidir em relação as vários assuntos que lhe são atribuídos pela Constituição, para exercer controle e organização de uma sociedade. Dentre várias atribuições e decisões que competem ao Estado através dos seus órgãos cabe-nos aludir ao seu papel ativo na proteção e prevenção dos crimes em geral, e em especial dos crimes de tráficos de pessoas, porque a atuação do Estado exerce função importante na imputação de responsabilidade criminal, quer nas investigações desencadeadas pelo Ministério Público, assim como em outras atividades preventivas de caráter educacional e de segurança.

No que tange a análise jurídica cabe recordar que a legislação de Moçambique e a doutrina em geral já tratam da questão de tráfico de pessoas, porem será necessário entender o tema, analisando o conceito de pessoa na perspectiva jurídica e perante o conceito da Dignidade Humana.

O tráfico de pessoas, especialmente de mulheres e crianças, não constitui nada novo. Historicamente, este se realizou sob diferentes formas, mas, no contexto da globalização, essa prática adquiriu novas e mais agressivas dimensões. Trata-se de fenómeno complexo, multi-facetado que envolve interesse de múltiplas a nível institucional e comercial. Constitui uma atividade comercial a nível global, orientada pela procura, com um mercado enorme para mão-de-obra barata e sexo comercial confrontado, muitas vezes, por quadros legislativos e políticas reguladoras insuficientes ou não experimentadas, e sem pessoal adequadamente treinado para enfrentá-lo.

O método a ser adotado na presente pesquisa de forma a alcançar os objetivos pretendidos serão: método dedutivo baseada numa pesquisa bibliográfica e documental de forma a explicar o fenômeno.

## **2. BREVE HISTÓRICO DO TRÁFICO DE MULHERES E CRIANÇAS EM MOÇAMBIQUE**

De início, lembramos que Moçambique é um país de origem e de trânsito para atividades de tráfico de pessoas. Existe também evidência de tráfico de pessoas a nível interno. O destino principal do tráfico moçambicano de pessoas é a África do Sul, a potência económica dessa região. No entanto, verifica-se aumento de escala do tráfico de pessoas de África para a Europa e para o médio oriente, sugerindo que os moçambicanos, tal como muitas outras nacionalidades africanas, também já participam desse negócio transnacional.

O presente fenômeno de tráfico de pessoas tem forte origem e ligações com o tráfico de escravos, vivido no passado remoto no continente africano onde milhares de mulheres africanas eram exploradas sexualmente de forma clandestina, embora essa realidade nunca tenha sido adequadamente denunciada e nem medidas foram tomadas para responsabilizar os perpetradores deste crime por causa do poder colonial dominante. O mesmo sucedia com as crianças que eram obrigadas a trabalhos forçados. Essas atividades continuam em proliferação até os dias atuais, porém pouco tem sido feito para a responsabilização dos operadores dessa prática criminosa.

Alguns estudiosos entendem que a partir do contato entre sujeitos muito diferentes surge o fator de conflito. O século XVI comprova historicamente o processo da escravidão e exploração do homem negro e outros povos de raças peculiares. Os contornos de proximidade física entre sujeitos sócio-economicamente desiguais também são indutores de situações análogas a exploração e escravidão. Por outro lado, o paradoxo desta perspectiva surge do fato empírico social, que considera a proximidade como fonte de capital social para os menos privilegiados, em oposição às situações socialmente mais perversas, como as de isolamento social. No entanto, o contato entre diferentes

grupos sociais produz e cria novas formas e instrumentos mantenedores das relações de poder e de gênero.

A prevenção contra a exploração e escravidão de seres humanos implica renovar o comprometimento da relevância de abominar todas as formas de violência a direitos humanos e da liberdade, e recusar permitir impunidade penal a qualquer indivíduo envolvido nesses crimes, assim como a necessidade da efetivação das diretrizes da Carta dos Direitos Humanos da ONU. Na contemporaneidade, a exploração de seres humanos e a escravidão estão ligadas diretamente ao conceito de tráfico de pessoas.

De acordo com a ONU existe uma clara ligação da escravatura vivida em Moçambique com o aspecto atual de tráfico de pessoas com foco em mulheres e crianças que são pessoas vulneráveis, porém, no período colonial, muitas das mulheres eram exploradas sexualmente mas não podiam denunciar, e portanto mantinham silêncio, de forma a não colocar em perigo a sua vida.

No século XXI, os Estados sustentam uma conjuntura complexa, particularmente na condição de atores das Relações Internacionais. Isto significa que, na atualidade, os Estados interagem de forma complexa com atores não estatais que, em certos casos, apresentam poder susceptível de desafiar certas autoridades estatais, a exemplo das companhias multinacionais, as organizações não governamentais (ONGs), os movimentos terroristas, o crime organizado transnacional de tráfico de drogas e de pessoas, que operam numa dimensão sistémica dominada pelo fenómeno da globalização e do paradigma neoliberal, que defende o Estado minimalista.

### **3. RESPONSABILIDADE DOS ESTADOS QUANTO AO TRÁFICO DE PESSOAS NOS TRATADOS INTERNACIONAIS**

A Responsabilidade Internacional dos países para com atividades criminais de tráfico de pessoas através de fronteiras nacionais, na atualidade, se encontra estabelecida em complemento da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a chamada Convenção de Palermo, concluída em 2000, que se aplica a



atividades ilícitas de participação em organização criminosa, lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução de justiça, quando realizadas com operações ou efeitos incidentes em mais de um país.

No que diz respeito ao tráfico de pessoas, o escopo da Convenção se estende por dois protocolos adicionais complementares que são Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, e o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças.

Os Protocolos Adicionais decorrem da evolução do tratamento normativo internacional da matéria do tráfico de pessoas que tem origem no Tratado de Paris entre Inglaterra e França em 1814, para repressão ao tráfico negreiro para fins de escravidão (Castilho, 2018), cujas disposições estão atualizadas na Convenção de Genebra de 1956, e depois se estende para a repressão do tráfico de mulheres brancas em convenções de 1904 e 1910, enfim substituídas pela Convenção da ONU de 1949, mais abrangente.

O Protocolo de Tráfico de Migrantes se aplica à prevenção e repressão a atividades de tráfico de migrantes, que consiste na promoção, mediante benefício material, de entrada ilegal de pessoas em território estrangeiro da qual as pessoas introduzidas não são nacionais nem residentes permanentes.

O Protocolo ao Tráfico de Pessoas se aplica à prevenção e repressão a atividades de tráfico de seres humanos, que consiste no recrutamento, transporte e destinação de pessoas para fins de exploração sexual, trabalho ou serviço forçado análogo à escravatura, ou para remoção de órgãos pessoas, promovido sobretudo mediante coação, uso de força, fraude ou abuso de autoridade.

A natureza sensível da matéria abordada pela convenção e protocolos, sobretudo porque patrocinados pela ONU e decorrentes de aperfeiçoamento histórico no sentido da civilização e humanismo, torna todos os países imputáveis em sentido amplo por eventual

descumprimento de suas disposições, isto é, trata-se de obrigação erga omnes (Casella, 2008, p. 253), a ser respeitada por todos os estados para com a comunidade de nações, porque fundada em valores comuns.

Moçambique assinou essa Convenção e Protocolos em 2001 e os ratificou em 2006, assim como o Brasil, que assinou a Convenção e Protocolos em 2000 e os ratificou em 2004.

A adesão dos dois países à referida Convenção e Protocolos amplia a imputabilidade internacional dessas nações, porque transforma a matéria em obrigação decorrente de tratado plurilateral, ou seja, norma internacional objetiva e positivada, a ser observada pelos estados parte signatários, cujo descumprimento configura ilícito internacional indutor de eventual aplicação de sanções.

#### **4. O TRÁFICO DE PESSOAS COMO VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA**

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, define o Tráfico de Pessoas (artigo 3º, a), como:

- a) A expressão 'tráfico de pessoas' significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

No Brasil, o I Plano Nacional contra Tráfico de Seres Humanos 2007-2010 considera o Protocolo Adicional em epígrafe, como o primeiro documento internacional com uma definição clara de tráfico para fins de exploração, e então diversas organizações inter-

nacionais têm trilhado novos horizontes no que diz respeito a uma abordagem mais integrada e eficaz no combate ao problema. Uma vez que o Brasil também sofre a atividade criminosa do tráfico de seres humanos, o plano nacional de combate ao tráfico de pessoas programado para o período 2013 a 2016 prevê o incremento da cooperação internacional com os países vizinhos no combate a essa atividade.

Recorde-se que o tráfico de pessoas continua ocorrendo da mesma maneira, por isso uma definição teórica auxilia absorver novas percepções dos elementos que combinam a efetivação e progressão do fenômeno, que prossegue num processo de reconstrução e ressignificação em função a dinâmica da sociedade.

#### **4.1. Dignidade da pessoa humana**

O Min. Luís Roberto Barroso assinala uma concepção universal da Dignidade da pessoa Humana que merece um acolhimento, em que menciona três elementos mínimo que abarca o Dignidade Humana, que são: *o valor intrínseco, autonomia e valor comunitário*, sendo que o valor intrínseco concretiza a ideia não tratar uma pessoa como meio mas como fim em si mesmo, envolvendo vida a integridade física e psíquica, autonomia envolve a sua dimensão pública e privada referindo-se autogoverno do indivíduo como publica, correspondente nas deliberações democráticas ela abarca ainda o mínimo existencial que assegura o pressuposto os pressuposto para o exercício das liberdades e no que tange o valor comunitário não apresenta uma importância o estudo que se propõe que são a restrições individuais no caso de dano contra o terceiro.

Segundo Ingo Sarlet, quando aqui se fala em dimensões da dignidade da pessoa Humana, está-se a referir – num primeiro momento – à complexidade da própria pessoa Humana e do meio no qual desenvolve sua personalidade. Para além desta referência, tão elementar quanto relevante, o que se pretende apontar e sustentar, à luz de toda uma tradição reflexiva filosófica e jurídica, é que a noção de dignidade da pessoa humana (especialmente no âmbito do Direito), para que possa dar conta da heterogeneidade e da riqueza

da vida, integra um conjunto de fundamentos e uma série de manifestações. Estas, ainda que diferenciadas entre si, guardam um elo comum pelo fato de comporem o núcleo essencial da compreensão do próprio conceito de dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, antes mesmo de seu reconhecimento jurídico nas Declarações Internacionais de Direito e nas Constituições de diversos países, figura como um valor, que brota da própria experiência axiológica de cada cultura humana, submetida aos influxos do tempo e do espaço.

A proclamação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, na maioria das Declarações Internacionais e Constituições contemporâneas, conduziu ao reconhecimento dos princípios como normas basilares de todo o sistema jurídico, afastando-se a concepção de programaticidade, que justificava a neutralização da eficácia dos valores e fins norteadores dos sistemas constitucionais.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se desdobra em inúmeros outros princípios e regras constitucionais, conformando um arcabouço de valores e finalidades a ser realizadas pelo Estado e pela sociedade civil, como forma de concretizar a multiplicidade de direitos fundamentais, expressos ou implícitos, da Carta Magna brasileira e, por conseguinte, da normatividade infraconstitucional derivada.

Pode-se afirmar que o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana importa o reconhecimento e tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência quanto com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante (SOARES, 2010)

Por sua vez, a intensa necessidade jurídica perceber o conceito de pessoa na qual a lei pretende proteger no que se refere ao tráfico de pessoas, doutrina brasileira oferece um amplitude no que tange os Direitos fundamentais e Direitos Humanos e entende pessoa como ser humano como fim dotado de razão e capaz de exercitar a

sua autonomia (SARMENTO, 2003), mas se trata de pessoa encarnada que também tem corpo e sentimentos e que experimenta necessidade materiais e psíquica e está enraizada numa cultura imersa em relações intersubjetivas que são essenciais para o desenvolvimento das suas necessidades, porém esta noção abarca três elementos essenciais que são: valor intrínseco da pessoa, autonomia e mínimo existencial.

Apenas os primeiros dois elementos, <o valor intrínseco e autonomia> tem o relevo para as questões de tráfico de pessoas, porque na ocorrência de tráfico para fins de exploração sexual e trabalho forçado coloca-se em risco a vida, a integridade física e liberdade de autodeterminação sexual que afeta o valor intrínseco e autonomia da pessoa.

O Código Civil Moçambicano define <pessoa> como toda pessoa aquele que teve um nascimento completo e com vida e que passar gozar de personalidade jurídica independente da capacidade jurídica.

## **4.2. O equívoco do argumento do consentimento da vítima na violação da própria dignidade humana**

Não raro se verifica que existe consentimento da vítima na exploração sexual, e por isso especula-se se a vontade da vítima de permitir que ela seja explorada sexual não isentaria a violação da Dignidade da pessoa, uma vez que através deste meio ela garante a sobrevivência e satisfaz as suas necessidades, e portanto sua dignidade não estaria violada porque a pessoa tem a autonomia do seu corpo e sua liberdade garantidas.

Do mesmo modo, cabe entender que a exploração também pode ser feita em forma de um trabalho forçado em que as vítimas são remuneradas, ou sob outras formas de trabalho forçado nomeadamente servidão, como o trabalho fora de período normal de trabalho.

Este tem sido um dos problemas discutidos no âmbito do postulado da Dignidade Humana, porém o poder público através de legislações, atos e decisões judiciais têm interferido em esfera privada de

forma a impedir algumas práticas que ofendem a dignidade humana, que estão em divergência com a vontade da vítima, em permitir ou colaborar que a sua exploração sexual ou laboral como meio de obter um rendimento para seu sustento.

Partindo do pressuposto que a Dignidade não pode ser vista apenas numa perspectiva subjetiva ao indivíduo ao concreto mas também o interesse coletivo a sensibilidade e moral coletiva que pode estar violado porem no <valor comunitário> apontado como um dos terceiros elementos da Dignidade da pessoa Humana que concede uma confere a dignidade uma dimensão heterônima ensejando restrições as liberdades individuais voltadas a proteção de Direitos de terceiros da Dignidade do próprio indivíduo e de valores partilhados na sociedade.

Esclarece Barroso que, quando se volta a proteção da pessoa contra si mesma, a tutela de valores moralmente compartilhados *valor comunitário* devem estar sob escrutínio permanente e estrito quanto ao moralismo afetar as escolhas pessoais.

Na situação em que a vítima se entrega a exploração sexual ou trabalho forçado deve ser considerada como presente a violação a Dignidade da Pessoa Humana contra o terceiro, em razão do valor moral partilhado pela comunidade, ou seja, nesta ordem de ideias, tais liberdades devem ser restringidas em razão do risco de violação da Dignidade coletiva moral.

Além disso, a exploração sexual quando decorrente de tráfico ilícito contempla ainda, além da prostituição infantil, exposição de pessoas a atos pornográficos com menores ou com maiores, sexo forçado, estupro, violação sexual, uso de gráfica sexual, exibicionismo, voyeurismo, etc.

As diversas formas mencionadas violam o direito à integridade física e psíquica plasmado na Carta sobre tráficos de pessoas da ONU, bem como na Constituição de Moçambique, e produzem a ocorrência do trauma de natureza física e psíquica de difícil tratamento, restando marcas nas pessoas por longo período.

## **5. AS PRINCIPAIS CAUSAS DE TRÁFICOS DE CRIANÇAS E MULHRES**

Antes da análise jurídica cabe abordar as questões de natureza sociológica que impulsionam a atividade de tráfico de pessoas (TP), a partir de documentos oficiais internos e externos, que são de grande importância para compreensão do problema.

### **5.1. Fatores econômicos**

#### **5.1.1. Pobreza**

Pobreza segundo o Banco Mundial (1995), a pobreza é uma condição caracterizada por uma severa privação das necessidades humanas básicas, incluindo alimentação, água potável, saneamento, saúde, habitação, educação e informação. Ela depende não somente da renda, mas também do acesso aos serviços. O relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), na sua edição 2013, coloca Moçambique no 185º lugar na lista dos países com mais o baixo Índice do Desenvolvimento Humano (IDH). Nesta perspectiva, aliada a ruralização acentuada da economia nacional e ao analfabetismo, em conjunto com o fraco acesso a informação, a extrema pobreza acentua o problema do Tráfico de pessoas.

Um aspecto marcante decorre às desigualdades entre o campo e a cidade, o que incentiva constantemente o êxodo rural, com as populações camponesas a buscarem melhores condições de vida nas zonas urbanas. Este fluxo migratório contribui efetivamente para a satisfação das necessidades dos locais relativamente à melhoria da qualidade de vida. Entretanto, são vários os casos em que as populações são vítimas da atuação do crime organizado ligado ao tráfico de drogas e de seres humanos, sob falsas promessas de melhoria de condições de vida, emprego e educação nas grandes cidades (RELATÓRIO PGRM, 2014)

#### **5.1.2. Desemprego**

O desemprego é outro grande desafio da economia Moçambicana e afeta cerca de 27% da população. A maioria da população em

Moçambique vive na zona rural, onde os níveis de escolarização são baixos e as taxas de desemprego são altas, o crime organizado encontra nestas zonas “terreno fértil” para desenvolver as suas atividades criminosas, especialmente junto de pessoas que se encontram em grandes dificuldades financeiras. Por isso, do ponto de vista estratégico, o aliciamento das vítimas do TP está ligado às promessas de melhores condições de vida.

O processo de integração regional dos países da Comunidade de Desenvolvimento da África Austral (SADC) facilitou a circulação de pessoas e bens nos países da região, e então o crime organizado transnacional sofisticou os seus métodos de atuação, em termos de recrutamento e transporte das vítimas, que são depois exploradas nos países de destino, trazendo a caça furtiva, a imigração ilegal e o aumento do tráfico de pessoas (TP) como efeitos perversos da regionalização.

Ao nível do tráfico interno, o desemprego continua sendo uma das principais causas da existência de vítimas. Neste caso, as vítimas nem sempre são destinadas aos países vizinhos, havendo diversos casos de pessoas que saíram das suas zonas de origem na busca de um emprego nas cidades capitais do país.

O tráfico doméstico apresenta uma forte ligação com situação de exploração laboral “escrava”. O Chefe do Posto da Migração de Milange, informou que foi abortada tentativa de TP, quando um grupo de três crianças, vindas de Nampula, estavam escondidas em um caminhão, que tentou atravessar a fronteira. O suposto traficante alegou que estava a ajudar aos jovens a obter emprego. (RELATÓRIO PGRM, 2014)

A aprovação da lei nº 6/2008, constitui um passo importante do Estado Moçambicano na busca de soluções para a prevenção e combate do TP. Entretanto, visitados vários pontos do país, fica claro que, embora importante pelo seu conteúdo, o Estado falha por não estar a difundir-la de modo satisfatório, especialmente entre as potenciais vítimas, populações das zonas rurais e das periferias das grandes cidades.



Os líderes comunitários, que convivem diretamente com as populações camponesas, os diretores das escolas, os gestores dos hospitais e centros de saúde, têm fraco domínio deste instrumento legal, o que concorre para uma maior deficiência na sua implementação. No caso, do Chefe da Localidade de Morrumbene Sede, por exemplo, afirmou nunca ter recebido nenhum tipo de informação em matérias ligadas ao TP.

Dada a complexidade do fenómeno do TP, torna-se imperativa implementação da estratégia interministerial que possibilitaria a tomada de medidas preventivas e sinérgicas para o combate a esta problemática. (RELATÓRIO PGRM, 2014)

### ***5.1.3. Vulnerabilidade económica***

A extensão e escala global do tráfico de pessoas constituem a 'desvantagem da globalização. A globalização criou um mercado poderoso de procura de mão-de-obra barata e pouco especializada em sectores como a agricultura, o processamento de alimentos, construção, serviços domésticos, manufatura com mão-de-obra intensiva, cuidados de saúde domiciliária, trabalho do sexo, o setor de serviços em geral, e o setor de entretenimento (circos, mendigar, jôquei em corridas de camelos).

Essas modalidades de procura existe tanto nos países industrializados como nos países em desenvolvimento. Os tipos de trabalho onde se utiliza a mão-de-obra traficada tendem a situar-se em setores onde é mais fácil manter condições de trabalho altamente exploradoras e que constituem enormes violações dos direitos humanos e das normas laborais, em locais e sob condições difíceis de serem monitoradas.

Nas regiões de origem em Moçambique, existem fortes fatores de pressão que compelem as populações a considerarem a emigração como uma opção. Os mecanismos legais para gerir a movimentação dos candidatos a migração podiam portanto reduzir os incentivos para formas irregulares de movimentação de pessoas dado que o tráfico de pessoas é, em parte, o produto de uma governança imperfeita de migração (UNICEF,2003)

### ***5.1.4. Corrupção nos setores público e privado de trabalho***

Embora o estudo não tenha encontrado evidências de atos de corrupção, há relatos deste tipo de atos associados ao TP de acordo com os órgãos de comunicação social. Por exemplo, o caso das 27 crianças encontradas sem documentação em Ressano Garcia, que levanta dúvidas sobre o modo como as mesmas conseguiram se deslocar por mais de 200 km sem que tivessem sido detectados. Por outro lado, conforme reportaram as fontes, os chamados guias das travessias na fronteira cobram valores que variam entre os 100 e os 300 Rands (moeda da África do Sul) para atravessar viajantes sem passaporte ao longo da fronteira. Este fato suscita suspeitas sobre a idoneidade de alguns agentes da polícia, afetos aos postos fronteiriços nacionais.

## **5.2. Fatores sociais**

### ***5.2.1. Práticas e crenças culturais discriminatórias***

Em Moçambique os direitos das mulheres há muito que são violados e negados. Não obstante as disposições constitucionais que estipulam a igualdade formal entre os gêneros a luz do artigo 35 da CRM, e as leis e políticas que declaram como ilegais as práticas tradicionais, estas continuam muitas vezes a ser valorizadas e toleradas, e são tipicamente ressuscitadas como forma de reafirmação da identidade ou devido ao fato das limitações sociais que as reprimiam deixarem de existir. Enquanto que as origens dessas práticas estão enraizadas em sistemas de crenças e de percepções de moralidade e de comportamentos em linha com as exigências sociais, muitas vezes ligados a necessidades de sobrevivência, a sua prática atual é muitas vezes prejudicial, particularmente para as meninas e mulheres. (POLICY PAPER, 2006)

### ***5.2.2. Falta de conhecimento e informação***

Enquanto que existe um aumento na conscientização internacional com relação ao problema de tráfico e os governos, incluindo o de Moçambique, juntamente com todo um conjunto de partes

envolvidas e de interesse, estejam a providenciar informação, a organizar campanhas de publicidade e de formação, permanece baixo o nível de conscientização no seio da população. A crença comum de que “não pode acontecer a mim” continua forte não obstante a familiaridade local com o contrabando transfronteiriço.

As ofertas de emprego a jovens para colocar crianças em melhores circunstâncias são geralmente aceitas de acordo com o seu aspecto exterior. A familiarização com os recrutadores para tráfico de pessoas, que na realidade podem ser vizinhos ou familiares, reduz ainda mais o reconhecimento do risco do tráfico de pessoas.

Revela-se significativo efetuar pesquisa na área de ressurgimento e discernimento atual dessas práticas. O lobolo, uma característica da região sul de Moçambique, implica que o futuro marido paga uma soma de dinheiro, joalheria e roupas, ou como era feito antigamente, oferece cabeças de gado à noiva, pais e sua família em troca pela mulher. Um casamento resultante desta prática, permite aos homens escolherem uma cunhada mais nova para substituir a mulher, no caso desta não o satisfazer sexualmente.

O casamento precoce é uma característica normal das comunidades rurais, que constituem a maioria da população. Uma vez que muitas vezes é negado às jovens o acesso a educação nas comunidades rurais, estas são empurradas para o casamento logo que sejam consideradas “adultas”. A idade adulta é considerada como tendo sido alcançada na altura em que estas jovens são submetidas às cerimónias de iniciação ou quando iniciam a menstruação. As características demográficas do pós-conflito, como a escassez de homens, podem também contribuir para esta prática. (POLICY PAPER, 2006)

### ***5.2.3. Acesso diferenciado à educação***

A falta de acesso igual na formação escolar que limita as oportunidades das mulheres de aumentarem o seu rendimento através de melhores habilitações para atividades de especialização profissional e as conduz ao estado de vulnerabilidade.

A falta de formação escolar para as mulheres jovens e adolescentes em Moçambique tem contribuído significativamente para a questão de tráfico para fins de exploração sexual, visto que a falta de formação acadêmica não permite que as mulheres gozem mesma oportunidades e também contribui para falta de discernimento para tomadas decisões que as afaste do tráfico de pessoas (UNICEF, 20003).

#### ***5.2.4. Políticas de migração com diferenciação de gêneros***

As políticas e leis de emigração restritivas muitas vezes instituídas como medidas de “proteção”, mas que limitam a migração regular de mulheres, porque a maioria dos canais de migração oferece oportunidades em setores predominantemente destinados aos homens (trabalho de construção e agricultura), além do menor acesso a informação sobre oportunidades de migração ou de trabalho, e quanto aos riscos da migração.

Historicamente os homens da região sul de Moçambique migravam. As mulheres eram marginalizadas e obrigadas a ficar nas áreas rurais, ocupadas com a reprodução e a mão-de-obra comunitária com um aumento na carga de trabalho, enraizando dessa forma os valores patriarcais. Entretanto, devido ao aumento na mobilidade das populações, a falta de oportunidade em casa e melhores oportunidades de sustento em outros lugares, as mulheres estão cada vez mais a migrar.

A migração pode levar ao alargamento ou ampliação da autonomia das mulheres, contudo, em razão das políticas de migração mais favoráveis aos homens e o fato de que o recrutamento é feito por setores dominados pelos homens, as mulheres restam mais expostas à migração irregular e ao tráfico.

#### ***5.2.5. Fronteiras facilmente penetráveis***

A tradição de movimentação e migração para a África do Sul para fins comerciais e de trabalho, além do desconhecimento da natureza de atividades ilegais, a exemplo do contrabando de mercadorias,

essencial à sobrevivência em tempos de guerra, contribuem para aceitação e antecipação de movimentações não reguladas.

O fato da existência de fronteiras facilmente penetráveis, juntamente com os distúrbios civis e políticos, além da falta de oportunidades econômicas, asseguram um fluxo constante, em direção a sul, tanto de migrantes legais como irregulares na África Austral, com possível cumplicidade de policiais e guardas fronteiriços com os traficantes, para deixar passar viajantes sem documentação regular (MOLO, 2000).

### ***5.3. Destinação das vítimas do tráfico***

De acordo com o Relatório de 2003 sobre Migrações intitulado “Sedução, Venda e Escravidão: O Tráfico de Mulheres e Crianças para Exploração Sexual na África Austral” a exploração sexual e o trabalho forçado são os principais fins do tráfico de pessoas em Moçambique.

#### ***5.3.1. Exploração sexual***

Existem várias redes de tráfico de pessoas em operação mais ou menos em pequena escala que utilizam carrinhas táxi para passar clandestinamente tanto migrantes como mulheres pela fronteira.

Essas redes têm sua base em casas de trânsito estabelecidas na região fronteira entre Moçambique, Suazilândia e África do Sul, que operam através de uma rede de cúmplices em Joanesburgo, Maputo e na região do Lebombo onde recrutam, alojam e transferem mulheres. As frotas de carrinhas táxi viajam entre Maputo e Joanesburgo várias vezes por semana e transportam moçambicanos que visitam as famílias ou que procuram trabalho, e que utilizam os táxis como uma forma de transporte bem como de assistência para aqueles que atravessam a fronteira sem a necessária documentação.

As moças jovens intencionadas de encontrar trabalho na África do Sul ou que visitam familiares, mas findam como vítimas do tráfico de pessoas porque são recrutadas passivamente quando se

aproximam dos postos de táxis. Aqui os agentes de tráfico selecionam as jovens que lhes podem trazer melhor preço de venda e persuadem-nas a utilizar os serviços do táxi (UNICEF, 2003). As vítimas são logradas sem suspeitar na partida, quando entram na África do Sul de forma irregular entre os seus companheiros de viagem, aparentemente como migrantes comuns que procuram trabalho. Uma vez no alojamento de trânsito, as vítimas são separadas dos companheiros de viagem, e então inicia o processo de isolamento, intimidação e exploração. Os traficantes moçambicanos estabelecidos em Maputo também recrutam jovens que trabalham no setor informal, nos mercados e comércio locais e que são usadas como trabalhadoras sexuais, não raro auxiliados por cúmplice, possivelmente conhecida da vítima, que oferecem às moças emprego como empregadas de restaurante ou domésticas na África do Sul. As trabalhadoras do sexo de Maputo são especificamente recrutadas para serem vendidas a casas de prostituição nas províncias de Gauteng e de KwaZulu-Natal.

Além de Maputo e das províncias do sul de Moçambique, a província de Nampula constitui outro centro principal de recrutamento de jovens para a indústria do sexo. A prostituição é comum, essencialmente como resultado da ocupação pré-independência por parte do exército português. As moças são também envolvidas em atividades sexuais numa idade muito jovem e a prostituição, tal como noutros lugares, torna-se uma estratégia de sobrevivência. Pouco se sabe sobre a forma como estas moças são recrutadas, ou se estão incluídas tanto aquelas já estabelecidas como trabalhadoras do sexo como as que não possuem qualquer experiência a este respeito. Suspeita-se também que moçambicanos do norte do país sejam traficados através do Zimbábue para a África do Sul (UNICEF, 2003).

A exploração sexual incide sobre as vítimas do sexo feminino, devido ao seu elevado valor comercial. Isto tem a ver com o fato de as mulheres poderem realizar, diariamente, múltiplas relações sexuais, na perspectiva de maximização de lucros, com suspeita de uso de adolescentes e crianças nessa exploração sexual.

Entretanto, os resultados de investigações apontam que percentagem significativa de pessoas que não associam o tráfico de

mulheres com os promotores da prostituição, pois os inquiridos estão eventualmente a revelar desconhecimento da realidade ou estão a esconder uma realidade, o que, em ambos casos, pode ser prejudicial para a eficiência e eficácia de qualquer ação de prevenção e combate ao TP (TSIRELEDZANI, 2013).

A realidade empírica mostra que a exploração sexual ocorre em locais de entretenimento em Maputo, sobretudo nos bares de diversão noturna e bórdeis, que têm crescido em número e em qualidade ao nível dos centros urbanos, principalmente na África do Sul, como Cape Town, Durban, Johannesburg e Port Elisabeth, que são cidades consideradas principais locais de “turismo sexual” usando pessoas traficadas de várias nacionalidades (TSIRELEDZANI, 2013)

Recentemente também Angola de forma crescente vem ser citada como um dos locais de destino de mulheres traficadas para prestação de serviços sexuais personalizados ao domicílio, a exemplo do “caso Bento Cangamba” amplamente midiaticizado pela comunicação social brasileira e portuguesa, que está sob investigação policial e judicial.

### ***5.3.2. Comércio de órgãos para transplantes***

O tráfico de pessoas para a exploração sexual e trabalhos forçados consiste na vasta maioria dos incidentes, mas existe um aumento no tráfico de pessoas para órgãos humanos, ou extração de órgãos. Este tipo de atividade comercial tanto acontece a nível internacional, na sua maioria para a África do Sul, como também a nível interno.

A finalidade desse tráfico envolve duas razões distintas: em primeiro lugar, partes específicas do corpo humano como por exemplo os órgãos sexuais, coração, olhos e crânio que são usados em medicina tradicional, designada por ‘muti’<sup>24</sup> onde se crê que estes órgãos curam males e doenças desde impotência à SIDA e à infertilidade, e aumentam o poder e a riqueza (MOLO, 2000). A outra finalidade é o comércio mais lucrativo a nível internacional do recolhimento de órgãos para transplantes (tipicamente os rins), que são armazenados em temperaturas frias e transportes por ar. Existem numerosos

países de todos os continentes, incluindo entre outros a Europa, África e Ásia, que estão implicados neste complexo comércio de procura e oferta.

As facilidades de alojamento nas clínicas sul africanas de transplantes em hospitais privados têm a reputação de oferecer a mais alta qualidade, na medida que a diálise e as operações de transplante se tornam cada vez mais acessíveis na área do setor privado, consequências negativas causadas pela desigualdade social que podem permitir que aqueles com meios financeiros adquiram órgãos humanos à custa de pessoas pobres ou mesmo adquiram órgãos disponibilizados por essas pessoas por alguns dólares.

## **6. ATUAÇÃO NECESSÁRIA DO ESTADO NA PROTEÇÃO E PREVENÇÃO CONTRA O CRIME DO TRÁFICO DE PESSOAS**

O Estado representado pelos seus órgãos segundo o princípio da separação de poderes, nomeadamente legislativo, executivo e judiciário influi diretamente na ordem societária através dos poderes que lhe são atribuídos (BOBBIO, 2012). O Estado como detentor do poder público interfere diretamente na esfera privada, com competência de deliberar sobre vários assuntos da sociedade, e no que tange a questão da criminalidade, através do seu *ius imperi*, o Estado emerge como o agente que tem a responsabilidade de investigar, julgar e punir a prática de crimes de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual ou trabalhos forçados. A prática dessa atividade criminosa decresce quando o Estado atua através do judiciário atua de forma eficaz na investigação e responsabilização penal desse delito.

Em diversos países onde está instituído o estado de direito democrático a responsabilidade investigatória compete ao Ministério Público coadjuvado com a polícia nacional, ou seja, aplica-se como pressuposto que o poder investigatório se encontra vinculado direta e exclusivamente ao Estado, tanto na ação preventiva como repressiva.



Também cabe ao Estado a proteção dos direitos fundamentais e a promoção da justiça, ou seja, diante da notícia da prática de um ilícito penal faz surgir para o Estado o dever de apurar o fato por meio de seus órgãos institucionais legitimados, e de promover a ação penal correspondente, se for o caso, a fim de que seja proferida (pelo Estado-Juiz) uma decisão de mérito, condenando ou absolvendo o imputado. A esse conjunto de atividades dá-se o nome de persecução criminal.

A investigação como dever exclusivamente estatal deve ser realizada de forma eficaz no objetivo de trazer resultado positivo para a sociedade quanto à eventual prática de qualquer crime, inclusive quanto ao crime de tráfico de pessoas, devendo o Estado manter condições humanas e materiais para a responsabilização dos praticantes dessa atividade.

Cabe ressaltar que o Estado não pode usar apenas a atuação posterior à ocorrência dos fatos como modo de investigação, mas manter controle prévio através de todos sistemas policiais de modo a evitar o tráfico de pessoas de forma preventiva.

Além disso, cabe ao Estado realizar prestações positivas ou ações efetivas proteção e efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que os órgãos estatais não são neutros perante situações de risco dessa natureza, mas, ao contrário, consistem em aparelho institucional composto pelo legislativo, executivo e judiciário, sobretudo este último, como agente de inibidor e repressor desse tipo legal do crime.

Quanto à persecução judicial, cabe lembrar a função do Ministério Público na atividade investigatória, assim como na imputação criminal.

## **7. CONCLUSÕES**

No que tange a questão de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, trabalhos forçados e mesmo extração de órgãos humanos, torna-se necessário compreender que não se trata apenas de um problema jurídico, mas que também subsiste composto de vários fatores sociais que concorrem para a atividade ilícita, cabendo

instituir políticas de atuação estatal de repressão e prevenção. Portanto, há necessidade de intervenção de medidas jurídicas tanto quanto medidas sociais, e de outros setores que possam trabalhar de forma conjunta para impedir a prática do tráfico.

Há necessidade de reforçar o controle nas fronteiras principalmente no ponto de destino da vizinha África do Sul, cabendo ao governo realizar investimento tecnológico, policial, equipamentos e de tramitação de documentação migratória, de modo a manter controle que contribuirá decisivamente para a mitigação do tráfico de pessoas.

A melhoria do controle na saída e entrada de pessoas no país em todos os aspectos, partindo de provimento pelo governo de recursos humanos e materiais suficientes para evitar a movimentação de estrangeiros portadores de documentos falsos, alguns envolvidos no tráfico de tráfico humano, que reduzirá a fragilidade do controle no processo migratório.

Por outro lado, cabe adotar medidas jurídicas quanto a forma de investigação do Ministério Público assim como da polícia de investigação criminal, no que diz respeito a sua capacidade para investigar o crime organizado dessa natureza, que é um crime transnacional, e para isso os órgãos de investigação precisam de capacidade humana intelectual, bem como meios ou recursos tecnológicos que possibilitem investigação célere de forma a acautelar o bem jurídico colocado em causa. O Ministério Público e a polícia não podem investigar essa prática apenas com papeis o computador, mas também com investimento em estudos do modo que alguns países evoluídos nessa matéria tratam da investigação, prevenção e repressão de crimes dessa natureza.

Não somente trabalhos jurídicos atendem essa questão mas também o trabalho nas comunidades junto com sociedade, escolas, professores, igrejas e outros agentes sociais de forma a sensibilizar as crianças e mulheres jovens da necessária cautela para com as formas de aliciamento e enganos no oferecimento de trabalho melhor ou estudo no exterior, para que a comunidade seja capaz de se auto-prevenir contra esses aliciamentos.

Como foi suscitado acima, umas das causas importantes de facilitação do aliciamento é a falta de acesso a educação das raparigas ou mulheres jovens, cabendo ao governo traçar medidas que estimulem o acesso das mulheres jovens à escola, o que contribuirá para a sua integração no mercado de trabalho e redução do analfabetismo, que aumenta a quantidade de vulneráveis e de vítimas.

Constatando-se que o tráfico de pessoas é um crime transnacional, que muitas das vezes envolve vários países, torna-se imprescindível a cooperação política, militar e policial internacional de forma a exercer um trabalho conjunto na esfera investigativa que trará eficácia na forma de combate e prevenção do tráfico de forma conjunta não isolada.

Portanto, o tráfico de pessoas como crime de natureza organizada e a transnacionalidade para fins de exploração sexual, trabalho forçado e extração de órgãos humanos merece um tratamento atencioso dos operadores do Direito, de forma a mitigar o fenómeno, em razão da magnitude do bem jurídico em alusão que tange a vida humana, a integridade física e autodeterminação sexual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público.** [www.luisrobertobarroso.com.br](http://www.luisrobertobarroso.com.br). Acesso em 21/02/2018
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012.
- CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno.** Ed. Quartier Latin. São Paulo, 2008.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Trafico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo.** < pfdc.pgr.mpf.mp.br > acesso em 21/02/2018
- FUNDO das Nações Unidas para a Infância, 2010.
- MOCAMBIQUE. **Lei de Base de Proteção da Criança, Lei da Organização Jurisdicional de Menores e Lei Sobre o Tráfico de Pessoas.** Maputo: Central Impressora e Editora de Maputo, 2008.
- MOLO Songololo **The Trafficking of Children for Purposes of Sexual Exploitation in South Africa,** 2000.

POLICY PAPER, **Trafico de pessoas em Moçambique**, 2006.

RELATÓRIO da Procuradoria Geral da República de Moçambique (PGRM), Estudo sobre o Tráfico de pessoas, Maputo, 2014.

SARLET, Ingo. **Proibição de retrocesso, Dignidade da pessoa humana e Direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível**. In Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. JJ Gomes Canotilho. Coord. Paulo Bonavides, Francisco Gerson Marques de Lima, Fayga Silveira Bedê, p. 291 a 335. São Paulo: Malheiros, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada**. In Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição Org. George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TSIRELEDZANI: Understanding the Dimensions of Human Trafficking in Southern África NATIONAL PROSECUTING OF SOUTH AFRICA, 2010.

UNICEF, Trafficking in Human Beings, Especially Women and Children, in Africa, Innocenti Research Centre. 2003.

Capítulo III

# Releitura do conceito de Estado Democrático

*Carliane de Oliveira Carvalho\**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Dos Diversos Conceitos de Estado; 3 Da Necessidade de Releitura Conceitual de Estado Democrático; 4 Estado: o Ser e o Dever Ser Conceitual; 5 Do Paradigma Democrático; 6 Sugestão Conceitual de Estado Democrático; Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Ao longo das eras, as sociedades complexas organizadas veem se conceituando e se estruturando conforme as necessidades que expõem, na modernidade tais sociedade passaram a ser chamadas de Estados. Assim, para cada realidade social vivenciada, o Estado em análise desempenha uma função dominante que se destaca e que se apresenta como a veia estrutural das decisões dele, tornando-se, portanto, a finalidade precípua de sua existência e proteção.

A despeito da finalidade imediata conferida a essa instituição, o fim último da sociedade complexa, denominada de Estado, é a garantia do bem de seus integrantes. A cada sociedade, um paradigma distinto de bem, expressando-se como proteção das fronteiras, do

---

(\*) Doutoranda e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Processual Civil. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia-UFBA. Professora em Direito do Estado, com ênfase em Direito Constitucional e Administrativo. Procuradora Federal na PF/UFBA – Procuradoria Geral Federal/Advocacia Geral da União.

patrimônio, da integridade física de seus cidadãos, da integridade psicológica deles, da garantia da qualidade intrínseca de ser humano por meio da proteção e promoção da dignidade humana, dentre outros. Ora, tais finalidades eram concebidas em conjunto, ora, eram tomadas isoladamente.

Atualmente, considerando-se tal linha de expressão institucional, o Estado também apresenta um conceito que tem por fim o bem de seus cidadãos, talvez, na linha histórica evolutiva conhecida, é o conceito de Estado que mais se dedica às finalidades emocionais de seus cidadãos, englobando, de certo modo, todos os elementos dos conceitos anteriores.

A despeito disso, a atual concepção de Estado encontra-se em processo de questionamento, não só no que toca ao alcance da finalidade a que se dedica, mas, também, no que pertine ao meio pelo qual tal fim é concretizado, quando o é. O questionamento conceitual coloca em dúvida as estruturas institucionais postas, especialmente, no que respeitam ao real alcance do bem comum do povo representado.

A dúvida incutida nos destinatários das decisões de governo ocasiona um processo de descrença institucional, identificado por meio da reprovação social de medidas tomadas pelo Estado, muitas vezes, efetivadas sem fundamento real ou/e justificativa demonstrada, expondo a ausência de diálogo social e o sistema autoritário instituído. As decisões de governo, na maioria das vezes, representam imposição de decisões de interesse de grupos sociais, os quais se apropriam da estrutura instituída, buscando proteger seus próprios interesses.

Grande parte dessas decisões representam violações diretas da Constituição Federal vigente, as quais são formal e juridicamente justificadas em métodos de interpretação modulares que, na prática, representam bruscas alterações ou supressões do texto posto.

Assim, há necessidade de se reconceituar o Estado como passo inicial de um processo de despertar da autonomia e do espírito crítico da sociedade, de modo que, seus integrantes possam, como destinatários das decisões de governo, construí-las eles próprios.

Assim, entende-se pela necessidade de definição um conceito de Estado com base em paradigma do devido processo de realização das decisões, de modo que elas possam expressar, em maior medida, a vontade dos destinatários de seus efeitos, manifestada no mais alto grau de igualdade entre eles. E que tais decisões sejam tomadas com consciência social e responsabilidade quanto aos efeitos presentes e futuros delas.

## **2. DOS DIVERSOS CONCEITOS DE ESTADO**

ao longo dos séculos em que as doutrinas filosóficas, sociológicas e jurídicas se dedicaram ao estudo dos conceitos de Estado, observou-se a delimitação de seus diversos conteúdos por meio da eleição de elementos que estruturariam a finalidade do Estado, ou mesmo sua formação. Sempre com o elemento de poder presente, ora presente em um atributo, ora em outro, mas sempre destacando um elemento estruturante caracterizador de cada momento social vivenciado.

Assim, é possível observar, numa primeira perspectiva, a definição de Estado por eleição de conceitos historicistas e evolucionistas, dos quais, depreende-se que o Estado é uma forma de vida social decorrente da evolução dos povos, uma evolução natural e insuperável, para a qual sempre há uma sociedade pressuposta a ela.

Também é possível identificar definições que se deslocam da evolução natural e da ideia de sociedade pressuposta e dedicam atenção à autonomia do indivíduo para a formação do Estado, e de sua liberdade para estruturar as instituições que o representa.

Os elementos que são atribuídos ao esqueleto de Estado, são também, por vezes, os mesmos decorrentes da formação da própria sociedade, crescendo-se aquele capaz de diferenciar a instituição representante da simples sociedade, ou mesmo de caracterizar o Estado como uma sociedade especial complexa, com fins mutáveis e inacabados no tempo.

Numa perspectiva conceitual de Estado voltada à natureza sociável do homem, ou seja, com a intrínseca condição de homem

sociável, é possível observar a existência de elementos naturais no conceito de sociedade, que evolue para uma forma mais elaborada da natureza, a existência de vínculos contratuais no estabelecimento inicial e manutenção da relação social.

Assim, como a sociedade, o conceito embrionário de Estado expõe razões naturais e contratuais para a existência dele, ora decorrentes da natureza intrínseca que possui o indivíduo em viver integrado a uma sociedade, tornando insuperável o natural surgimento do Estado, ora, relacionados à condição do indivíduo de ser livre e de, nesse estado, poder dispor quanto ao interesse de viver ou não numa sociedade política tão complexa. (CARVALHO. 2015, p.43)

Dentre os clássicos conceitos de Estado que a filosofia jurídica apresenta, destaca-se aquele concebido por Aristóteles, para quem, “todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, seu princípio, assim como de toda associação, pois todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem”. (ARISTÓTELES. 1985, p. 10)

O autor afirma que a natureza de cada coisa é definida pelo fim que lhe é dado, sendo, portanto, a natureza do Estado dada pelo objetivo para o qual foi concebido e ao qual se dedica, de modo que, o melhor Estado será aquele que mais se aproxime do desígnio ao qual se propõe. (ARISTÓTELES. 1985, p.11)

Para Aristóteles, o Estado se dedica, não exclusivamente, mas precipuamente, à virtude de seus membros, de modo que, é função dele no alcance do alvo, por exemplo, a educação das mulheres e das crianças (1985, p. 27). Naquela sociedade objeto de sua descrição, aos homens são destinadas funções diversas das dadas às crianças e às mulheres, e dentre aqueles, somente aos virtuosos cabe a liderança, sendo cidadãos aqueles que participam de cargos públicos. (1985, p. 31-34)

Considerando que a coisa se define por sua finalidade, melhor ela será quanto mais se aproxime do fim proposto, ao passo em que, o Estado é tanto melhor quanto mais felizes forem seus integrantes, pois “para bem viver juntos é que se fez o Estado”. (ARISTÓTELES. 1985, p.35)



Ao conceitua felicidade e mantendo a lógica da virtuosidade dos cidadãos, o autor afirma que:

Não existe Estado feliz por si mesmo senão o que se constitui sobre as bases da honestidade. É possível encontrar algum cuja posição não permita nem guerrear, nem pensar em vencer. Sua felicidade não deixará de estar garantida, desde que ele use de civilidade e de leis virtuosas. Portanto, se devemos considerar honestos os exercícios militares, não é enquanto fim último, mas como estabelecidos para um fim melhor. (ARISTÓTELES, 1985, p.39)

Observa do conceito de Estado concebido por Aristóteles que o mesmo destaca o elemento finalidade como o de maior importância na sua identificação, sendo, portanto, o paradigma conceitual, na medida em que, melhor é o Estado que mais realize sua destinação, no caso, que alcance a felicidade dos cidadãos.

O elemento finalidade é identificado em muitos outros conceitos como a base estruturante do Estado, mas, nem sempre, com o destaque identitário decisivo concebido por Aristóteles. É o que se pode observar daquele formulado por Dalmo de Abreu Dallari, o qual é, há algumas décadas, utilizado nas universidades do Brasil.

Dallari, ao estruturar os elementos componentes do Estado, destaca o caráter jurídico do poder como qualificante principal do Estado contemporâneo. Para ele, o Estado possui finalidade, território, povo e poder, sendo esse adjetivado pela juridicidade que lhe é intrínseca. Nessa definição, o autor desconsidera elementos ultra e extrajurídicos, delimitando o Estado como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. (DALLARI. 2012, p. 122)

Observe-se que o Estado é a “ordem jurídica soberana”, ou seja, é o conjunto normativo superior e guia de todos os outros, ao passo em que, caso se altere tal conjunto, altera-se, igualmente, o próprio Estado posto. O poder mantenedor e regedor do Estado possui a qualidade jurídica, com função de constituir, manter e proteger a instituição posta por seus normativos vinculantes. Os elementos povo, território e finalidade estão em destaque secundário, sendo a legislação soberana o próprio Estado.

Trata-se de conceito de Estado de natureza contratual, considerando-se que aquelas normas dadas pelos indivíduos na oportunidade de constituição da sociedade política é que farão com que o Estado nasça e são o que garantirão a sobrevivência dele. O Estado nasce na mesma oportunidade que entra em vigor a legislação soberana, aquela que representa os anseios da sociedade política, que delimita o território, que define o seu povo e que apresenta os caracteres da finalidade, isso porque a finalidade é complexa, é política, mutável tal qual o interesse da sociedade representada.

É importante destacar que o conceito apresentado por Dalmo de Abreu Dallari foi por ele concebido em 1971, e que a teoria que o fundamenta é reiteradamente republicada, mantendo, contudo, a concepção original. Tal teoria integra a base dos estudos de Teoria Geral do Direito de grande parte dos cursos jurídicos, do Brasil. Contudo, é importante observar que tal teoria possui 40 anos, e, embora o tempo isoladamente não seja elemento hábil para se questionar uma estrutura teórica tão bem estruturada, nesse período, não só a sociedade brasileira, mas muitas outras sociedades estruturadas no mesmo paradigma, numa perspectiva geral, passaram por mudanças estruturais no que toca ao conceito do próprio indivíduo, o que gerou repercussões nas expectativas depositadas por eles nas estruturas formalmente instituídas, especialmente o Estado, implicando na necessidade de uma revisão do paradigma posto, não para excluir os elementos conceituais apresentados, contudo para se elevar outros à qualidade de parâmetro vertebral.

Seguindo na linha de investigação conceitual, Norberto Bobbio e Michelangelo Bovero apresentam trabalho de confronto entre as teorias jusnaturalistas e contratualistas de formação do Estado. Os autores entendem que o modelo jusnaturalista espelha o anseio de uma sociedade alicerçada no conceito moderno de liberdade (o que decorre da revisão moderna do paradigma de homem). Ao passo em que se reconhece a liberdade como atributo intrínseco à natureza humana, originária de seu nascimento, possibilita que o indivíduo, considerado em unidade ou grupo, possa reivindicar os direitos que lhe são inerentes, os direitos humanos, conferindo razão ao contrato

social como um mecanismo político novo viabilizador da garantia desses direitos, reconhecidamente naturais ao homem. (1996, p.163)

Citando Gramsci, Norberto Bobbio atribuí ao pensamento político moderno uma uniformidade de conteúdo, adjudicando à sociedade política a finalidade de salvar o homem, isso por intermédio da tão festejada racionalização dos instintos, paixões e interesses naturais do Homem. O Estado racional apresenta-se como uma evolução destinada a salvar o homem dele mesmo e da sociedade antiestatal. (BOBBIO. 1994, p.19-20).

Tal expressão social da liberdade regulada se assemelha ao que Dalmo de Abreu Dallari denomina de “expressões de conjunto ordenadas”, um dos elementos da sociedade política, e que também integra o conceito de Estado, vez que é uma sociedade política (2012, p. 55). Para o autor, as manifestações de conjunto somente serão legítimas se forem reiteradas, ordenadas e adequadas no uso de meios e recursos aptos ao alcance do “bem comum” definido pela sociedade (2012, p. 41-43).

Dallari destaca que o poder possui viés político e jurídico, devendo ser reconhecido como necessário, apresentando-se, a partir de então como legítimo. A externalização do poder se dá por meio de um processo de objetivação da vontade dos governados através da lei. Assim, o poder é despersonalizado com a objetivação, uma exigência da “aspiração racionalista”, o Estado atua por meios sutis de manutenção do poder, agindo com a foça (coação) apenas em casos extremos. (2012, p. 54)

Gramsci apresenta conceito de Estado destinado aos socialistas, segundo o qual, o Estado seria uma “a organização econômico-política da classe burguesa. O Estado é a classe burguesa na sua concreta força actual”. O autor, como sinal da contemporaneidade do pensamento, destaca o elemento econômico na formação do conceito de Estado, por meio de paradigma de estruturas de classe e de capacidade econômica (no caso, elementos reflexivos), para ele, o Estado estaria voltado à resolução de dissídios internos de classes, conferindo aos setores a unificação e a aparência de classe inteira e uniforme.

Por essa concepção, o governo é o prêmio da classe, sendo mais unida e forte aquela classe que tenha como governante o seu representante. (GRAMSCI. 1976, p. 229)

Observa-se que o conceito trazido por Gramsci enfraquece o elemento finalidade proposto por Aristóteles, Bobbio e Dallari, tratar-se-ia, para Gramsci, em verdade, de uma finalidade de estrutura, o fim perseguido institucionalmente não seria o da sociedade, mas daquela classe que tem o governo como seu representante, ou seja, o fim depende da parcela social, estrutura em classe, que mantém-se no comando do poder instituído.

Tal concepção de classe relaciona-se com o momento pós-moderno vivenciado.

Numa perspectiva voltada ao indivíduo, Boaventura de Sousa Santos afirma que a grande dificuldade das sociedades atuais é de conciliar as divergências dos interesses individuais com decisões estatais que possibilitem o alcance do bem comum (finalidade), preservando em tais decisões as diferenças e as individualidades. (2009, p. 24-25)

Soma-se à dificuldade em se preservar as individualidades na busca do bem comum a complexa relação de resultado no uso de teorias desenvolvidas pelo e para o Norte (países desenvolvidos e ex-colônias, destacadamente), aplicadas às realidades culturais distintas, especificamente da América pós-colonizada, o que resulta em indubitável fracasso.

O autor destaca que as sociedades pós-colonizadas desenvolveram necessidades e interesses próprios a serem perseguidos e preservados pelo Estado. Cada Estado pós colonizado possui sua própria sociedade com suas próprias e específicas necessidades, sendo impróprio defender-se a universalização de teorias sócio-políticas para realidades sociais distintas. Observa-se, atualmente, por meio da constatação de distintas necessidades sociais para cada sociedade política representada num Estado, a “geometria variável dos estados”, implicando na imperiosidade em se considerar as particularidades de cada Estado. (SANTOS. 2009, p. 27-28)

Para o autor, em cada Estado há uma sociedade, com anseios (bem comum-finalidade) resultantes das necessidades de cada uma delas, definidas pelo contexto sócio político em que se inserem. Entende-se que essa definição de finalidade não resulta de uma evolução histórica da sociedade pressuposta, acredita-se, inclusive, que se quer há uma efetiva evolução histórica, mas que existam vivências decorrentes de escolhas sociais, que nem sempre resultam de processo evolutivo.

Numa concepção mais hodierna, o Estado constitucional moderno, segundo Ricardo Maurício Freire Soares, expressa-se para além do Estado de Direito, destacando-se o elemento democrático de seu conceito, o qual, limita o Estado e legitima o seu próprio exercício político. Trata-se do Estado Constitucional de Direito, resultante de uma “conformação histórica”, a qual agregou-lhe os princípios da soberania nacional, da independência dos Poderes e da supremacia constitucional. (2010, p. 59)

O mesmo autor segue afirmando que “o programa da modernidade dissolveu-se num processo de racionalização da sociedade, que acabou por vincular a razão às exigências do poder político e à lógica específica do desenvolvimento capitalista.” Assim, o que os modernos elegeram como libertador do homem, o conhecimento científico da realidade natural e social, ficou submetido aos interesses do “poder vigente”. (SOARES. 2010, p. 63)

Ricardo Maurício Freire Soares propõe uma linha de interpretação humana nos planos artístico, literário e jurídico (hermenêutica), por meio de “formas alternativas, menos cientificistas e mais historicizadas, para as gerações vindouras apreenderem o direito como um entre os diversos outros componentes do fenômeno normativo-comportamental mais geral”. (2010, p. 76-77)

Entende-se que citado autor não desvincula o conceito de Estado e a forma dele proceder de uma interpretação e justificação histórica, de modo que, compreende o Estado como uma “conformação histórica” (o que conduz à ideia de sociedade pressuposta ao Estado), dela não podendo se afastar hermeneuticamente.

Ademais, a hermenêutica orientadora do Estado rege-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a qual é a finalidade do próprio Estado, pois, “uma sociedade que respeita os direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana pode ser considerada, senão uma sociedade justa, ao menos muito próxima do ideal de justiça”. (SOARES. 2010, p. 128)

Zygmunt Bauman compreende que cada Estado resulta de uma sociedade pressuposta. A sociedade seria o resultado de um amplo acordo (teoria contratualista) de respeito à aceitação, ao compartilhamento e à dignificação do próprio compartilhamento. O Estado apresentar-se-ia, nesse processo, como o portador do poder coativo, representando a expressão da sociedade e portando o poder de comando dela mesma, de modo que é posterior à sociedade pressuposta. Assim, o Estado se confunde com a própria sociedade, sendo que os demais elementos encontrados em outras teorias podem ou não estar presentes, o que os tornam indiferentes para a definição do paradigma ora estudado. (2008, p. 7-8)

A escolha do Estado por meio da sociedade decorre da necessidade de suprir o vazio gerado pela imortalidade humana, pois, ainda que o homem seja mortal, os desejos nutridos e angariados por ele continuarão a ser buscados através do Estado, que os elege como finalidade de modo objetivo, preservando-os, e, assim, preservando o próprio Homem. (BAUMAN. 2008, p. 57-58)

Por tal razão, o Estado passa a expressar elementos da natureza humana, buscando a expressão formal vitalícia do Homem, naturalmente mortal e efêmero.

Nesses atributos humanizados, conferidos ao Estado, é que se pode observar, por exemplo, a busca da finalidade que lhe é atribuída, qual seja, o alcance do bem comum.

A ideia de imortalidade experimenta pela sociedade por meio do Estado busca preencher a lacuna gerada pela angústia da efemeridade da vida. O Homem passa a experimentar a eternidade dentro de uma vida formal, o Estado e a manutenção da imortalidade dele são a própria razão de viver do Homem. Apesar da atuação individual de integrantes da sociedade, os anseios dela não são compartilhados

pelo Estado instituição, o acordo social de dignificação do homem não é respeitado pela instituição, e a busca pela transcendência transforma-se numa faceta da loucura. (BAUMAN. 2008, p. 59)

O que se observa é a discrepância entre os interesses perseguidos pela sociedade integrante do Estado e aqueles defendidos pela instituição como se fossem o bem comum do povo que representa.

O que se tem nas sociedades atuais (diante da discrepância de interesses perseguidos por ela e pelo Estado) é a atribuição da qualidade de indivíduo por decreto (indivíduo de direito) ao integrante da sociedade representada, na medida em que o Estado os decreta como indivíduos, contudo, tal ato não é capaz de atribuir a condição de indivíduo de fato aos mesmos destinatários. Isso porque, o título dado por decreto não se faz acompanhar da qualidade de cidadão, elemento a ser construído no processo de formação indivíduo-sociedade-estado, o que não se verifica já que a condição de cidadão não é construída ao lado da sociedade, mas, concebida formalmente, de modo que, os indivíduos deixam de debater questões sociais e públicas para buscar interesses individuais, muitas vezes, contrários aos interesses sociais. (BAUMAN. 2008, p.140-141)

Para Bauman, com a não reflexibilidade da sociedade no Estado, e a não mais identificação desse como extensão imortal da existência do indivíduo, o homem da sociedade moderna do século XXI não mais possuirá limites, além daqueles dados por si mesmos. (2008, p.135)

Todo esse contexto conduz ao momento vivenciado, em alguns Estados, de desregulamentação, o qual expressa uma investida social contra a individualidade, vez que a norma não mais expressa a vontade social, dependendo de complementação intelectual, conferida, naquela oportunidade, pelo juiz. (BAUMAN. 1998, p. 9)

Referido processo de reinvenção social e do Estado repercute no questionamento do próprio Estado, seu paradigma, suas estruturas basilares.

O que se pode observar é o reconhecimento dos estudiosos acerca da necessidade de se rever o conceito de Estado, o que se passa a analisar no tópico seguinte.

### **3. DA NECESSIDADE DE RELEITURA CONCEITUAL DE ESTADO DEMOCRÁTICO**

Como exposto no tópico anterior, atualmente, verifica-se uma crise na identificação social e individual com o Estado instituição posto, o que faz despertar a produção científica jurídica e filosófica-social para os estudos de redefinição dos paradigmas informadores da estrutura basilar do conceito de Estado.

Destaque-se que o conceito de uma coisa não é apenas a forma que ela é identificada, mas, em sua extensão, é o norte a partir do qual se orientam as posturas sociais e individuais em relação ao objeto que ela expõe. É o instrumento primeiro informador de todos aqueles que se apropriam dele (todas as instituições de um Estado, inclusive sociedade e indivíduos), tornando a identidade de seu conceito com a realidade inafastável.

Nesse sentido, na busca da revisitação e reconceituação de Estado, Cornélios Castoriadis defende a ruptura histórica como meio hábil de se questionar as instituições hodiernas. Para ele, por meio desse rompimento, os indivíduos devem ser capazes de pesquisar livremente, sem qualquer barreira aos questionamentos, aos falseamentos porventura existentes; inclusive, as representações da tribo e a existência de justiça devem ser falseadas. (2004, p. 156-157 e 159)

O “fazer social” seria o meio capaz de autotransformação da sociedade, isso porque a lógica-ontológica-identitária é, para Castoriadis, incoerente e não corresponde às verdades necessárias. Sendo imprescindível a definição de um novo modo de instituir-se. (1992, p. 417-418)

O rompimento com a história, a investigação livre e a redefinição desse novo modo de instituir-se não ocorrem de qualquer maneira, mas dependem de refinado processo de formação da educação crítica individual e social, capaz de conduzir o homem e a sociedade a um caminho de autonomia. O indivíduo deve ser, ele mesmo, a origem de seus atos, compreendendo-os e responsabilizando-se pelas consequências deles advindas. (CASTORIADIS. 2007, p. 224)



Na mesma linha, Karl Popper afirma que todo fato do mundo real deve ser falseado, questionado, destacadamente, quando tal fato serve de premissa a uma teoria. A sociedade deve ser aberta, de modo a não concluir definitivamente nem mesmo quanto a si própria, especialmente, porque os paradigmas iniciais do processo de identificação são mutáveis, também o são os resultados. (1974, p. 34)

A impermeabilidade de teorias e conceitos ao falseamento conduz à criação de dogmas, incompatíveis com uma sociedade na qual as próprias premissas de validação das teorias podem ser alteradas, permitindo o falseamento e afastamento. (POPPER. 1974, p. 39)

Para Rosemiro Pereira Leal, o atual estudo jurídico não se orienta pela criticidade, mas pela reiterada repetição de teorias tidas como verdadeiras, as quais são protegidas de qualquer possibilidade de questionamento, configurando-se como dogmas. O Direito se orientaria pela “fé coletiva” reiterada por inúmeros pensadores, que reproduzem os dogmas, as teorias anticientíficas. O autor exemplifica tal “fé coletiva” no que ele denomina de simulacro do poder, consistente na afirmação reiterada de que o poder emana do povo, teoria construída com base em fatos históricos contados acriticamente e jamais falseados. (LEAL. 2010, p. 44-45)

Quando o Estado se constitui em instituição com proposta divergente da realidade, gera descrença social, pois a base teórica orientadora de todo um povo é falsa, e o resultado da orientação social e individual por meio de uma falácia repercute na não identidade do povo que se diz representar com a instituição que alega representá-lo.

Se a instituição Estado é questionada em seu alicerce, ainda que cientificamente reafirmado por meio de repetições acríticas, é porque os indivíduos não refletidos na sociedade instituída por teoria, e a própria sociedade, não se sentem representados institucionalmente. Tal situação conduz à descrença institucional, à negação social, tornando os indivíduos progressivamente mais distantes dos interesses públicos, pois já não os reconhece, e conduzindo-os para a busca de interesses particulares de modo irrepreensível.

A própria legitimidade da instituição Estado é posta em descrença, a reafirmação de teorias desconexas com a realidade já não é capaz de gerar o sentimento de pertencimento social nos indivíduos.

Sendo o Estado afrontado em sua legitimidade de atuação e existência, o Direito por ele posto também o será, pois institui e protege uma realidade ilegítima.

Somente será democrático, e, portanto, legítimo, o Estado que garantir a formação da vontade por ele expressa e protegida através do contraditório, ampla defesa e isonomia. (LEAL. 2010, p. 56)

Falar em contraditório implica, necessariamente, na defesa da autonomia social, ou seja, só pode haver contraditório onde houver, igualmente, informação e tradição de criticidade, de modo que a sociedade possa escolher seus caminhos e se responsabilizar por eles.

A isonomia, para Rosemiro Pereira Leal, inclui a isotopia, isomenia e isocrítica, que conduzem a interpretação. Por tal definição, tem-se o estabelecimento de um pacto signífico dos significados e conteúdos estruturantes do Estado por meio de bases biunívocas, quais sejam: vida-contraditório, liberdade ampla defesa, isonomia-igualdade/cidadania. (2013, p. 10)

A ampla defesa trata da possibilidade de, a qualquer tempo, ser revista uma decisão que não mais reflita o interesse social, pelos próprios interessados, tendo em vista a flagrante mutabilidade das situações de fato que balizam as decisões. A ampla defesa inclui a ampla argumentação e o amplo conhecimento, tal qual o devido processo preceitua. (LEAL. 2013, p. 195)

Todo o exposto demonstra a não identidade entre o dever ser proposto institucionalmente pelo Estado e o ser efetivamente verificado pelos destinatários da decisão, observa-se o descompasso nas teorias de poder reiteradamente repetidas e reafirmadas quando se analisa a realidade na qual o poder não é de domínio do povo, ao revés, nem mesmo a informação pura, não manipulada, é de acesso ao povo. Um povo desinformado é escravo de sua própria ignorância, e a informação de qualidade desinteressa aos condutores do Estado instituição, pois, ao contrário do que desejavam os racionalistas, o

Estado não é uma criação objetiva, mas um instrumento que guarda os interesses daqueles que estão no controle das forças de coação e de coerção, especialmente a econômica.

Assim, se o dever ser conceitual e o ser real não coincidem, faz-se necessária a revisão do ser conceitual para se alcançar uma definição útil e coerente com a vivência social.

#### **4. ESTADO: O SER E O DEVER SER CONCEITUAL**

O dever ser conceitual, abordado brevemente nesse trabalho, demonstra as diversas teorias acerca de Estado que permeiam os estudos jurídicos atuais, no Brasil.

As mais distintas teorias corroboram conceitos voltados à agregação de elementos que estruturam as mais diversas formas de Estado, dedicando maior relevo a um ou mais atributos, conforme o direcionamento que é dado ao poder.

Cada conceito traz em si um arcabouço para o ser a que se dedica, ou seja, uma diretriz a partir da qual o Estado se organiza e se rege, bem como, a finalidade orientadora das decisões institucionais, políticas e jurídicas.

Observou-se, dos conceitos abordados, certa conformidade no que toca à finalidade atribuída à instituição Estado por cada um deles, na medida em que apresentam nortes orientadores voltados ao homem, seja por meio da busca da felicidade, da dignidade do homem, da manutenção da existência imortal ou da busca do bem comum de seu próprio povo.

Todos os horizontes orientadores e justificadores da instituição Estado conformam na busca do bem comum (ainda que se questione ou se relativize o conceito do que seja bem e do que seja comum), ao passo em que, a finalidade é o direcionamento institucional aos destinatários daquilo que é instituído como bem.

O que se propõe agora é a verificação do alcance do bem comum eleito pelo Estado, o qual, inclusive, é mutável a depender da sociedade a que se destina.

Não se estar a defender uma teoria realista, pois, compartilha-se do entendimento exposto por Gianni Vattimo, segundo o qual, o grande paradoxo dos realistas é a ausência de realismo, expressa na impossibilidade de tradução da experiência intencionada, principalmente por considerarem pouco realista a existência de uma experiência verdadeira. (2001, p. 18-20)

O que se propõe é a verificação de bem-estar da sociedade, seja pressuposta ou posposta ao Estado instituição.

Inicialmente, para que se investigue alegado bem-estar, é necessário observar se a sociedade que o Estado formalmente representa efetivamente se manifesta, e se as manifestações dela são materialmente consideradas e conformadas pela instituição posta.

Trata-se aqui da análise da democracia. Buscar-se-á identificar, de forma breve, se há real democracia na sociedade atual, precipua-mente, na sociedade brasileira. Mais, quais seriam os contornos dessa efetiva democracia, quais os elementos suficientes para que se conclua por sua presença.

Carlo Galli afirma que as contradições da democracia moderna estão, de certo modo, relacionadas à política moderna, que apresenta em si uma transcrição ideológica formalista, afirmando em voz única o poder revestido em determinações políticas, econômicas e grupais. (2013, p. 41)

O autor segue afirmando que tais contradições são decorrentes, em parte, da imersão do Estado, do povo e do indivíduo no desenvolvimento do capitalismo, que ocasionam, no transcurso da modernidade, a gradativa transferência da iniciativa e da capacidade política da sede pública para poderes econômicos e biopolíticos pouco transparentes. (GALLI. 2013, p. 41)

Para Carlo Galli, ao povo e conferida a origem do poder, estando “presente” no modelo de sistema representativo de poder. A democracia, por tal sistema, transforma-se numa abstração, ao passo em que, a vontade soberana do povo se esgota na escolha dos representantes, que atuam de modo universal, realizando a lei. (2013, p. 42)

O autor não desconsidera a importância dos partidos políticos na dialética social, bem como no exercício da periodicidade do poder, o que, embora se considere importante, não é objeto direto dessa análise. (2013, p. 42)

Ao buscar a finalidade do Estado, volta-se ao estudo do indivíduo moderno, o qual deseja ser o centro, a origem e a finalidade da política, contudo, encontra-se orientado por uma duplicidade de ideais, na medida em que, insere-se no modelo capitalista de produção e, ao mesmo tempo, integra o Estado. A contradição não se encerra nessa dualidade, pois, no norte capitalista, ela se divide entre o sujeito produtor e o sujeito trabalhador, o que possui origem histórica evolutiva, donde se originaram os empreendimentos econômicos e sociais. Conclui o autor que:

Desde esta perspectiva, tiene sentido afirmar que el sujeto moderno encuentra su dignidad en el humanismo no inmediato, por cierto: el trabajo constituye una alienación, pero a través de los derechos puede representar también socialización, civilización. La democracia moderna constituye la marcha conjunta de la ciudadanía política y de la participación (por más conflictiva que sea) em el ciclo productivo. (GALLI, 2013, P. 43)<sup>1</sup>

Já o segundo ponto do duplo ideal orientado, ou seja, a situação do homem incluído no Estado, deve ser tomado a partir do verdadeiro protagonista político, a instituição Estado.

Por essa perspectiva, o Estado deseja o indivíduo, mas até a condição dele de cidadão, totalmente integrado à instituição. É o sujeito moderno, racional, crítico, informado, que compreende e aceita a complexa relação com o Estado, as capacidades, fragilidades e limites do cidadão. Projetando no Estado seus direitos. (GALLI. 2013, p. 43-44)

---

1. Tradução livre: A partir dessa perspectiva, faz sentido afirmar que o sujeito moderno encontra sua dignidade no humanismo não imediato, por certo: o trabalho constitui uma forma de alienação, mas, através dos direitos, pode representar também socialização, civilização. A democracia moderna constitui a marcha conjunta da cidadania política e da participação (por mais conflituoso que seja) no ciclo produtivo.

A concepção trazida por Galli, de projeção dos direitos do indivíduo no próprio Estado, assemelha-se ao desejo de transcendência do homem depositado no Estado, concebido por Bauman. Tanto em uma situação, como em outra, o resultado de anseios depositados em instituições externas ao indivíduo é o fracasso.

Para Galli, o problema da modernidade se encontra na própria estrutura de Estado concebida:

[...] Con la técnica se pone en evidencia que la verdad de la modernidad no es tanto el liberalismo o la democracia, el capitalismo o el comunismo, el sujeto o el Estado, sino que es su transfondo común: la instrumentalidade de la razón política moderna, su artificialidade. Una instrumentalidade que se quiere al servicio del sujeto y que, en cambio fatalmente lo somete, e impide el cumplimiento de la finalidad humanística de la política moderna. (2013, p. 51)

Hodiernamente, observa-se um desalinhamento entre os objetivos dos Estados, mercados, nações e partidos. Uma vez que, cada um deles se volta às suas próprias finalidades e interesses, que divergem entre si. O capitalismo em suas buscas exige independência do Direito instituído e condena as medidas sociais do Estado. Nesse contexto, as relações de trabalho se tornam, gradativamente, mais questões privadas que públicas, afastando o Estado da proteção do trabalhador (situação assemelhada recentemente foi verificado no Brasil com a reforma da legislação trabalhista). Para o autor, o trabalho construído sob tais bases não cria vínculos sociais, nem solidariedade ou consciência de classe, em nada colaborando para a formação da identidade do indivíduo. (GALLI. 2013, p. 60-61)

O desafio da democracia não se encontra nas massas, mas sim na apatia delas, nas individualidades que não expressam, na ausência de homogeneidade, tanto no âmbito social, quanto no cultural. (GALLI. 2013, p. 62)

Nesse contexto, Boaventura de Sousa Santos afirma que o grande desafio dos países do sul global é conciliar o dualismo paradoxal de preservar as individualidades garantindo a igualdade por meio da implementação de medidas cada vez mais urgentes e imediatas. (SANTOS. 2009, p. 24-25)

É importante que se aponte a situação de medo que é cultuada institucionalmente como forma de manipulação social. É o que Giorgio Agamben denomina de estado de exceção, situação na qual os indivíduos se estruturam em suas vidas e são controlados pelo medo, em razão da escassez declarada, cultuada sob os argumentos de crise. O culto de tais sentimentos são instrumentos institucionais de manipulação social que instituem uma situação de medo que tudo aceita, ainda que seja a subjugação cada vez mais extrema do próprio povo, titular do poder, afastando-o do ideal conceitual de garantia da dignidade humana. (2004, p. 12)

Por tais motivos é que se defende a necessidade de redefinição do conceito de Estado por meio de um paradigma que contenha a possibilidade de os destinatários das decisões sociais realizá-las, de forma crítica e autônoma, responsabilizando-se pelos resultados dela decorrentes. É o que se passa a tratar no ponto seguinte.

## **5. DO PARADIGMA DEMOCRÁTICO**

Defende-se a reconceitualização de Estado para a adoção de um paradigma que viabilize a tomada de decisões por meio dos reais destinatários dela. Isso porque, o sistema democrático estabelecido por meio da simples eleição de representantes não é suficiente para a expressão de um povo, tendo em vista que grande parte da sociedade brasileira não possui autonomia para escolha de representantes, e, quando possui algum traço de independência arbitral, não lhe são ofertadas opções que efetivamente representem os interesses dos mais diversos grupos de expressão que compõe o Estado.

A ausência de autonomia é agravada pelo alheamento político decorrente da falta de educação social e da existência de meios de imprensa descomprometidos com a verdade, o que se agrava com a inexistência de punição eficaz para publicação de notícias falsas e tendenciosas.

Raul Gustavo Ferreyra, em concordância com o exposto, afirma que a concepção de democracia baseada na regra de procedimentos universais capazes de expressar a vontade da maioria, respeitada a

minoria, não se realiza, pois considera que a “participação” obrigatória do povo, expressa nos textos constitucionais é uma frágil medida, consubstanciando-se como uma verdadeira metáfora. (FERREYRA. 2003, p. 69)

O autor segue explica que o grande problema do sistema representativo são a liquidez e fragilidade das regras parlamentares, no que toca à confecção da legislação e ao controle dela. Somado a esse fato, tem-se a crise de legitimidade da representação política, dada na baixa qualificação que o eleitor aprecia naquele que se oferece para representa-lo. De modo que, a ficção da representação popular, base do sistema democrático, não funciona, levando à corrosão de todo sistema. (FERREYRA. 2003, p. 70-71)

Se o sistema representativo por si só não é capaz de viabilizar a democracia, ela deve ser buscada em outros meios. Entende-se que o caminho de fortalecimento da democracia se dá através da real viabilização da manifestação popular crítica e informada, capaz de conduzir a decisões reais de Estado.

Peter Härbele entende que qualquer indivíduo que venha a sofrer reflexos da decisão social deve participar da formação dessa decisão. Trata-se da teoria de sociedade aberta de interpretes da Constituição. (2002, p. 19)

A linha aqui adotada, embora não negue o exposto por Peter Härbele, aproxima-se mais da teoria da sociedade aberta proposta por Karl Popper, pois considera que toda decisão social é provisória, considerando a mutabilidade dos fatos em que ela se baseia e dos conhecimentos iniciais, muitas vezes adquiridos pela dedução da realidade social. (1974, p. 34)

Assim, o método é o da experimentação de respostas, a sociedade é aberta ao passo em que não há uma decisão definitiva, mas tantas quantas se tornem sustentáveis e até serem qualitativamente refutadas e afastadas, se for o caso. (POPPER. 2004, p.16)

Trata-se de um processo de escolha de decisões fundado no devido processo legal, na medida em que toda a sociedade, destinatária



da decisão, tenha condições de argumentar e contra-argumentar até que se alcance uma solução resistente, não por meio de consenso, mas por meio da confrontação de teorias, mantendo-se aquela mais resistente, aquela que criticamente não pôde ser afastada.

Frise-se que a escolha da melhor decisão não implica em consenso social, não se imagina que num espaço de tantas e tão distintas personalidades comunitárias e individuais seja capaz de se alcançar o consenso.

A aceitação temporária da decisão resistente às refutações depende de um processo de autoconhecimento social e total conhecimento do processo decisório, ao passo em que a decisão resistente é aquela que suporta todas as contrargumentações. Independente do grupo social do qual ela tenha partido, se for o caso, o resultado deve ser para toda a sociedade, por isso toda ela participa.

Inclusive, o processo e o procedimento por meio do qual os argumentos são expostos devem ser objeto de decisão da sociedade.

O processo de escolha da melhor decisão seria aquele sugerido por Rosemiro Pereira Leal, segundo o qual:

A principiologia do processo na teoria neoinstitucionalista exige o pressuposto jurídico-discursivo-autocrítico. De exercício continuado de autocrítica e de fiscalidade incessante pelos sujeitos de direito (legitimados ao processo- Povo) sob os fundamentos do sistema jurídico adotados como destinatários, autores e co-autores, da construção (efetivação) de uma sociedade política a partir do recinto (âmbito teórico conjectural) de uma linguisticidade (texto) processualmente constitucionalizada. [...] (2013, p. 51)

Por essa perspectiva, a sociedade deve se responsabilizar pelas decisões por ela tomadas. Por isso é necessária a reconceituação do Estado por paradigma democrático, de modo que, o povo desenvolva a consciência de que as decisões dele são as decisões do Estado, que a instituição é efetivamente mantenedora dos interesses sociais, pois as escolhas são da sociedade.

Assim, é possível afastar determinada decisão anteriormente tomada pelos próprios autores/destinatários da decisão, e não por

meio de imposição de decisões arbitrárias e contrárias a todo e qualquer argumento qualitativo, mas que expressa apenas o interesse de determinado grupo, tanto nas decisões predominantemente jurídicas quanto nas políticas.

Essa relação processual democrática fortalece o sentimento de pertencimento do indivíduo à sociedade estatal que integra e que ele cogere. Aquele sentimento relacionado à formação do indivíduo “sujeito fragmentado”, que se estabelece por meio de uma “celebração móvel”: formada e transformada continuamente em relação às formas pelas quais somos representados ou interpelados nos sistemas culturais que nos rodeiam”. (HALL. 2005, p. 12-13)

Destaque-se que o processo de formação de identidade, essencial para a composição de uma sociedade autônoma, dá-se, segundo Taylor, por meio de uma autodefinição individual somada ao reconhecimento pelo grupo a que o indivíduo dedica pertencimento. Tal reconhecimento social, uma vez se realizando de forma incorreta ou negativa, gera danos ao indivíduo e ao próprio grupo a que ele se entende pertencente. (1994, p. 45)

Referida situação pode ser verificada no Brasil atual, quando o Estado está sendo fraudado de todas as formas pelo poder político, a despeito disso, o indivíduo imagina-se pertencente a uma sociedade incapaz de alterar a situação institucional vivida, destinando a “heróis” externos a ele a capacidade de condenar os corruptos que governam o país em todos os Poderes de expressão da soberania.

A reconceituação do Estado é, portanto, uma necessidade de sobrevivência social, destinada à redefinição individual e da própria sociedade, tão maculada em sua história de ex-colônia escravagista e indígena. (BERGMANN. 1978)

## **6. SUGESTÃO CONCEITUAL DE ESTADO DEMOCRÁTICO**

Para a implementação de um sistema no qual a sociedade se reestruture e tome para si o que é de sua responsabilidade é imperioso que medidas sejam realizadas no sentido de desenvolver o senso crítico dos indivíduos, criando o que Karl Popper denomina de “tradição crítica”. (2004, p. 12)

Nenhuma tradição se desenvolve sem o interesse e o esforço dos envolvidos no processo. O nascimento de uma tradição crítica depende, inicialmente, do investimento maciço na educação de qualidade, na produção científica afastada de mitos e da reiterada repetição de dogmas insustentáveis socialmente.

O que se defende aqui, longe de ser uma utopia, pode ser uma realidade, iniciada de pontos pequenos, mas fortalecida pela sociedade que a escolher como caminho. O instrumento é, sem dúvida, a rede mundial de comunicação virtual (internet), por meio do estímulo de real leitura, informação e debates qualitativos.

Da mesma forma que a rede mundial de computadores pode ser utilizada como instrumento de cibernética social, também o pode como instrumento de revolução cultural e formação identitária, de empoderamento de um povo que se subjugava por ser controlado pela ignorância.

Uma sociedade complexa, como a política, pode se reinventar, desde que esse seja esse o objetivo a que ela se dispõe.

Por essa razão é que o Estado que estrutura tal sociedade deve ser reconceituado por um paradigma no qual a ação seja democrática e não só o poder seja do povo.

A sugestão aqui apresentada e por um conceito de Estado que se norteie em suas ações, todas elas, por meio do devido processo legal de base neoinstitucionalista, garantida a máxima igualdade entre todos, de modo que, a cada indivíduo, isolado ou manifestando-se por grupo de pertencimento, seja dada a oportunidade de contribuir e efetivamente construir, por meio de argumentos postos a crítica e eventual refutamento, seu próprio destino.

A base desse Estado é a igualdade real na construção das decisões de governo, pois nenhum sentimento de pertencimento pode ser desenvolvido por um indivíduo em relação a um Estado instituição que o desconsidera em suas decisões e anseios, impondo-lhe arbitrariamente decisões desconexas com a realidade e afastadas do interesse social.

Reconhece-se a dificuldade crucial na implementação de uma democracia de contornos alheios ao controle de grupos sociais determinados, tanto que aparenta ser uma utopia, mas ao mesmo tempo, acredita-se que o indivíduo se move orientado por ideais, buscando torná-los realidade, afinal, o Estado aqui defendido representa uma possibilidade social e jurídica fundamentada, e que encontra eco na sociedade brasileira atual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN. Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BAUMAN. Zygmunt. **A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas**. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.
- \_\_\_\_\_. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Maura Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.
- BOBBIO, Norberto. **O conceito de sociedade civil**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3ª. reimp. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1994.
- \_\_\_\_\_; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 4ª. ed. 1ª reimp. São Paulo: Editora Brasiliense, 1996.
- CARVALHO. Carlhane de Oliveira. **O Supremo Tribunal Federal e a falácia democrática: proposta de composição e processo**. Salvador: Editora Dois de Julho, 2015.
- CASTORIADIS. Cornélius. **A instituição imaginária da sociedade**. Trad. Guy Reynaldi. 3ed. Coleção Ramos da Cultura Moderna. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Figuras do pensável: as encruzilhadas do labirinto**. Vol. VI. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Sujeito e verdade no mundo social-histórico. Seminários 1986-1987: a criação humana**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- DALLARI. Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 31ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERREYRA. Raul Gustavo. **La Constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa**. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.
- GALLI. Carlo. **El malestar de la democracia**. Trad. Maria Julia De Ruschi. 1ª ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013.

- GRAMSCI. Antonio. **Escritos Políticos**. Vol. 1. Coleção Universidade Livre. Trad. Manuel Simões. Lisboa: Seara Nova, 1976.
- HALL. Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 10ª ed. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2005.
- HÄRBELE. Peter. Hermenêutica Constitucional. **A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Trad. Gilmar Freire Mendes. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.
- LEAL. Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Coleção Álvaro Ricardo de Souza Cruz. VII vol. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.
- POPPER, Karl Raimund. **Lógica da pesquisa científica**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1974.
- \_\_\_\_\_. **A Lógica das Ciências Sociais**. 3ª ed. Trad. Estevão de Rezende Martins. Ap. Cláudio Muniz Acquarone Filho; Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.
- SANTOS. Boaventura de Souza. **Pensar el Estado y la sociedad: desafios actuales**. 1ª. ed. Buenos Aires: Waldhuter Editores, 2009.
- SOARES. Ricardo Maurício. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Pieget, 1994.
- VATTIMO, Gianni. **A tentação do Realismo**. Conferências Italianas. Trad. Reginaldo Di Piero. Rio de Janeiro: Lacerda Editora, Instituto Italiano di Cultura, 2001.



## Capítulo IV

# A expansão da jurisdição constitucional e o transconstitucionalismo: a possibilidade de diálogo entre sistemas jurídicos para a implementação dos direitos fundamentais

*Dejair dos Anjos Santana Júnior\**

*Ricardo Maurício Freire Soares\*\**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Evolução do constitucionalismo; 2.1 Do constitucionalismo liberal ao constitucionalismo social. A modernidade e as suas consequências; 2.2 O advento do direito pós-moderno e o neoconstitucionalismo; 2.3. A expansão da jurisdição constitucional como consequência do neoconstitucionalismo; 3 Efetividade das normas constitucionais no direito pós-moderno; 4 A Sociedade Multicêntrica e o Transconstitucionalismo: aspectos de uma nova dogmática da interpretação constitucional; 5 A implementação dos direitos fundamentais pelo mecanismo do transconstitucionalismo e a atuação do Supremo Tribunal Federal; 6 Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A discussão sobre a implementação dos direitos fundamentais sempre esteve presente no contexto jurídico. Em uma realidade

---

(\*) Professor e coordenador do curso de Direito da Faculdade Ruy Barbosa. Perito Poliscoposta. Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho.

(\*\*) Pós-Doutor e Doutor em Direito pela Università del Salento. Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Professor da Faculdade Baiana de Direito. Sócio do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

carente de políticos probos e honestos, em um contexto de desfalecimento social, clama-se pela implementação dos direitos que são mais caros a uma sociedade.

Este *paper* tem o objetivo de analisar a evolução dos modelos constitucionais como forma de efetivação dos direitos fundamentais. Demonstrar-se-á os antecedentes que levaram às sucessivas transformações dos Estados, determinando a necessidade de um novo modelo constitucional, migrando-se de um Estado Liberal de Direito para um Estado Constitucional de Direito.

Indissocialmente, analisar-se-á a desenvolvimento do pensamento jurídico, discutindo-se de que forma as alterações/evoluções do direito natural e o direito positivo tem auxiliado na efetivação dos direitos.

Por fim, discutir-se-á os novos anseios da sociedade pós-moderna e de que forma a complexidade das relações sociais têm clamado por uma interpretação constitucional em que haja um diálogo entre os diversos sistemas jurídicos. O Transconstitucionalismo surge como opção para conversação entre as ordens constitucionais. E, por isso, avaliar-se-á a postura do Supremo Tribunal Federal neste novo sistema.

## 2. EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

Inegavelmente, as questões mais atuais e relacionadas, por exemplo, à interpretação e à aplicabilidade das normas constitucionais não podem ser bem compreendidas se não forem enunciados os principais fatos históricos responsáveis pela transformação dos Estados e, logicamente, dos modelos normativo-constitucionais que sustentaram tais ordenamentos.

Pode-se afirmar, inicialmente, com espeque na lição do professor Dirley da Cunha Júnior<sup>1</sup>, que o constitucionalismo foi um movimento político-constitucional que pregava a necessidade de elaboração de

---

1. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 23.



Constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime de liberdades públicas.

Luís Roberto Barroso<sup>2</sup> ensina que o discurso do Estado atravessou ao longo do século XX três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neo-liberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto –, condescendente com os ricos e rigorosa com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.

## **2.1. Do constitucionalismo liberal ao constitucionalismo social. A modernidade e as suas conseqüências**

A formação dos Estados Nacionais, no fim da Idade Média, possibilitou a centralização do poder em uma única pessoa: o monarca. Detentor de poder absoluto, detinha ele a prerrogativa de intervir em qualquer setor da sociedade, fosse ela econômica, social ou política.

A teoria filosófica do Absolutismo era baseada no direito divino dos reis. Estes detinham poder ilimitado outorgado por Deus e eram tidos como os legítimos representantes Dele na terra. Partindo dessa premissa, surgiu o que se convencionou chamar de “direito natural”, o qual deu início à escola do *jusnaturalismo*. Para a referida escola, existia um sistema de normas “superiores” às normas estatais, devendo estas estar em conformidade com aquelas.

De acordo com Barroso<sup>3</sup>, o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões: a) uma lei estabelecida pela vontade

---

2. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001, p. 07.

3. *Ibid.*, p. 20

de Deus; b) a lei ditada pela razão. Influenciada pela ideologia teológica conseqüente da Idade Média, a versão de que o direito natural decorre da vontade de Deus teve maior força no Absolutismo.

Com o movimento iluminista, os filósofos da luz passaram a criticar a fé e o dogma religioso através da razão. As ciências físicas e sociais passaram a ser compreendidas à luz do conhecimento científico, havendo uma grande evolução das ciências. Consolidou-se, assim, juntamente com o iluminismo, a *modernidade*, movimento para o qual a ordem, o indivíduo, a soberania e o Estado devem estar em primeiro lugar.

Barroso<sup>4</sup> explica que nesse momento o iluminismo se associa ao jusnaturalismo (na sua segunda versão), o que deu substrato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a mitigação do poder do Estado. É justamente nesse momento que a burguesia articula sua chegada ao poder.

A mitigação do poder estatal se deu, principalmente, com a normatização, a *positivação* dos direitos naturais em leis escritas – o que chamamos de positivismo jurídico. Para Manoel Jorge da Silva e Neto<sup>5</sup>, a gênese do constitucionalismo clássico está atrelada ao irrefreável ímpeto quanto à positivação de direitos e garantias aptos à salvaguarda dos indivíduos quanto à intromissão ou arbítrio praticados pelo Estado. Não se poderá compreender a noção de constitucionalismo daquela época se não se atentar para o autêntico motivo conducente à inclusão das liberdades públicas nos textos constitucionais: a preservação da liberdade individual.

Sobrevém que, antes, a expressão da razão era o monarca, transmissor da vontade de Deus; nos Estados modernos, a expressão da razão é materializada com o advento da lei. Desta forma, percebe-se que, enquanto os medievais sacralizavam rituais de vida e cometiam

---

4. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001, p. 21.

5. SILVA NETO. Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 43.

barbaridades em nome de Deus, o homem moderno descobre um “novo Deus”, a quem devota igualmente a mesma dedicação febril e cega: o progresso.

Barroso<sup>6</sup> explica que, com o positivismo jurídico, o sistema legal passa a ser considerado completo e auto-suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, analogia, princípios gerais. Separado da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade.

No século XX, a maior expressão do pensamento normativo-positivista surgiu com Hans Kelsen, o qual, na pretensão de fazer uma “ciência” jurídica, eliminou a moral e os valores do Direito, passando a ciência do direito a ser pautada exclusivamente em fatos. Daí o célebre brocardo “dai-me os fatos que lhe darei o direito”.

Desta forma, as conseqüências do direito moderno não foram o esperado. A realidade não coadunava com a principal expressão da Revolução Francesa, marco histórico do iluminismo: “Igualdade, Liberdade e Fraternidade”.

A pretensa “igualdade” era meramente formal, cada vez mais as pessoas eram *desiguais*. O avanço da economia com o modelo liberal apenas fez aprofundar as desigualdades sociais, criando um verdadeiro abismo na sociedade. Por ser apenas um garantidor das liberdades individuais, da propriedade e da segurança, a não-intervenção do Estado na esfera econômica e social fez com que os trabalhadores fossem cada vez mais explorados.

Aliando tal fato com o fim da Primeira Guerra Mundial, a situação começa a mudar. Começam a eclodir movimentos sociais contra a opressão dos empregadores, brigas por melhores salários e por melhores condições. Mais do que isso, inicia a pressão para que o Estado volte a intervir na sociedade, não apenas regulando, mas proporcionando direitos previstos nas suas Constituições.

---

6. *Ibid.*, p. 13-14.

Para o professor Dirley da Cunha Júnior<sup>7</sup>, com a derrocada do Estado liberal, surgiu um novo constitucionalismo com reflexo direto no modelo estatal. O Estado muda de configuração, assumindo renovados papéis e múltiplas funções. Advém o Estado social, ou, como preferem alguns denominá-lo, o Estado do Bem-Estar Social (o *Welfare State*) ou Estado providência, prestador de serviços, de perfil essencialmente intervencionista, que exige a presença marcante e decisiva do poder público no domínio das relações socioeconômicas. O homem passa a depender do Estado, de quem se exige prestações positivas.

Surge, assim, o Estado social, diametralmente oposto ao modelo liberal. Neste, o Estado deveria se abster nas relações sociais e econômicas, naquele, é necessária a intervenção estatal. O Estado passa a ter destaque também na vida jurídica, uma vez que os direitos previstos nas constituições devem ser garantidos, e, por isso, normatizados. Passa-se a falar, assim, em “direitos fundamentais”.

A fim de se normatizar esses elementos necessários para o bem-estar social, Dirley da Cunha Júnior<sup>8</sup> assegura que, nesse momento, surge um número considerável de normas programáticas, dispondo sobre direitos sociais e econômicos, carentes de efetivação.

## 2.2. O advento do direito pós-moderno e o neoconstitucionalismo

Essa nova necessidade de se adequar a efetividade da Constituição com a nova realidade e anseios da sociedade mundial colocou em xeque o positivismo jurídico, já que este, ao normatizar a razão iluminista, colocou de lado os valores e a moral, focando unicamente os fatos.

Arelado a isso, o pilar do positivismo jurídico, a razão, sofreu dois abalos nos últimos séculos de tamanha relevância que ficou

---

7. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 119.

8. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 122.

demonstrado que essa “razão” buscada no século da luz nada mais era do que pura ilusão.

Ao comentar sobre esses abalos, Barroso<sup>9</sup> assegura que o primeiro ocorreu ainda no século XIX, com Karl Marx. Marx assentou que as crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais dependiam da posição do indivíduo, das relações de produção e de trabalho, na forma como estas se constituem em cada fase da história econômica. Vale dizer: a razão não é fruto de um exercício da liberdade de ser, pensar e criar, mas prisioneira de uma *ideologia*, um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independentemente da vontade.

Continua o ilustre autor afirmando que o segundo abalo à “razão” ocorreu com Freud. Foi ele quem revelou que o homem não é senhor absoluto da própria vontade, de seus desejos, de seus instintos. O que ele fala e cala, o que pensa, sente e deseja é fruto de um poder invisível que controla o seu psiquismo: o *inconsciente*. Ou seja, o homem nem sempre toma suas decisões em função da razão, mas sim por “vontade” do seu inconsciente.

A razão, portanto, dividia o palco da existência humana com a ideologia e o inconsciente. Mas não foram apenas esses dois fatores que proporcionaram a derrocada do positivismo jurídico, ele foi derrotado com suas próprias forças, com sua própria ambição.

O objetivo do positivismo (juntamente com o modernismo) era, utilizando da mesma metodologia utilizada nas ciências naturais, criar uma *ciência do Direito*. Todavia, essa metodologia nunca foi observada nas ciências sociais como nas ciências naturais. Nestas, o método é puramente descritivo, analisa-se os dados para se chegar a uma conclusão. No Direito, a situação é inversa. A norma é um *dever-ser*; criase-se uma norma para que a sociedade molde a sua conduta a ela. A norma não é um “dado”, mas uma “criação” do operador do direito.

---

9. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001, p. 8-11.

Ademais, desproporcionados de valores, percebeu-se que as normas jurídicas eram elaboradas sem condão de melhorar a vida em sociedade, mas sim a de beneficiar os governantes que faziam parte da máquina pública. Isso pôde ser visto como a implementação do nazismo e fascismo. Ambos os movimentos, apesar de cometerem atos bárbaros com outros homens, tiveram todas suas ações consubstanciadas em suas respectivas cartas constitucionais. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico desprovido de valores éticos e morais já não era mais aceita.

Barroso<sup>10</sup> explica que a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição de relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais. Essa nova ideologia deu margem ao surgimento de uma nova teoria de constitucionalidade, o *neoconstitucionalismo*.

Percebe-se, assim, que os ideais propugnados pela modernidade, apesar de terem desenvolvido o mundo moderno, trouxeram grandes conseqüências para a humanidade. Bittar<sup>11</sup> afirma que a ciência converteu a ela própria em produto, e esta, uma vez tornada produto sob a lupa de investigação do cientista, também se tornou produto na esteira da produção capitalista. Em nome do progresso, portanto, conseguiu-se um regresso tão ilimitado que ameaça colocar a humanidade sob uma catastrófica e irreversível condição de barbarização.

Sobre esse sentimento de angústia da sociedade atual, esclarece Wayne Morrison<sup>12</sup>:

- 
10. BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 27.
  11. BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na Pós-Modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 87.
  12. MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 16.

Por que se tornou aparentemente tão difícil produzir narrativas coerentes do progresso social e do significado de nossas instituições em nossa época? Sem dúvida, a diferença está em nosso contexto e nossa história. Fazemos tantas pesquisas que deveríamos ter alguma certeza, mas cada nova descoberta vem desestabilizar a confiança nas certezas do passado. Admitimos que (i) o avanço do conhecimento científico tem um papel crucial no desenvolvimento da sociedade moderna; (ii) a aquisição de novas formas de conhecimento e novas tecnologias de comunicação e representação não tornam a modernidade mais transparente, mas ao contrário geram, com frequência cada vez maior, conflitos de perspectivas, imagens, redes de comunicação e capacitação tecnológica; (iii) essa explosão de imagens e saberes complica todas as formas de identidade social e cria dúvidas existenciais que dificultam a ação coerente, trazem consigo o medo da falta de sentido das coisas e intensificam a exigência de infalibilidade técnica; (iv) o enfrentamento desse caos aparente é o dilema pós-moderno.

Enalteçando a importância dessa transição, Dirley da Cunha Júnior<sup>13</sup> assenta que o neoconstitucionalismo, ou o novo direito constitucional como também é conhecido, destaca-se como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma de *Estado Legislativo de Direito*, para *Estado Constitucional de Direito*, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a *periferia* do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o *centro* de todo o sistema, em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa.

Com efeito, as novas Constituições passaram a ser verdadeiras normas jurídicas, sendo a norma mais relevante do ordenamento, por isso que dotada de supremacia. Mas tais normas deixaram de ser desprovidas de valor, todo o ordenamento passou a ser centrado nos valores escolhidos por cada carta constitucional. Ilustrativamente, os principais valores da Constituição brasileira de 1988 são

---

13. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 33-36.

*a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.*

No mesmo sentido, Ricardo Mauricio Freire Soares<sup>14</sup> ressalta que, com o neoconstitucionalismo, a Constituição deixa de ser um diploma normativo com valor meramente programático ou como um conjunto de recomendações ou orientações dirigidas ao legislador para operar como uma normatividade jurídica com eficácia direta e imediata.

Em verdade, o pós-positivismo não procura destruir os resultados principais do positivismo. Ele apenas procura colocar valores onde antes não existia<sup>15</sup>. Assim, esses valores passaram a ingressar nas Constituições como *princípios*, tanto implícitos como explícitos. Esses princípios servem de vetores, guia para os intérpretes do Direito.

Os princípios – os quais têm por funções condensar valores, dar unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete – sempre estiveram presentes no âmbito filosófico e jurídico, o que distingue os princípios na era pós-moderna dos demais é a sua *normatização*. Os princípios, como visto, passam a ser de cumprimento obrigatório por todos que estejam resguardados por uma carta constitucional.

A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.

Ambos os instrumentos interpretativos têm importância no mundo jurídico, os princípios e as regras possuem igualmente o

---

14. SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 124.

15. No mesmo entendimento, Bittar assenta que a pós-modernidade chega para se instalar definitivamente, mas a modernidade ainda não deixou de estar presente entre nós, e isto é fato. Suas verdades, seus preceitos, seus princípios, suas instituições, seus valores (impregnados do ideário burguês, capitalista e liberal) ainda permeiam grande parte das práticas institucionais e sociais, de modo que a simples superação imediata da modernidade é ilusão (BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na Pós-Modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 108).



mesmo *status* de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete.

Percebe-se, assim, que a perspectiva pós-moderna e pós-positivista influenciou decisivamente na formação de uma moderna hermenêutica constitucional, sendo o Direito considerado um sistema aberto de valores, pluralista e dialético, não restrito apenas aos operadores do direito<sup>16</sup>.

Esse novo olhar sobre o Direito, principalmente o direito constitucional, trouxe duas características marcante, de acordo com Barroso<sup>17</sup>:

- a) o compromisso com a efetividade de suas normas; e
- b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional.

### 2.3. A expansão da jurisdição constitucional como consequência do neoconstitucionalismo

O novo modelo constitucional brasileiro passou a exigir uma atuação constante do Poder Judiciário, levando-se a novas construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Jurisdição.

Antes de explicar-se de que forma ocorreu a expansão da jurisdição constitucional, e suas críticas, mister atentar-se para a evolução do conceito do termo “jurisdição”.

Em trabalho bastante minucioso, Educardo Cambi propõe o desafio de estudar os juristas que considerou mais importantes para o desenvolvimento técnico da jurisdição. Este trabalho não tem o objetivo de analisar a sua obra a finco, mas tão somente revelar o

---

16. A respeito do tema, leia-se Peter Häberle: “*Hermenêutica Constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição”.

17. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001, p. 42.

pensamento de alguns dos autores que o professor apresentou em seu trabalho.

Inicialmente, Cambi traz os ensinamentos de Giuseppe Chiovenda, para quem a jurisdição é “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio de substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade concreta da lei, já no torna-la, praticamente efetiva”<sup>18</sup>.

Explica o autor que Chiovenda traz dois destaques no seu pensamento: destaca que o critério orgânico deve servir como diferenciador das funções jurisdicional e administrativa, na medida em que a atividade jurisdicional ocorrer sempre através de uma atividade de “substituição”; e que Chiovenda defende a sujeição da jurisdição à lei, sendo sua visão extremamente legalista.

Por outro lado, Cambi lembra os ensinamentos de Francesco Carnelutti. Diferentemente de Chiovenda, Carnelutti defendia a teoria unitária do ordenamento jurídico, ou seja, para ele, o direito material não teria condições de disciplinar todos os conflitos de interesses, sendo necessário, muitas vezes, o direito processual para complementar aquelas regras e direito material.

Em apertada síntese, explica Cambi que, enquanto Chiovenda se preocupa em definir a função jurisdicional a partir do critério orgânico das funções estatais, a fim de esclarecer o caráter instrumental da função jurisdicional, Carnelutti está preocupado com a finalidade da atividade judicial como forma de definir a função jurisdicional<sup>19</sup>.

Em sua pesquisa, Cambi identificou que o ensinamento de Piero Calamandrei se aproxima do de Chiovenda, pois ambos entendem que o processo de cognição e o de execução estão compreendidos na função jurisdicional, ao contrário de Carnelutti, para o qual a função

---

18. CHIOVENDA, apud CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no Processo Civil: Compreensão Crítica*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 17.

19. CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no Processo Civil: Compreensão Crítica**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 27

jurisdicional está voltada somente àqueles processos em que esteja presente uma controvérsia jurídica<sup>20</sup>.

Por seu turno, veja-se a construção doutrinária de Enrico Tullio Liebman. Para este, as definições de jurisdição de Chiovenda e Carnelutti são complementares, sendo que é através do processo que a função jurisdicional se desenvolve em concreto<sup>21</sup>. Sobre o tema, afirma Eduardo Cambi<sup>22</sup>:

O processo, na visão de Liebman, tem como escopo assegurar a integralidade e a vitalidade da ordem jurídica, sendo um meio de defesa dos direitos e interesses individuais e, por isso, um ponto de encontro entre o Estado e a sociedade, tendente a realizar a justiça.

Finalizando o objetivo desta digressão, vale mencionar o sentido de jurisdição para Hans Kelsen<sup>23</sup>. Afirma Eduardo Cambi que, para Kelsen, a jurisdição é uma função constitutiva do direito, e a sentença um verdadeiro ato de criação do direito, na medida em que desempenha, diante do caso concreto, o mesmo papel que a lei desempenha no domínio geral. Sendo assim, afirma o autor que Kelsen não era tão positivista quanto boa parte dos autores defendem.

Explica o autor que Kelsen avança em termos de ampliação dos poderes do juiz, permitindo, inclusive, duas situações em que os juízes poderiam criar normas gerais, funcionando como legisladores:

- 1) quando a norma individual, quanto ao seu conteúdo não é predeterminada por uma norma geral de direito material, criada pelo legislador ou pelo costume;
- 2) quando a determinação da norma geral não é unívoca, possibilitando diferentes modos de interpretação.

---

20. *Ibid*, p. 38.

21. *Ibid*, p. 88.

22. *Ibid*., p. 89.

23. *Ibid*. p. 59-73.

Outro ponto relevante na teoria kelseniana é a sua preocupação em preservar a validade do direito, não com o escopo de levar justiça ao caso concreto.

Eduardo Cambi não concorda com essa visão de Kelsen. Para Cambi, a busca da função social do Estado está em, também, aplicar o Direito de forma justa, conforme afirma<sup>24</sup>:

Nessa atividade de escolha dos padrões de justiça a serem aplicados ao caso concreto, o magistrado não pode ser visto como um ser neutro. O juiz é um ser humano como outro qualquer que vive e participa da sociedade. Não está ausente nem fora desta. Por isso, ao aplicar a lei ao caso concreto, o magistrado não é despido de vontade. Viver significa tomar partido, fazer escolhas, optar; ou melhor, para agir, é imprescindível decidir. O juiz, consciente ou inconscientemente, também tem suas concepções de vida que não deixam de existir no momento em que opera o direito. Daí não poder deixar de reconhecer a dimensão axiológica e política da atividade do magistrado, capaz de questionar o conteúdo material da lei, segundo os princípios e preceitos constitucionais, os quais, por estarem colocados em grau normativo hierarquicamente superior, servem de padrão de justiça a ser indagado pelo juiz no caso concreto. Contudo, não basta ler as normas infraconstitucionais à luz das normas constitucionais, faz-se mister extrair do sistema processual a tutela mais adequada, tempestiva e efetiva à realização do direito material.

A concretização de um direito justo deve ser o resultado da existência de juízes ativos e, por isso, comprometidos com a investigação dos fatos, a hermenêutica jurídica renovadora e o permanente questionamento dos valores sociais, mantendo sempre uma visão crítica do direito para, com isso, garantir a sua permanente evolução e a sua eficácia na sociedade.

Essa busca pelo direito justo reflete na postura do judiciário quanto às situações que lhes são apresentadas. Ao buscar a efetivação dos direitos fundamentais, uma atuação ativa e concretista do Poder Judiciário não está violando o princípio da harmonia e interdependência dos poderes entre si.

---

24. *Ibid.*, p. 73.

A postura do Poder Judiciário, portanto, mudou completamente nos últimos anos. Cada vez mais o poder jurisdicional vem se manifestando sobre diversos temas socialmente relevantes, como as políticas públicas, os direitos sociais e o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. E é, principalmente, quanto a este último tema que tem gerado tanta tensão entre os três Poderes.

E isso é extremamente natural de se entender, pois como a existência do Poder Legislativo sempre esteve condicionada à limitação e às obrigações do Administrador, no momento em que o Judiciário invalida uma de suas normas nada mais comum do que a indignação daqueles.

Antes de entendemos os fatores que permitiram a impulsão do ativismo judicial no Brasil, mister esclarecermos que “judicialização” não é a mesma coisa que ativismo judicial<sup>25</sup>.

Explica Luís Roberto Barroso<sup>26</sup> que a judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais. Este processo, elucida o autor, é proveniente de diversas causas.

A primeira grande causa para o fortalecimento da judicialização foi a redemocratização do país, tendo como ponto fulminante a Carta

---

25. Vale desde já ressaltar que o conceito de tais termos não é unânime na doutrina. Luiz Flávio Gomes, por exemplo, tem posicionamento divergente quanto ao professor Barroso, *in literis*: “A judicialização nada mais expressa que o acesso ao judiciário, que é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. É fenômeno que decorre do nosso modelo de Estado e de Direito. Outra coisa bem distinta é o ‘ativismo judicial’ (que retrataria uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz ‘cria’ uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição). (GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 13 fev. 2011.)

26. BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales, SILVA, Christine Oliveira Peter, Controle de Constitucionalidade & Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 242-245.

Constitucional de 1988, trazendo duas conseqüências avassaladoras: o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado (com a recuperação das garantias da magistratura) e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros Poderes; ao mesmo tempo em que a redemocratização reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, o que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram próprias do processo político e da legislação ordinária. Como diversas matérias passaram a fazer parte da Constituição, e basta estar na Constituição para ter o rótulo de norma jurídica, essas matérias se tornaram potencialmente em uma pretensão jurídica, podendo, assim, ser formulada uma ação judicial quando do seu desrespeito.

A terceira causa é justamente o controle de constitucionalidade brasileiro, o qual compõe um sistema híbrido, combinando os sistemas estadunidense e europeu. Através deste controle, qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.

Exposto o que significa o termo “judicialização”, explica o doutrinador que o ativismo judicial é um *primo* da judicialização, pois, enquanto este é um *fato*, uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado, aquele é uma *atitude*, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

O “ativismo judicial”, desta forma, é uma *atitude* tomada pelo Poder Judiciário a fim de modernizar o direito brasileiro, defendendo os direitos individuais e coletivos, concretizando os princípios constitucionais e efetivando a vontade constitucional. Em outras palavras, assenta Elival da Silva Ramos que deve-se entender por ativismo judicial o *exercício* da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente,

ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)<sup>27</sup>.

Percebe-se, portanto, que não se pode ver mais atualmente o princípio da separação dos poderes como era entendido em tempos pretéritos. Para Arnoldo Wald, desde o fim do século passado reconheceu-se que estava ultrapassado o princípio da separação rígida de poderes e tanto os tribunais quanto a doutrina foram admitindo, progressivamente, que os textos legais deviam sofrer o tratamento construtivo do magistrado, cabendo-lhe a difícil tarefa de adaptar as normas e os princípios às novas condições fáticas não previstas inicialmente pelo legislador<sup>28</sup>.

A fim de adequar a vontade constitucional com os seus preceitos, tem o poder judiciário se manifestado continuamente quanto a (in)constitucionalidade das leis e atos normativos emitidos pelo Poder Legislativo, principalmente no que tange as omissões inconstitucionais. Contudo, assenta Walter Claudius Rothenburg<sup>29</sup> que a declaração de inconstitucionalidade por falta de desempenho ou desempenho insatisfatório do Poder Legislativo afeta “sim” a separação original de Poderes, mas num limite de tolerância suportável pelo sistema constitucional<sup>30</sup>.

---

27. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p.129.

28. WALD, Arnoldo. O Novo Supremo Tribunal Federal. In: CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales, SILVA, Christine Oliveira Peter, **Controle de Constitucionalidade & Direitos Fundamentais**: Estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 40-41.

29. ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda da competência como sansão à inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 120.

30. Exemplifica o autor que “[...] a correção da omissão inconstitucional pode ocorrer com uma troca de sujeitos mas não de natureza do órgão, com menor acinte à idéia de separação de Poderes. É o que ocorre, por exemplo, com a admissão da competência de uma esfera da federação em lugar de outra, ou de uma norma internacional em lugar da norma interna – casos em que a natureza legislativa do órgão é mantida, alterando-se somente o titular”. (*Ibid.*, p. 121.)

Fica fácil notar que esse caráter pró-ativo do Judiciário é estimulado pelo reforço à tarefa de controle jurídico da função legislativa que lhe compete exercer e premido pelas pressões no sentido de concretizar plenamente a Constituição de 1988, o que o leva, por vezes, a ultrapassar os limites que o nosso sistema jurídico estabelece ao manejo da função jurisdicional, mas o faz justamente pela ineficiência dos outros Poderes. Nesse sentido, ressalta Elival Silva Ramos que:

A incapacidade do aparato governamental brasileiro de atender à produção normativa identificada, pelos próprios Poderes representativos (Presidência da República e Congresso Nacional), como necessária à consecução dos objetivos traçados pela Constituição de 1988 resta patenteada, dentre outras evidências, pelo fato de não haver concluído até hoje o ciclo de grandes reformas constitucionais iniciado em 1995. Assim é que a reforma previdenciária foi apenas parcialmente realizada e as reformas tributária e política, mesmo com o seu amesquinhaamento, não conseguem avançar no Congresso Nacional. As razões para essa ineficiência na atuação normativa dos Poderes responsáveis têm sido objeto de intensa discussão no meio político e acadêmico.<sup>31</sup>

Apesar da importância ativa do judiciário proporcionar uma melhor adequação da constitucional à realidade constitucional, a doutrina elenca algumas objeções à sua impulsão. Luís Roberto Barroso elenca três riscos proporcionados com o ativismo judicial: o risco para a legitimidade democrática, o risco de politização da Justiça e o risco à capacidade institucional do Judiciário e seus limites.

Frente ao primeiro risco, como é sabido, os membros do Poder Judiciário brasileiro não são escolhidos pelo voto popular, apesar de desempenharem uma atividade com forte carga política. A questão da legitimidade democrática surge justamente pela dúvida em poder se imaginar um órgão como o Supremo Tribunal Federal, que é um órgão não eletivo, pretender se sobrepor a uma decisão do

---

31. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 289.



Presidente da República ou do Congresso Nacional (escolhidos pela vontade popular). Onde residiria, então, a legitimidade do judiciário para tal ação?

Barroso<sup>32</sup> explica que há dois fundamentos para essa explicação. A primeira residiria como um fundamento normativo, pois, como a própria Constituição definiu a obrigação do Judiciário de aplicar a Constituição e as leis, eles estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, representantes do povo, exercendo, portanto, indiretamente, a vontade destes. E a outra explicação é uma justificação filosófica, pois cabe à Constituição dois grandes papéis, o de estabelecer as regras do jogo democrático (assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância do poder) e o de proteger os valores e os direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos, e como o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal, possui o Judiciário este poder.

Quanto ao segundo risco, o medo da politização da justiça está atrelado à idéia de se admitir escolhas livres pelos magistrados, tendenciosas ou partidarizadas (exemplifica Barroso que o ministro do tribunal superior, nomeado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude *a priori* de nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo) – em outras palavras, plenamente discricionárias, sem razoabilidade – e não que suas decisões não tenham carga política<sup>33</sup>. Frisa o autor que, no caso de conservação e promoção de direitos fundamentais, a intervenção do judiciário, sanando uma

---

32. BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales, SILVA, Christine Oliveira Peter; **Controle de Constitucionalidade & Direitos Fundamentais**: Estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 248-253.

33. Sobre o tema, elucida Barroso que: “Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; e (iii) juízes não serão seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formulam”. (Ibid, p. 250).

omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, dá-se a *favor* e não contra a democracia.

O terceiro risco está vinculado à capacidade institucional do Judiciário e a de seus efeitos sistêmicos. É óbvio que o judiciário é o mais preparado tecnicamente para solucionar problemas em diversas matérias, mas quando a questão for muito complexa, pode o juiz não ter o conhecimento específico para isso, o que pode trazer problemas sistêmicos posteriormente, ou seja, efeitos imprevisíveis e indesejados.

Contudo, defendemos a necessidade, em uma era marcada por corrupções, imoralidades e descasos, do poder judiciário se manifestar na defesa e guarida dos direitos fundamentais. Entendemos que, no diapasão desta pesquisa, quando o judiciário se manifesta combatendo uma omissão inconstitucional, não está o Judiciário legislando, mas apenas aplicando a Constituição de acordo com o princípio da máxima efetividade constitucional. Percebemos que os riscos acima expostos pode trazer dúvidas quanto a sua regularidade, mas não concordamos plenamente com elas. Como exposto, o risco a democracia não existe, pois o judiciário se manifesta justamente em nome dele; o risco da politização da justiça também seria difícil de ocorrer, pois para isso seria necessária uma plena discricionariedade do juiz, o que não é possível, já que ele tem que fundamentar suas decisões; e o risco à capacidade institucional realmente é algo complexo, mas entendemos que o judiciário, mesmo nas questões em que não detiver conhecimento técnico necessário, possui os meios necessários para emitir uma decisão constitucional.

Alguns, por exemplo, são contra as medidas que vêm tomando alguns juízes em matéria de medicamento e terapias, sob o fundamento de que isso colocaria em risco as políticas públicas. Não concordamos que tal prática colocaria em risco as políticas públicas, pois tal tipo ação vem sendo justamente tomada porque as políticas públicas vêm sendo mal elaboradas, o que faz com que o cidadão recorra ao judiciário para ver seu direito garantido.

Vale lembrar que este tema é bastante complexo e comporta muitas críticas. Em sentido contrário ao exposto acima, defende Alexandre Câmara<sup>34</sup>:

Não pode o juiz “inventar” a solução da causa. Ninguém vai ao Judiciário um busca de uma solução a ser inventada pelo juiz. O que se busca é o reconhecimento de um direito que já se tem (e daí a natureza declaratória da jurisdição, [...]). E cabe ao juiz, então, dar á causa uma solução conforme ao Direito. O papel do juiz, como intérprete, não é inventar uma norma jurídica para solucionar a causa, mas aplicar a norma jurídica adequada no caso concreto. E deve fazê-lo sem exercer qualquer tipo de poder discricionário. A discricionarietà judicial é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Em que pese a admiração pelo autor, temos que discordar com seu posicionamento. Atualmente, não cabe mais ao juiz ser um mero “boca da lei”. A sua função no Estado Democrático de Direito é zelar pela efetividade dos direitos fundamentais, mesmo que, para isso, tenho que inovar na ordem jurídica.

### **3. A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO PÓS-MODERNO**

A Modernidade trouxe grandes anseios e grandes expectativas para a humanidade. Porém, destituídas de valor, as normas constitucionais ficaram eivadas de falta de eficácia. A pós-modernidade surge para preencher essa lacuna, incutindo valor e eficácia nas normas antes ineficazes.

Ocorre que, ainda hoje, essa eficácia é relativa. As normas constitucionais possuem diferentes funções e diferentes graus, o que levou José Afonso da Silva<sup>35</sup> ao estudo da “aplicabilidade das normas constitucionais”, classificando-as em normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada.

---

34. CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31.

35. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Mas dizer que uma norma é eficaz não significa dizer que ela é justa. Bittar<sup>36</sup> esclarece-nos que este não é um paralelo perfeito, pois as normas podem ser qualificadas de diferentes maneiras, tais como:

- a) justa e ineficaz: ocorre quando a norma é justa, mas não é implantada na prática em virtude das dificuldades de sua observância;
- b) injusta e eficaz: oposta a anterior, aqui a norma é injusta mas é implantada na realidade social, seja pelo uso da força seja pela vinculatividade que produz socialmente;
- c) justa e eficaz: ocorre quando a norma é adequada aos anseios sociais e é plenamente recepcionada pela sociedade;
- d) injusta e ineficaz: ocorre quando a rejeição pela quebra de critérios de justiça desencadeia a inobservância da norma, seja pela sociedade, seja pelas autoridades que a aplicariam.

Sendo assim, deve-se atentar para quando a norma pode ser entendida como ineficaz, uma vez que este tipo de norma deve ser banida das constituições pós-modernas. Mais uma vez, Bittar<sup>37</sup> explica em quais facetas pode se conhecer uma norma como ineficaz, *in literis*:

- 1) a norma é ineficaz porque não produz efeito sobre as pessoas às quais se destina (observância espontânea na dicção de Tercio, caso em que a questão da eficácia funciona como um termômetro na mensuração do grau de adesão do ordenamento e suas prescrições à ordem social e às suas expectativas valorativas;
- 2) a norma é ineficaz porque não possui as condições técnicas para produzir efeitos (norma de eficácia contida; norma de eficácia limitada), caso em que a norma carece de novas

---

36. BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na Pós-Modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 205-206.

37. BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na Pós-Modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 207-208.

atitudes do legislador (constitucional ou infraconstitucional) no sentido de garantir com que a norma superior seja completada pela norma inferior ou no sentido de que a norma inferior delimite melhor o campo de emprego da legislação superior;

- 3) a norma é ineficaz porque as autoridades não a aplicam, nem no plano administrativo, nem no plano judicial (observância por imposição de terceiros), caso em que a comunidade jurídica rejeita a aplicação da norma considerando-a em desuso, ou ainda, formal e/ou axiologicamente imprópria para a aplicação;
- 4) a norma é ineficaz porque prevê um comportamento impossível de ser cumprido, ou prevê uma exigência impossível de ser faticamente observada, por carência de condições materiais para seu cumprimento, por critérios tecnológicos, econômicos, operacionais, ou outros.

Portanto, o mais interessante para a sociedade pós-moderna é que a norma seja eficaz, e, se possível, na sua plenitude. Mas as cartas constitucionais, e a brasileira em especial, possuem normas que não possuem essa aplicabilidade plena, haja vista a necessidade de posterior normatização para regular a sua matéria: são as chamadas “normas constitucionais de eficácia limitada”.

Para José Afonso da Silva, as normas de eficácia limitada subdividem-se em dois grupos:

- a) normas constitucionais de princípio institutivo (ou organizado); e
- b) normas constitucionais de princípio programático.

As primeiras, normas constitucionais de princípio institutivo ou organizado, como o próprio nome já diz, se destinam a criar organismos ou entidades. Dirley da Cunha Júnior<sup>38</sup> elucida que essas normas

---

38. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 162.

são classificadas como de eficácia limitada porque dependem de lei para alcançarem a plenitude, ou seja, que elas instituem órgãos ou entidades e que necessitam do legislador para lograrem funcionamento, no qual o art. 18, § 2º figura como exemplo.

José Afonso ainda sub-classifica as normas constitucionais de princípio institutivo em duas espécies, impositivas ou facultativas. As normas impositivas são aquelas que determinam, ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa. Ilustrativo o exemplo referente ao art. 88 da Constituição, o qual verbera que “*A lei disporá sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios*”. Já as normas facultativas não impõem uma obrigação, mas limitam-se a dar ao legislador ordinário a *possibilidade* de instituir ou regular a situação nelas delineadas. Exemplo claro é o art. 125, § 3º: “*A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual (...)*”.

Conclui-se, portanto, que nas normas impositivas há a obrigatoriedade do legislador de emitir o comando normativo. Nas normas facultativas, diversamente, há a faculdade do legislador, se considerar conveniente, de regular determinada matéria constitucional.

Por seu turno, as normas constitucionais programáticas fazem parte das constituições contemporâneas, haja vista serem elas os componentes sócio-ideológicos das constituições atuais. Procura-se através delas o fim social do direito, é uma busca incessante para uma democracia substancial, de justiça social e de bem comum.

Parte das constituições atuais, a sociedade pós-moderna clama pela efetivação das normas programáticas, normas-programa de um conjunto de valores de uma constituição. E, quando limitadas, essas normas necessitam de regulamentação. Ocorre que, por vezes, não há a realização dessa normatização, o que torna a norma ineficaz. Essa conduta do legislador em “não legislar” quando obrigado pela Constituição caracteriza o que a doutrina chama de *omissão inconstitucional*.

A fim de conferir a eficácia almejada pela pós-modernidade, criaram-se diversos instrumentos de combate a essas omissões,

quais sejam: o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em virtude dos objetivos deste trabalho, não adentrar-se-á na análise de tais institutos.

#### **4. A SOCIEDADE MULTICÊNTRICA E O TRANSCONSTITUCIONALISMO: ASPECTOS DE UMA NOVA DOGMÁTICA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

A sociedade pós-moderna não alterou apenas a realidade intraestatal, mas também, e de forma bastante peculiar, o cenário internacional. Diferentemente do que ocorre dentro de um Estado, na sociedade internacional não existe a figura de um sujeito que subordine todos os outros à sua vontade. E isso traz uma grande questão: a quem cabe a última palavra no que tange às relações de direitos humanos ocorridos dentro de um território nacional? Seria o próprio direito interno do Estado, o direito internacional, alguma organização internacional...

E, para dificultar ainda mais as coisas, o cenário internacional está repleto de sujeitos de direito internacional, conforme afirma Amaral Júnior<sup>39</sup>:

As últimas décadas registraram o aparecimento de novos protagonistas da cena internacional, impedindo que os Estados sejam reconhecidos como atores exclusivos das relações internacionais. A proliferação das organizações internacionais constitui fenômeno recente, que afeta o relacionamento entre os países e a gestão dos temas globais. Ela está associada às transformações do cenário internacional, fator que ampliou consideravelmente o grau de interdependência entre os países e originou a necessidade de se forjar novo quadro institucional destinado a facilitar a negociação dos assuntos que transcendem o âmbito de cada Estado individualmente considerado.

---

39. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 03.

Pode-se perceber, desta maneira, que, atualmente, existem vários centros de poder nas relações internacionais, e, da mesma forma, não existe uma *norma fundamental internacional*, que sirva de parâmetro para a criação das demais normas no direito internacional.

Neste cenário em que o tempo e o espaço são circunstâncias relativas no processo globalizatório, situações passam a aparecer que dizem respeito não apenas a uma única realidade, mas a diversas. Apenas para exemplificação, a situação dos refugiados da guerra civil na Síria não diz respeito apenas ao Estado Sírio, mas a todos os Estados que têm recebido os refugiados. Observe que é uma mesma situação que transcende o limite geográfico de um Estado.

Essa nova situação levou Marcelo Neves a pesquisar sobre a necessidade de um outro modelo constitucional, um modelo que transcenda as barreiras físicas de um território, e a este modelo ele chamou de “Transconstitucionalismo”.

Marcelo Neves<sup>40</sup> compreende o transconstitucionalismo como o “entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais, como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional”.

O objetivo de Marcelo Neves não é a criação de uma Constituição Mundial, ou de uma Constituição Única entre os Estados. O que ele defende é a possibilidade de um assunto de natureza constitucional ser discutido, ao mesmo tempo, por sistemas jurídicos diversos. Isso implica no que o autor convencionou chamar de “relação transversal permanente”, no qual, existiria apenas uma forma de resolução do problema: o diálogo entre as distintas ordens jurídicas.

Para o autor, é necessário uma interlocução, uma conversação entre as diversas ordens jurídicas a fim de que possam chegar a uma única conclusão sobre o tema, evitando-se, desta maneira, discrepância de entendimento entre elas.

---

40. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 01.



Para ilustrar seu pensamento, Marcelo Neves utiliza a metáfora do “ponto cego”. Existem situações em que um sujeito precisará da visão externa para que lhe revele um detalhe que lhe passe despercebido. Isso permite que o campo de visão de ambos amplie consideravelmente.

Corroborando com o entendimento de Marcelo Neves, Marcelo Varela<sup>41</sup> sinaliza que a lógica tradicional do direito internacional não é mais aplicável nos dias de hoje, influenciado pela ampliação da complexidade dos direitos nacionais dos Estados e do direito internacional. Dentre as diversas características deste momento de transição, destaca Varela:

- a) a integração frequente entre os direitos nacionais, o direito de sistemas regionais de integração e o direito internacional;
- b) a multiplicação de fontes normativas, além do Estado-nação;
- c) a multiplicação de instâncias de solução de conflitos fora do Estado;
- d) a inexistência de hierarquia formal entre as normas jurídicas ou entre as instâncias de solução de conflitos;
- e) acúmulo de lógicas distintas no direito nacional e internacional, cuja interação é impossível com os métodos tradicionais de solução de conflitos de normas ou de jurisdição.

André Ramos Tavares<sup>42</sup> menciona esse cenário como “fase final” do constitucionalismo, que é justamente a de propagar-se e alcançar todas as nações, unificando os ideais humanos a serem consagrados juridicamente. Ressalta o autor que:

É o caso do uso de material e referências de Direito legislado e de jurisprudência estrangeira pelos Parlamentos e Judiciários nacionais. Dentro desse movimento tem-se o uso de jurisprudência constitucional estrangeira pela Justiça Constitucional

---

41. VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 07.

42. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 36.

nacional, de maneira a estabelecer, em alguns casos, um verdadeiro diálogo entre cortes (...)

## 5. A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO MECANISMO DO TRANSCONSTITUCIONALISMO E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diante da complexidade da sociedade internacional, pode-se perceber que a implementação dos direitos humanos passa por uma análise muito mais cuidadosa, pois deixa de ser uma análise meramente local.

Sobre o tema, informa as pesquisadoras Lorena Vitório e Teodolina Vitório<sup>43</sup> que a concreção desses direitos começou a ser buscada nos tratados, convenções, pactos e protocolos adicionais que estabeleçam regras claras e objetivas, a fim de salvaguardar, de forma eficaz, a dignidade humana e que, além disso, sejam de observância obrigatória a todos: organismos internacionais, Estados, conglomerados econômicos, entre outros. Por isso, como o próprio fenômeno da globalização, esse novo paradigma dos direitos humanos deve ultrapassar fronteiras para efetivar a proteção dos seres humanos onde quer que estejam.

Em que pese “a prevalência dos direitos humanos” e a “cooperação entre os povos” estarem previstos como princípios fundamentais na Constituição de 1988, Eduardo Bittar<sup>44</sup> ressalta que:

É evidente aos olhos a incapacidade do ordenamento jurídico brasileiro, e do Estado brasileiro, de absorver todas as demandas por direitos humanos (incluídos na expressão os significados pertinentes aos direitos de primeira, segunda e terceira

43. VITÓRIO, Lorena Silva; VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O Transconstitucionalismo no Supremo Tribunal Federal**: a inclusão da perspectiva internacional dos direitos humanos nas decisões nacionais. Disponível em << <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Artigo-Lorena-Vit%C3%B3rio-CORRETO1.pdf>>> Acesso em 07 ago de 2016.

44. BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na Pós-Modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fomense Universitária, 2009, p.288-289.

dimensões), ou torná-las razoavelmente administradas, dentro de um contexto de francas desigualdades e cruéis diferenças sociais. A consequência imediata é a existência de um choque de brutais proporções entre o preconizado e o praticado, entre o prometido e o oferecido, entre a letra da lei e os fatos, entre a lógica do sistema formal e a lógica das ações sociais.

Flávia Piovesan e Renato Vieira<sup>45</sup> destacam que, no âmbito do direito internacional, começa a ser delineado o sistema normativo de proteção dos direitos humanos: “É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direito”.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem utilizando da jurisprudência de Estados estrangeiros e de cortes internacionais para fundamentar as suas decisões. Contudo, isso vem acontecendo de forma bastante tímida. E, por vezes, de forma diversa dos julgados alienígenas.

Exemplificativamente, vejamos dois julgados a fim de entendimento de que forma o STF tem utilizando a jurisprudência estrangeira e de cortes internacionais como referência para seus julgados.

Em 2009, o Supremo tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário n. 511961, no qual se discutia sobre a exigência do diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já havia analisado essa matéria na Opinião Consultiva nº 5, esclarecendo que garantir a liberdade de pensamento e de expressão não é apenas um direito individual de cada um de expressar-se, mas também o direito da coletividade de receber informações. Sendo assim, a CIDH considerou a lei da Costa Rica – que exigia a afiliação obrigatória de jornalistas ao Conselho Profissional de Jornalistas – incompatível com os artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que tratam

---

45. PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato. A Força Normativa dos Princípios Constitucionais Fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: **Temas de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 397.

da liberdade de expressão. Utilizando-se desta decisão, o Supremo Tribunal Federal julgou pela não recepção do art. 4º, V, do Decreto-lei 972/69, o qual exigia o diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação. Percebe-se, neste julgado, uma clara “conversação” entre a corte nacional e a corte internacional.

Por outro lado, em abril de 2010, quando do julgamento da ADPF nº 153, o STF considerou a Lei de Anistia (Lei n. 6683/79) compatível com a Constituição de 1988, afastando a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto a este tema. A CIDH, nos casos *Barrios Altos versus Peru*, *Almonacid versus Chile* e *La Cantuta versus Peru*, posicionou-se contra as leis de “autoanistia”, por implicar em denegação de justiça às vítimas, além de confrontar com os deveres do Estado de investigar, processar, punir e reparar graves violações de direitos humanos. Neste mesmo sentido, em 24.11.2010, a CIDH julgou o caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*<sup>46</sup>. Sobre a posição do Supremo, destaca Flavia Piovesan<sup>47</sup> que:

[...] decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 152, em 29 de abril de 2010, manteve a interpretação de que a lei de anistia de 1979 (Lei n. 6.683/79) teria assegurado anistia ampla, geral e irrestrita, alcançando tanto as vítimas como os algozes. O argumento central é o de que a lei de anistia teria sido expressão de um acordo político, de uma conciliação nacional, envolvendo “diversos atores sociais, anseios de diversas classes e instituições políticas”. Acrescentou o Supremo Tribunal Federal que não caberia ao Poder Judiciário “reescrever leis de anistia”, não devendo o Supremo “avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo”, tendo em vista que “a revisão da lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá de ser feita pelo Poder Legislativo e não pelo Poder Judiciário”. Observou, contudo, a necessidade de assegurar “a possibilidade de acesso aos documentos históricos, como forma de

---

46. Disponível em << [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>> Acesso em 08 jun. 2016.

47. PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 465-466.

exercício fundamental à verdade, para que, atento às lições do passado, possa o Brasil prosseguir na construção madura do futuro democrático”. Concluiu afirmando que “é necessário não esquecermos, para que nunca mais as coisas voltem a ser como foram no passado”.

Com esta decisão, o Supremo Tribunal Federal denegou às vítimas o direito à justiça – ainda que tenha antecipado seu endosso ao direito à verdade. Não apenas denegou o direito à justiça, como também reescreveu a história brasileira mediante uma lente específica, ao atribuir legitimidade político-social à lei de anistia em nome de um acordo político e de uma reconciliação nacional.

Uma pesquisa realizada pelo professor Guilherme Peña de Moraes<sup>48</sup> demonstrou que, ao contrário do que se supõe, o Supremo Tribunal Federal não está tão aberto ao diálogo com os outros tribunais constitucionais do mundo. Explica o autor que a revista *The Economist*, em 2013, considerou o Supremo Tribunal Federal brasileiro como o mais sobrecarregado do mundo. Revela a pesquisa que o STF decidiu 89.992 processos, físicos e eletrônicos, entre 1º de fevereiro e 19 de dezembro de 2013, e que, apenas em 23 decisões foram utilizadas pela Corte brasileira jurisprudências estrangeiras – tendo sido analisados 54 precedentes estrangeiros.

Por isto, conclui o autor que “O relacionamento do Supremo Tribunal Federal do Brasil com os outros tribunais constitucionais, a nosso ver, não pode ser tomado como um diálogo entre eles”<sup>49</sup>.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegavelmente, o Brasil chega ao século XXI atrasado. Contudo, mesmo não tendo participado de forma completa nem do Estado liberal nem do Estado social, o Brasil evoluiu. E o bom exemplo disso é a Constituição Federal brasileira de 1988.

---

48. MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucionalismo Multinacional**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 50-53.

49. *Ibid*, p. 52.

Dirley da Cunha Júnior<sup>50</sup> assenta que, nesta fase pós-moderna, a Constituição Cidadã não figura mais como um mero instrumento de governo que fixa competências e ordena processos, pelo contrário, passou ela é a ser um plano normativo global que enuncia metas, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela Sociedade. Ela não é apenas uma “Constituição Social”, vai além, sendo “Dirigente”, “promissora” e “aberta para o futuro”.

Percebe-se, assim, que o direito pós-moderno tenta resgatar os valores perdidos com a modernidade, fazendo com que as normas constitucionais deixem de ser vistas como meras opiniões e passem a ser verdadeiras obrigações constitucionais, possibilitando, desta forma, a justiça social.

Esse mesmo direito pós-moderno instiga a criação de um novo modelo constitucional, um modelo sem barreiras, que proporciona a implementação dos direitos fundamentais em todos os povos.

A implementação dos direitos fundamentais com base em jurisprudência estrangeira e dos tribunais internacionais é apenas mais uma consequência da pós-modernidade. Percebe-se que a dificuldade de implementação dos direitos fundamentais pode existir em diversos lugares do mundo, e, por isso, o diálogo, a conversação entre as diversas ordens jurídicas é necessária para o cumprimento do princípio da efetividade constitucional.

O transconstitucionalismo, ou constitucionalismo multinacional, como preferem outros autores, defende a existência de um Direito interno baseado nas ideias de Peter Häberle: na existência de uma sociedade de intérpretes aberta, dinâmica e suscetível de interação entre os diversos protagonistas da realidade social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

---

50. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 132.

- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 5ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- \_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales, SILVA, Christine Oliveira Peter, **Controle de Constitucionalidade & Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BEZERRA, Paulo César Santos. **A Produção do Direito no Brasil**. Ilhéus: Editus, 2008.
- BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na Pós-Modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31
- CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no Processo Civil: Compreensão Crítica**. Curitiba: Juruá, 2003
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2003.
- GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 13 fev. 2011
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucionalismo Multinacional**. São Paulo: Atlas, 2015.
- MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

- \_\_\_\_\_. **Temas de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A Omissão Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda da competência como sansão à inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- WALD, Arnaldo. O Novo Supremo Tribunal Federal. In: CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales, SILVA, Christine Oliveira Peter, **Controle de Constitucionalidade & Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



## Capítulo V

# Retórica e persuasão: pelo esforço de interlocução entre Hobbes e Wittgenstein

*Eduardo Chagas Oliveira\**

*Ivana Libertadoira Borges Carneiro\*\**

**SUMÁRIO:** 1 Hobbes e a função da Retórica; 2 A Persuasão no Pensamento de Wittgenstein: uma situação exemplar; 3 Considerações Conclusivas; Referências.

## 1. HOBBS E A FUNÇÃO DA RETÓRICA

A Retórica estava contemplada pela formação escolástica que serviu de base para a educação formal de Thomas Hobbes. Ainda

---

(\*) Graduado em Filosofia pela Universidade Federal da Bahia (1995) e em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (2010), Mestrado em Comunicação e Cultura Contemporânea pela Universidade Federal da Bahia (2001) e Doutorado na Universidade Estadual de Campinas (2007). Professor Titular da Universidade Estadual de Feira de Santana, pertence ao corpo docente do Doutorado Multi-institucional e Multidisciplinar em Difusão do Conhecimento (FACED/UFBA) e do Programa de Pós-Graduação em Ensino, Filosofia e História das Ciências (UFBA/UEFS). Responsável pelo Grupo de Estudos “Direito, Linguagem e Produção do Conhecimento”; (CNPQ). Pertence ao Conselho Editorial das Revistas EID&A (UESC) e Ciente-Fico (Faculdades Ruy Barbosa), além dos Cadernos IAT (SEC).

(\*\*). Graduada em Filosofia (Licenciatura e Bacharelado) pela Universidade Federal da Bahia (1997), Especialização em Educação, Estética, Semiótica e Cultura pela Universidade Federal da Bahia (2001), Mestrado em Ensino, Filosofia e História das Ciências pela Universidade Federal da Bahia (2003), Doutorado em Educação na linha Filosofia e Educação pela Universidade Federal da Bahia (2009). Pós-doutorado em Educação na linha Filosofia e Educação pela Universidade Federal da Bahia (em andamento). Atualmente é Professora Titular da Universidade do Estado da Bahia e coordena a Área de Sócio-humanísticas do Departamento de Educação do Campus XIV. Membro do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em filosofia (NEF/UEFS). Responsável pelo Grupo de Estudos Educação, Direitos Humanos, Ética e Liberdade.

assim, não concordava com o uso indiscriminado da retórica, como um instrumento destinado exclusivamente à persuasão<sup>1</sup>. Cumpre sublinhar, inclusive, que

Persuadir, antes de mais nada, é sinônimo de submeter, daí sua vertente autoritária. Quem persuade leva o outro à aceitação de uma dada ideia. É aquele irônico conselho que está embutido na própria etimologia da palavra: per+suadere = aconselhar. Essa exortação possui um conteúdo que deseja ser verdadeiro: alguém “aconselha” outra pessoa acerca da procedência daquilo que está sendo enunciado. É possível que o persuasor não esteja trabalhando com uma verdade, mas tão-somente com algo que se aproxime de uma certa verossimilhança ou simplesmente a esteja manuseando. (CITELLI, 2002, p.13)

Esse possível afastamento das verdades causava estranheza a Hobbes, uma vez que conduzir o interlocutor ao compartilhamento de suas crenças – com o fito de validá-las como uma forma de conhecimento, desconectada de verdades efetivas – consistia em um procedimento censurável. Ademais, esse entendimento amplamente compartilhado acerca da Retórica, restringia-lhe ao campo da ambiguidade e da produção de falsos juízos, desprezando o fato de que “persuadir não é apenas sinônimo de enganar, mas também o resultado de certa organização do discurso que o constitui como verdadeiro para o receptor”. (CITELLI, 2002, p.14) Entretanto, costuma-se atribuir o termo persuasivo aos casos nos quais a ausência de argumentos convincentes conduz o orador a buscar ferramentas de linguagem capazes de engendrar no ouvinte um processo de conversão de opinião, anuência ou consentimento. Nesse sentido, a persuasão se aproximaria da imposição, enquanto o convencimento estaria conectado à técnica da composição. Para haver convencimento seria preciso haver a igualdade de tratamento dos interlocutores e, sobretudo, o reconhecimento do outro como sendo capaz de receber os

---

1. “Quintiliano havia afirmado, num trecho extraordinariamente influente do livro X de sua *Institutio Oratoria*, que um orador deve tentar dominar três *scientiae* além da própria retórica, que seriam a poesia, a história e a filosofia moral” (SKINNER, 1999, p 43).

meus argumentos e, por conseguinte, se dar por convencido acerca deles. Para os demais casos, caberia exclusivamente a persuasão.

Especialmente nos domínios do senso comum prevalece a concepção de que o objetivo da persuasão consiste em conduzir os ouvintes a fazerem o que se lhes estiver propondo. A persuasão seria resultado de uma técnica de condução, voltada à concordância mental e ao assentimento. Dentro desse espectro, Hobbes sustentava que não era preciso ser sábio ou detentor de grande conhecimento, para utilizar-se da arte retórica como um meio de condução. Afinal, para promover um consenso em prol de uma (pseudo) verdade conveniente, capaz de contemplar os interesses de um indivíduo ou grupo específico, seria bastante oferecer ao(s) interlocutor(es) aquilo que fosse capaz de lhe(s) mover à ação esperada. Além disso, dever-se-iam considerar as questões morais envolvidas no processo, visto que, envoltas nesse poder de persuasão, certamente estariam concessões de vantagens pessoais. Denominada de arte exatamente por propor uma representação, poder-se-ia pensar que os utilizadores da retórica atuam como – atores – em uma peça teatral, representando um papel e encenando aquilo que deve ser reconhecido como verdadeiro. Logo, sendo representação, não precisaria ter compromisso com o real, tampouco com a verdade.

Humanistas que antecederam a Hobbes, acreditavam que o *vir civilis* deveria estar vinculado à prática da retórica. Cícero, por exemplo, afirmava ser insuficiente ter em conta o poder da razão, no processo de convencimento das pessoas – acerca da verdade elucidada<sup>2</sup>.

- 
2. Acerca destas questões, vide SKINNER, em *Razão e Retórica na Filosofia de Hobbes*, citando Cícero: “A eloquência é indispensável para que os homens persuadam outros a aceitarem as verdades que a razão descobre”. E continua: “Eis porque verifico que muitas cidades foram fundadas, e em número ainda maior de guerras foi encerrado, enquanto se estabeleceram as mais sólidas alianças e a mais sagrada das amizades, não apenas pela argumentação racional, mas também, e ainda com maior presteza, por meio da eloquência” (p. 130). Podemos conferir, ainda, a seguinte afirmação: “A força da ‘eloquência e da persuasão’ é tamanha que ‘as coisas futuras e remotas se afiguram presentes’ (SKINNER, 1999, p. 131). Neste mesmo texto, temos a seguinte citação de Bacon (do qual Hobbes foi secretário): “se os afetos em si fossem cordatos e obedientes à razão, seria verdade que as persuasões e insinuações não teriam grande serventia para a vontade”.

Neste período, costumava-se dizer que *o saber em si é silencioso*. Daí a necessidade da eloquência<sup>3</sup> – da arte retórica – para persuadir as pessoas à crença na verdade desvelada. Nesse contexto, a razão para efetivar-se ou validar-se dependeria da arte retórica. Seguindo esse entendimento a razão seria desprovida, per se, de qualquer força constritiva. A racionalidade não teria como característica intrínseca o poder constringente de convencer o outro acerca das verdades descobertas. Assim, a persuasão promovida pela eloquência não seria simplesmente útil, mas imprescindível.

Esse entendimento de Cícero foi objeto de divergências com Hobbes, como se depreende da análise de *Elementos da Lei Natural e Política* (1640) e *Do Cidadão* (1642). Amparado pelos pressupostos do empirismo, Hobbes sustenta que se deve raciocinar com o amparo de premissas baseadas na experiência sensível. Quando se utiliza desta prática, consegue-se compartilhar com os outros, de forma clara, quaisquer entendimentos, sem intermédio da retórica. Ademais, acreditava-se que a retórica propiciava a ambiguidade, e isto poderia gerar sublevação, chegando a sugerir que se proscrisse a arte retórica do campo da Ciência Civil.

Hobbes assevera – em *Do Corpo Político* – que a ambiguidade é uma espécie de mal que se deve esmagar, porque permite enunciar falsas doutrinas e, por conseguinte, incitar a rebelião. Movido a traduzir *A Arte Retórica* de Aristóteles, com o objetivo de analisar mais detalhadamente esta questão, Hobbes constata que os retóricos não se interessavam pela verdade, mas exclusivamente com a vitória, alcançada ao persuadir o(s) interlocutor(es). Entende, então, que a ciência não precisava estar vinculada à eloquência. Afinal, pode-se crer nas verdades da ciência sem a intervenção de quaisquer mecanismos persuasivos. Não obstante, o papel do método científico consiste em validar suas descobertas, demonstrando-as e evidenciando-as de forma clara, possibilitando – mesmo aos indivíduos mais limitados e obtusos – compreender a partir dele.

---

3. “A eloquência é indispensável para que os homens persuadam outros a aceitarem as verdades que a razão descobre” (CÍCERO apud SKINNER, 1999, p. 130).

Ao rejeitar a arte retórica como um instrumento de ensino, Hobbes sustenta que a educação do indivíduo deve estar fundamentada em uma verdade consensual. Não se deve utilizar a eloquência para validar uma verdade: “o sinal infalível de ensinar exatamente e sem erro é este: que nenhum homem jamais tenha ensinado o contrário; não poucos, por menos que sejam, mas nenhum” (HOBBS, 1958, p.150). Entende-se que a persuasão propicia no ouvinte um tipo de conhecimento que se exaure no campo da *doxa*, sendo que apenas aqueles que buscam ensinar utilizando-se do método persuasivo, preocupam-se com esta última. Por outro lado, o ato de oferecer saberes corretamente, sem interferência de erros, configura-se como um ensinamento, no qual não se suscitam questionamentos de ordem diversa à proposta. Não devem haver controvérsias ou discordâncias sobre o tema tratado, porque o objeto do ensino não pode ser controverso. Acredita-se que a verdade tende a colocar-se do lado de poucos em detrimento da multidão. Quando o sugerido ocorre e ninguém, na multidão, discorda do conhecimento proposto é a única possibilidade de se inferir que o objeto de ensino é conhecido (Ibid.). Logo, ao considerar as formas de divulgação do conhecimento consolidado, deve-se considerar a diferença entre persuasão e ensinamento, porque enquanto este tem como característica a não-controvérsia, a persuasão caracteriza-se exatamente pelo contrário: a controvérsia. Diante desse quadro, persuadir é opinar enquanto ensinar é estabelecer consenso.

A distinção entre persuasão e ensinamento – por consenso – assemelha-se à distinção entre persuasão e convencimento defendida por Oliveira (2004), que se ampara nos entendimentos dispostos na *Nova Retórica*, de Perelman (1958, 1999). Afinal, a mais comum das formas de encarar o discurso persuasivo – que se utiliza dos estratégias de persuasão – não apresenta uma distinção bem demarcada entre persuasão e convencimento. Pelo contrário, apresenta o convencimento como uma forma de persuasão.

Na base do problema enfrentado por Hobbes, está a utilização da eloquência para sustentar – suposto(s) – conhecimento(s), em virtude da fragilidade deste procedimento, insuficiente para assegurar verdades. Hobbes retoma entendimento socrático acerca da

incompatibilidade entre ensino e persuasão, verdade e *doxa*, conhecimento verdadeiro e retórica. Por isso considera que ensinar implica “gerar em outrem as mesmas concepções que temos em nós” (HOBBS, 1958, p. 149). Essa concepção estabelece um vínculo entre o discurso e a possibilidade de sustentar o conhecimento em uma experiência anterior, tal como preconizado – posteriormente – por Perelman na elaboração da sua *regra de justiça de natureza formal*, segundo a qual “seres pertencentes a uma mesma categoria essencial devem ser tratados de modo semelhante”. Para dirimir quaisquer controvérsias, busca-se gerar uma evidência – compartilhada, consensual – e, por conseguinte, o entendimento no interlocutor, distanciando-o das dúvidas e possibilitando o ensinamento. Por outro lado, quando não se produz esse consenso nas argumentações, prevalecendo a discórdia, incorre-se em erro e se mostra imprescindível a utilização da retórica, com seus mecanismos de persuasão, para conquistar a adesão do interlocutor, inviabilizando a produção de um conhecimento verdadeiro. Hobbes sustenta, com base em tais entendimentos, uma distinção entre a Arte Retórica e a Lógica. No entanto, ao vedar à retórica qualquer utilidade no campo da formação do indivíduo, Hobbes também nega importância para outros segmentos do saber atrelados ao campo das humanidades – Gramática, Poesia e História, por exemplo – uma vez que as considera incapazes de conduzir a uma verdade sólida. A presente passagem ratifica esse entendimento:

É necessário que a Filosofia seja tratada com Lógica. Isso porque a meta dos estudiosos da Filosofia não é mobilizar as emoções, porém saber com certeza. Assim sendo a Filosofia nada tem a ver com a Retórica. Outrossim, o objetivo é conhecer o caráter necessário das consequências e a veracidade das proposições universais. Portanto, a Filosofia nada tem a ver com a História. E tem ainda muito menos a ver com a Poesia, que narra acontecimentos individuais e que, além disso, despreza declaradamente a verdade (HOBBS, 1992, p.134).

A Filosofia<sup>4</sup> busca o conhecimento efetivo das coisas. Seus objetos devem conter – em si – a possibilidade de desvelamento; devem

---

4. Philosophy is defined by Hobbes as the reasoned knowledge of effects from causes, and causes from effects. To philosophize means to think correctly; now, to think is

ser passíveis de conhecimento preciso e propensos à divisão, para uma análise meticulosa. A História, por sua vez, enquanto um conhecimento pautado na experiência, partindo dos efeitos, possibilita a identificação de conjecturas que indicam as possíveis causas dos acontecimentos observados. No entanto, essa condição de possibilidade acerca da conexão entre os fatos, não permite uma condução à(s) evidência(s) ou à(s) verdade(s). De modo análogo, não podemos pensar em verdades com a Poesia, que se constitui enquanto um segmento do saber desprovido de proposições universais, capazes de terem validadas as suas assertivas, impossibilitando a construção de um discurso verossímil. Tais situações ilustram, para Hobbes, a impossibilidade da aquisição do conhecimento proposto pelos humanistas e a insuficiência da retórica na produção do conhecimento.

Elementos importantes no âmbito da retórica – como a gesticulação e a entonação<sup>5</sup> – a equivocidade, tão peculiar à linguagem natural, merece especial atenção. É da natureza das palavras proporcionar equívocos<sup>6</sup>. Uma mesma palavra pode ter seu significado fundado a partir do contexto, perpassando por problemas da diversidade de pronúncia e gestos à utilização de metáforas, *tropos* ou figuras de linguagem, conforme o interesse particular, a paixão ou o contexto em que está inserido o orador e aquilo que intenciona provocar em seu público. Tais procedimentos possibilitam uma compreensão diversa para a mesma palavra usada em diferentes contextos:

---

“to compound and resolve conceptions” i.e., to add or subtract, to compute, or to reckon; hence, to think correctly means to combine what ought to be combined, and to separate what ought to be separated. Hence it follows that philosophy can have no other object than *composable* and *decomposable* things, or bodies (BRANDT, 1928, p. 226).

5. Hobbes trata dessa questão no capítulo IV, do *Leviatã*. A propriedade de equivocidade é atribuída, também, a todas as metáforas (HOBBS, 1958, p. 78).
6. Esta equivocidade dos nomes dificulta a recuperação das concepções para as quais o nome foi estabelecido. Tal dificuldade incide não só na linguagem dos outros, cujo rumo, ocasião e contexto devem ser tão considerados quanto às próprias palavras, como também no nosso próprio discurso; este, por derivar do costume e do uso comum da linguagem, não representa as nossas próprias concepções (HOBBS, 1958, p. 78).

[...] ao raciocinar, o homem tem de tomar cautela com as palavras, que, além da significação daquilo que imaginamos de sua natureza, também possuem uma significação da natureza, disposição, e interesse do locutor. Assim são os nomes de virtudes e vícios, pois um homem chama sabedoria àquilo que outro homem chama temor, crueldade o que para outro é justiça, prodigalidade o que para outro é magnanimidade, gravidade o que para outro é estupidez, etc. E, portanto, tais nomes nunca podem ser verdadeiras bases de qualquer raciocínio. Como também não o podem ser as metáforas, e os tropos do discurso, mas estes são menos perigosos, pois ostentam sua inconstância, ao passo que os outros não o fazem (HOBBS, 1983, p. 26).

O uso da retórica suscita uma preocupação fundamental referente à produção de uma definição coerente e, por assim dizer, da utilização do método científico. Este método serviria para consubstanciar o conhecimento livre de ambiguidades e equívocos, promovendo o entendimento desejável. Para atingir esse nível de entendimento, tal como proposto por Hobbes, deve-se ter critério ao vincular os termos com aquilo que se analisa. Não obstante, associar as paixões<sup>7</sup> e percepções de acordo com termos ou nomes compartilhados entre os interlocutores, de tal maneira que eles saibam o significado que se está atribuindo ao nome, a definição consolidada, buscando seguir a ideia de evidência proposta por Hobbes. Afinal, há uma predisposição à imprecisão na utilização dos nomes que designam as coisas, tendendo a denominá-las conforme os juízos de valor de cada qual.

Hobbes temia os resultados de um convívio da obtusidade com a retórica. As consequências engendradas nessa combinação seriam responsáveis pelo estágio híbrido da insensatez com a eloquência. A insensatez, mediante o uso da eloquência e da arte retórica, conduziria à sedição. A mera opinião – *doxa*, desprovida de conhecimento verdadeiro – corresponderia a uma intersecção entre a escassez de sabedoria e o excesso de eloquência. As pessoas, com o objetivo de

---

7. As paixões do homem são tanto o começo de todos os seus movimentos voluntários, como são o começo da linguagem, que é o movimento de sua língua. (Cf. HOBBS, 1958, p. 81).



converter os interlocutores ao assentimento de suas crenças e valores, tendem a denominar as coisas conforme suas paixões, em detrimento dos significados e da aplicação adequada das palavras. O afastamento da retórica enquanto ferramenta para a disseminação de conhecimento verdadeiro impede que essas pessoas compartilhem as suas próprias paixões com os seus respectivos interlocutores – que podem ter paixões iguais às suas – evitando conflitos e tensões prejudiciais à própria humanidade:

Considerado isso, juntamente com a atividade que tem de exercer aquele que é autor da rebelião (qual seja), de fazer os homens acreditarem que a rebelião deles é justa, sua insatisfação, fundamentada em grandes ofensas, e suas esperanças, grandiosas, não há maior necessidade de comprovar que não pode haver autor de rebelião que não seja um orador eloquente e poderoso, e, ademais, um homem de pouca sabedoria (HOBBES apud SKINNER, 2002, p. 381).

Hobbes condena a facúndia, por entender que a sua prática serve de força motriz aos conflitos, dentre os quais a guerra civil. Esta prática instiga as paixões dos indivíduos e tem como móbil o uso metafórico das palavras. Embora os retóricos sejam eloquentes e tenham a possibilidade de concatenação do pensamento mediante uma organização sistemática de ideias, eles produzem um discurso vazio de conteúdo e desprovido de significado, afastando os interlocutores do conhecimento verdadeiro acerca das coisas.

Hobbes combatia o uso da arte retórica devido à possibilidade de suscitar o *pathos*. Afinal, por estar subordinada aos desejos dos indivíduos ela poderia incitar a comunidade à sedição<sup>8</sup>. O uso da retórica – ou seja, o uso da linguagem de forma eloquente sem o devido critério – preocupando-se apenas com as possibilidades de obter

---

8. “[...] numa assembleia constituída por muitos é inevitável que alguns tenham interesses contrários ao interesse público, e estes podem deixar-se apaixonar por seus interesses, a paixão pode torná-los eloquentes, e a eloquência pode conquistar outros para a mesma opinião. Porque as paixões dos homens, que isoladamente são moderadas, como o calor de uma tocha, numa assembleia são como muitas tochas, que se inflamam umas às outras (especialmente quando sopram umas nas outras com discursos) até pegarem ao Estado, sob pretexto de aconselhá-lo” (HOBBES, 1979, p. 159).

benesses e satisfazer desejos escusos, tende a tornar-se um instrumento pernicioso em mãos inescrupulosas.

No entanto, ainda que discordasse do uso da retórica como elemento estruturante de verdades, Hobbes reavalia suas críticas no tocante à relação entre a razão e a retórica, apropriando-se desta última em o *Leviatã* (1651). A sua mudança de posicionamento esteve relacionada a conjunturas desfavoráveis à aceitação das verdades. Para atingir um público mais heterogêneo, Hobbes precisou negar o pressuposto de que a ciência teria a capacidade de convencer pelo desvelamento das verdades. Sentiu-se compelido a associar a razão à eloquência, para propiciar o convencimento dos seus compatriotas e obter deles o entendimento e a crença sustentada no *Leviatã*. O motivo para a mudança de posicionamento acerca da relação entre razão e retórica – e, por conseguinte, da sua ideia de Ciência Civil – foi explicado inicialmente no *Leviatã* e explicitado no *Behemoth*: as causas da guerra civil. Hobbes concluiu que os presbiterianos<sup>9</sup> – que ele designava como ministros fanáticos – foram os responsáveis pela rebelião, porque a retórica por eles utilizada incitou a população à sedição. Hobbes chega a ser ainda mais incisivo e assevera que eles foram os responsáveis pelos mortos daquela guerra<sup>10</sup>. Assim, por influência dos seus contemporâneos – no período do seu exílio na França – se vê compelido a fazer uso de expedientes retóricos, por constatar que o poder da razão e da ciência não se mostrava suficiente, no contexto

- 
9. Meu Bom Senhor, que flamas de sedição acendeu a religião nesta parte tão formosa do mundo? Os principais cabeças de nossas comunidades religiosas guerreiam entre si, e muitos milhões de homens foram levados à ruína e a perecer todos os dias, a pretexto da piedade (LIPSIUS).
  10. A Inglaterra, no século XVII, passava da monarquia absoluta para a monarquia constitucional. Os ingleses tiveram que fazer duas revoluções contra a dinastia dos Stuarts (1603-1688), para conseguir o que almejavam: a primeira foi sangrenta, a segunda, pacífica. A primeira revolução ocorreu em 1640, foi provocada pela tirania política e religiosa de Carlos I (1625-1649), o parlamento organizou, imediatamente, uma guerra civil, que durou cinco anos (1642-1647); depois, parte do exército levantou-se contra o rei. O principal adversário militar do rei foi Oliver Cromwell (1599-1658), que, por fim tornou-se senhor da situação e mandou decapitar o monarca, proclamando a república –1649 – entretanto sua “ditadura” foi benéfica para o povo. Foi titulado Lorde Protetor e governou seu povo de maneira “justa” (MASON, 1964, p. 131).

em que estava inserido, para convencer uma maioria de ignorantes e ‘tolos’, consoante o juízo de valor estabelecido pelo próprio Hobbes. Por isso, necessitava utilizar-se da retórica para tornar a verdade conhecida pela razão mais aceita, acessível e disseminada. Ao realizar esse procedimento, apropriou-se das crenças dos seus ouvintes – como pressuposto da argumentação, assumindo os valores admitidos pelo auditório – e, com isso, entendeu que propiciaria uma melhor aceitação das verdades propostas naquele contexto. Com isso, constatou Hobbes, que tão importante quanto alcançar o indivíduo em sua capacidade racional, consiste em acessar o *pathos* na tentativa de envolver e persuadir o público alvo.

Cumprido destacar que, neste caso, não se está a referir apenas aos ignorantes propensos à persuasão – que poderiam ter uma leitura distorcida da realidade, permeada de equívocos – mas também aos doutos. Afinal, mesmo os homens capazes de usar a reta razão, estão suscetíveis ao engano – seja por calcular erroneamente, seja por perceber a realidade através de um prisma comprometido com as suas paixões e interesses.

Contudo, mesmo estes homens capazes de exercer um cálculo mais apurado e usar a *ratio* para avaliar as consequências dos nomes gerais usados para (re-)significar o pensamento – ou seja, indivíduos que possuem habilidades para analisar as proposições e construir argumentações compatíveis e aceitáveis – estão propensos à falibilidade, ainda que sejam capazes de convencer a muitos outros das suas certezas.

E assim como na aritmética os homens sem prática estão fadados a errar e a calcular de maneira inexata, e os próprios professores podem fazê-lo com frequência, também em qualquer outro tema de raciocínio os homens mais capazes, mais atentos e mais experientes podem enganar-se e inferir falsas conclusões. Não é que a razão em si não seja sempre a reta razão, tal como a aritmética é uma arte certa e infalível: mas é que nem a razão de um só homem, nem a razão de um número qualquer de homens constitui a certeza, assim como nenhum cálculo, por conseguinte, é feito com maior exatidão pelo fato de um grande número de homens o haver aprovado por unanimidade (HOBBS, 1979, p. 30).

Não se deve esquecer, entretanto, que é possível acreditar em um argumento como verdade irrefutável e fazer um grupo acatá-lo de forma unânime, utilizando-se exclusivamente da capacidade de calcular e, ainda assim, ter partido de uma premissa falsa. Neste caso, têm-se uma inferência inválida. Diante do exposto, depreende-se que mesmo no contexto de homens comuns e cultos, sequer a cultura – a razão e o acúmulo de conhecimento – impossibilitam o erro. A falibilidade é, portanto, inerente à natureza humana. A reta razão, ao que parece, não é a única perceptora da verdade. Quando se argumenta contra interesses, a razão nada pode fazer ou conseguir frente ao debate público. O agente propulsor das ações humanas – quer se trate de pessoas comuns ou não (como os príncipes, por exemplo) – não tem seus impulsionadores fundamentados apenas na razão, mas também na satisfação de seus interesses pessoais, ou seja, com vista a alcançar benesses.

Ao abordar o componente pragmático da argumentação – que consiste no efeito persuasivo dos argumentos – Hobbes estava sinalizando para a corruptibilidade peculiar da natureza humana. Essa questão era um ponto significativo, pois considerando-se que a verdade pudesse prejudicar os interesses de um indivíduo ou de um grupo, esta verdade, por mais clara que se apresentasse – por mais provas científicas que se lhe pudesse atribuir – seria negada, questionada e até mesmo eliminada.

## **2. A PERSUASÃO NO PENSAMENTO DE WITTGENSTEIN: UMA SITUAÇÃO EXEMPLAR**

A persuasão foi combatida por Thomas Hobbes em virtude dos equívocos que ela pode engendrar e, sobretudo, pelo fato de se posicionar como uma ferramenta de bloqueio à propagação do conhecimento fidedigno. Definitivamente vinculada à retórica, a persuasão obsta a aquisição do conhecimento verdadeiro<sup>11</sup>, porque se posiciona favorável a propiciar enganos e imprecisões. No contexto

---

11. De modo que sem palavras não há qualquer possibilidade de reconhecer os números, e muito menos as grandezas, a velocidade, a força, e outras coisas, cujo cálculo é necessário à existência, ou ao bem-estar da humanidade. (HOBBS, 1983, p. 22).

do pensamento Wittgensteiniano, por outro lado, a persuasão surge no momento em que ocorre a ausência de razões para fundamentar determinadas escolhas. No *Da Certeza* (Cf. §609, p.171) Wittgenstein ratifica esse entendimento fazendo uso da oposição entre duas formas de vida<sup>12</sup> distintas. Sugere, assim, uma situação hipotética na qual o indivíduo busca um fundamento adequado, para servir de suporte às suas ações. Tomando como orientação as formas de vida com as quais a sociedade contemporânea ocidental está habituada, compreende-se a atitude do indivíduo em comento. Ele adota como guia os pressupostos científicos – devidamente alinhados com um sistema de investigação – cuja credibilidade está cristalizada pela sociedade. Entretanto, caso este mesmo indivíduo, contrariando todas as expectativas, sustentasse a sua ação através de uma consulta ao oráculo, considerar-se-ia o seu comportamento implausível, porque a sua escolha estaria em desconformidade com as formas de vida consideradas dignas de credibilidade. Assim, ao se creditar maior valor a um dos modos de fundamentação, em detrimento daquele que se lhe opõe, faz-se uso de um jogo de linguagem<sup>13</sup> para combater a fundamentação associada a uma forma de vida que tende a ser considerada primitiva<sup>14</sup>.

---

12. A noção de formas de vida (*Lebensform*) acaba não sendo definida por Wittgenstein, pois ela adquire significado na conjunção com os jogos de linguagem e com as regras utilizadas nas mais variadas circunstâncias. A forma de vida consistirá na concordância de respostas de qualquer certa comunidade linguística, o que consequentemente, desemboca na concordância de juízos e definições dentro de um discurso com valor de verdade. (PERUZZO JÚNIOR, 2011, p.79)

13. Jogos de linguagem são interações, sistemas de comunicação. Um jogo de linguagem não é uma parte de uma linguagem e sim, uma linguagem completa em si mesma; um jogo de linguagem é um sistema completo de comunicação humana. Há uma infinidade de jogos de linguagem, bem como há uma infinidade de jogos pré-existentes e outros que criamos (WITTGENSTEIN, 1992 apud ALONSO JÚNIOR, 2011, p.70).

14. A teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein, apoiada em uma semântica finitista, conduz à afirmação do caráter convencional de todo conhecimento. Porém, não são decisões arbitrárias dos indivíduos que determinam o que conta como convencional. As convenções linguísticas estão ancoradas em padrões de atividade coletiva “formas de vida”, segundo Wittgenstein. Esta abordagem dos problemas da cognição conduz à rejeição de toda análise do conhecimento fundada em um “princípio de racionalidade”, concebido como atributo individual, independente das relações sociais. (PALÁCIOS, 1994, p.186)

O exemplo em questão apresenta duas modalidades de procedimento antagônicas e inconciliáveis. Os que concebem e defendem a adoção de uma delas são conduzidos a combater a outra, ignorando que são detentores de fundamentos alicerçados em formas de vida e jogos de linguagem específicos. A superação do entrave, que decorre de situações semelhantes à do exemplo sugerido, dificilmente decorreria da apresentação de justificativas. De nada adiantaria a apresentação de razões científicas, por exemplo, para combater o indivíduo que busca fundamento para as suas ações consultando um oráculo. A persuasão, nesse contexto, surge como instrumento de superação do entrave. Diz Wittgenstein: “No fim das razões vem a persuasão (Pense no que acontece quando os missionários convertem os nativos)” (1990, p.173). O convencimento, neste caso, exigiria o compartilhamento de uma mesma gramática<sup>15</sup> e a inserção nos domínios de uma mesma forma de vida. Quando ocorre um entrave, as formas de percepção – e expressão – se mostram incompatíveis e obstam qualquer possibilidade de convencimento. Diante de uma ruptura ou na impossibilidade de se fazer uso do mesmo jogo de palavras, abrem-se as portas para o processo de persuasão. Quando não se faz possível apresentar razões – porque elas não serão compreendidas – mostra-se imperativo estabelecer a conversão do indivíduo, trazendo-o para uma outra forma de vida, no interior da qual as experiências

---

15. Wittgenstein reconhece ao conceito de “Gramática” – a partir de textos que remontam ao início dos anos trinta, ou seja, ao período da sua retoma da atividade filosófica, como *Philosophische Grammatik*, *The Big Typescript*, *The Blue Book* ou *The Brown Book* (notas e compilações de apontamentos de aulas) ou no texto das notas retiradas por Friedrich Waismann e organizadas por B.McGuinness, *Wittgenstein und der Wiener Kreis* (um escrito de compilação das suas conversas com membros do Círculo de Viena) – um duplo estatuto: (1) A Gramática é a forma de estruturação que subjaz às frases e aos enunciados discursivos em que se incorporam as primeiras e para o sentido dos quais concorrem (portanto, frases e enunciados têm uma forma ou estrutura gramatical e os segundos obedecem a uma combinatória semanticamente estruturada a partir da forma das primeiras); (2) Gramática é também um corpo de normas e de regras para a composição e concatenação dos elementos de uma “molécula discursiva” (por exemplo, um jogo de linguagem), arbitrariamente dispostas e ao abrigo das quais é possível fazer um exercício de verificação analítica – intradiscursivo – da sua correção sintática, quer dizer, da sua conformidade ou não conformidade com esse corpo de parâmetros normativos. (FALCATO, 2012, p.8)

se processam conforme uma gramática compartilhada por ambos, favorecendo a ocorrência de um jogo de linguagem. Ao apropriar-se desta gramática – que será comum a ambos – o indivíduo mostrar-se-á apto à cognição.

Existe uma proximidade entre os conceitos de *persuasão* e *conversão*, no pensamento de Wittgenstein. Essa ideia de conversão se apresenta no *Da Certeza* (§92), através de uma situação exemplar:

(...) podemos perguntar: terá alguém razão importante para acreditar que a Terra existe apenas há pouco tempo, digamos, a partir do momento em que essa pessoa nasceu? – suponha-se que sempre lhe tenham dito isso, – teria ele boa razão para pôr em dúvida? Há homens que têm acreditado que podem fazer chover: por que razão um rei não seria educado na crença de que o mundo começou com ele? E se Moore e este rei se encontrassem e discutissem será que Moore conseguiria provar que a sua convicção é que estava certa? Não digo que Moore não pudesse **converter** o rei à sua opinião, mas seria uma conversão de um gênero especial; o rei seria levado a encarar o mundo de modo diferente. Lembremo-nos de que as pessoas se convencem, às vezes, do acerto de uma opinião por causa da sua simplicidade ou simetria, isto é, são levadas a adotarem essa opinião. As pessoas dizem então, simplesmente, qualquer coisa do gênero: <<É assim que deve ser>>. (WITTGENSTEIN, 1990, p.39)

A simetria (afinidade) é capaz de conduzir as pessoas a adotarem um determinado posicionamento, fazendo-os estar convencidos do acerto de uma opinião. Logo, não há uma distinção entre *persuasão* e *convencimento* nas ideias de Wittgenstein, semelhante àquela sugerida por Hobbes para distinguir os modos de persuadir e os modos de ensinar. Quando alguém foi persuadido a respeito de algo, significa que foi conduzido a determinada condição através de um processo de conversão da sua opinião. Se esta conversão foi causada pela simetria – e a simetria é que o faz estar convencido acerca do acerto de uma opinião – então, é através da *conversão* que as pessoas se convencem. Ora, se esta conversão é o próprio processo de persuasão, não há distinção entre *persuasão* e *convencimento*, porque é através da persuasão que as pessoas se convencem. Na melhor das hipóteses a persuasão poderia ser vista como

um procedimento que, em determinados casos, pode ser utilizado para convencer alguém.

### 3. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

a questão precípua – caracterizada pela possibilidade de compreender que a ignorância é exacerbada e a população facilmente manipulável e suscetível à sedução pelas palavras – consiste em aferir que a tomada de decisão de Hobbes, referente à sua postura diante do uso da retórica, revela-se de grande importância para propiciar o entendimento e a aceitação das verdades propostas pela ciência, no contexto da modernidade. Afinal, as descobertas científicas precisavam de um terreno fértil para serem aceitas. A população não era composta só de intelectuais e cientistas; a grande massa precisava conhecer as verdades elucidadas e isto era necessário para a manutenção da paz. Uma população ignorante, desconhecadora da verdade, pode ser utilizada como massa de manobra e as pessoas com perfil manipulador poderiam ter como balizadores determinantes os seus interesses pessoais. Surge desta constatação a necessidade de uma linguagem clara, para a multidão ter acesso às descobertas científicas e não precisar de intermediários para sua explicação – bem como não favorecer o despertar crenças equivocadas, devido a uma linguagem inacessível ou passível de erros e absurdos na sua compreensão.

Assim, considerando os aspectos abordados – e a propensão da população para se deixar conduzir pelas palavras – depreende-se que Hobbes se vê compelido a aceitar (e utilizar) a retórica e o uso dos estratagemas persuasivos da linguagem. Ele percebe que a aceitação da verdade não está submetida apenas à condição de possibilidade de cognição e à inteligibilidade, mas à vinculação desta com a possibilidade de engendrar o alcance das benesses desejadas.

Com efeito, Hobbes sinalizava para a questão moral<sup>16</sup> – envolvida no uso da retórica – e a real intenção daqueles que dela se

---

16. “Para essa tradição, a virtude consiste sobretudo no modo como nos apresentamos aos outros, ou, para usar uma expressão de Bacon, na vestimenta (*garment*) da



apropriavam. Contudo, a necessidade de ampliar o alcance do seu auditório – e de ter credibilidade – culminou na utilização da arte retórica como uma aliada. Vale ressaltar que o uso era criterioso, buscando evitar a possibilidade de cometer erros, abusos da linguagem. Por isso, caracteriza-se a necessidade de se pensar – em contexto oportuno – quais os usos possíveis para esta linguagem, tendo em vista a necessidade de evitar a utilização indevida e a possibilidade de sucumbir diante de erros e abusos – propiciando, destarte, o equívoco, que aparta o indivíduo do entendimento adequado.

Por outro lado, a função da persuasão – conforme o pensamento de Wittgenstein – é servir de ferramenta de conversão nos casos em que há divergentes formas de vida e, por conseguinte, a ausência de compartilhamento de uma *gramática* comum. Neste caso, a persuasão encontra-se intrinsecamente ligada à ideia de convencimento. No entanto, a aplicação da expressão convencimento estaria reservada para os casos em que ocorre um intercâmbio linguístico normal e os interlocutores reconhecem a igualdade de condição entre eles. Ou seja, as pessoas não se convencem porque há uma evidência absoluta – que “paira no ar” e pode ser apreendida – mas porque pertencem a uma comunidade que está ligada por certos elementos – como a ciência e a educação – compartilhando de uma gramática e fazendo uso de jogos de linguagem compreendidos por todos, em seu uso efetivo. Sendo assim, diante da inexistência de uma essência absoluta – que

---

alma, que deve se compor de maneira a encobrir a imperfeição natural de nossas paixões e salientar suas qualidades. Trata-se efetivamente de nos mostrarmos mais coerentes e harmônicos do que verdadeiramente somos em nosso interior, mas não como uma forma de falsidade ou de engodo, e sim como uma maneira de nos aperfeiçoarmos pela aparência, fazendo da virtude uma boa apresentação de nós mesmos. Isto é o que Cícero denominava *decorum*, um comportamento que revela de maneira apropriada uma boa disposição de caráter e o que, no tempo de Hobbes, costumava-se chamar uma *boa dissimulação*. A dissimulação é boa porque por meio dela construímos nossa perfeição moral e porque é requerida por uma convivialidade agradável. Já não compreendemos mais a virtude dessa maneira. Para nós, a virtude consiste sobretudo numa boa intenção, ou seja, não na harmonia de nosso comportamento exterior mas na qualidade das motivações íntimas que o inspiram. E é porque já estamos distantes da concepção hobbesiana da virtude que se torna difícil para nós pensar, como Hobbes pensou, uma relação indissociável entre a política e a moral” (LIMONGI, 2002, p. 45).

possa ser apreendida e compreendida de igual modo por toda e qualquer pessoa racional – constata-se a existência de uma multiplicidade de formas de vida.

A função da persuasão consiste, a partir desse prisma, em modificar a crença de um indivíduo por meio de “sedução argumentativa” fazendo-o migrar para uma outra forma de vida, que diverge daquela na qual ele foi orientado. Assim, cabe à persuasão oferecer uma nova “cosmovisão”, uma imagem de mundo diferente, algo que apenas se mostra possível porque não há o compartilhamento de uma gramática comum entre eles. Se houvesse evidência, compartilhamento de um mesmo entendimento nuclear, a persuasão seria desnecessária. No conjunto, ambos conduzem ao assentimento de que a evidência é algo que se produz por meio da linguagem, conforme estratégias argumentativas que conduzem ao entendimento – convencimento – ou à persuasão – ação.

## Referências

- ALONSO JÚNIOR, Sebastião. *Jogos de Linguagem e “Ares de Família” na Filosofia madura de Ludwig Wittgenstein*. **EVELLI – Revista de Educação, Linguagem e Literatura da UEG** – Inhumas, v. 3, n.2 – outubro de 2011, p. 68-81.
- BRANDT, Frithiof. **Thomas Hobbes’s Mechanical Conception of Nature**. London, 1928.
- CITELLI, Adilson. **Linguagem e persuasão**. São Paulo: Ática, 1988, 2002.
- CUNHA, Tito Cardoso (Org.). *14 Estratégias da persuasão*. **Revista de Comunicação e Linguagens**. n. 14. Lisboa, Universidade Nova de Lisboa: Dez./1991.
- CUNHA, Tito Cardoso. *Retórica a técnica da persuasão*. In: **Notícias Magazine**. 22 de Junho de 1997.
- ESTEVES, J. P. *A persuasão na ordem da interação*. Paixão e mistérios do quotidiano na Sociologia de Erving Goffman. **Revista de Comunicação e Linguagens**. n. 14. Lisboa: Edições Cosmos/Universidade Nova de Lisboa, 1991. p. 55-68.
- FALCATO, Ana Cristina Serralheiro. **A Filosofia como Terapia Gramatical segundo Wittgenstein**. Covilhã: LusoSofia/ Universidade da Beira Interior, 2012.

- HOBBS, Thomas. **A Natureza Humana**. Lisboa, 1958.
- HOBBS, Thomas. **De Cive**: Elementos Filosóficos a Respeito do Cidadão. Petrópolis: Vozes, 1993.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores).
- HOBBS, Thomas. **Os Elementos da Lei Natural e Política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. (Coleção Clássicos WMF)
- LIMONGI, Maria Isabel. **Hobbes**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- MASON, S.F. **História da Ciência**: as Principais Correntes do Pensamento Científico. Trad.: Flavio Lacerda e José Veilinho. Porto Alegre: Globo, 1964.
- OLIVEIRA, Eduardo Chagas. *Persuasão e Convencimento na Teoria da Argumentação perelmaniana*. In: OLIVEIRA, Eduardo Chagas (Org.). **Chaim Perelman**: Direito, Retórica e Teoria da Argumentação. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2004, p. 67-80.
- PALÁCIOS, M. *O programa forte da sociologia do conhecimento e o princípio da causalidade*. In: PORTOCARRERO, V., org. **Filosofia, história e sociologia das ciências I**: abordagens contemporâneas. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994. 272 p.
- PARRET, Herman. *Os argumentos do sedutor*. **Revista de Comunicação e Linguagens**. n. 14. Lisboa, Universidade Nova de Lisboa: Dez./1991. Pp.
- PERELMAN, Chaim **A Nova Retórica**: Tratado da Argumentação. 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes: 1958, 1999. 566 p.
- PERUZZO JÚNIOR, Leo. O conceito de *Lebensform* (formas de vida) na filosofia de Wittgenstein. **Revista Itaca**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2011, p.73-85.
- PIAGET, Jean. **O Desenvolvimento do Pensamento**: Equilibração das Estruturas cognitivas. Trad.: Álvaro de Figueiredo. Lisboa: Dom Quixote, 1977.
- SARTRE, Jean-Paul. **O Ser e o Nada**. Trad.: Paulo Perdigão. Editora Vozes. Petrópolis, 1997.
- SKINNER, Quentin. **Razão e Retórica na Filosofia de Hobbes**. São Paulo: UNESP, 1999.
- SOULEZ, Antonia. **Dictées de Wittgenstein à Waismann et pour Schlick**, Paris, PUF: 1997.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da Certeza**. Trad. : Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 1990.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad.: José Carlos Bruni. São Paulo : Abril Cultural, 1979.



## Capítulo VI

# A improbidade administrativa por fraude em licitações nos casos de concessão do serviço de transporte público municipal

*Fábio Santos\**

*Greice Alves Nascimento\*\**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Evolução Histórica do Processo de Controle e Fiscalização da Gestão Pública no Brasil com Foco na Improbidade Administrativa; 2.1 Conceito de improbidade administrativa; 2.1.1 A relação entre o princípio da Moralidade e a Improbidade Administrativa; 2.1.2 A Improbidade Administrativa como causa de medida punitiva; 3 O Processo Licitatório na Esfera Pública e a Incidência de Fraude como Causa de Improbidade Administrativa; 3.1 Principais pontos da lei 8.666/1993; 3.1.1 Fraude em licitações como forma de prejuízo ao erário; 4 Aspectos relevantes da Concessão de Serviços Públicos e a Obrigatoriedade da Realização de Processo Licitatório; 4.1 O transporte público municipal; 4.2 A fraude em licitações nas concessões de serviço de transporte público municipal; 5 Considerações Finais; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Considerando o atual cenário político brasileiro em que a corrupção tornou-se manchete nos principais jornais do Brasil e do mundo, surgiu o interesse em debater os institutos legais que protegem

---

(\*) Mestrado e Doutorado pela Universidade Salvador Laureate International Universities (UNIFACS). Bolsista e pesquisador CAPES. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC); Especialista em Direito Público e em Docência do Ensino Superior. e-mail: fabiosantosdireito@gmail.com.

(\*\*) Graduada em Direito pela Faculdade de Tecnologia e Ciências (2017). Graduada em Administração de empresas pela Universidade Estadual de Santa Cruz (2009). e-mail: greicegan@hotmail.com.

a coisa pública, dentre os quais, destacaremos àqueles que visam combater a Improbidade Administrativa; tal instituto corresponde a um ato ilícito que visa responsabilizar agentes públicos por condutas impróprias.

Dessa forma, na intenção de esclarecer uma angustia íntima e ao mesmo tempo popular surge a seguinte problemática: De que forma pode ocorrer improbidade administrativa por fraude no processo licitatório quando da concessão do serviço de transporte público municipal? Responder a tal indagação é o que se propõe o presente ensaio, servindo de instrumento para gestores municipais, servidores estatais, empresas privadas que queiram contratar com o poder público por meio de processo licitatório nas concessões de serviço público, assim como também servirá de mecanismo de informação aos cidadãos que utilizam o serviço oferecido.

É cediço que a corrupção visa, acima de tudo, a obtenção de vantagem indevida, violando a moral e os bons costumes, transgredindo diretamente os princípios constitucionais elencados no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ao tratar de fraude no processo licitatório tem-se que dentre os 05 (cinco) princípios supramencionados, 03 (três) deles são absolutamente ignorados quando da prática de condutas ímprobas, quais sejam: a legalidade, a impessoalidade e a moralidade. Isso porque, diferente dos particulares em geral, a Administração Pública somente pode fazer aquilo que a lei permite. Dessa forma, a partir da edição da Lei 8.666 (Lei de Licitações) no ano de 1993, a gestão pública passou a ter a necessidade de padronizar seu processo de contratação, visando acima de tudo o cumprimento daquilo que já havia sido estabelecida com a Constituição Federal de 1988, a impessoalidade.

Outrossim, a preocupação com o efetivo cumprimento das normas constitucionais quanto a ocorrência de desvio na conduta do agente público no exercício da função continuou a existir. Com isso, após o estabelecimento constitucional dos aspectos da Improbidade Administrativa, em 1992 entrou em vigor a lei federal 8.429 prevenindo as sanções que seriam aplicadas aos agentes públicos nos casos

por ela definidos, demonstrando o cuidado do corpo legislativo em oferecer à sociedade instrumentos normativos mais específicos na punição dos gestores públicos que agissem na intenção de lesar o patrimônio coletivo.

Destarte, o objetivo geral busca analisar a improbidade administrativa por fraude em licitações nos casos de concessão do serviço de transporte público municipal, o que da margem aos seguintes objetivos específicos: relacionar a evolução da gestão pública à lei 8.429/1992, lei de improbidade administrativa; analisar o processo licitatório na esfera pública e a incidência de fraude como causa de improbidade administrativa; descrever os aspectos relevantes da concessão de serviços públicos e a obrigatoriedade da realização de processo licitatório; e por fim, compreender a incidência de fraude em licitações na concessão do serviço de transporte público.

Portanto, no intuito de atender aos objetivos estabelecidos optou-se por seguir uma cronologia no estudo, com isso, inicialmente serão apresentados os principais aspectos da improbidade administrativa, assim como seu vínculo com a gestão pública, seu conceito, sua relação com o princípio da moralidade e suas formas de combate. Em seguida serão trazidos à discussão as características e fundamentos do processo licitatório brasileiro, para logo depois tratar da concessão de serviço público, delimitando o estudo as concessões de transporte público municipal, para, por fim, vincular a improbidade administrativa às fraudes ocorridas nas licitações de transporte público municipal.

Logo, a finalidade da pesquisa será esclarecer quais fatores contribuem para ocorrência de determinado fenômeno, utilizando-se para isso de meios qualitativos, pois não há aqui interesse em mensurar resultados. Para isso, fará uso de elementos indiretos ou secundários, enquadrando a pesquisa como bibliográfica, fundamentando-se em materiais publicados em livros, jornais, redes eletrônicas, usando como critérios de pesquisa os aspectos referentes à fraude em licitações como causa de Improbidade Administrativa.

## **2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DA GESTÃO PÚBLICA NO BRASIL COM FOCO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

A sociedade humana, desde sua origem, enfrenta conflitos de ordem social e moral, necessitando de regras de conduta para constituição de uma harmonia social. É amplamente admitida a ideia de que a coação social impõe mudanças no cenário político, servindo de ferramenta efetiva para a fiscalização da gestão pública. Dessa forma, no que tange aos crimes contra a Administração Pública é possível afirmar que a sociedade possui papel elementar na implementação de medidas mais eficazes no combate à corrupção.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 37 foi pioneira ao inserir no capítulo da Administração Pública o tema improbidade administrativa. Contudo, antes da edição da carta magna já existiam legislações que previam medidas punitivas para àqueles agentes que atentassem contra a Fazenda Pública (CARVALHO; DOURADO; OLIVEIRA, 2017).

Di Pietro (2014) apresenta a cronologia histórica dessa evolução, inferindo que no ano de 1941 o Decreto – lei 3.240 passou a determinar o sequestro de bens de indivíduos denunciados por delitos que causassem dano à Fazenda Pública. Este regramento constituiu-se, nas palavras de Rizzardo (2014, p.514), como “[...] o primeiro diploma que previu sanções, como a perda do patrimônio, para os atos de enriquecimento ilícito e lesivos ao Poder Público [...]”. Além disso, Rizzardo (2014) admite ainda, que a Constituição de 1981 definia como crime de responsabilidade os atos praticados pelo Presidente da República que violassem a probidade da administração, assim como a Constituição de 1934 chamou tal conduta de improbidade, já o mandamento constitucional de 1937 trouxe regras sobre a moralidade administrativa, introduzindo sanções para a prática de crimes contra a probidade administrativa.

Outrossim, Di Pietro (2014) ressalta ainda que partir do posicionamento legal introduzido pelo Decreto – lei 3.240 de 1941, a



Constituição da República de 1946 determinou a necessidade de uma regulamentação específica para o sequestro e perdimento de bens quando estes institutos importassem algum tipo de enriquecimento ilícito em detrimento de cargo ou função ocupado por agente público. Dessa forma, esta constituição instituiu em seu art. 141 § 31 a criação de lei posterior que regulamentasse tais institutos. Assim, objetivando atender ao que previa o dispositivo constitucional mencionado, em 01 de junho de 1957 foi promulgada a lei 3.164, conhecida como Lei Pitombo – Godói Ilha, que deu maior amplitude ao tratar da proteção à Fazenda Pública, inserindo a independência de qualquer sanção de natureza criminal, estabelecendo em seu art. 1º que:

São sujeitos a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquele incorrido. (BRASIL, 1957, online)

Ressalta Rizzardo (2014), que assim como a Constituição de 1946, a Constituição de 1967, também requereu a criação de lei ordinária posterior para regulamentação do tema perdimento de bens e dano ao erário. Nas palavras deste autor duas leis ordinárias foram responsáveis pela concretização das normas constitucionais, a lei 3.164/57 efetivando o que pedia a Constituição de 1946, e a lei 3.502/58 que segundo este autor:

[...] a lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958 (Lei Bilac Pinto), que definia hipóteses de enriquecimento ilícito por influência ou abuso de cargo ou função, estabelecia a legitimidade para a ação de administração direta ou indireta, sempre que verificado o enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo de confiança. No entanto, revelando a fragilidade da regulamentação, sequer contemplava destacadamente as situações reveladoras de lesão ao erário e nem previa sanções fortes para as condutas lesivas aos princípios e deveres administrativos. (RIZZARDO, 2014 p. 515).

Logo, constata-se que mesmo após a regulamentação dessas leis, muito ainda era necessário fazer, pois apesar do corpo legislativo nacional passar a enrijecer o regramento de proteção à Fazenda Pública, haviam lacunas que necessitavam ser sanadas. Diante disso,

a Constituição Federal de 1988 recepcionou os aspectos traçados pelas leis ordinárias supramencionadas (lei 3.164/57 e 3.502/58) e, conforme trazido no início deste tema, foi pioneira ao inserir um capítulo voltado à Administração Pública, tendo pela primeira vez a expressão improbidade administrativa prevista no artigo 37 §4º com a seguinte redação:

Art. 37, § 4º – Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (CARVALHO; DOURADO; OLIVEIRA, 2017, p. 35)

Rizzardo (2014) lembra ainda que pesar da publicação das leis ordinárias, fazia-se necessário um elemento mais duro e eficaz que trouxesse medidas drásticas. Assim, conforme assegura Di Pietro (2014), a lei 8.429/92 surgiu para regulamentar o que dispunha o art. 37 § 4º da Constituição Federal de 1988, e com sua entrada em vigor as leis 3.164/57 e 3.502/58 foram expressamente revogadas.

Além disso, esta autora aduz que antes da entrada em vigor da lei 8.429/92 somente os atos que gerassem enriquecimento ilícito eram passíveis de punição, diferente da amplitude dada pela nova lei.

Para Barbosa (2010) com a entrada em vigor da Lei de Improbidade, lei 8.429/92, percebeu-se uma maior preocupação popular com os casos de corrupção na Administração Pública.

Ademias, o termo improbidade administrativa era utilizado pelas constituições anteriores à de 1988 apenas para designar infrações de cunho político, sua definição apenas foi introduzida pela lei 8.429/1992, conforme assegura Di Pietro (2014).

Evidencia-se que a Carta Magna trouxe o reflexo da inquietude social quanto às desonestidades na gestão pública. Por mais irônico que pareça a lei 8.429 foi sancionada pelo então presidente Fernando Collor de Melo, que renunciou ao mandato após denuncia de Impeachment.

## 2.1. Conceito de improbidade administrativa

Após entender o processo histórico pelo qual passou a legislação brasileira até se chegar a atual concepção de improbidade administrativa, torna-se relevante compreender o conceito trazido pelos doutrinadores sobre o tema, tendo em vista que este instituto necessita ser combatido com rigor.

O vocábulo improbidade administrativa pode ser utilizado para designar corrupção, desonestidade, malversação administrativa, ou ainda, o exercício da função pública maneira ilegal ou imoral seja pela omissão indevida de atuação funcional, seja pela não observância dolosa ou culposa das normas legais. Destarte, ímprobo é aquele que age com deslealdade no desempenho das atribuições funcionais, que transgredir as normas da lei e da moral. (BARBOSA, 2010, online)

Além disso, este autor ainda integraliza a definição afirmando que a improbidade administrativa também ocorrerá por meio de qualquer conduta ilegal, seja ela dolosa ou culposa, cometida por qualquer agente público.

Os atos de improbidade são aqueles que atentam contra o erário, o patrimônio público e os princípios e parâmetros da ordem moral e constitucional, praticados pelos agentes públicos e por aqueles que lidam com o erário e os bens do Estado, isto é, pelas pessoas ligadas a atividades que interessam ou são executadas em favor dos entes públicos. (RIZZARDO, 2014, p. 503).

O conceito trazido por Rizzardo possui uma amplitude significativa, pois abarca a ideia da quebra de confiança do gestor público para com a sociedade, tendo em vista o abuso do poder exercido com o patrimônio público que tem sob seu domínio. Além disso, este autor apresenta também os três elementos inovadores introduzidos pela lei 8.429/92, quais sejam: enriquecimento ilícito, dano ao erário e atentar contra os princípios constitucionais, de fato nenhuma outra legislação englobou esses três aspectos da improbidade.

Através das definições trazidas é possível inferir que a corrupção corresponde a uma forma de manifestação da improbidade, e, infelizmente, mostra-se presente no cenário político brasileiro há

muitos séculos. Silveira (2017) aduz que o ponto inicial da corrupção no Brasil se deu com a colonização, pois o vínculo existente entre Monarca e Administradores baseava-se na busca por favorecimentos pessoais e obtenção de lucros, evidenciando um descaso com o interesse coletivo. Apesar, do tempo decorrido desde então, ainda existem gestores públicos que permanecem por descuidar da coisa pública, reiterando praticas ilícitas e corruptíveis.

A sensação de impunidade fez surgir a falsa ideia de que as ações de corrupção eram toleráveis pela sociedade, o que desencadeou uma crescente onda de violação aos direitos da coletividade, especialmente na gestão da coisa pública. Daí então se dá a grande importância da Lei de improbidade administrativa, pois, segundo Martins (2010, p. 230) ela “trouxe um significado especial ao agente público: medo de sua aplicação, em face das sanções existentes especialmente aquela relativa à suspensão dos direitos políticos [...]”. O caráter sancionador implantado pela lei 8.429/92 promoveu no centro político do país um aprimoramento do sistema jurídico, fortalecendo os mecanismos de combate à corrupção.

Para Martins (2010) o campo de incidência da Lei de Improbidade administrativa consiste em preservar o patrimônio público, punindo àqueles que agem contra este. Este autor destaca as três esferas de improbidade trazidas pela lei e completa que tais modalidades são meramente exemplificativas, podendo, dessa forma, serem aplicadas em outros contextos de condutas ímprobas, não se limitando ao expressamente transcrito na legislação.

A lei de improbidade administrativa apresenta ainda:

Sobre o processo e as garantias necessárias quanto à persecução judicial, disciplinando a ação civil pública reparatória e medidas cautelares de sequestro de bens e indisponibilidade, assim como estabelece o poder-dever da autoridade administrativa em instaurar o competente ‘processo’ para apuração de eventual prática de improbidade administrativa. (MARTINS, 2010, p.234)

Diante do exposto, constata-se que a conceituação de improbidade administrativa foi trazida pela entrada em vigor da lei 8.429/92,

Carvalho; Dourado; Oliveira (2017), o que contribuiu de maneira significativa para o avanço da punibilidade no país.

### ***2.1.1. A relação entre o princípio da moralidade e a improbidade administrativa***

Considerando o cenário político brasileiro em que as constantes denúncias revelam um grau de corrupção elevado, é possível inferir que o desvio ético aparenta está enraizado na essência humana, desse modo, ressalta-se a importância do princípio da Moralidade para a consecução de uma gestão administrativa pautada na honestidade e na ética.

Ao tratar de Moralidade e Probidade, é comum vislumbrar esses institutos como meros sinônimos. Di Pietro (2014) admite que ambas as expressões se aproximem do conceito de honestidade na gestão da coisa pública, pois envolve não apenas o cumprimento dos preceitos legais, mas também uma atuação administrativa pautada na ética e na boa – fé.

Por outro lado, existem posicionamentos que entendem que moralidade e probidade possuem aspectos diferentes, como expressa Carvalho (2017, p.197):

[...] a noção de improbidade não se confunde com a de imoralidade, sendo esta uma das modalidades daquela, ou seja, as situações de improbidade administrativa são muito mais amplas do que a violação ao princípio da moralidade [...].

Nesse sentido, entendemos que os dois posicionamentos se complementam, pois de fato os conceitos de aproximam no que tange a ausência de honestidade na conduta, mas, de fato o âmbito da improbidade abrange muitos outros aspectos não tratados pelo princípio da moralidade. Dessa forma, convém mencionar o entendimento da autora Di Pietro sobre a inclusão do princípio da moralidade na Constituição da República:

A inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público. Até então, improbidade administrativa

constituía infração prevista e definida apenas para os agentes políticos. Para os demais, punia-se apenas o enriquecimento ilícito no exercício do cargo. Com a Inserção do princípio da moralidade na Constituição, a exigência de moralidade estendeu-se a toda Administração Pública, e a improbidade ganhou abrangência maior, porque passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos e a abranger infrações outras que não apenas o enriquecimento ilícito. (DI PIETRO, 2014, p. 900)

Outrossim, na intenção de adentrar mais especificamente no tema tratado e expor de que forma se aplica a lei de Improbidade Administrativa aos causadores de dano à coletividade, é que trataremos a seguir das medidas punitivas advindas da lei 8.429/92 (CARVALHO; DOURADO; OLIVEIRA, 2017).

### ***2.1.2. A improbidade administrativa como causa de medida punitiva***

A sociedade humana de maneira geral necessita de regramentos capazes de inibir o comportamento ilícito, desse modo, as sanções servem não apenas para punir comportamentos tipificados na ordem jurídica, mas também para obstar a prática desses atos.

Para Carvalho (2017), a improbidade administrativa se divide em 03 (três) espécies: ações ou omissões que geram enriquecimento ilícito, em detrimento da função pública; ações ou omissões que geram dano ao erário; e ações ou omissões que atentam contra os princípios da administração pública. Estes institutos estão expressamente previstos na lei 8.429/92 em seus artigos 9º, 10 e 11. Além disso, foi incluído pela Lei Complementar 157 de 2016 o artigo 10 – A, que prevê mais uma espécie de Improbidade Administrativa: a dos Atos Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário.

Ainda para Carvalho (2017) a prática de atos de improbidade poderá gerar sanções nas três instâncias, penal, administrativa e cível, destacando que as previstas na lei 8.429/92 apesar de possuir natureza cível não impossibilita a verificação de responsabilidade penal ou administrativa.

A partir desse entendimento deve-se conceber que as instâncias penal, cível e administrativa são independentes entre si e que os atos de improbidade poderão ser sancionados nas três esferas. Nesse sentido, abaixo a autora Di Pietro (2014 p.906) esclarece de que forma um ato de improbidade poderá ser considerado um ilícito penal:

A primeira observação a fazer é no sentido de que um ato de improbidade administrativa pode corresponder a um ilícito penal, se puder ser enquadrado em crime definido no Código Penal ou em sua legislação complementar. É o que decorre da primeira redação do dispositivo constitucional, quando, depois de indicar as medidas sancionatórias cabíveis, acrescenta que a lei estabelecerá sua forma de gradação “sem prejuízo da ação penal cabível”.

Com isso, tem-se que o ato de improbidade isolado, não constitui crime, podendo, no entanto ter sua tipificação prevista em lei. Vale ressaltar que as sanções estabelecidas pelo artigo 37 § 4º da Constituição Federal (a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário) não possuem natureza penal, mas sim, natureza civil, conforme já exposto anteriormente (CARVALHO; DOURADO; OLIVEIRA, 2017).

Da mesma forma, quando o ato de improbidade é praticado por servidor público, tal modalidade corresponderá a ato ilícito, e, portanto, passível de sanção pela via administrativa, porém, o regime que embasa o processo pelo qual passará o servidor são os estatutos de cada órgão competente. Segundo Carvalho (2017) o servidor que praticar ato de improbidade ficará sujeito à ocorrência de processo administrativo disciplinar – PAD –, conforme estatuto do órgão que estiver vinculado, para apurar a aplicação de sanções administrativas. Além disso, poderá incidir sobre este servidor a aplicação de sanções de caráter penal, no caso de sua conduta corresponder a um ilícito devidamente tipificado no Código Penal, e, por fim, poderá haver responsabilização na esfera civil, enquadrando-o na lei 8.429/92.

A prática do ato de improbidade poderá ser imputada a “qualquer pessoa que atue em nome da Administração mesmo que temporariamente e até mesmo sem remuneração”, conforme expressa

Carvalho (2017, p.198). Logo, contata-se que não existe a necessidade de uma vinculação permanente do agente público com a Administração, bastando que este atue seu nome. No entanto, não são apenas os agentes públicos que estão sujeitos às sanções relativas à improbidade administrativa, Carvalho (2017) destaca que os particulares também podem responder por atos de improbidade, sendo necessário que reste comprovado o benefício ou concorrência deste na prática do ilícito.

Dessa forma, verifica-se que quanto ao sujeito ativo da improbidade administrativa, tem-se que poderá ser o agente público ou mesmo o particular. Por outro lado, o sujeito passivo abrange a Administração Pública de maneira ampla, o que significa dizer que abrange a Administração Direta, Indireta e até mesmo as demais entidades que recebem dinheiro público (CARVALHO, 2017).

Outrossim, agora que já foi possível compreender quais são as partes que atuam nos polos ativo e passivo da relação processual nos casos de improbidade administrativa, cabe destacar de que forma deve-se proceder quando da propositura da ação correspondente. De acordo com Carvalho (2017, p. 204), “Pode ser proposta pela Pessoa Jurídica lesada ou pelo Ministério Público, que deverá atuar, necessariamente, como fiscal da lei (*custus legis*) em caso de não ser o autor da ação”.

### **3. O PROCESSO LICITATÓRIO NA ESFERA PÚBLICA E A INCIDÊNCIA DE FRAUDE COMO CAUSA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Ao longo dos anos viu-se no país uma busca desenfreada na tentativa de combater as ações dos agentes públicos em fraudar a legislação de controle e fiscalização dos seus atos. Diante disso, o legislador se empenhou na tentativa de fechar as lacunas existentes para a prática desse tipo de ilícito, criando e aprimorando recursos que fossem capazes de minimizar a incidência de condutas ímprobas.

Com efeito, após tratar da improbidade administrativa e sua evolução legal, relevante se faz apresentar os aspectos referentes ao



surgimento da lei de licitações e sua relação com o instituto da improbidade, objetivando analisar de que forma a fraude no processo licitatório constituiria causa de enquadramento em uma das suas modalidades.

Segundo Motta (2013, p. 311), “observadores do ambiente social, político e jurídico, corroborados pela opinião pública, são unânimes em afirmar que as leis no Brasil, tem existência precária: são ignoradas, desobedecidas e ineficazes”. Este autor destaca que a grande quantidade de leis existentes em nosso país se deve a crença do corpo legislativo de que apenas a letra legal seria capaz de combater os desvios de conduta na gestão pública. Tal posicionamento se mostra plausível, tendo em vista que é necessário muito mais que leis promulgadas para impedir a prática de ações desonestas, o controle e fiscalização das condutas também têm importância decisiva.

Nesse cenário legislativo, surgiu no ano de 1993 a lei 8.666, lei de licitações e contratos da Administração Pública, tal dispositivo visa, acima de tudo estabelecer um procedimento administrativo anterior a todo e qualquer contrato realizado com a Administração, existindo exceções taxativamente previstas na lei.

Com efeito, o autor Dromi (1975) apud Di Pietro, (2014, p. 373) apresenta o conceito de licitação trazendo o seguinte:

[...] pode-se definir licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará a mais conveniente para celebração do contrato.

Nessa mesma linha de pensamento, Carvalho (2017) manifesta-se no sentido de que a licitação corresponde a um procedimento prévio inerente a todos os contratos, destacando ainda que haverá licitação todas as vezes que a administração necessitar contratar, ressaltando, as hipóteses de dispensa e inexigibilidade.

Entretanto, considerando a relevância do tema, mostra-se necessário destacar sinteticamente a sua construção legislativa até se chegar à formatação que possui nos dias atuais.

De acordo com Motta (2013), 03 (três) textos antecederam a legislação sobre licitações e contratos, consistindo em regramentos voltados à contabilidade e à contratação de obras pelo poder público. Em 08 de janeiro de 1922 foi criado o Decreto nº 15.783 estabelecendo o Regulamento de Contabilidade, já em 28 de janeiro do mesmo ano foi promulgado o Decreto Legislativo 4.536 – Código de Contabilidade –, e finalmente houve a estruturação do Regulamento de Obras através dos decretos 73.140/73 e 2.300/86. Para Motta (2013) os textos supramencionados serviram de fundamento para o anteprojeto elaborado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que originou o projeto de lei nº 1.491, responsável pela criação da lei 8.666 de 21 de junho de 1993.

Cumprе ressaltar que a lei de licitações e contratos buscou dar cumprimento ao texto constitucional, tendo em vista que o art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988, Carvalho; Dourado; Oliveira, (2017), prevê a necessidade de realização de processo licitatório a todos os concorrentes, de forma que assegure a igualdade de condições.

Outrossim, o autor Carvalho (2017, p.89) destaca ainda que “compete a União legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos”, destacando também que além da lei 8.666/93, existe a lei 10.520 (lei do pregão) que trata das licitações apenas nesta modalidade, porém, esta lei não será alvo de estudo no presente trabalho.

Dessa forma, observa-se o caráter obrigatório das licitações, segundo Di Pietro (2014, p. 373)

[...] mesmo as entidades privadas que estejam no exercício de função pública, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, submetem-se à licitação.

Logo, todos os órgão da Administração Pública estão obrigados a licitar, sejam eles da administração direta ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme estabelece o art. 1º da lei 8.666/93 (CARVALHO; DOURADO; OLIVEIRA, 2017).

Com efeito, antes de adentrar nas características essenciais das licitações, é de fundamental importância demonstrar sua íntima vin-

culação aos contratos administrativos, já que a lei 8.666/93 tem a designação de lei de licitações e contratos.

Segundo Carvalho (2017, p.115), os contratos administrativos “são aqueles que a Administração celebra sob o regime público, com todas as prerrogativas inerentes à condição de Estado. São regidos pela lei 8.666/93, que estipula suas normas gerais”. Ao mencionar que os contratos administrativos são regidos por regime público, este autor destaca que nesses contratos o Estado goza de prerrogativas e vantagens que assegurem a supremacia do interesse público sobre o privado, tais prerrogativas estão previstas no art. 58 da lei 8.666/93 (Carvalho; Dourado; Oliveira, 2017) e revelam, dentre outros, a modificação unilateral do contrato por parte do Estado, visando o interesse público, assim como a rescisão unilateral do contrato.

Outrossim, a lei 8.666/93, Carvalho; Dourado; Oliveira (2017), destaca ainda em seu art. 62 que a obrigatoriedade do instrumento do contrato, também conhecido como termo do contrato, se dá apenas nas modalidades concorrência e tomada de preços, assim como nos casos de dispensa e inexigibilidade quando os valores forem os mesmos das modalidades mencionadas; nos demais casos seria facultativo a utilização do termo, podendo optar por outra forma de instrumento (carta – contrato, autorização de compra, entre outros). Diante disso, Carvalho (2017) destaca que não existe uma dispensa integral do contrato formal, apenas do termo de contrato, havendo necessidade de documentação que formalize a contratação de algum modo. Este autor revela ainda que há nulidade de qualquer contrato verbal realizado com a Administração Pública.

A seguir serão apresentados os pontos relevantes da lei de licitações e contratos, destacando seus principais conceitos e características para que seja possível compreender a cadeia de eventos para realização de uma contratação com o poder público.

### **3.1. Principais pontos da lei 8.666/1993: finalidades, tipos e modalidades de licitação**

A lei de licitações e contratos – lei 8.666/93 – Carvalho; Dourado; Oliveira, (2017) – abarca em seus artigos todos os pontos neces-

sários para realização do procedimento licitatório. Contudo, algumas definições doutrinárias precisam ser trazidas ao estudo para que haja uma compreensão adequada desta.

São 03 (três) as finalidades das licitações: selecionar a proposta mais vantajosa para o poder público, garantir a isonomia no processo de contratações e buscar o desenvolvimento nacional sustentável. Cumpre destacar que estas finalidades estão estampadas no art. 3º da lei 8.666/93, o qual traz ainda a necessidade de conformidade com os princípios da legalidade, impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa e da vinculação ao instrumento convocatório. Além disso, a finalidade da busca pelo desenvolvimento nacional sustentável somente foi inserida após entrada em vigor da lei 12.349, no ano de 2010 (CARVALHO, 2017).

Dessa forma conclui-se que:

[...] o instituto da licitação passa por uma necessária mudança conceitual. Hoje, não mais diríamos que o processo licitatório visa unicamente selecionar o contrato mais vantajoso para suprimento do setor público. Esta seria uma definição pobre, mesmo considerando os princípios da eficiência e da economicidade balizadores do instituto. A consciência do momento em que vivemos pleiteia uma nova concepção da licitação, a ser doravante entendida como procedimento que resguarde o mercado interno – integrante do patrimônio nacional – e que incentive o desenvolvimento cultural e socioeconômico do país. (MOTTA, 2013, p. 321).

Antes de adentrar nos tipos de licitação, faz-se necessário destacar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório que nas palavras de Carvalho (2017) corresponde, como regra, ao edital, podendo ser a carta – convite no caso da modalidade convite de licitação.

Para a autora Di Pietro (2014) o princípio de vinculação ao instrumento convocatório é de essencial importância sendo sua inobservância causa de nulidade do procedimento, assegurando que o art. 41 da lei 8.666/93 dispõe que as normas e condições do edital não podem ser descumpridas.

Os tipos de licitações podem ser estabelecidos no edital sob quatro critérios, os quais podem constar no edital como forma de

escolha do vencedor da proposta mais vantajosa à administração. São tipos de licitação: melhor preço; melhor técnica; técnica e preço; e maior lance (CARVALHO, 2017).

O art. 45 da lei 8.666/93, Carvalho; Dourado; Oliveira (2017) estabelece que a comissão de licitação deverá realizar o julgamento das propostas de forma objetiva e em conformidade com os tipos de licitação, destacando no §1º que tais tipos só não abrangem a modalidade concurso.

Quanto às modalidades de licitação, tem-se que a lei 8.666/93 prevê a existência de 05 (cinco) delas, dispostas no art. 22, a saber: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Segundo a autora Di Pietro (2014, p.411) “nos cinco primeiros parágrafos contidos no dispositivo, define cada uma dessas modalidades; no § 8º, veda a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo”. Dessa forma, considerando o respeito ao princípio da legalidade, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei permite, o regramento destacado acima possui caráter obrigatório. A sexta modalidade de licitação que é o pregão está disposta na lei 10.520 de julho de 2002 (CARVALHO; DOURADO; OLIVEIRA, 2017).

A concorrência, segundo Carvalho (2017) corresponde a uma modalidade licitatória mais ampla, em que não há limite de ingresso podendo dela qualquer pessoa participar, sendo obrigatória nos contratos de valores mais altos. E, conforme art. 23 da lei 8.666/93, Carvalho; Dourado; Oliveira (2017) esta modalidade deve ser obrigatória para contratos de obras e serviços de engenharia acima de R\$: 1.500.000,00 (Um milhão e quinhentos mil reais); e para contratos de compras de bens e aquisição de serviços acima de R\$: 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil). Carvalho (2017) destaca ainda que existem alguns contratos que são exceção à regra de valor, pois a lei determina a obrigatoriedade da modalidade concorrência quando da realização de licitação; é o que ocorre com os contratos de concessão de serviço público, regulamentada pela lei 8987/95, Carvalho; Dourado; Oliveira (2017), cujo conteúdo será analisado posteriormente, tendo em vista tratar – se de um pilar da presente pesquisa.

Segundo Santos e Filho (2011) a Tomada de preços é uma modalidade de licitação em que os interessados já devem possuir cadastro nos registros dos órgãos ou pessoas administrativas com quem deseja contratar ou adquirir condições técnicas para o cadastro até o terceiro dia anterior ao do recebimento das propostas. Este autor destaca também que a amplitude desta modalidade é menor pois abrange apenas os que estiverem cadastrados. O art. 23 da lei 8666/93, Carvalho; Dourado; Oliveira (2017) prevê um limite máximo para contratações dessa modalidade, em contratos de obras e serviços de engenharia até R\$: 1.500.000,00 (Um milhão e quinhentos mil reais) e em contratos de compras de bens ou aquisição de serviços até R\$: 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

A modalidade que possui o menor formalismo é a Convite, conforme expressa Santos e Filho (2011), já que esta corresponde a de menor valor de contratação, contratos de obras e serviços de engenharia até R\$: 150.000,00 (cento e cinquenta mil) e contratos para compras e aquisição de bens e serviços até R\$: 80.000,00 (oitenta mil), dispostos no art. 23 da lei 8666/93, Carvalho; Dourado; Oliveira (2017). Carvalho (2017) destaca que apenas participação do certame apenas aqueles que tiverem sido convidados à participar do certame, estando estes cadastrados ou não, além disso, há uma necessidade de no mínimo três convidados para a escolha desta modalidade, sendo concedida a exceção para o caso de restrição de mercado.

Santos e Filho (2011) concebe que as três modalidades apresentadas (concorrência, tomada de preços e convite) possuem o mesmo objetivo que é a contratação de obras, compras e serviços, enquanto que as modalidades leilão e concurso possuem particularidades próprias, diferenciando-se também quanto ao objeto de contratação.

Carvalho (2017) ressalta que a modalidade concurso não pode ser confundida com o concurso público para provimento de cargos, a modalidade licitatória concurso deve ser usada para a seleção de trabalhos técnicos, artísticos e científicos pela Administração Pública. De acordo com Santos e Filho (2011) o intuito da Administração ao optar por este tipo de modalidade é selecionar um projeto de cunho intelectual e dar a este um prêmio ou remuneração.

O leilão por outro lado, é uma modalidade licitatória para alienação de bens, ou seja, quando o poder público deseja vender bens, conforme assegura Carvalho (2017). Este autor afirma também que podem ser alienados bens móveis ou imóveis, dos bens imóveis apenas aqueles que foram adquiridos por dação em pagamento ou decisão judicial, pois os demais só poderão ser alienados pela modalidade de concorrência. Já os bens móveis que podem ser alvo de alienação por leilão são os inservíveis, penhorados e apreendidos.

Cada modalidade licitatória deve atender aos procedimentos legais para constituição e concretização do certame, existindo em cada uma delas peculiaridades e especificidades próprias, tanto na fase interna como na fase externa. Não constitui objetivo deste estudo abranger o procedimento de cada modalidade, apenas da modalidade de concorrência cujo entendimento se faz necessário para compreensão do problema de pesquisa deste trabalho. Porém, antes de tratar das fases procedimentais, convém entender os mecanismos mais usados para fraudar etapas licitatórias.

### ***3.1.1. Fraude em licitações como forma de prejuízo ao erário***

A Administração Pública carrega consigo a presunção de legitimidade e verdade nos atos que pratica. Porém, um grande problema enfrentado no país, corresponde à prática de fraude nos contratos com a Administração. Antes de adentrar ao tema proposto cabe conceituar fraude.

Segundo Enciclopédia Jurídica (2014, online) fraude significa:

Engodo, embuste, estratagem, sagacidade que leva o iludido à aparência adulterada da veracidade. **Ação** prejudicial eivada de **má-fé** e deflagrada por alguém contra terceira pessoa ou mesmo da comunidade. A **ação de fraudar** visa transformar ou alterar um produto, ou mesmo de ocultar a **qualidade** viciada deste, objetivando lucro **ilícito**, sendo, assim, passível de **nulidade**.

Ao abordar anteriormente o tema de licitações, ficou evidenciado o caráter obrigatório deste instituto, sendo seu respaldo esta-

belecido pela Constituição Federal em seus art. 37, XXI. Além disso, o art. 90 da lei 8.666/93 (Carvalho; Dourado; Oliveira, 2017, p. 1052), presente no capítulo IV (Das sanções administrativas e da tutela judicial) desta lei, dispõe que

Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente de adjudicação do objeto da licitação.

Logo, constata-se que realização de fraude tem por objetivo principal o ato lesivo a terceiro e o amparo legal impõe como crime a prática de tal conduta.

No que diz respeito à fraude em licitações como forma de prejuízo ao erário, tem-se o que diz o artigo 10, VIII da lei 8.429/92 (BRASIL, 1992, ONLINE):

Art. 10 – Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

Assim, a legislação traz como forma de causa de prejuízo ao erário à fraude em processos licitatórios destacando também a dispensa indevida desta, que serão tratados em tópico posterior.

De acordo com Mendes (2014), no que diz respeito à lesão ao patrimônio público, a contratação de serviços inexistentes e a superestimação de faturamento são as duas modalidades mais comuns de fraude em licitações. Para esta autora o superfaturamento ocorre quando o valor da obra ou serviço é sobretaxado, sendo elevado indevidamente o preço cobrado com a intenção de beneficiar terceiro. Já os serviços fantasmas ou inexistentes, correspondem àqueles que só são efetivamente concretos no papel, não tendo sido realizados na prática.

Ao estabelecer no art. 3º da lei 8.666/93 Carvalho; Dourado; Oliveira (2017) que a licitação destina-se, dentre outras, a garantir a



isonomia e a seleção da melhor proposta, fica evidenciado o aspecto competitivo no processo licitatório, e é justamente esta característica que revela a essência do procedimento, tendo em vista que a existência de mais de um interessado força a necessidade de igualar as chances de cada candidato (MENDES, 2014).

Contudo, Mendes (2014) afirma que mesmo sendo um procedimento repleto de mecanismos que visam dar cumprimento a sua eficácia, a realização de licitação não garante a probidade administrativa. Revela a autora que existem meios de fraudar a licitação, utilizando mecanismos de participação e até mesmo critérios de julgamentos injustificados, isso evidencia que os agentes públicos que praticam atos ilícitos dessa natureza agem de maneira fraudulenta, mas revestem suas condutas de uma verdade simulada.

De acordo com entendimento expresso por jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Brasil, STJ), contata-se que os gestores públicos por vezes contratam sem realização de licitação e burlam a legalidade do procedimento pela inserção de dados falsos nos relatórios para justificar despesas, ou até mesmo ignoram os limites legais para escolha das modalidades, optando na maioria das vezes pela modalidade convite, pela pouca amplitude presente nesta.

No entanto, cabe ressaltar que segundo Carvalho (2017) quando se trata da concessão de serviços públicos tem-se que a lei 8987/95 (Carvalho; Dourado; Oliveira, 2017) estabeleceu como requisito a necessidade de realização de licitação pela modalidade concorrência, tornando mais rigoroso o procedimento e facilitando a verificação de indícios de fraude.

#### **4. ASPECTOS RELEVANTES DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DE PROCESSO LICITATÓRIO**

Ao tratar de serviços públicos surge implicitamente a ideia da criação de mecanismos capazes de atender ao interesse da coletividade, constituindo – se, para alguns, como a razão de ser do Estado.

Di Pietro (2013) afirma que o conceito de serviço público sofre variação com o tempo e depende diretamente da legislação de cada país considerando uma maior ou menor compreensão das atividades definidas como serviços públicos. Assim, após analisar o conceito trazido por diversos autores, Di Pietro (2013, p.200) conceitua serviço público como

[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado, para que a exerça diretamente, ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Para Carvalho (2017) o serviço público está vinculado diretamente aos princípios que regem o direito administrativo, tendo em vista que se submete ao regime de direito público. Sendo assim, este autor destaca o princípio da continuidade, concebendo que a prestação de serviço público tem por característica ser ininterrupto, além deste, tem-se também os princípios da modicidade das tarifas, em que visa garantir que as tarifas cobradas sejam as mais baixas; princípio da generalidade, objetivando atender ao maior número de usuários possível; princípio da cortesia, cujo sentido é exigir um tratamento urbano e cortês com o usuário do serviço; dentre outros princípios que visam, sobretudo, garantir um serviço de excelência pelo prestador.

Nesse sentido, o autor Justen Filho (2013) estabelece que as formas de serviços públicos: concessão, permissão e a autorização, são instrumentos voltados para a satisfação das necessidades coletivas e um meio de exploração de atividade econômica pelos particulares. Este autor esclarece ainda que os serviços públicos tem relação direta com a satisfação dos direitos fundamentais, sem, contudo, significar que esta é a única forma de satisfazê-los.

A concessão de serviços públicos no entendimento de Justen Filho (2013) é de que corresponde a um instrumento de implementação de políticas públicas, configurando-se como um acordo de vontades.

Assim, Carvalho (2017) afirma que assim como qualquer outro contrato celebrado com a Administração Pública, o contrato de

concessão é constituído por duas partes, de um lado o contratante ou concedente – o Poder Público – e do outro lado o particular contratado ou concessionário. Carvalho destaca também que o contrato somente poderá ser celebrado com pessoas jurídicas ou consórcios de empresas no polo passivo.

A Constituição Federal determinou expressamente a necessidade de realização de procedimento licitatório nos casos de concessão e permissão de serviços públicos, conforme dispõe o art. 175,

Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Dessa forma, nenhum contrato administrativo de concessão de serviço público poderá ser admitido sem prévio procedimento licitatório (CARVALHO; DOURADO; OLIVEIRA 2017, p.77).

No mesmo sentido o art. 2º, II da lei 8987/95 (Carvalho; Dourado; Oliveira, 2017) aduz que a delegação feita pelo poder concedente será mediante licitação e na modalidade concorrência por pessoa jurídica ou consórcio de empresas desde que seja demonstrada capacidade para o seu desempenho.

Para Justen Filho (2013) o procedimento licitatório implicará na realização de procedimento prévio constando uma justificativa da delegação do serviço capaz de deixar todos os interessados cientes das razões e concepções básicas a serem seguidas. Este autor admite também que toda a fase externa estará sujeita ao regramento expresso na lei 8.666/93, no que for aplicável, nos demais casos aplica-se a lei 8987/95, acrescentando ainda que o procedimento da modalidade concorrência seguirá o rito descrito na lei 8666/93, facultando-se ao concessionário a inversão das fases de habilitação e de julgamento, conforme previsão legal descrita no art. 18 – A da lei 8987/93.

É importante ressaltar que as etapas procedimentais da modalidade concorrência de licitação serão apresentadas no tópico seguinte, onde ficará demonstrada de que forma tal procedimento restaria viciado, implicando numa modalidade fraudulenta de contratação.

De acordo com Carvalho (2017, p. 235)

Importa saber que a concessão de serviço público é um contrato administrativo e, como tal, se submete ao regime geral dos contratos previstos na lei 8666/93 com todas as suas obrigações e garantias. Nesse sentido estão implícitas, nos contratos de concessão, as cláusulas exorbitantes previstas na referida lei.

Logo, mecanismos como a modificação e rescisão unilateral do contrato, fiscalização da execução do contrato são garantias dadas ao poder concedente quando da celebração de contrato de concessão.

Conforme expressa Justen Filho (2013) a concessão do serviço público não transforma tal serviço em privado, pois o Estado continua possuindo a titularidade, o que ocorre é apenas um deslocamento da prestação do serviço. Porém o concessionário assume o risco do seu empreendimento, existindo nessa prestação de serviço um compromisso com o interesse coletivo, deve-se observar, antes de tudo o bem comum, assim não poderá haver interrupção do serviço simplesmente por conveniência da concessionária.

Outrossim, cabe ainda ressaltar que nos contratos de concessão de serviços públicos existe um tipo de remuneração diferenciada, em que o usuário do serviço remunera os gastos, possuindo assim uma relação direta entre concessionária e usuário do serviço (CARVALHO, 2017).

#### **4.1. O transporte público municipal**

Tratar de transporte público é uma forma clara de vislumbrar a aplicabilidade dos serviços públicos e as características trazidas anteriormente e expressas na lei 8987/95, tal dispositivo impõe a necessidade da prestação de um serviço adequado aos usuários, de modo que seja possível satisfazer os princípios mencionados anteriormente, a saber: continuidade, eficiência, cortesia, modicidade das tarifas, dentre outros.

Além disso, torna-se imperativo evidenciar o conceito trazido por Meirelles e Burle Filho (2016, p.294), o qual diz que a concessão de serviço público “tem por objeto a transferência da execução de

um serviço do Poder Público ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento, ai incluídos os ganhos normais do negocio, através de uma tarifa cobrada aos usuários”. Dessa forma, é possível visualizar o conceito apresentado aos diversos municípios que delegam a particulares o serviço de transporte por meio da concessão, devendo este serviço ser prestado de forma adequada, significando, com isso, que tal prestação está em conformidade com os princípios dispostos na Constituição Federal e na lei 8987/95, anteriormente tratados.

Contudo, antes de relacionar o transporte municipal a necessidade de uma prestação adequada, é importante entender de que forma tal atividade foi enquadrada como obrigação do Estado.

A partir do disposto no art. 30, V da Constituição Federal de 1988 (Carvalho; Dourado; Oliveira 2017, p.32) temos que:

Art. 30 – Compete aos Municípios:

[...]

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços de públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo que tem caráter essencial;

Logo, fica explícito tratar-se de imposição constitucional, não restando ao município optar pelo seu cumprimento, mas sim cumprir o ato vinculado. É importante observar que o dispositivo destaca ainda que a prestação desse serviço pelo estado poderá ocorrer de maneira direta ou descentralizada, por concessão ou permissão. Desse modo, verifica-se que se o Poder Público assim desejasse poderia, ele próprio, fornecer o serviço de transporte, o que seria uma demonstração clara de centralização de serviço por ente da Administração Direta, conforme fica evidenciado por Santos (2017, p.05):

A Administração Pública direta corresponde as atividades administrativas executadas diretamente pela pessoa estatal, ou seja, é o Estado diretamente realizando a atividade administrativo, por meio de seus órgãos públicos. Esses órgãos públicos encontram-se diretamente subordinados ao Poder Executivo de uma das esferas governamentais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Carvalho (2017) estabelece que, visando alcançar maior eficiência e, por conseguinte, maior especialização, a Administração Pública descentraliza a prestação desses serviços e assim, tem-se a realização de inúmeros contratos administrativos de concessão ou permissão. É o que se verifica nos procedimentos autônomos dos municípios espalhados pelo país.

Segundo Meirelles e Burle Filho (2016), a autonomia administrativa dos municípios mostra-se evidenciada através da competência que possuem na organização e manutenção dos serviços públicos locais. Destacam esses autores que o interesse local é o que torna singular e essencial a prestação do serviço, revelando que a predominância da necessidade do serviço em determinada localidade frente a do Estado – membro ou da União é que demonstra a eventualidade do interesse desses. Por esta razão, se o interesse predominar no Município deve ser de sua competência, já se predominar para o Estado ou para União, o interesse municipal será apenas secundário.

Logo, considerando que o serviço de transporte público está expressamente previsto no art. 30 da Constituição da República, fica clara sua essencialidade e interesse local, devendo os Municípios assumirem a responsabilidade por sua contratação e fiscalização.

Portanto, para que a prestação desse serviço ocorra de maneira adequada e condizente com o parâmetros constitucionais é preciso uma atuação fiscalizadora por parte do Estado. Nesse sentido, Urnau (2003) assegura que é imprescindível que o Poder executivo municipal cumpra o seu papel fiscalizador nas concessões e permissões de transporte coletivo municipal, destacando ainda que o dever de verificar se todas condições pactuadas contratualmente estão sendo cumpridas pelo concessionário.

Dessa forma, visando atender aos interesses da coletividade, sempre de acordo com os princípios que conduzem a Administração Pública, é imprescindível a adoção de mecanismos capazes de assegurar a boa gestão da coisa pública, de forma que seja possível satisfazer os interesses dos usuários do serviço e aos preceitos constitucionais estabelecidos.

## **4.2. A fraude em licitações nas concessões de serviço de transporte público municipal**

Após percorrer pelos conceitos e avanços trazidos pelas leis de licitações e contratos, lei de improbidade administrativa e lei sobre o regime de concessão e permissão da prestação dos serviços públicos, chegou o momento de relacionar esses conceitos à incidência de fraude na contratação com o Poder Público.

Inicialmente, o art. 2º, II da lei 8987/95 Carvalho; Dourado; Oliveira, (2017, p.1064) dispõe que:

Concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre a capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Conforme já foi abordado anteriormente, o princípio da legalidade opera de maneira diferenciada na Administração Pública, dessa forma, ao Poder Público somente é permitido fazer aquilo que a lei permite, enquanto que os particulares podem fazer tudo que não é proibido legalmente, o que pode ser ratificado por Santos e Filho (2011, p.29), ao mencionar que “toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.”. Assim, considerando o disposto no artigo supramencionado, constatou-se que há uma exigência legal para que todos os contratos de concessão de serviço público sejam estruturados pela modalidade licitatória concorrência, existindo nas palavras de Carvalho (2017) uma exceção aos serviços dispostos na lei 9074/95, cuja modalidade poderá ser modificada para leilão, o que não inclui as contratações de transporte público.

Diante disso, somente será possível compreender os desvios na conduta da concedente ou do concessionário após exposição das fases que envolvem o processo licitatório na modalidade concorrência, cujo regramento está disposto na lei 8666/93.

De acordo com Carvalho (2017) a concorrência possui duas fases: uma fase interna e uma fase externa. Na fase interna ocorrem os procedimentos preparatórios ou preliminares por parte da

administração pública, os quais envolvem: a exposição dos motivos para contratar; a definição da dotação orçamentária para a contratação desejada; a designação de uma comissão de licitação; e a elaboração da minuta do edital.

Para Santos e Filho (2011) a formalização do procedimento tem início com a instauração do processo administrativo, destacando que este deverá ser autuado, protocolado e numerado, conforme dispõe o art.38 da lei 8666/93. Afirma ainda, que a comissão de licitação direciona todo o processo, e deve ser integrada por três membros, no mínimo, sendo dois deles servidores públicos.

Já a fase externa corresponde a mais conhecida e popularizada e envolve a publicação do edital seguindo-se da habilitação dos candidatos, do julgamento e classificação, da homologação e por fim da adjudicação. Ressalta Carvalho (2017) que a lei 8987/95 autoriza a inversão das fases de habilitação e classificação, destacando que tal alteração se dá pelo edital e não pela lei.

Visando atender aos princípios constitucionais elencados no art. 37 da Constituição Federal de 1988, cada etapa da fase externa deve ser seguida de um intervalo de tempo para possível impugnação por qualquer cidadão.

Santos e Filho (2011, p.193) asseveram que o edital é o meio de divulgação das regras que serão aplicadas na licitação, “o edital traz uma verdadeira lei porque subordina administradores e administrados às regras que estabelece”. Desse modo, evidencia-se que o edital estrutura-se sob os ditames legais e o processo licitatório vincula-se ao edital de tal forma que qualquer alteração deve ser divulgada, reabrindo-se os prazos caso haja modificação na formulação das propostas.

Carvalho (2017) aduz que através da publicação do edital é marcada a data para abertura dos envelopes, tendo início a contagem do prazo para impugnação, que deverá ocorrer até o 5º dia útil para qualquer cidadão, e até o 2º dia útil para o potencial licitante, dias estes anteriores à data da abertura dos envelopes.

Na fase de habilitação ocorrerá a análise da documentação dos licitantes, buscando verificar a idoneidade dos participantes que



desejam contratar com o poder público, Carvalho (2017) traz os critérios elencados no art. 27 da lei 8666/93, tais como: habilitação jurídica, a fim de averiguar a existência da empresa; a qualificação técnica, para analisar se há compatibilidade com a execução do serviço; a qualificação econômico – financeira, visando demonstrar que possui lastro econômico para dar cumprimento ao contrato; regularidade fiscal, através da apresentação da certidão negativa de débito ou certidão positiva de débito com efeito de negativa; e por fim a comprovação de não ter vínculo com qualquer tipo de trabalho infantil. Este autor acrescenta ainda que o prazo para recurso de decisão proferida na fase de habilitação é de cinco dias úteis com efeito suspensivo, apenas no caso de todos os licitantes serem inabilitados, o prazo será de oito dias úteis para que se adequem ao edital.

A terceira fase é a de julgamento e classificação, a qual deverá seguir expressamente o que exigia o edital ou instrumento convocatório, tal requisito mostra-se evidenciado no art. 48 da lei 8666/93 (Carvalho; Dourado; Oliveira, 2017). Depois de definida a classificação dos licitantes tem início a contagem do prazo para interposição de recurso, que também será de cinco dias úteis com efeito suspensivo ou de oito dias úteis caso todos os licitantes sejam inabilitados para que estes se adéquem ao edital (CARVALHO, 2017).

De acordo com Carvalho (2017), passada a fase de classificação das propostas resta finalizado a tarefa da comissão de licitação, cuja função será encaminhar o processo para a autoridade que deverá homologar.

A homologação se situa no âmbito do poder de controle hierárquico da autoridade superior e tem a natureza jurídica de ato administrativo de confirmação. Quando a autoridade procede à homologação do julgamento, confirma a validade da licitação o interesse da Administração em ver executada a obra ou o serviço, ou contratada a compra, nos termos previstos no edital. A lei, além de referir-se à homologação, alude também à expressão aprovação do procedimento, que possui o mesmo significado. (SANTOS E FILHO, 2011, p. 201)

Assim, compreende-se que a homologação é efetivada por autoridade competente, porém caso haja qualquer irregularidade esta

deverá ser apontada, ocorrendo a não efetivação deste procedimento. Não sendo homologado, a administração deverá oferecer o prazo de cinco dias úteis para interposição de recurso (CARVALHO, 2017).

Por fim, tem-se a fase de adjudicação, que nas palavras de Carvalho (2017, p.104), “adjudicar não é contratar, mas tão somente declarar oficialmente o vencedor da licitação.”. Este autor faz questão de destacar a diferença conceitual desta fase, pois vencer o processo licitatório não gera a obrigatoriedade de contratação, mas se a administração for contratar, deverá ser com a vencedora. Por outro lado, o licitante vencedor está obrigado a contratar se houver sido convocado no prazo de 60 (sessenta) dias contados da abertura dos envelopes.

Tendo sido apresentadas as fases do processo licitatório, cabe então entender por qual razão a concessão de serviço público não abrange a dispensa ou inexigibilidade. Dessa forma, faz-se necessário analisar como funcionam esses elementos.

Para Carvalho (2017, p.106) dispensa e inexigibilidade de licitação “são situações que a administração pode contratar sem licitação – contratação direta.” Segundo este autor, sua previsão esta disposta nos artigos 17 e 24 para dispensa e no art. 25 para inexigibilidade, ressaltando ainda que a adoção de uma dessas modalidades exige uma justificativa fundamentada que deverá ser encaminhada para autoridade do órgão ratificá-la.

O art. 175 da Constituição Federal, conforme já abordado anteriormente, prevê a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório. Nesse sentido, oportuno se faz destacar o que aduz os autores Santos e Filho (2011, p.179):

O Estatuto admite a dispensa da licitação exclusivamente para a hipótese de contratação a ser firmada por pessoas jurídicas de direito público interno. Nesse caso, é imperioso que se faça interpretação restritiva: a norma não se aplica a pessoas administrativas de direito privado. Infere-se, pois, que, se sociedade de economia mista ou empresa pública pretendem contratar os incisos ou bens referidos nos incisos VIII e XVI do art. 24, não poderão deixar de realizar obrigatória licitação.

Logo, fica claro que a realização de licitação no processo de concessão de serviço público é obrigatória, não havendo aplicabilidade das regras apresentadas na lei 8666/93 quanto a dispensa e inexigibilidade nos casos de contratações com particulares. Observa-se que os autores destacam que o artigo 24 admite a dispensa apenas para contratações realizadas com pessoas jurídicas de direito público interno, não existindo qualquer exceção às pessoas administrativas de direito privado. Assim, considerando que o presente estudo leva em conta contratações entre Poder Público e iniciativa privada, tem-se que o processo licitatório será sempre obrigatório.

Tendo em vista que agora já foi possível visualizar todo o caminho percorrido para a contratação de particulares via processo licitatório na modalidade concorrência e que não se admite dispensa tampouco inexigibilidade, torna-se possível enxergar de que forma a fraude incide nesse processo e como detectar esse tipo de ilícito.

Nesse sentido, cabe trazer ao presente estudo, aspectos relevantes do voto do relator Ministro Humberto Martins em julgado do Superior Tribunal de Justiça (Brasil,) em que houve averiguação do cometimento de improbidade administrativa pela ocorrência de fraude no processo licitatório. Na situação apresentada pelo Ministro, verificou-se que os procedimentos licitatórios, presentes na fase de execução interna, seguiram uma ordem numérica, porém passaram a ser intercalados por sequências acrescidas de letras, o que demonstrou a tentativa do acusado em regularizar as despesas feitas sem prévio procedimento licitatório.

Diante da comprovação dos fatos alegados a decisão culminou na configuração da prática de improbidade administrativa, pelo cometimento de fraude, como fica demonstrado pela transcrição apresentada abaixo do voto do relator no julgamento de Recurso Especial interposto ao Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2013, online):

Observa-se que não há qualquer critério ou justificativa nos atos administrativos pra a inserção desses procedimentos licitatórios acrescidos de alínea A, que se deram de modo esporádico e de forma aleatória, sem seguir qualquer sequência lógica, o que afasta a alegação recursal de que a adoção dessa numeração tinha por fim 'manter certo nível de organização e

serenidade nos procedimentos licitatórios' ou 'uniformizar ou padronizar os atos administrativos' (fl.3594). Demonstra sim ofensa ao disposto no art. 40 da Lei de Licitações, não como mera irregularidade formal, mas com o intuito de fraude.

Além disso, vislumbra-se que tais procedimentos foram iniciados e terminados no mesmo dia – sendo que os de nº 08 – A/97 e 08-A/98 foram realizados um dia após o outro –, o que reforça a conclusão de que tiveram sua formalização após a efetiva realização da despesa, com a única tentativa de tentar legalizar o que já estava ilegal, ou seja, burlar o sistema licitatório.

Pelo exposto, verifica-se que conhecer o procedimento faz total diferença na identificação de práticas ilícitas no procedimento licitatório. Os prazos precisam ser respeitados ou a validade do procedimento estará comprometida, no caso concreto apresentado, restou demonstrado que algumas etapas foram ignoradas sugerindo a ocorrência de fraude.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 destacou-se por ser pioneira na inserção de capítulo voltado para a Administração Pública e mais especificamente por tratar da Improbidade Administrativa, esse fato revela a concretização de uma preocupação surgida em meados do século XX, quando passou-se a penalizar por meio do sequestro de bens os agentes estatais que causassem danos à coisa pública.

O cuidado vislumbrado na Carta Magna ficou ainda mais explícito com a edição da lei 8429 de 1992, Lei de Improbidade Administrativa, que regulamentou a aplicação de sanções para a prática de atos que atentassem contra a Administração Pública. Dessa forma, constata-se que o processo histórico pelo qual passou a gestão pública no Brasil deu margem para o alcance de legislações mais rigorosas e eficazes no combate à lesão ao patrimônio da coletividade. A análise realizada permitiu relacionar as legislações que vigoraram até se chegar à lei que motivou a elaboração deste trabalho, lei 8429/92, cabe destacar que duas normas foram expressamente revogadas

quando da sua entrada em vigor, a saber: lei 3164/57, conhecida como lei Pitombo – Godoi Ilha e a lei 3502/58, intitulada Lei Bilac Pinto, sendo seus conteúdos absorvidos pela nova legislação. Tal fato revela a importância do conteúdo tratado e o progresso na proteção à coisa pública.

Outrossim, considerando que a Improbidade envolve um vasto campo de investigação, tendo em vista a amplitude das condutas ilícitas a ele vinculadas, buscou-se nesse estudo tratar apenas dos atos ímprobos relacionados às fraudes cometidas em processos licitatórios de concessão de serviço público municipal. Dessa forma, para se chegar a compreensão do conceito de fraude em licitações, fazia-se essencial tratar conceitualmente desse tema. Assim, analisou-se os procedimentos e características fundamentais das licitações na esfera pública, destacando o que dispunha a legislação brasileira quanto aos critérios e métodos admitidos para constituição de procedimentos éticos e em consonância com a legislação pertinente, tendo sido apresentados os principais pontos da lei 8666/93, Lei de Licitações e Contratos.

Ao longo dessa investigação mostrou-se evidenciado que a lei 8429/92, em seu art. 10, VIII, descreve de forma taxativa a incidência de fraude no processo licitatório como causa de Improbidade Administrativa. Portanto, antes da realização de qualquer etapa para contratação de serviços públicos, aqui tratadas especificamente dos serviços de concessão, é imprescindível conhecer os procedimentos legais envolvidos. Só assim, se terá a certeza de uma execução licitatória pautada na ética, na boa – fé e na legalidade.

Outrossim, também foram trazidos ao presente estudo a análise dos conceitos e características das concessões de serviço público. Dentre os principais aspectos tratados, o mais relevante refere – se a obrigatoriedade de realização de procedimentos licitatórios quando da decisão do Poder Executivo Municipal em contratar com particulares por meio de concessão. Ficou demonstrado que não apenas se faz necessário a contratação por licitação, como também que esta se dê na modalidade concorrência, conforme está expressamente previsto no art. 2º, II da lei 8987/95.

Por fim, observou-se que o conhecimento quanto aos procedimentos legais necessários para a realização de uma licitação é não apenas capaz de evitar o cometimento de ações ímprobas como também de identificar ações que buscavam fraudar o sistema. Logo, para compreender a incidência de fraude nas licitações de concessão do serviço de transporte público faz-se necessário conhecer o processo.

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Radamero Apolinário. **Improbidade administrativa: O que vem a ser e como deve ser feito o seu controle**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n.74, mar 2010. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7521](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7521). Acesso em 20 de abril de 2017.
- BRASIL. **Lei 3.164, de 01 de junho de 1957**. Prevê quanto ao disposto no parágrafo 31, 2ª parte, do art, 141 da Constituição Federal e da outras providências. Disponível em: [http:// https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l3164.htm](http://https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3164.htm). Acesso em: 22 de abril de 2017.
- \_\_\_\_\_. **Lei 8.429, de 02 de junho de 1992**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 03 de junho de 1992. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 22 de abril de 2017.
- \_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp: 1391789 PR 2013/0205897-0. Relator: Ministro Humberto Martins. Revista Eletrônica de Jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153370940/recurso-especial-resp-1391789-pr-2013-0205897-0/relatorio-e-voto-153370957?ref=juris-tabs>. Acesso em: 11 de outubro de 2017.
- CARVALHO, Matheus. **Direito Administrativo: OAB 1ª e 2ª fases**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.
- CARVALHO, Matheus; DOURADO, Sabrina; OLIVEIRA, João Paulo. **Vade Mecum Administrativo**. Recife, Pe: Armador, 2017
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.
- \_\_\_\_\_, Maria Sylvia Zanella. **Serviços Públicos**. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Tratado de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 194 – 210
- ENCICLOPÉDIA JURÍDICA. **Fraude, 2014**. Disponível em: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/pt/d/fraude/fraude.htm>. Acesso em: 01 de outubro de 2017.

- JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões, Permissões e Autorizações**. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Tratado de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 340 – 366.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público: comentários à Lei de improbabilidade administrativa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MENDES, Denise Nogueira Magri. **Fraudes em Licitação**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47826&seo=1>>. Acesso em: 14 set. 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Matheiros, 2016.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Licitações e Contratos: uma retrospectiva crítica da legislação**. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do;
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Tratado de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 311 – 339.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbabilidade administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SANTOS, Fábio S.** Regionalização do serviço público de produção da prova técnica policial na Bahia, Brasil: organização administrativa do serviço da polícia técnica. **Artigo publicado na XXIV Congresso da Associação Portuguesa para o Desenvolvimento Regional – APDR “Capital Intelectual e Desenvolvimento Regional”** – Universidade Beira Interior, UBI (Portugal), Covilhã, Portugal, 2017.
- SANTOS, José dos; FILHO, Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SILVA, Elton Jardal da; JUNIOR, Mario dos Santos. **Licitações e contratos administrativos**. 2012, 87f. Projeto de Conclusão de Curso (Graduação). Curso de Administração de Empresas. Faculdade de Pindamonhangaba – FAPI. Pindamonhangaba, 2012.
- SILVEIRA, Clariana Oliveira da. **Um breve histórico da improbabilidade administrativa no Brasil**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a.12, no 752. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2192>>. Acesso em: 22 de abril e 2017.
- URNAU, Evandro Luis. **Transporte coletivo municipal. Direito à qualidade do serviço**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 133, 16 nov. 2003. Disponível em: //<<https://jus.com.br/artigos/4299>>. Acesso em: 02 out. 2017.





## Capítulo VII

# Segurança jurídica e precedentes judiciais: a busca pela previsibilidade das decisões no *common law* e no *civil law*

*Flávia Sulz Campos Machado\**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Segurança jurídica e Estado de Direito; 3 Justiça, Igualdade Formal e segurança jurídica; 4 Interpretação jurídica e atividade jurisdicional; 5 Jurisprudência no *common law* e no *civil law*; 5.1 *Common law* e a regra do precedente obrigatório; 5.2 *Civil law* e a uniformização da jurisprudência; 6 Considerações finais; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

As tradições jurídicas do *common law* e do *civil law* deveram suas formações a circunstâncias históricas diversas, o que acarretou na construção de dois sistemas com compreensões próprias da função do direito, dos métodos de interpretação, da identificação das fontes jurídicas, dentre outros.

A divergência das concepções adotadas nos dois sistemas, com efeito, engloba aspectos atinentes à jurisprudência, no que concerne

---

(\*) Advogada. Aluna Especial de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (2017-2018). Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade Professor Damásio de Jesus (2017-2018), Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (2017). Participante do Grupo de Estudos “Direito, Linguagem e Produção de Conhecimento” (CNPQ), e-mail: sulz.flavia@gmail.com

ao seu papel histórico na formação dessas famílias jurídicas até a sua mobilização enquanto fonte do direito.

Ao passo que o *common law* se forma como um direito jurisprudencial, emanando as soluções dos litígios da atividade dos tribunais, o *civil law* deveu sua formação ao renascimento do *ius romanum*, destacando-se um esforço das universidades europeias na construção de um direito comum à Europa Continental.

Embora a jurisprudência tenha existido desde os primórdios da formação do antigo Direito Romano, a partir do século XIX o sistema romano-germânico tendeu à codificação das normas de direito vigentes, fenômeno que conferiu à legislação posição de prestígio em detrimento das demais fontes jurídicas. Noutro passo, a jurisprudência prevaleceu no tempo como a fonte jurídica de maior relevância no âmbito do sistema anglo-saxônico.

Inobstante as distinções, ambos os sistemas de direito ocidentais acabaram por ser interpelados pela necessidade de previsibilidade das decisões judiciais, em decorrência da emergência das preocupações com a segurança jurídica.

Assim, surge no sistema anglo-saxônico a regra do precedente obrigatório e, no romano-germânico, almeja-se a uniformização dos provimentos jurisdicionais.

Pontua-se que o surgimento da regra de precedente, no *common law*, e da uniformização de jurisprudência, no *civil law*, não ocorrem em um exato equivalente cronológico. Para tanto, basta lembrar a ampla quantidade de países que compõem cada um dos referidos sistemas jurídicos, no que se vislumbra a impropriedade da crença em tamanha coincidência. Ainda assim, a proposta de tratamento de tais fenômenos em paralelo justifica-se didaticamente, no presente recorte epistemológico, porquanto se tem como objetivo a compreensão da influência da segurança jurídica nos dois sistemas, com a consequente preocupação com a previsibilidade das decisões judiciais.

## 2. SEGURANÇA JURÍDICA E ESTADO DE DIREITO

Não raro, a segurança jurídica é referida como um atributo, finalidade ou valor fundamental do Estado de Direito<sup>1</sup>. A respeito, Canotilho esclarece que desde cedo o princípio da segurança fora considerado elemento constitutivo do Estado de Direito, o que teria partido da ideia de que “o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida” (2000, p.256).

O princípio da segurança jurídica teria tido como berço o direito alemão, aparecendo inicialmente com a denominação de princípio da proteção da confiança (BINENBOJM, 2006, p.178)<sup>2</sup>. Igualmente na Alemanha, consoante esclarece Lucca (2015, p.34), é cunhada a expressão Estado de Direito (*Rechtsstaat*), na obra *Litteratur der Staalehre* do jurista Johann Wilhelm Petersen<sup>3</sup>, publicada em 1798, sendo utilizada em contraposição ao Estado de Polícia (*Polizeistaat*). Posteriormente, em 1809, Adam Müller utiliza a expressão para designar um estado protetor da liberdade individual. E, por derradeiro, a partir de 1813, o Estado de Direito é associado ao Estado Moderno (ou Estado da Razão) por Carl Theodor Welcker, na obra *Die Letzen Gründe von Recht, Staat und Strafe*. Acresce que, mesmo antes de estar relacionado ao Estado Moderno, o Estado de Direito possuiria origens que remontam à antiga Grécia, no tocante à busca, através de mecanismos democráticos, pela subordinação da soberania popular às leis.

- 
1. Nas palavras de Lucca (2015, p.58), “a segurança jurídica é um atributo e uma finalidade do Estado de Direito”, ao passo que observa Valim (2010, p.34) que “há uma notória fundamentação recíproca entre o princípio da segurança jurídica e o Estado de Direito, sendo aquele elemento indispensável deste, ao mesmo tempo em que este é condição daquele”. Destarte, sem a observância às garantias fundamentais de segurança jurídica, nenhum Estado poderia ser qualificado como de Direito (THEODORO JÚNIOR et al., 2015, p.55). Binenbojm destaca, ainda, que “A segurança jurídica representa [...] uma das idéias mais caras ao Estado de direito” (2006, 176).
  2. No direito comunitário europeu fora designado como princípio da confiança legítima, enquanto, no direito anglo-saxônico, a nomenclatura utilizada fora princípio das expectativas legítimas (BINENBOJM, 2006, p.178).
  3. Conhecido pelo pseudônimo Placidus (LUCCA, 2015, p.33).

Inobstante existam diversas discussões em torno do conceito de Estado de Direito, Lucca sintetiza-o enquanto uma construção teórica volvida

[...] à proteção da segurança jurídica e à liberdade do indivíduo, de modo a impor limites ao poder estatal para que cada pessoa possa, dentro daquilo que lhe é permitido e garantido pelo ordenamento jurídico, com estabilidade e previsibilidade, desenvolver-se plenamente (*idem*, p.54).

Observa Peixoto (2016, p.68) que a mera extração da segurança jurídica do conceito de Estado de Direito, contudo, diria muito pouco sobre o seu conteúdo, sendo necessário buscar outros aspectos para sua compreensão.

Segundo conceito defendido por Venossi, a segurança jurídica seria um “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida” (*apud* SILVA, 2011, p.434). Lucca considera que a “liberdade individual [...] só seria alcançada mediante a contenção do poder estatal e a garantia de segurança aos indivíduos: segurança que não poderia ser garantida senão pelo Direito” (2015, p.30).

Logo, uma importante condição da segurança jurídica estaria numa certeza relativa dos indivíduos quanto às suas relações e à prevalência da aplicação das normas jurídicas (SILVA, 2011, p.434). Em sentido próximo, Bobbio entende a segurança jurídica como um elemento constitutivo do direito, de modo que não seria possível “imaginar a existência de um ordenamento jurídico que não seja capaz de produzir, ao menos, um mínimo de certeza” (*apud* PEIXOTO, 2016, p. 40).

A segurança jurídica refletiria, portanto, de um lado, a previsibilidade quanto às ações dos indivíduos e quanto às suas relações intersubjetivas, possível através da normatividade jurídica e, de outro, a limitação da atuação do poder estatal, também delimitada pelo ordenamento jurídico. Binenbojm (2006, p.176-178) destaca, nesse sentido, que

[...] para que as pessoas possam viver com paz e liberdade, é fundamental assegurar alguma estabilidade às relações jurídicas de que participam, o que impõe a articulação de mecanismos jurídicos que confirmem previsibilidade à aplicação do direito e limitem o arbítrio do Estado, visando à *proteção da confiança e das legítimas expectativas* nutridas pelos cidadãos e agentes econômicos e sociais em relação às leis e atos da Administração Pública.

As preocupações com a segurança jurídica e com a previsibilidade do direito impulsionou, no século XIX, o desenvolvimento da teoria moderna das fontes do direito. Da transição do pensamento jusnaturalista ao juspositivista<sup>4</sup>, a dogmática jurídica passa a ter a consciência da mutabilidade, o que gerou insegurança e incerteza (FERRAZ JR., 2003). Destarte, foi conferida relevância à identificação e hierarquização das fontes, com o fito de tornar conhecidas as normas vigentes e, assim, as consequências jurídicas das ações humanas.<sup>5</sup>

Importa, ao presente recorte, a influência da segurança jurídica, enquanto elemento essencial do Estado de Direito, na mobilização da fonte jurídica jurisprudencial na atividade jurídico-decisória, nomeadamente no que tange à previsibilidade dos pronunciamentos jurisdicionais. Tais questões perpassam, ainda, a ideia de igualdade, a qual será abordada a seguir.

- 
4. Ferraz Jr. esclarece que a discussão sobre as fontes do direito enquanto uma teoria teria origens modernas, quando “há uma tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um dado, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana. [...] Com isto se cria, porém, um problema teórico, pois o reconhecimento do direito como uma construção não exclui o seu aspecto como dado [...]” (2003, p.223), o que sugere que os primeiros subsídios para a teoria das fontes teriam emergido em paralelo à ascensão de escolas jurídicas em reação ao jusnaturalismo teleológico, dentre elas, o Positivismo Jurídico (Escola da Exegese) e a Escola Histórica do Direito.
  5. Pontua Ferraz Jr. (2003, p.223) que a teoria das fontes estaria relacionada com o que Max Weber designa dominação legal, ou seja, a crença na legitimidade do poder fundada na racionalidade. Sobre a temática, Marinoni (2014, p.26-27) esclarece que Weber situa o direito como pressuposto ao desenvolvimento do capitalismo ocidental, sendo imprescindível um direito racional, o qual considera ser um direito previsível.

### 3. JUSTIÇA, IGUALDADE FORMAL E SEGURANÇA JURÍDICA

Com frequência a ideia de justiça é afirmada como a essência do Direito<sup>6</sup>. Destarte, consoante pontua Ross, somam-se às discussões do problema jurídico “questões fundamentais acerca do teor e argumento do princípio de justiça” (ROSS, 2007, p.25).

O ideal justiça levantou indagações de cunho filosófico em diversos períodos da história humana, constituindo-se preocupações não apenas para os cultores do direito, mas, a título de exemplo, também para filósofos políticos, consoante observação de Dworkin (1999, p.92).

No quadro da evolução do direito nem todas as concepções sobre o fenômeno jurídico conferiram idêntica relevância ao problema da justiça. Sobre o tema, destacamos as tendências de posicionamento das correntes jusnaturalistas, juspositivistas e pós-positivistas.

A corrente do jusnaturalismo, consoante lição de Soares, “remonta às representações primitivas da ordem legal de origem divina, passando pelos sofistas, estoicos, padres da igreja, escolásticos, racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até a filosofia do direito natural do século XX” (2013, p.133). Costa (2009, p.390) sintetiza que, para o jusnaturalismo, as normas que disciplinam as relações humanas imanam de sua própria natureza. Tais normas, decorrentes, portanto, de um direito natural, corresponderiam a uma exigência eterna ou imutável, representada por um valor transcendental ou metafísico de justiça (BOBBIO *apud* SOARES, 2013, p.133). Inobstante as diversas correntes que compõem o jusnaturalismo, Ross afirma que a ideia da justiça sempre ocupou lugar central na filosofia do direito natural (ROSS, 2007, p.313).

A passagem da concepção jusnaturalista à juspositivista estaria relacionada à formação do Estado moderno, com a dissolução da sociedade medieval (SOARES, 2013, p.155). Assim como a doutrina do

---

6. Nesse sentido, assevera Nader que “a ideia de justiça faz parte da essência do Direito” (2011, p.107).

direito natural, historicamente foram conferidas diversas significações ao positivismo jurídico. Em linhas gerais, teria tido larga e direta influência do jusracionalismo moderno, devendo a sua formação, ainda, às escolas da exegese e do conceitualismo, até chegar à roupagem do século XX, cuja mais expressiva referência estaria no pensamento de Hans Kelsen<sup>7</sup> (COSTA, 2009, p.390; ROSA, 2015, p.324-326; CELLA, 2001, p.X).

No juspositivismo, a ideia justiça – assim como a própria ideia de direito – é identificada à lei, enquanto norma positivada<sup>8</sup>. O positivismo jurídico, nomeadamente o positivismo normativista preconizado por Hans Kelsen, afastaria o direito das preocupações com a justiça, a qual estaria atrelada à moralidade e, portanto, não interessaria à Ciência Jurídica.

Desde o positivismo jurídico, a justiça passou a ser uma qualidade do que é legal, baseada na representatividade, sendo formal, para garantir a segurança jurídica. A legitimidade e a legalidade confundiriam-se. Kelsen, formalista ao extremo, posta que se estruturava por meio de regras. O positivista, portanto, busca estabelecer uma separação rigorosa entre Moral e Direito, diferentemente do Direito natural que defende um padrão de validade baseado na moral que é superior ao do Direito positivo [...]. Ignorava, po completo, os juízos de valor. (BELCHIOR; MOREIRA, 2008, p.5992).

A partir do século XX o pensamento juspositivista apresenta sinais de crise (CELLA, 2001, p.6; SANTOS, 2002, p.39), passando a ser alvo de críticas das Teorias da Argumentação contemporâneas (FARES; ALVES, 2001, p.290), as quais integram o denominado pós-positivismo jurídico. Soares (2013, p.197) situa o pós-positivismo jurídico como um movimento jurisfilosófico que torna a tradicional

- 
7. Bittar e Almeida advertem que “há teóricos do positivismo que diferem em absoluto da postura kelseniana, o que motivou que se mencionasse a teoria do filósofo vienense de positivismo normativista” (2015, p.431-432).
  8. Nesse sentido, Costa (2009, p.434-435) destaca a identificação do direito com a lei como um dogma preciso do juspositivismo, enquanto Barbosa (1988, p.283) afirma que falar em positivismo jurídico lhe sugere, em primeiro lugar, a concepção da justiça como concórdância da lei, de modo que o justo é o que concorda ou o que está posto na lei.

contraposição entre as teses jusnaturalistas e juspositivistas ultrapassada.

No pós-positivismo são retomadas as questões atinentes à justiça, à moral e à incidência dos juízos valorativos na atividade jurídica, as quais foram afastadas pelo juspositivismo. Enquanto a doutrina do direito positivo considerou que tais questões aproximariam o direito da irracionalidade e da mera arbitrariedade, as Teorias da Argumentação ofereceu propostas racionais de tratamento ao fenômeno jurídico, sem ignorar problemas práticos inerentes à sua natureza.

Inobstante as diferenças nos posicionamentos das correntes tratadas, nas quais a justiça apresentou-se ora como tema central, outrora como afastada do campo jurídico, pontua Ross (2007, p.92) que uma ordem somente pode ser reconhecida como detentora do caráter de direito quando satisfaz as exigências mínimas derivadas da ideia de justiça ou que, ao menos, seja uma tentativa de realização da justiça.

Perelman desenvolve uma análise da justiça, considerada como a noção “mais irremediavelmente confusa” (1996, p.7), a partir da busca por um denominador comum dentre concepções demarcadas anteriormente. Com efeito, o filósofo belga entende que a noção de justiça estaria relacionada a uma ideia de igualdade<sup>9</sup>. Ross (2007, p.314) esclarece, a respeito, que o pensamento de justiça como igualdade teria sido formulado no século IV a.C. pelos pitagóricos, tendo se apresentado, desde então, sob inúmeras variantes.<sup>10</sup>

---

9. Perelman afirma haver uma predisposição em acreditar que “ser justo é tratar da mesma forma os seres que são iguais em certo ponto de vista” (1996, p.18). Completa que “A noção de justiça sugere a todos, inevitavelmente, a ideia de certa igualdade. Desde Platão e Aristóteles, passando por Santo Tomás, até os juristas, moralistas e filósofos contemporâneos, todos estão de acordo sobre este ponto. A ideia de justiça consiste numa certa aplicação de igualdade. O essencial é definir essa aplicação de tal forma que, mesmo constituindo o elemento comum das diversas concepções de justiça, ela possibilite as suas divergências” (*idem*, p.14).

10. Longe de tratar-se de uma igualdade em termos absolutos, e não havendo consenso sobre qual característica humana deveria ser evidenciada como critério da medida de igualdade entre os homens, Perelman entende mais adequado propor



Perelman formula uma regra de justiça formal, “segundo a qual é justo tratar da mesma forma o que é considerado essencialmente semelhante” (1996, p.94), cuja aplicação adverte a importância do precedente.

A aplicação dessa regra implica, antes de mais nada, a importância do *precedente*, isto é, do tratamento anterior de uma situação semelhante, e do qual não convém afastar-se senão fornecendo razões suficientes. Em seguida, a aplicação da regra, quando as situações comparadas não são idênticas, mas somente semelhantes, necessita de um posicionamento quanto ao aspecto essencial ou acessório das características pelas quais elas diferem uma da outra. (PERELMAN, 1996, p.94)

No tocante, propriamente, ao manejo da fonte jurisprudencial, Ross ressalta que a regra de justiça formal está estreitamente relacionada aos precedentes judiciais, enquanto uma “exigência de que os casos análogos recebam tratamento similar, ou de que cada decisão concreta seja baseada numa regra geral” (2007, p.111).

Ao passo que a justiça é situada como ideal jurídico, a segurança jurídica é destacada como elemento essencial ao direito. Nesse sentido, Larenz (1993, p.46) considera que a proteção da segurança jurídica constitui requisito necessário para que um ordenamento jurídico possa ser qualificado como justo.

Outrossim, na lição de Radbruch (1979, p.415-418) a segurança jurídica é situada como fim do direito, ao lado da justiça e do bem comum. Binenbojm (2006, p.177), por derradeiro, ressalta que, de modo geral, a garantia da segurança jurídica pressupõe o anseio pelo bem comum e pela justiça.

---

uma noção de justiça formal ou abstrata, definindo-a como “princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma” (1996, p.19). Ross coaduna com o entendimento, afirmando que “Se a igualdade é tomada num sentido absoluto, significa que todos, quaisquer que sejam as circunstâncias, deverão encontrar-se exatamente na mesma posição que os demais (a cada um o mesmo). No entanto, fica óbvio que tal uniformidade não pode ser aquilo que se entende geralmente por justiça. Tal falta de reconhecimento de todas as diferenças reais significa de fato que todos ocupariam uma posição jurídica idêntica [...]. A ideia de igualdade deve ser compreendida, portanto, num sentido relativo, isto é, como uma exigência de que os iguais sejam tratados da mesma maneira” (2007, p.314-315).

Dada a relevância teórica da ideia de justiça e da segurança jurídica ao Direito, tais valores implicam em consequências de caráter pragmático, no que se destaca, para o presente estudo, a interpretação jurídica no âmbito da atividade jurídico-decisória, nomeadamente no que concerne à concepção dos sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law* quanto a fonte jurídica jurisprudência.

#### 4. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E ATIVIDADE JURISDICIONAL

O direito, para se tornar prático, corporifica-se nas leis (NADER, 2011, p.107), enquanto “a aplicação das leis supõe um processo de interpretação” (DAVID, 2014, p.129). Andrade afirma a interpretação jurídica como o problema que mais interessa aos cultores do direito.

Interpretar as leis constitui, por certo, a primeira tarefa do jurista, do teórico como do prático; e desde logo se compreende, sem serem precisas grandes reflexões, a imperiosa necessidade de ideias ou critérios gerais quanto possível definidos, isto é, duma *doutrina* que o oriente nesta actividade. (ANDRADE, 1978, p.9)

Ao escrever sobre a hermenêutica jurídica, Habermas (1997, p.247) atribui a Aristóteles a ideia de que nenhuma regra regula sua própria aplicação, esclarecendo que as situações fáticas acabam por não esgotar o conteúdo significativo das normas gerais.

Uma norma “abrange” seletivamente uma situação complexa do mundo da vida, sob o aspecto da relevância, ao passo que o estado de coisas por ela constituído jamais esgota o vago conteúdo significativo de uma norma geral, uma vez que também o faz valer de modo seletivo. Essa descrição circular caracteriza um problema metodológico, a ser esclarecido por toda teoria do direito. (HABERMAS, 1997, p.247)

Na tripartição das competências estatais, baseadas na teoria da separação dos poderes<sup>11</sup>, caberia ao Poder Jurisdicional a função de

---

11. A teoria da separação dos poderes teria como primeiro autor, nos tempos modernos, o filósofo inglês Jonh Locke, com o livro *Two treatises of government* (1689). A obra de Locke inspira o francês Montesquieu que, em *Espirit des lois* (1784),

“aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse” (SILVA, 2011, p.108)<sup>12</sup>. Marinoni (2011) atribui ao conceito de jurisdição desenvolvido por Francesco Carnelutti (1936) os seus contornos no quadro das funções estatais da tripartição dos poderes. Neste caso, a função da jurisdição consiste na justa composição da lide, entendida pelo jurista italiano como “conflito de interesses degenerado pela pretensão de uma das partes pela resistência de outra” (CÂMARA, 2013, p.79). Em sentido análogo, acentuam Cintra, Grinover e Dinamarco (2001) que a jurisdição como meio de eliminação das insatisfações das pessoas e dos conflitos sociais ocorrentes na vida em sociedade, contrapõem-se à autotutela que, por sua vez, caracteriza-se fundamentalmente pela ausência do Estado-juiz e pela imposição da vontade de uma das partes em relação a outra, pelo critério da força.

O Poder Judiciário, na figura do juiz, teria assim a obrigação de resolver os conflitos sociais que o interpelam juridicamente. Nesse quadro, o ato de julgar seria um poder-dever do juiz, “sendo-lhe defeso negar-se a prestar jurisdição” (LIRA, 2005, p.46), mesmo nos casos de insuficiência legislativa. Conforme pontua Perelman, “se nenhum texto lhe permite, à primeira vista, decidir antes num sentido do que no outro, deve encontrar uma técnica de interpretação que lhe possibilite, ainda assim, encontrar uma decisão” (1999, p.349)<sup>13</sup>.

---

distingue a existência de três poderes estatais. Caetano explica que, no capítulo 6º do livro XI do *Espirit des lois*, Montesquieu afirma a existência de três poderes: “o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes ou poder executivo do Estado e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil ou poder judicial” (2006, p.193). A teoria da separação dos poderes opera grande influência na estrutura dos Estados modernos, o que é ilustrado pelo art. 16 da Declaração dos direitos do homem e do cidadão (França, 1789).

12. “Vários autores apresentam conceitos, bastante distintos entre si, de jurisdição. Trata-se, portanto, de mais um daqueles temas sobre os quais não há consenso na doutrina” (CÂMARA, 2013, p.78).
13. A regra da inafastabilidade de jurisdição já constava no Código de Napoleão (França, 1804), o qual dispunha que “o juiz que recusar julgar, a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegação de justiça” (PERELMAN, 1996, p.675).

Nader (2011, p.264) sublinha que, sendo a essência do direito sua realização prática, pelo efetivo regramento da vida social, o cumprimento do Direito é indispensável o seu conhecimento, obtido, afinal, pela interpretação. Desde o princípio do *ius romanum*, enquanto ainda se tratava de um direito consuetudinário, isto é, “cuja fonte única, de início, era o costume” (CRUZ, 1984, p.169)<sup>14</sup>, a tarefa de interpretação tem destaque. Competia aos juristas, ou *prudentes*<sup>15</sup>, interpretar o costume (*mores maiorum*), extraindo deles os novos princípios norteadores da conduta.

- 
14. O conceito de costume para os romanos, cumpre advertir, não se confunde com o do nosso tempo. “Segundo uma opinião bastante provável, o costume primitivo dos romanos é diferente, no conceito, do costume actual, que, por sua vez, deverá ter surgido só nos princípios da época post-clássica. Nas fontes jurídicas e nas fontes extrajurídicas romanas, aparecem três palavras para indicar, ora dum modo vago, ora duma forma precisa ora quase indistintamente, a ideia de costume: *usus*, *mos* («mos maiorum», «mores maiorum») e *consuetudo*. A primeira palavra, *usus*, é pouco empregada no sentido de fontes do direito. (...) A questão reduz-se, portanto, a aos significados (e respectivas diferenças) de *mos (mores) maiorum* e de *consuetudo*. (...) I – *Consuetudo* é uma palavra que surge na terminologia jurídica muito depois da expressão «mores maiorum», para traduzir a ideia de costume. Embora apareça antes da época post-clássica (...), é destinada quase exclusivamente a designar o costume no sentido moderno, isto é, «a observância constante e uniforme duma regra de conduta pelos membros duma comunidade social, com a convicção da sua obrigatoriedade, quer dizer, de que isso corresponde a uma necessidade jurídica». II – *Mores maiorum* é uma expressão antiquíssima, a primeira usada para exprimir a ideia de costume, e significa essencialmente «a tradição duma comprovada moralidade». Este é o verdadeiro costume romano – uma tradição inveterada que se impunha aos cidadãos como norma e como fonte de normas, nas suas relações recíprocas, principalmente limitando o exercício de cada um sobre a superfície da terra romana, quer dizer, uma regra distribuidora, o *nómos* dos gregos. Portanto, quando se fala em *mores* (e até em *instituta maiorum*, não se deve pensar num direito que nasce espontaneamente do *tacitus consensus populi* (isso só começa para os romanos a partir da época post-clássica), visto que para os romanos os princípios novos (as novas regras, segundo novas necessidades), derivavam dos antigos (*mores maiorum*); estavam ali contidos, bastava descobri-los” (CRUZ, 1984, p.170-172).
  15. Até o século IV a.C. apenas os sacerdotes-pontífices poderiam ser *prudentes*. Sebastião Cruz (1984, p.289-291) esclarece que isso ocorria por duas razões: primeiro, porque a *iurisprudencia* tinha um caráter sacerdotal, no sentido de desinteressado e sacrificado e, segundo, por neste período a religião, a moral e o Direito constituíam um todo único. A partir do século IV a.C., com a laicização da *iurisprudencia*, os prudentes passam a ser os nobres e os de classes consideradas superiores. Apenas a partir do imperador Augusto admite-se a ocupação dos cargos de juriconsultos por pessoas da classe média.

Após, com o advento da lei, o papel da interpretação não foi extinto, mas, ao contrário, ampliado<sup>16</sup> (CRUZ, 1984). Nader (2011, p.266) observa que os romanos eram conhecedores da permanente necessidade da interpretação, ainda que diante de textos legislativos simples e claros.

Para além da interpretação, levanta-se o problema da metodologia jurídica. Bronze, optando pelo uso do termo metodonomia, esclarece que essa “preocupa-se com a pluralidade de dimensões do concreto juízo decisório” (2006, p.878), preocupações que não estariam restritas à tarefa interpretativa de descortinar o sentido da norma jurídica<sup>17</sup>. Neves, por seu turno, leciona que “À metodologia jurídica compete reflectir criticamente o método da judicativo-decisória realização do direito” (2013, p.17).

O problema jurídico-metodológico está relacionado à concepção do que é direito e do pensamento jurídico correlato (NEVES, 2013, p.9), mutável ao longo da história humana (BRONZE, 2006, p.760), a exemplo do que ocorreu relativamente às correntes jusnaturalistas, juspositivistas e pós-positivistas, alhures tratadas.

No que tange aos diversos sistemas jurídicos, o problema metodológico, de igual sorte, apresentará distinções. Nesse sentido, aponta Ross (2007, p.138) que os problemas do método assumem formas diferentes no direito inglês, no qual a jurisprudência constitui fonte do direito predominante, comparado a um sistema em que a legislação apresente-se como fonte principal.

---

16. A primeira *lex* do direito romano teria sido a lei das XII, entendida, na definição de Capito, como *generale iussum populi, rogante magistratu*, isto é, uma determinação geral aprovada pelo povo, sob a proposta de um magistrado (CRUZ, 1984, p.175-178). Sebastião Cruz considera que o surgimento da *lex*, além de não eliminar a atividade interpretativa dos *iuris prudentes*, a amplia: “Em vez de se consagrar à revelação dos «mores maiorum», dedica-se quase exclusivamente a «descobrir» o conteúdo da Lei das XII Tábuas; e esse «descobrir», muitas vezes, era criar direito novo. E havia necessidade disso. É que os preceitos da Lei das XII Tábuas não eram suficientes para ordenar toda a vida jurídica, e muitos deles em breve se tornariam inadequados para as novas condições sociais e económicas de Roma” (idem, p.184-185).

17. A interpretação jurídica “é apenas um dos momentos da complexa *inveniendi* da decisão judicativa” (2006, p.879).

Bronze (2006, p.758) compreende que a metodologia jurídica respeita a uma efetiva garantia, no âmbito da decisão judicial, das exigências de previsibilidade, de controlabilidade, da adequação procedimental, da obrigação de fundamentação e da realização da justiça material que só podem ser asseguradas no âmbito de um verdadeiro Estado de Direito.

## 5. JURISPRUDÊNCIA NO *COMMON LAW* E NO *CIVIL LAW*

Cruz (1984, p.7) conceitua o direito como um conjunto de normas ou regras de caráter social. Destarte, cada sociedade formará um entendimento do que é direito, uma compreensão quanto às fontes jurídicas e como devem ser dirimidos os problemas do convívio social a partir da jurisdição. David (2014, p.20) enfatiza que cada direito constitui, em verdade, um sistema, atrelado à correspondente concepção da ordem social, que determina o modo de aplicação e a própria função do direito<sup>18</sup>.

Por intermédio do direito comparado<sup>19</sup>, os ordenamentos jurídicos são agrupados em famílias de direitos, famílias jurídicas ou, ainda, tradições de direito<sup>20</sup>, com base nos aspectos das suas formações

---

18. “Cada direito constitui de fato um sistema. Emprega um certo vocabulário, corresponde a certos conceitos; agrupa as regras em certas categorias, comporta o uso de certas técnicas para formular regras e certos métodos para as interpretar; está ligado a uma dada concepção da ordem social, que determina o modo de aplicação e a própria função do direito” (DAVID, 2014, p.20).

19. O direito comparado tem sido responsável pela investigação da diversidade jurídica nos países. Esclarece David (2014, p.1-5) que a comparação entre os direitos é muito antiga. Aristóteles já havia utilizado o estudo das 153 constituições das cidades gregas e bárbaras como base para escrever seu tratado sobre a política. Como ramo científico, entretanto, o direito comparado é fenômeno mais recente. Isto porque, durante séculos, a ciência do direito se dedicou à busca por princípios universais com base na vontade de Deus, da natureza e, posteriormente, na razão humana. Somente no século XIX, com as codificações no direito continental, a noção de um direito universal deu lugar a progressiva necessidade de comparação das diversas leis adotadas pelas nações europeias, tornando-se um interesse de estudo daquelas universidades. Decerto atualmente a expansão das relações internacionais aproveita outras utilidades do direito comparado, assim como as investigações históricas e filosóficas voltadas para o direito.

20. “[...] uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do

e outras características. Inexiste consenso dos comparatistas quanto aos critérios de agrupamento, bem assim sobre quais famílias de direito devem ser reconhecidas<sup>21</sup>. David (2014, p.22) considera, entretanto, que tais discussões são desprovidas de sentido, atendendo a noção de família de direito apenas a fins didáticos, de modo que os modos de classificação possuem mérito na medida em que se adequem à finalidade prática proposta.

Interessa ao presente estudo os sistemas jurídicos denominados *common law* e *civil law*, expressões que teriam sido originalmente adotadas por juristas ingleses e norte-americanos (SILVA; LEITE, 2015, p.1424), sobretudo quanto aos seus aspectos de formação histórica, a fim de compreender os fenômenos do surgimento da regra do precedente obrigatório e da uniformização da jurisprudência.

Tais fenômenos operam como reação à exigência de previsibilidade, a qual refletiu-se no âmbito da atividade jurisdicional. Nesse sentido, ressalta Shauer (2015, p.78) que o motivo frequentemente oferecido para justificar a vinculação dos precedentes encontra-se na previsibilidade.

## 5.1. *Common law* e a regra do precedente obrigatório

David (2014, p.352) esclarece que o *common law*<sup>22</sup> compreende ao direito desenvolvido na Inglaterra após a conquista normanda

---

seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada de organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual, em parte, é uma expressão" (MERRYMAN *apud* BARREIROS, 2015, p.186).

21. Esin Örüçü menciona algumas classificações, como a proposta por Warrington e Mark van Hoeck, na qual teríamos quatro grupos de direito divididos em critérios culturais, sendo: africano, asiático, islâmico e ocidental, estando inserido neste último o direito europeu, americano e o da Oceania. Ou, ainda, as propostas sustentadas por Adam Podgorecki, que admite a existência de dez grupos, e a de Ugo Mattei, reconhecendo três grupos divididos por critério de caráter econômico (ÖRÜCÜ *apud* SILVA; LEITE, 2015, p.1425).
22. Também chamado de direito inglês, anglo saxão ou, ainda, da Grã Bretanha, contudo o uso dessas expressões é considerado absurdo pelos estudiosos do tema, haja vista

(1066 d.C.), sofrendo forte influência dos Tribunais Reais de Justiça e, posteriormente, dos Tribunais do Chanceler. O modelo jurídico inglês acabaria por alcançar a maior parte dos países que estiveram politicamente associados à Inglaterra, refletindo-se nas suas instituições, conceitos, modo jurídico de pensar, organização judiciária, assim como nas regras de processuais e aquelas concernentes à atividade probatória.

Radbruch (1962, p.10) destaca, enquanto ponto característico do sistema inglês, o apego à tradição e aos antigos costumes. A relevância conferida ao que é tradicional pelo jurista inglês revela-se na manutenção das formas de solucionar problemas práticos ao longo do tempo.

Há de se destacar que o domínio do Império Romano, em seu auge, alcançaria também a Inglaterra. Todavia, o *ius romanum* não operou grandes influências na formação do direito inglês, tampouco impediu a construção de um sistema jurídico que acabaria por se contrapor ao *civil law*, o qual possui matriz no antigo direito de Roma.

Outros povos ocupariam o território inglês após a queda daquele Império, no século V, como as tribos de origem germânica (os saxões, os anglos e os dinamarqueses). Leis locais, regidas em língua anglo-saxônica, regulariam aspectos da vida social nas tribos, dificultando uma unidade de direito (DAVID, 2014, p.356-357)<sup>23</sup>.

Apenas no ano de 1066, com a invasão da Normandia, inaugura-se a experiência feudal inglesa, ocorrendo uma centralização do poder que propicia o surgimento de um direito comum a toda Inglaterra. Assim, o *comune ley*, ou a *common law*, contrapunha-se aos direitos locais, sendo aplicado pelos Tribunais Reais de Justiça. Inobstante, o direito local continuava sendo aplicado, sendo competência restrita dos tribunais municipais e eclesiásticos. Em meados do século XIII (final da Idade Média), a competência dos tribunais locais vai sendo

---

que corresponderiam, em verdade, a espécies do gênero common law, com peculiaridades históricas diversas ao direito de origem britânica (PORTO, S/D, p.2-3).

23. David (2014, p.356-357) aponta que os historiadores designaram o referido período de direito anglo-saxônico.



absorvida pelos Tribunais Reais até que, no século XIX, já são os únicos a administrar a justiça. Com o monopólio da jurisdição nas Cortes Reais, surgem os recursos dirigidos diretamente ao rei, enquanto um corretivo às insuficiências do *common law*. (DAVID, 2014)

Não podendo obter justiça através dos Tribunais Reais, ou irredimidos com a solução adotada à causa, os particulares poderiam se dirigir ao rei através de recurso que passava pelo Chanceler. A intervenção do Chanceler se aperfeiçoaria, ganhando autonomia e constituindo uma jurisdição própria, ao lado dos Tribunais Reais. Por ter função de corretivo ante aos Tribunais Reais, a jurisdição do Chanceler ganhou a nomenclatura de *equity* (DAVID, 2014).

O *common law*, portanto, “se desenvolveu através da prática dos tribunais” (ROSS, 2007, p.113), nomeadamente dos Tribunais Reais, com a aplicação do *common law* ou *comune ley*, e dos Tribunais da Chancelaria (*equity*), convergindo para um direito jurisprudencial.

Perelman explica, no tocante às fontes do direito, que no *common law* os juízes não elaboram a lei, mas, em verdade, a descobrem, eis que existiria “uma lei prévia, espécie de direito natural, reconhecido no país, na qual os juízes fundamentam para administrar a justiça” (1996, p.439).

Sendo um direito jurisprudencial, o sistema inglês gradualmente é interpelado pelas exigências de certeza e segurança jurídica, emergindo a regra do precedente obrigatório.

A função da jurisprudência não foi só a de aplicar, mas também de destacar as regras do direito. É natural, nestas condições, que a jurisprudência na Inglaterra tenha adquirido uma autoridade diferente da que adquiriu no continente europeu. As regras que as decisões estabelecem devem ser seguidas, sob pena de destruírem toda a “certeza” e comprometerem a própria existência da *common law*. A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial. (DAVID, 2014, p.428)

Ross (2007, p.112) explica que no século XIII era usual a citação de precedentes, ainda sem um sentido de vinculação dos juízes a tais

decisões anteriores. Somente no século XIX, a tendência legalista espalhada na Europa afeta a Inglaterra, sendo buscada a certeza e a segurança jurídica. Nesse contexto, a força vinculante dos precedentes judiciais é consagrada enquanto a doutrina do *stare decisis*.

Já no século XIII, era costume citarem-se os casos e suas decisões (*Case Law*). A princípio, era apenas um uso geral, não se achando que os juízes estivessem vinculados a decidir conforme os precedentes. Pouco a pouco, a doutrina foi aceitando o caráter vinculativo, que toma uma configuração mais definida nos séculos XVII e XVIII. O aperfeiçoamento dos repertórios de casos (*reports*) e o aparecimento de uma hierarquia judiciária mais homogênea terminaram, já no século XIX, por consagrar uma doutrina acabada, conhecida como *stare decisis*. (FERRAZ JR., 2003, p.244)

David indica que a aplicação da regra do precedente obrigatório no *common law* exige do jurista a análise das *reasons*, editadas pelos tribunais superiores, que apoiam a decisão judicial e, nessas, identificar: por um lado, o que constitui a *ratio decidendi* e, por outro, o que constitui *obiter dictum* (DAVID, 2014, p.430). A distinção, de origem inglesa, entre o elemento vinculante de um caso (*ratio decidendi*) e o não vinculante (*obiter dictum*) é inferido por Lopes Filho (2014, p.166-167) como a divisão analítica do precedente<sup>24</sup>.

No sistema de *common law*, a parte da decisão que gera efeitos vinculantes é a *ratio decidendi*, são as questões de direito e não as questões fáticas. Isso porque a decisão das questões fáticas é sempre única. Assim sendo, a formação do precedente encontra-se na questão ou questões de direito, excluindo-se a questão fática. Entretanto, não se roga pelo desprezo dos fatos na constituição do precedente. [...] Apesar dos fatos fazerem

---

24. Na definição de MacCormick e Summers os “precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras. Aplicam-se as lições do passado para resolver problemas do presente e do futuro, constituindo uma parte fundamental da razão prática humana” (1997, p.1) . Outros conceitos, na doutrina nacional, sugerem precedente como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p.381). Esse núcleo essencial do precedente é, em verdade, a *ratio decidendi* . Ravi Peixoto considera o precedente, em termos gerais, como “a decisão de um caso singular apta a, pelo menos, influenciar o julgamento de um caso posterior” (2016, p.127).

parte da construção da decisão e conseqüentemente do entendimento do precedente, a *ratio decidendi* 'constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)'. (CERQUEIRA, 2014, p.138)

A regra de precedente obrigatório, portanto, emerge no bojo do *common law* – direito eminentemente jurisprudencial – como forma de conferir previsibilidade, estabilidade e coesão às decisões judiciais.

## 5.2. *Civil law* e a uniformização da jurisprudência

O sistema jurídico designado *civil law* agrupa os países nos quais o direito se desenvolveu sobre a base do *ius romanum*, considerado o antigo direito romano vigente entre os anos de 753 a.C a 565 d.C.<sup>25</sup>.

O direito romano é redescoberto na Europa ocidental entre os séculos XII e XIII, a partir de um processo gradual e espontâneo que conduziu, nas regiões, à substituição dos direitos consuetudinários pelo *ius romanum* (CAENEGEM, 2000, p.3). O renascimento do antigo direito romano marca a formação dos traços que posteriormente caracterizarão a família romano-germânica (DAVID, 2014, p.24).

As universidades europeias ocidentais<sup>26</sup> desempenharam função essencial para o renascimento do direito romano, tendo elaborado, no decorrer dos séculos, um direito comum para os Estados europeus, designado *jus commune*. Costa designa direito comum ou *ius commune* como “o sistema normativo de fundo romano que se consolidou com os Comentadores e constituiu, embora não uniformemente, a base da experiência jurídica europeia até finais do século

---

25. Seguindo periodização estabelecida por Sebastião Cruz, que adota fundamentalmente um critério jurídico interno, temos quatro épocas históricas, quais sejam: “a) *Época arcaica* (753 a.C.(?)-130 a.C.). [...] b) *Época clássica* (130 a.C.-230 d.C) [...] c) *Época post-clássica* (230-530) [...] d) *Época justinianeia* (530-565)” (1984, p.39).

26. “[...] das quais a primeira e mais ilustre, na Itália, foi a Universidade de Bolonha” (DAVID, 2014, p.41). Costa também aponta que “O verdadeiro renascimento do direito romano, quer dizer, o estudo sistemático e a divulgação, em largas dimensões, da obra jurídica justinianeia, inicia-se apenas no século XII, com a Escola de Bolonha” (2009, p.234).

XVIII” (2009, p.284). O direito comum viria a fornecer aos juristas orientações à soluções de justiça (DAVID, 2014, p.45).

Caenagem destaca que

[...] Os estudiosos do direito glosaram e comentaram as antigas compilações oficiais e construíram gradualmente um direito neo-romano ou um direito romano medieval, que se tornou a base comum para o ensino universitário e para a ciência jurídica em toda Europa (2000, p.65).

No que tange à jurisprudência, cumpre mencionar que, embora estivesse presente no *ius romanum* desde seu período inicial, a *iurisprudencia* só é reconhecida como fonte imediata de direito a partir do imperador Adriano (117 a 138 d.C.)<sup>27</sup>. Antes, a *iurisprudencia* era, para os antigos romanos, a ciência do direito<sup>28</sup>. Ao longo dos séculos, a função da *iurisprudencia* era de interpretar as normas, inicialmente os costumes e posteriormente as leis (CRUZ, 1984).

A jurisprudência desempenhou função importante para a construção do direito romano antigo e para a aplicação prática das normas. Destaca-se que o direito romano era essencialmente doutrinário e jurisprudencial, sobretudo na sua época clássica (130 a.C. – 230

---

27. Enquanto o *ius romnum* era direito consuetudinário, cabia aos *iusprudentes* (juristas) extrair dos costumes os princípios norteadores da conduta, por meio da interpretação (*interpretatio*). A função interpretativa dos *iusprudentes* é mantida quando o *ius romanum* conhece a lei (*lex*). A primeira *lex* romana teria sido a Lei das XII Tábuas (provavelmente em 450 a.C.). Mesmo com uma fonte de direito escrita, a atividade dos *prudentes* era exercida com grande liberdade, em razão da insuficiência das disposições das tábuas em reger todas as relações sociais e as novas situações que se colocavam com o tempo (CRUZ, 1984, 170-185).

28. Distante das discussões sobre a cientificidade do direito que conhecemos, a questão para os romanos estava resolvida na ideia de que o Direito era “uma ciência e uma técnica do justo e do injusto” (CRUZ, 1984, p.281). E dentro da complexidade de ser, ao mesmo tempo, científico e técnico, a espécie de ciência contida no Direito, para os romanos, era o “saber-agir”, a *prudentia*. “O saber-agir, a que os gregos chamavam frónesis (φρόνησις) e os romanos prudentia é, segundo Aristóteles, a «recta ratio agibilium». É uma praxis. É a ciência que tende para a ação, para o «agir»; e, como «agir» não tem complemento, tende para algo que principia e acaba em nós; tende, portanto, para o honestum [...] Portanto, enquanto o saber-puro (sapientia, σοφία) é a ciência do Ser, o saber-agir (prudentia, φρόνησις) é mais a ciência dos Valores” (CRUZ, 1984, p.282-283).

d.C), sendo somente na época justinianeia (530 d.C – 565 d.C.) que prevaleceu o processo legislativo como fonte reveladora do direito, em detrimento do processo jurisdicional (REALE, 2011; CRUZ, 1984). A partir do imperador Justiniano, foi expressamente proibido decidir conforme o precedente<sup>29</sup> (FERRAZ JR., 2003, p.244-245).

Retomando o período de redescoberta do *ius romanum* pela Europa Continental, entre os séculos XIX e XX ocorre o fenômeno da codificação, quando quase a totalidade dos Estados de tradição romano-germânica publica seus códigos e suas constituições escritas (DAVID, 2014)<sup>30</sup>. Caenegem afirma que “Dois regimes políticos diferentes foram responsáveis pela promulgação dos códigos modernos: o governo dos déspotas esclarecidos e a Revolução Francesa” (2000, p.170).

Em determinados países as codificações surgiram com o patrocínio do Despotismo Esclarecido, ao passo que noutros foram uma consequência da difusão das ideias da Revolução Francesa, no quadro das quais o princípio da divisão de poderes tinha enorme relevo. Este postulado conduzia a que todo o direito se apresentasse como uma exclusiva criação do poder legislativo. **Entrava-se, em sum, no** caminho do positivismo legalista: o direito é uma criação do Estado, enquanto poder legislativo, e esse direito positivo transforma-se num dado indiscutível. (COSTA, 2009, p.463)

em suma,  
(?)

A tendência para a codificação, assim como a concepção *juspositivista*, levou ao seio da tradição romano-germânica o primado da lei, conforme observa Perelman, a respeito do direito francês:

O direito francês pós-revolucionário se fundamenta na ideologia do contrato social, desenvolvida por Rousseau. Segundo ele, a vontade da nação soberana se identifica com a vontade

---

29. “[...] (*“non exemplis, sed legibus judicandum est”* – *Codex*, 7, 45, 13)” (FERRAZ JR., 2003, p.244). O mencionado *codex* é referência a um dos livros que compõem o *Corpus Iuris Civilis*.

30. Costa afirma que o movimento europeu de codificação do direito, ocorrido desde meados do século XVIII e, sobretudo, durante o século XIX, traduziu-se na “elaboração de amplos corpos legislativos unitários, obedecendo a uma orgânica mais ou menos científica e que condensavam, autonomamente, as normas relativas aos ramos básicos do direito, já então individualizados” (2009, p.460).

geral; que é sempre reta [...]. Daí a idolatria da lei, expressão da vontade geral: essa fonte de direito justifica a obediência às leis do país. (PERELMAN, 1996, p.439)

Ferraz Jr. observa que nas codificações da modernidade a vedação à decisão conforme o precedente repete-se em preceitos semelhantes, “ao contrário do sistema anglo saxônico, [...] no Continente as decisões deveriam ser subordinadas à *lei* de modo geral” (2003, p.244-245). De um modo geral considera-se, “nos países de família romana-germânica, que a melhor maneira de chegar às soluções de justiça, que o direito impõe, consiste, para os juristas, em procurar apoio nas disposições da lei” (DAVID, 2014, p.119).

Inobstante o movimento das codificações e a predominância da lei enquanto fonte jurídica, do caráter geral e abstrato da lei vislumbrar-se-ia que as diversas possibilidades de interpretação e aplicação do texto legal aos casos concretos afastaria o grau de previsibilidade almejado.

Formular a regra de direito em termos de uma excessiva generalidade é fazer dela alguma coisa de menos preciso, e conferir aos juízes maior liberdade na aplicação da regra de direito. Por consequência, a segurança das relações jurídicas não aumenta pelo fato de se tornar mais fácil descobrir a regra de direito aplicável; antes se verifica o contrário. [...] Desejosa de reforçar a segurança das relações jurídicas, a jurisprudência, logo que em presença das regras formuladas com caráter muito geral, esforça-se por deixá-las mais claras; os supremos tribunais, em particular, exercem o seu controle sobre o modo como estas regras são interpretadas pelos juízes de instâncias. A regra de direito formulada pelo legislador não é mais, nestas condições, que o cerne, um centro à volta do qual gravitam as regras de direito secundárias. (DAVID, 2014, p.106-107)

Nesse contexto, a busca por certeza e previsibilidade, também no *civil law*, reporta-se à atividade jurisdicional (LOPES FILHO, 2014, p.77), cabendo às decisões judiciais estabelecerem linearidade entre si, propiciando segurança jurídica (THEODORO JÚNIOR et al., 2015, p.124). Cerqueira (2014, p.122-123) anota que a estabilidade das decisões calca-se como vertente da segurança jurídica, porquanto o respeito aos precedentes pretenda oferecer previsibilidade.

Assim, ao longo do tempo, nos países que herdaram o *ius romanum*, emergiram institutos e mecanismos de uniformização da jurisprudência, ora enquanto elemento de caráter persuasivo, ora com força vinculante.

A autoridade do precedente liga-se, assim, na Alemanha Federal, às decisões do Tribunal Federal de Justiça Constitucional, que são, por essa razão, publicadas no jornal oficial federal (*Bundesgesetzblatt*). Ela se liga, na Argentina e na Colômbia, às decisões do Supremo Tribunal proferidas em matéria constitucional e, na Suíça, os tribunais cantonais estão igualmente vinculados pela decisão do Tribunal Federal, quando este tenha declarado inconstitucional uma lei cantonal. A autoridade do precedente é reconhecida em Portugal às decisões (*assentos*) proferidas pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal de Justiça, logo que tenham sido publicadas no jornal oficial (*Diário da República*) e no Boletim do Ministério da Justiça; ela é reconhecida na Argentina às decisões do Supremo Tribunal, quando este é obrigado a pronunciar-se pela via de um recurso extraordinário; ela é igualmente reconhecida, pelo menos no que concerne às jurisdições inferiores, às decisões de unificação que podem proferir, em condições especiais, na Turquia, o Tribunal de Cassação ou o Conselho do Estado. O papel criador de direito da jurisprudência é também reconhecido oficialmente na Espanha com a noção de *doctrina legal*. Admite-se, em virtude da lei, neste país, um recurso para o Supremo Tribunal, contra uma decisão judiciária, se esta decisão violou a *doctrina legal*, isto é, a jurisprudência estabelecida por várias decisões do Supremo Tribunal. Uma noção análoga à *doctrina legal* espanhola é admitida em Honduras e no México, nas matérias que dizem respeito às liberdades públicas (*amparo*). De modo análogo, se considera na Alemanha que, quando uma regra tenha sido consagrada por uma jurisprudência constante (*ständige Rechtsprechung*), ela se transforma numa regra consuetudinária, devendo ser a este título, a partir de então, aplicada pelos juízes. O mesmo não se passa na Suíça, mas as modificações da jurisprudência são, neste país, muito raras depois de o Tribunal ter se pronunciado. (DAVID, 2014, p.160-161)

A uniformização da jurisprudência no *civil law*, assim como o surgimento da regra do precedente obrigatório no *common law*, surge das preocupações em conferir previsibilidade à atividade jurídico-decisória, pautadas nas exigências de certeza e segurança jurídica.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

em que pese os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law* terem se desenvolvido historicamente de formas distintas, ambos os sistemas de direito ocidentais acabaram por reagir à necessidade de previsibilidade das decisões judiciais, em decorrência da exigência de segurança jurídica, através de mecanismos de coesão dos provimentos jurisdicionais, os quais visaram garantir a estabilidade dos entendimentos jurisprudenciais.

Tais temas apresentam-se, no quadro atual, de suma importância, considerando a crescente aproximação entre os sistemas jurídicos estudados, porquanto almeja-se, por auxílio do direito comparado, encontrar soluções para problemas práticos.

Todavia, há de se atentar, consoante delineado acerca das razões históricas que motivaram, em cada um dos sistemas, a adoção de mecanismos diferentes para a mencionada estabilidade das decisões judiciais, que o precedente assume posições diversas o que, com efeito, perpassa a forma como serão mobilizados no momento da atividade jurídico-decisória, sob pena de incorrer-se em equívocos metodológicos.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis**. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1978.
- BARBOSA, Alaor. Noberto Bobbio e o positivismo jurídico. **Revista Informativa Legislativa**, ano 25, n. 97, jan./mar, 1988, p.283-292.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie. et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p.175-213.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira. A importância da Lógica Jurídica e da Teoria da Argumentação para o operador do Direito. In: **Anais** do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília-DF, 2008, p.5982-5996.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



- BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.
- BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- CAENEGEM, R.C. van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado; Revisão de Eduardo Brandão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 2006.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CELLA, José Renato Gaziero. **A Teoria da Argumentação Jurídica como proposta de uma Racionalidade possível frente à postura cética do Positivismo Jurídico Contemporâneo**. Dissertação de pós-graduação em Direito do Estado, da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001.
- CERQUEIRA, Vinícius Nascimento. **Fundamentos da decisão no Novo CPC: o Contraditório Forte e os Precedentes**. Jundiaí: Paco Editorial, 2014.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 4ª edição revista e atualizada. Almedina: Coimbra, 2009.
- CRUZ, Sebastião. **Direito Romano (Ius Romanum)**, Vol. I: Introdução. Fontes. 4ª edição. Coimbra: DisLivro. 1984.
- DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, Volume 2. 5ª edição. Salvador: Juspodivm, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FARES, Marcos Vinício Chein; ALVES, Marco Antônio Sousa. Racionalidade ou Razoabilidade? Uma questão posta para a dogmática. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, nº 39, jan/jun, 2001, p.285-313.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre a facticidade e validade. Volume I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LIRA, Gerson. **A motivação na valoração dos fatos e na aplicação do Direito**. Tese de Mestrado em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgat, 1997.
- MARINONI, 2011
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. Justificativa do novo CPC.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. Volume 1. Teoria Geral do Processo. 5ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 33ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- NEVES, A. Castanheira. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito, 1971-1972**, Polic. Coimbra, 1972.
- PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre o *common law*, *civil law* e o precedente judicial**. S/D. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em 22/out/2016.
- RADBROUCH, Gustav. **Lo spirito del diritto inglese**. Tradução de Alessandro Baratta. Milão: Giuffrè, 1962.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

- ROSA, Yezid Carrillo de la. Derecho y Argumentación: el puesto de la razón em la fundamentación de las decisiones judiciales. In: ZAMORRA, Jorge Luis Fabra. et al. (Coord.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México, 2015, p.325-361.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª Ed. Bauru: Edipro, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência**. 2ª edição. Porto: Edições Afrontamento, 2002.
- SHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JR., Fredie. et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p.49-86.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SILVA, Maria Coeli Nobre da; LEITE, Maria Ordelânia Torquato. Os precedentes judiciais vinculantes e a perda da centralidade do código no sistema do civil law: a especificidade brasileira. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. 2015, nº 2, p.1421-1455.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.



## Capítulo VIII

# O direito a uma razoável duração do processo à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

*Jailton Ribeiro Soares\**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Fundamentos Constitucionais; 2.1 O Estado Democrático de Direito; 2.1.1 Conceito; 2.1.2 Evolução histórica; 2.2 O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana; 2.2.1 Conceito; 2.2.2 A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional; 2.3 O Devido Processo Legal; 3 O Direito a uma Razoável Duração do Processo no Ordenamento Jurídico Brasileiro; 4 Um Exame da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema; 5 Considerações Finais; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Com a finalidade de atingir a redução das desigualdades sociais, a nossa atual Carta Magna, em seu art. 1º, fez emergir, como fundamento constitucional, o discurso jus fundamental da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, as Convenções Internacionais de Direitos Humanos, bem assim, os Ordenamentos Jurídicos Pátrios, vêm elegendo Direitos e Garantias Fundamentais, através de normas, que visam, dentre outros, o acesso à justiça e a razoável duração do processo.

---

(\*) Advogado. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós Graduado em Direito Público, com ênfase na área de Direito Administrativo.

A demora na prestação jurisdicional e as conseqüências decorrentes desta morosidade são pontos relevantes para que seja demonstrada, no caso concreto, a falta de observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O presente estudo buscou identificar, através dos fundamentos constitucionais, alguns preceitos principiológicos de vital importância ao tema sob análise, pois visam à proteção dos direitos fundamentais.

Desta forma, com o intuito de promover um melhor entendimento sobre o Regime Democrático, visou-se expor acerca da formação do Estado Democrático de Direito no Brasil, trazendo à baila o seu conceito e a sua evolução histórica.

Buscou-se também, perquirir acerca do preceito da Dignidade da Pessoa Humana, conceituando e demonstrando-o como princípio constitucional.

Visou-se ainda versar sobre os direitos ao devido processo legal e a uma Razoável Duração do Processo, bem como, examinar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

A base teórica desta pesquisa buscou esteio em doutrinas especializadas, a exemplo das obras “O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana (2010)” e “O Devido Processo Legal (2008)”, do Professor Doutor Ricardo Mauricio Freire Soares, assim como: Dirley Cunha (2012); Mário Soares (2004); Sarlet (2006) e Dallari (2003); dentre outros.

## **2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS**

### **2.1. O Estado Democrático de Direito**

#### **2.1.1. Conceito**

Para uma melhor elucidação sobre o Estado Democrático de Direito (CF, Preâmbulo e artigo 1º) é necessário fazer um breve relato sobre o Estado, desde o seu surgimento, passando por suas transformações até chegar ao Estado que o Brasil adota na Constituição Federal de 1988.

Segundo Soares (2004, p.80), a melhor forma de explicar o surgimento do Estado, é observar as ideias de Dalmo de Abreu Dallari que “sintetiza em três posições básicas as diversas teorias relativas ao momento do surgimento do Estado”. As referidas ideias são concebidas através de análises antropológicas, filosóficas e jurídicas.

A primeira concepção, parte do entendimento de que o Estado assim como a sociedade sempre existiu, uma vez que desde que o homem vive na terra, este sempre se encontrou integrado a uma organização social, dotada de poder e, com autoridade que determinaria o comportamento de todo o grupo (Dallari, 2003).

A segunda ideia, diz que a sociedade humana existiu sem o Estado, conforme as exigências de se organizarem e, com o passar dos tempos o Estado foi surgindo para atender as necessidades do grupo social, deste modo o Estado surge depois da sociedade e, não junto com ela como a primeira ideia, sendo este o entendimento da maioria dos autores (Dallari, 2003).

A terceira e, última noção, segundo Schmitt (apud, Soares, 2004, p. 80) parte de ideias dos autores que admitem o Estado, “como sociedade política dotada de certas características bem definidas. Nesse sentido, para Schmitt, o conceito de Estado não é conceito geral válido para todos os tempos, mas conceito histórico concreto surgido quando nasceu a ideia e a prática de soberania”.

Para se construir o conceito de Estado, há de observar-se à mudança de seus paradigmas no processo histórico, promovendo-se, à luz dos direitos fundamentais, uma reflexão sobre a gênese do Estado moderno, as suas transformações, os seus elementos constitutivos e a diluição de seus conceitos clássicos, (Soares, 2004).

Nesse diapasão pode-se assim dizer que o Estado Democrático de Direito é uma sociedade política comandada por representantes eleitos pelos cidadãos dessa sociedade que tem por função zelar pela separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos e a obediência aos ditames legais.

### **2.1.2. Evolução histórica**

A Constituição de 1824<sup>1</sup> conferia a cidadania brasileira aos nascidos no Brasil livres ou escravos, mesmo que o pai fosse estrangeiro e não estivesse a serviço de sua nação, aos nascidos no estrangeiro, filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, desde que viessem morar no Brasil, os nascidos no estrangeiro, filho de pai brasileiro a serviço do Império, independente de posterior residência no Brasil, os nascidos em Portugal e em suas possessões e residentes nas províncias que tivessem feito essa opção na ocasião da independência das províncias ou que não tivessem se manifestado, mas permaneceram morando no Império e os estrangeiros naturalizados. A escolha dos Deputados era realizada em eleições provinciais e a dos Senadores também, mas por meio de listas tríplexes. A escolha dos parlamentares ocorria por eleição indireta e o voto era censitário. O Poder moderador e o executivo eram exercidos pelo Imperador que governava uma monarquia hereditária.

A Constituição de 1891<sup>2</sup> estabelecia sufrágio direto para a eleição de Deputados, de Senadores e do Presidente da República. Eram cidadãos brasileiros os nascidos no Brasil de pais estrangeiro mesmo que não estivessem a serviço de sua nação, os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, desde que viessem a residir no Brasil, os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro a serviço da República brasileira, independente de residência no território brasileiro, os estrangeiros que estivessem no Brasil em 15 de novembro de 1891 e que não declararam a intenção de permanecer com a nacionalidade originária; os estrangeiros com imóveis no Brasil e casados com brasileiros ou com filhos brasileiros que residissem no Brasil e os estrangeiros naturalizados por outra forma. Os maiores de 21 anos poderiam votar. Os mendigos, analfabetos, praças de pré e religiosos de ordem monástica, companhias,

---

1. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm). Acesso: 12. Jan 2018.

2. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm). Acesso: 12. Jan 2018.



congregações ou comunidades de qualquer congregação que tivessem renunciado a liberdade individual não poderiam votar. Os não alistáveis eram inelegíveis. Os direitos de cidadania poderiam ser suspensos ou perdidos.

A Constituição de 1934<sup>3</sup> foi a primeira a estabelecer que todo poder emanava do povo e em seu nome seria exercido e o sistema proporcional para a eleição dos Deputados. Os Deputados eram eleitos de duas formas: pelo povo por meio do sistema proporcional, sufrágio universal, igual e direto e por organizações profissionais por meio do sufrágio indireto. Os direitos políticos foram inseridos no título que tratava da declaração de direitos. A cidadania brasileira era atribuída aos nascidos no Brasil ainda que de pai estrangeiro que não estivesse a serviço de seu país, aos nascidos no estrangeiro, filho de pai ou mãe brasileira a serviço do Brasil ou se os pais não estivessem a serviço do Brasil quando atingisse a maioridade e optasse pela cidadania brasileira, aos que tivessem adquirido a nacionalidade brasileira por residirem no Brasil em 15 de novembro de 1891 e não tivessem revelado a intenção de permanecer com a nacionalidade originária e os estrangeiros com imóveis no Brasil e casados com brasileiros ou com filhos brasileiros se residissem no Brasil e não tivessem optado pela nacionalidade originária, nos termos do estabelecido pelo art. 69, 4 e 5, da Constituição de 1891 e os estrangeiros naturalizados por qualquer outra forma. A nacionalidade poderia ser perdida. Homens e mulheres maiores de 18 anos poderiam votar. O texto constitucional elencava os inalistáveis e os casos de suspensão e perda dos direitos políticos. O alistamento e o voto eram obrigatórios para homens e para as mulheres que exercessem função pública remunerada, nos termos da lei. Havia a enumeração de hipóteses de inelegibilidade.

A Constituição de 1937<sup>4</sup> previu o sufrágio indireto para a eleição dos Deputados Federais pelos vereadores das Câmaras Municipais e

---

3. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm). Acesso em: 14. Jan 2018.

4. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm). Acesso em: 14. Jan 2018.

dez cidadãos eleitos por sufrágio direto em cada município. A eleição para Presidente da República seria indireta.

A nacionalidade e a cidadania foram tratadas em tópico diferente do dos direitos e garantias fundamentais. As hipóteses de concessão de cidadania permaneceram as mesmas da Constituição de 1934. As hipóteses de perda da nacionalidade foram enumeradas, assim como as hipóteses de inalistabilidade, inelegibilidade, perda e suspensão dos direitos políticos. Homens e mulheres maiores de 18 anos poderiam votar. O alistamento e o voto eram obrigatórios.

A Constituição de 1946<sup>5</sup> restaurou a soberania popular, fixou o sistema proporcional para a eleição dos Deputados, o sistema majoritário para a eleição dos Senadores e a eleição para Presidente da República. A nacionalidade e cidadania voltaram a integrar o título que abordava a declaração de direitos. A aquisição da cidadania no caso de nascidos no estrangeiro, filhos de brasileiro ou brasileira que não estivessem a serviço do país teriam que vir morar no Brasil e optar pela nacionalidade brasileira quanto atingisse a maioria em até quatro anos. A naturalização foi prevista e ocorreria na forma da lei, exceto no caso dos portugueses que teriam que ter idoneidade moral, sanidade física e residência por apenas um ano ininterrupto. Os casos de perda da nacionalidade, suspensão e perda dos direitos políticos e de inalistabilidade era enumerados. Os maiores de 18 anos alistados poderiam votar.

A Constituição de 1967<sup>6</sup> permaneceu reconhecendo a soberania popular. Os Deputados Federais eram eleitos pelo voto direto e secreto e os Senadores pelo voto direto e secreto no sistema majoritário. A eleição para Presidente da República era indireta. A nacionalidade permaneceu no título da declaração de direitos e as hipóteses de aquisição de cidadania para brasileiros natos e naturalizados foram

---

5. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm). Acesso: 26. Jan 2018.

6. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm). Acesso: 26. Jan 2018.

previstas em incisos diferentes. Houve a especificação dos cargos que só poderiam ser exercidos por brasileiros natos e das hipóteses de perda da nacionalidade, suspensão e perda dos direitos políticos, inalistabilidade e inelegibilidade. Os direitos políticos foram tratados em um capítulo destacado e poderiam ser exercidos pelos maiores de 18 anos alistados. O voto e o alistamento eram obrigatórios. O sufrágio era universal, o voto era direto e secreto e a representação dos partidos era proporcional. Os partidos políticos passaram a ser tratados em um capítulo próprio.

A Constituição de 1988<sup>7</sup> manteve um capítulo para a nacionalidade e outro para os direitos políticos dentro do título dos direitos e garantias fundamentais, a divisão de brasileiros natos e naturalizados e a especificação dos cargos que só poderiam ser ocupados por brasileiros natos. A Soberania foi classificada em popular, o sufrágio universal, o voto direto e secreto. A democracia pode ser exercida de forma direta pelos cidadãos por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular. Criaram-se hipóteses de alistamento e voto obrigatórios e facultativos. As condições de elegibilidade, inelegibilidade, inalistabilidade e perda da nacionalidade foram enumeradas. Os direitos políticos não podem ser cassados e a perda ocorrerá apenas em situações excepcionais. A lei que alterar o processo eleitoral só se aplicará para eleições realizadas um ano após o início do prazo de vigência. A exemplo da Constituição de 1967 os partidos políticos foram abordados em um capítulo próprio.

## **2.2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**

### **2.2.1. Conceito**

A concepção da dignidade da pessoa humana sofreu um processo de racionalização e de laicização, sendo mantida, entretanto, a noção fundamental de igualdade de todos os homens, como nos

---

7. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o67.htm). Acesso: 26. Jan 2018.

ensina SCHIAVI (2009). A dignidade da pessoa humana era considerada como “a liberdade do ser humano de optar de acordo com a sua razão e agir conforme o seu entendimento e opção”. Também como se extrai das lições de Kant, cuja concepção de dignidade “parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem”. além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio – como objeto. É com Kant que, de certo modo, se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacrais.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, ensina SARLET (2006):

O problema do significado que se pode hoje atribuir à dignidade da pessoa humana é que a idéia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão. Muito embora não nos pareça correto, inclusive por faltar dados seguros quanto a este aspecto, reivindicar – no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos – para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência – lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e seus integrantes (basta lembrar as crueldades praticadas pela “Santa Inquisição”) – de que o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

E é também SARLET (2006) quem melhor traduz o conceito de dignidade humana :

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano,

como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Por esta razão, tem-se a dignidade humana como característica inerente às pessoas, que tem por objetivo colocá-las a salvo de qualquer ato arbitrário, seja qual for o agente e protegê-las de ausência de condições mínimas de sobrevivência. É da própria essência do ser humano ser dotado dessa condição e qualidade. Estar desprovido desse manto protetor destitui o ser humano da capacidade de subsistência e da convivência social.

### ***2.2.2. A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional***

A dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional, aparece prevista no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna e, na esteira das modernas legislações, toma o papel de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Em diversos artigos, a Carta Magna referenda tal princípio como norteador do Estado Democrático de Direito ao tratar da proteção à vida, do direito à saúde, à moradia digna, garantindo a liberdade, a igualdade, o acesso à justiça, bem como quando trata do meio ambiente sustentável, capaz de atender às necessidades sociais presentes e futuras.

Tratada como direito fundamental, a dignidade da pessoa humana reflete um valor inestimável, porquanto subsume a aplicação e a interpretação de todas as demais normas legais a respeito dessa garantia.

Os critérios que a elevam a patamar de direito fundamental podem ser entendidos como o da relevância, da elegibilidade, da consistência, da compatibilidade e da identificação.

Em primeiro lugar, deve-se ter em conta que o elenco dos direitos fundamentais tem por escopo determinar o alcance social da norma estabelecida. Quanto mais reflexos na aldeia social, maior é o valor atribuído à norma.

Por outro lado, ainda que se tenha em mente atribuir-lhe graus de diferenciação entre um contexto legislativo e outro, a relevância da norma fundamental deve ser possível de se estabelecer como critério imponderável, norteador das demais normas infraconstitucionais.

A normativa constitucional brasileira seguiu, nesse diapasão, a legislação internacional – mormente a Carta das Nações Unidas. Não se ateve, assim, a simplesmente repetir o que continha a Carta, mas ampliou-lhe o alcance, atingindo um nível de consenso internacional, ao preocupar-se com a sua compatibilidade (ou, pelo menos, com a sua não incompatibilidade) com as normas dos demais Estados.

Era necessário, ainda, que os direitos e obrigações consubstanciados no princípio constitucional fossem facilmente precisos, pois a sua inidentificação tornaria impossível a consolidação e reconhecimento como norma fundamental.

Sob esse escopo, o que fez o constituinte foi apenas seguir a onda protecionista que volta os olhares da legislação ao homem, numa visão antropocêntrica antes relegada a segundo plano.

De fato, o princípio da dignidade humana tem como reconhecida extensão os direitos e garantias fundamentais que abrangem não só os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, como também os econômicos.

O respeito à dignidade da pessoa humana constitui-se, assim, em um dos pilares que sustentam a legitimação de atuação do Estado, coibindo qualquer ato que procure de alguma forma restringir essa atuação, em qualquer que seja a dimensão.

Ademais, faz-se mister reforçar que a posição das cláusulas constitucionais, protegidas sob o manto de “clausula pétrea”, impõe que o intérprete atente, necessariamente, para o fato de que esta se reveste de caráter principiológico, e que seu entendimento é vinculativo. Qualquer que seja, assim, a aplicação do texto legal, deve-se sempre ter em mente o seu encontro aos fins colimados, sob pena de ser reconhecido como inconstitucional.

A moderna doutrina constitucional estabelece três níveis de normas garantidoras dos direitos fundamentais. A base desta construção encontra-se na ordem histórico-cronológica de reconhecimento constitucional.

Os direitos fundamentais de **primeira geração** são aqueles encontrados nos direitos individuais e políticos. Os de **segunda geração** estão consubstanciados nos institutos sociais, culturais e econômicos e os de **terceira geração** surgem na abrangência dos direitos difusos e coletivos.

Na esteira do tríduo do ideário francês, é possível estabelecer que os direitos fundamentais de primeira geração são todos aqueles cujo princípio norteador seja a liberdade.

Para os direitos de segunda geração, o centro irradiador seria a igualdade e, para os de terceira geração, a fraternidade.

Num primeiro momento, houve a conscientização do direito individual, cujo documento símbolo é a Declaração Francesa (1789), reconhecida como o grande documento de declaração universal dos direitos do homem. Em regra, são integrados pelos direitos civis e políticos, dos quais são exemplos os direitos à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio e outros. São direitos que representavam um ideal de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas um guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência na esfera social e econômica. São chamadas de liberdades públicas negativas ou direitos negativos, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção.

Em seguida, posta-se a necessária conscientização dos direitos sociais, e o documento símbolo deste movimento é a Constituição Alemã (1909), que acaba por sintetizar a Declaração Universal dos Direitos do Homem (de 10 de dezembro de 1948). Os direitos fundamentais de segunda geração são consubstanciados nos direitos econômicos sociais e culturais, a serem conferidos pelo Estado. São, portanto, chamados de direitos positivos, pois reclamam a presença do Estado em ações voltadas à minoração dos problemas sociais, relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice e outros.

A sociedade experimenta, em seguida, a necessidade do reconhecimento dos chamados “direitos de solidariedade”, que abrangem os direitos coletivos e difusos, agora voltados à coletividade e não mais ao indivíduo, vencida a etapa do individualismo. Compreende-se, assim, a proteção ao meio ambiente, ao progresso, aos consumidores, à paz, à infância e à juventude e outras inúmeras questões surgidas a partir do desenvolvimento industrial e tecnológico.

Alguns doutrinadores reconhecem ser possível capitular ainda uma quarta categoria de direitos, ou seja, direitos da quarta geração, que viriam a ser o direito à liberdade sexual, à mutação de sexo, ao desenvolvimento tecnológico, etc. Esse posicionamento não reflete o pensamento majoritário, que entende que quanto mais “direitos fundamentais” forem criados, grandes são as chances de não ser mais possível reconhecer – a qualquer direito ou garantia – a sua fundamentalidade.

Apesar de toda essa evolução sistemática dos textos normativos, capazes de servirem de abrigo aos direitos fundamentais, com afastamento de qualquer outro que intimide o seu pleno exercício, não é possível olvidar-se de que as transformações experimentadas pela sociedade, por conta do desenvolvimento industrial e tecnológico, bem como as regras do mercado, podem abalar sensivelmente a defesa intransigente desses princípios constitucionais.

Ainda assim, a busca pelo reconhecimento das garantias individuais e coletivas, que possam ser efetivamente experimentadas pela sociedade, e que encontra oposição – segundo alguns autores – no imperioso e crescente desenvolvimento tecnológico e no sistema econômico atual, deve receber o tratamento diferenciado buscado pela própria norma.

É de se encontrar o equilíbrio normativo e social, sem ser necessário expor a grande dificuldade em graduar-se qual o expoente que deve receber maior atenção: o crescimento e o desenvolvimento social e o livre mercado, cujas regras nem sempre obedecem à primazia da norma constitucional, ou a garantia dos direitos constitucionalmente institucionalizados.



### 2.3. O devido processo legal

O **devido processo legal** é o princípio que garante a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei, dotado de todas as garantias constitucionais. Caso não haja respeito por esse princípio, o processo se torna nulo. Considerado o mais importante dos princípios constitucionais, é deste que derivam todos os demais. Tal princípio encontra-se na Carta Política Brasileira de 1988, Art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A importância do princípio do devido processo legal é tamanha, que, além de estar presente na esmagadora maioria das constituições dos países soberanos, figura ainda na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos.

O conceito do devido processo legal se desenvolveu a partir do sistema jurídico inglês, cujas raízes são diferentes do ordenamento brasileiro. Suas origens remontam à Magna Carta de João Sem Terra, de 1215, e ao “*Statute of Westminster of the Liberties of London*”, também conhecido como Lei de Eduardo III ou Lei Inglesa de 1354. O princípio “*law of the land*” ou seja, direito da terra, garantia aos cidadãos o direito a um justo processo legal. Mais tarde, várias constituições dos estados norte-americanos (pré-Constituição Americana de 1787) trariam também o conceito da “*law of the land*”, que hoje em dia evoluiu para o “*due process of law*”, ou devido processo legal. O legislador brasileiro inspirou-se na Constituição Americana, ao trazer para o ordenamento jurídico brasileiro o princípio do devido processo legal.

Dentro da ordem jurídica brasileira, o princípio do devido processo legal relaciona-se não apenas com o princípio da legalidade, mas também com a legitimidade, pois seu respeito garante um processo devidamente estruturado, mediante o qual se faz presente a legitimidade da jurisdição, entendida jurisdição como poder, função e atividade. Por isso mesmo, o devido processo legal é dividido em duas espécies, substancial e processual:

O **devido processo legal substancial** (“substantive due process”) considera que as leis devem satisfazer ao interesse público, aos anseios do grupo social a que se destinam, evitando ao mesmo tempo o abuso de poder por parte do governo, garantindo ao cidadão a inafastável elaboração legislativa comprometida com os reais interesses sociais.

O **devido processo legal processual** (“procedural due process”) é o princípio em seu sentido estrito, referindo-se tanto ao processo judicial quanto ao processo administrativo, assegurando-se ao litigante vários direitos, como por exemplo: citação, ampla defesa, defesa oral, apresentação de provas, opção de recorrer a um defensor legalmente habilitado (advogado), contraditório, sentença fundamentada, etc.

### **3. O DIREITO A UMA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O Ordenamento jurídico brasileiro elegeu, de forma mais direta, o Direito Fundamental que garante uma razoável duração do processo, desde a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969<sup>8</sup>, através do Decreto 678/92.

Em seu art. 8º, inciso 1, a referida Convenção assevera que:

Artigo 8º – Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Adiante, a Emenda Constitucional 45/2004, altera o art. 5º da Constituição Federal de 1988, introduzindo no seu inciso LXXVIII

---

8. Convenção denominada como Pacto de San José da Costa Rica, celebrado em 22 de novembro de 1969.

o preceito garantidor da razoável duração e celeridade processual, vejamos:

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Nesta senda, o direito a uma razoável duração do processo, passa a ser concebido como uma obrigação do Estado, e também, como um direito fundamental do cidadão enquanto usuário do serviço jurisdicional.

O Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, erigido na Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969 e posteriormente estatuído como fundamento da nossa Carta Magna de 1988; o Decreto 678/92<sup>9</sup>; a Emenda Constitucional 45/2004<sup>10</sup>, bem como, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) – Lei Complementar 35/79, a qual prevê no seu art. 35, inciso II, como dever do Magistrado “*não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar*”. No mesmo sentido, o art. 226, do Novo Código de Processo Civil (2015), estabelece os prazos para as práticas dos atos jurisdicionais.

Assim também, o Código de Ética da Magistratura estabelece em seu art. 20, que:

Cumpra ao magistrado velar para que os atos processuais se celebrem com a máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória à boa-fé processual.

Destarte, a obrigação de cumprimento dos prazos processuais constitui dever ético do Magistrado e, a violação desse dever, poderá ensejar a instauração de procedimento disciplinar para verificação de responsabilidade com possível aplicação de sanção, conforme previsto na LOMAN.

---

9. Decreto que promulgou a adesão do Brasil à Convenção Interamericana de 1969.

10. Emenda que alterou o art. 5º da CF/88 para estatuir o Direito a uma razoável duração do processo.

No mesmo sentido, o Código Civil (2002), consagrou a responsabilidade civil objetiva no parágrafo único do art. 927 e previu, no art. 186, a reparação do dano exclusivamente moral:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

“Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Finalmente a Carta Magna (1988) estabeleceu a responsabilidade de extracontratual objetiva inerente às pessoas jurídicas:

Art.37,§ 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Consagrando assim, a responsabilidade civil objetiva do agente público ou do agente privado prestador de serviço público, por dano causado ao jurisdicionado, independente da necessidade de ter que se comprovar a culpa ou o dolo na prática lesiva.

Portanto, além da responsabilidade disciplinar do Magistrado faltoso, existe o dever de indenizar o dano material e/ou moral causado pela demora na entrega da prestação jurisdicional, que deverá ser exigido do Estado, podendo este em ação regressiva contra o agente judicial se ressarcir pelo que tiver de indenizar, consoante determina o art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, retro mencionado.

Acerca da importância fundamental do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, Ricardo Maurício Freire Soares (2010), assim leciona:

A importância do princípio da dignidade da pessoa humana é incontestável no atual quadro evolutivo das sociedades humanas [...].

[...] Uma vez situado como princípio basilar da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte brasileiro conferiu à idéia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embaixadora de todo o sistema constitucional, que orienta a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais [...].

No caminho trilhado pelo Estado em busca de alcançar as suas finalidades, deve percorrer o princípio da dignidade da pessoa humana em face da teoria jusfundamental.

Sobre essa mudança paradigmática em matéria de direitos fundamentais, Ricardo Maurício (2010), assevera com maestria:

Na atual fase do neoconstitucionalismo ocidental, o reconhecimento da força normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se afigura como um dos mais importantes pilares do conhecimento jurídico, com reflexos diretos no modo de compreender e exercitar o paradigma dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Contudo, apesar de todo este arcabouço legal visando o amparo do Direito a uma razoável duração do processo, corolário do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana para a garantia de um justo acesso à justiça, o Poder Legislativo e a Administração Pública editam constantemente normas e atos que, em determinadas situações, tentam mitigar esse direito do cidadão.

Todavia, por se tratar de princípios e normas originárias da Constituição Federal, são protegidas pelo controle de constitucionalidade efetuado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de controle concentrado ou pelos Juízes e Tribunais em se tratando de controle difuso.

De acordo com os ensinamentos de Dirley da Cunha Junior<sup>11</sup> (2012), a supremacia da Constituição e o caráter vinculante e imperativo das suas normas devem sempre ser observados:

Todas as normas constitucionais das Constituições rígidas, independentemente de seu conteúdo, têm estrutura e natureza de normas jurídicas, ou Seja, são normas providas de juridicidade, que encerram um imperativo, vale dizer, uma obrigatoriedade de um comportamento. São, pois, verdadeiras normas jurídicas. E certo, porém, que a Constituição brasileira, como a maioria das Constituições contemporâneas, contém normas de diversos tipos, função e natureza, de modo que algumas são dotadas de maior eficácia que outras. Mas isso não significa, no entanto, que haja em seu texto normas não jurídicas. Todas as normas constitucionais, sem exceção, mesmo as permissivas, são dotadas de imperatividade, por determinarem uma conduta positiva ou uma omissão, de cuja realização são obrigadas todas as pessoas e órgãos às quais elas se dirigem. (p.32)

Adiante, o ilustre doutrinador reverbera o seu ensinamento, aduzindo que:

A noção de supremacia é inerente à noção de Constituição, desde que essa superioridade normativa implique a idéia de uma norma fundamental, de uma Fundamental Law, cujo incontrastável valor jurídico atua como pressuposto de validade de toda a ordem positiva estabelecida no Estado. A Constituição é a base da ordem jurídica e o fundamento de sua validade. Como norma jurídica fundamental, ela goza do prestígio da supremacia em face de todas as normas do ordenamento jurídico. ( p. 34)

Acerca do controle de constitucionalidade o autor assevera:

Mas o controle de constitucionalidade, a par de assegurar a superioridade e força normativa da Constituição, como forma de sempre manter a prevalência das normas constitucionais, também se apresenta como um relevante meio de conter os excessos, abusos e desvios de poder, garantindo os direitos fundamentais. ( p. 41)

---

11. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: Teoria e prática. 6ª ed, Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

Desta forma, o controle de constitucionalidade das normas e dos atos administrativos é de suma importância para a manutenção dos Direitos Fundamentais, coibindo os excessos e abusos oriundos do Poder Público.

Hodiernamente, em face das Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, diversas Nações do mundo vêm produzindo normas constitucionais visando à proteção de direitos fundamentais.

O direito a uma razoável duração do processo tem sido objeto de estudo e aplicabilidade em vários ordenamentos jurídicos, consoante pode ser demonstrado através de uma breve análise deste tema no Direito Comparado.

#### **4. UM EXAME DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) SOBRE O TEMA**

A jurisprudência pátria do STF no mesmo sentido da doutrina majoritária tem adotado decisões no sentido de que se faz necessário aferir a duração do processo à luz das especificidades do caso concreto. O excesso injustificado na formação da decisão não é compatível com o princípio da razoável duração do processo, ferindo frontalmente o Princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

AG.REG. NO HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 01/12/2017

Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO

DJe-289 DIVULG 14-12-2017 PUBLIC 15-12-2017

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE PROMOVER, CONSTITUIR, FINANCIAR OU INTEGRAR, PESSOALMENTE OU POR INTERPOSTA PESSOA, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ARTIGO 2º DA LEI Nº 12.850/2013. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO. NECESSIDADE

DE SE AFERIR A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO À LUZ DAS ESPECIFICIDADES DO CASO CONCRETO. PRETENSÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME, DE REVOGAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR, DE EXTENSÃO DE DECISÃO EM FAVOR DE OUTRO CORRÉU E DE FIXAÇÃO DE MEDIDAS DIVERSAS DA PRISÃO. AUSÊNCIA DE DECISÃO DE MÉRITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE EXAME DE AGRAVO REGIMENTAL NO TRIBUNAL A QUO. ÓBICE AO CONHECIMENTO DO WRIT NESTA CORTE. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS ADUZIDOS NA PETIÇÃO INICIAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A supressão de instância impede o conhecimento de Habeas Corpus impetrado per saltum, porquanto ausente o exame de mérito, na Corte Superior, relativo aos pedidos, formulados na inicial, de i) progressão de regime; ii) revogação da segregação cautelar por suposta ausência dos pressupostos autorizadores; iii) substituição da segregação cautelar por medidas diversas da prisão; e iv) extensão de decisão proferida em favor de outro corréu. Precedentes: HC 137.917-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 19/12/2016; e HC 135.949, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 24/10/2016. 2. *In casu*, a instância a quo, ao negar a pretensão autoral, assentou “que o paciente foi preso preventivamente, pela prática, em tese, do delito de organização criminosa, cometido juntamente com outros 19 réus”, bem como a defesa informou a juntada de diversos documentos novos os quais precisam ser examinados sob o crivo do contraditório perante a seara competente. 3. A complexidade dos fatos e do procedimento, permitem seja ultrapassado o prazo legal da instrução processual. Precedentes: HC 125.144-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 28/06/2016; e HC 132.610-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 06/06/2016. 4. O habeas corpus é inadmissível como substitutivo do recurso cabível, sendo evidente, ainda, a ausência de julgamento do agravo regimental interposto da decisão do Tribunal a quo que não conheceu o writ ali impetrado. 5. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. De igual forma, é incognoscível o writ impetrado em face



de ato de Juiz de primeiro grau. 6. A impugnação específica da decisão agravada, quando ausente, conduz ao desprovimento do agravo regimental. Precedentes: HC 137.749-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 17/05/2017; e HC 133.602-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 08/08/2016. 7. A reiteração dos argumentos trazidos pelo agravante na petição inicial da impetração é insuscetível de modificar a decisão agravada. Precedentes: HC 136.071-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 09/05/2017; HC 122.904-AgR, Primeira Turma Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/05/2016; RHC 124.487-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 1<sup>o</sup>/07/2015. 8. Agravo regimental desprovido.

#### Decisão

A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, Sessão Virtual de 24.11.2017 a 30.11.2017.

STJ – RECURSO ESPECIAL REsp 1335798 PI 2012/0157953-4 (STJ)

Data de publicação: 16/06/2014

Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. PLURALIDADE DE RÉUS E COMPLEXIDADE DO FEITO. NÃO JUSTIFICAÇÃO PARA O RETARDAMENTO DA INSTRUIÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. 1. O prazo para a conclusão da instrução criminal não é absoluto, devendo ser avaliado à luz dos critérios da razoabilidade. 2. Muito embora se trate de investigação complexa, na qual imputa-se crime grave (roubo qualificado), com diversos acusados e indícios de organização criminosa, verifica-se um excesso injustificado na formação da culpa, tendo em vista que o réu permaneceu custodiado por aproximadamente dois anos sem sequer ter sido citado. 3. Demora não compatível com o princípio da razoável duração do processo. 4. Recurso especial desprovido.

STF – HABEAS CORPUS HC 108929 PE (STF)

Data de publicação: 12/02/2014

Ementa: Ementa: HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA. CARACTERIZAÇÃO. SITUAÇÃO INCOMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO

PROCESSO (CF, ART. 5º, LXXVIII). CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a demora para conclusão da instrução criminal, como circunstância apta a ensejar constrangimento ilegal, somente se dá em hipóteses excepcionais, nas quais a mora seja decorrência de (a) evidente desídia do órgão judicial, (b) exclusiva atuação da parte acusadora, ou (c) outra situação incompatível com o princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF/88 . Precedentes. 2. No caso, transcorridos mais de 4 anos sem que o paciente sequer tenha sido levado a júri, é de se concluir que a manutenção da segregação cautelar representa situação de constrangimento ilegal. 3. Ordem concedida, para que o paciente seja posto em liberdade, salvo se por outro motivo estiver preso.

Encontrado em: diversas da prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, nos termos do voto -1941 ART-00312 ART- 00319 CÓDIGO DE PROCESSOPENAL DLG-000027 ANO-1992 DECRETO DEC- 000678 ANO-1992

Desta forma, percebe-se uma tendência mundial em se adotar medidas que propiciem o estabelecimento de circunstâncias favoráveis a uma maior celeridade processual, como: modernizar a legislação processual, realizar reformas institucionais, elevar o direito à razoável duração do processo a um patamar de direito fundamental do indivíduo, entre outras.

No entendimento de Paulo Hoffman (2005):

É inconcebível que em um mundo moderno, capaz de enviar informações de uma parte a outra instantaneamente ou de transmitir uma guerra em tempo real, a burocracia, o formalismo e a falta de estrutura mantenham o Poder Judiciário arcaico e ineficaz. É inadmissível que um processo tenha duração maior que a necessária para assegurar a justa decisão.

No Brasil, dada à elevada demanda judicial e a reduzida quantidade de julgadores, a situação ainda é mais grave, apesar da farta legislação vigente como anteriormente demonstrado.

Contudo, o mais importante é a consciência de que atualmente existe uma preocupação mundial, no sentido de melhorar a prestação jurisdicional, adequando-se a legislação processual de cada país,

no sentido de elevar o direito de se obter uma razoável duração do processo a um patamar de direito fundamental do indivíduo.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa buscamos demonstrar o arcabouço existente de normas e princípios fundamentais, que visam à garantia e proteção do direito a uma razoável duração do processo.

Verificamos também que, apesar de todo este arcabouço, o Poder Legislativo e a Administração Pública editam constantemente normas e atos que, em determinadas situações, tentam mitigar esse direito do cidadão.

Contudo, apuramos que o controle de constitucionalidade das normas e dos atos administrativos é de suma importância para a manutenção dos Direitos Fundamentais, coibindo os excessos e abusos oriundos do Poder Público.

Neste sentido, verificamos que o Brasil tornou-se signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto de San José da Costa Rica – através do Decreto 678/92.

Também foi pontuado que a Emenda Constitucional 45/2004, alterou o art. 5º da Constituição Federal de 1988, introduzindo no seu inciso LXXVIII o preceito garantidor da razoável duração processual.

Desta forma, vimos que o direito a uma razoável duração do processo, passou a ser concebido como uma obrigação do Estado, e também, como um direito fundamental do cidadão enquanto usuário do serviço jurisdicional.

Na esfera infraconstitucional observamos que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), Lei Complementar 35/79, prevê no seu art. 35, inciso II que é dever do Magistrado não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar e que, no mesmo sentido o art. 226, do Novo Código de Processo Civil estabelece os prazos para as práticas dos atos jurisdicionais.

Apuramos também, que o Código Civil de 2002, consagrou a responsabilidade civil objetiva no parágrafo único do art. 927 e previu, no art. 186, a reparação do dano exclusivamente moral.

Neste diapasão foi verificado através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que é um dever do Estado prestar um serviço jurisdicional sem dilações indevidas e/ou injustificadas, sob pena de incorrer em ato ilícito, culminando na sanção do dever de indenizar o dano suportado pelo jurisdicionado, consoante determina o art. 37, § 6º da nossa Magna Carta, sobre a rubrica do instituto da Responsabilidade civil extracontratual objetiva.

Os resultados do nosso trabalho demonstraram como os direitos fundamentais, em particular o direito a uma razoável duração do processo, tem sido aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, assim como os efeitos da responsabilização do Estado pela violação desse direito.

Dessa forma, conclui-se que, existe uma preocupação mundial em melhorar a prestação jurisdicional, adequando-se a legislação processual de cada país, no sentido de elevar o direito de se obter uma razoável duração do processo a um patamar de direito fundamental do indivíduo. Todavia, faz-se necessária a conscientização de cada nação a fim de se adequarem estruturalmente, para poderem satisfazer as demandas judiciais dentro de um prazo razoável.

Diante de todo o exposto, e por se tratar de um assunto bastante complexo, esta pesquisa não tem a pretensão de esgotar todo o tema, mas buscar elucidar o direito dos jurisdicionados em face do Estado, através do instituto da responsabilidade civil objetiva, podendo vir a contribuir com futuras pesquisas.

## REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BAHIA, Saulo José Casali. **Hermenêutica concretizadora**. Revista do Magistrado, Salvador, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. 5ª ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- BRASIL, Código Civil (2002). **Código Civil Interpretado**. Organizado por Antônio Cláudio da Costa Machado e coordenado por Silmara Juny Chinella-to. 3. ed. São Paulo: Manole, 2010
- BRASIL, **Constituição Política do Império do Brasil** (de 25 de março de 1824). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm). Acesso: 12. Jan 2018.
- BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm). Acesso em: 12. Jan 2018.
- BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 16 de julho de 1934). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm). Acesso: 14. Jan 2018.
- BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm). Acesso: 14. Jan 2018.
- BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm). Acesso: 26. Jan 2018.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm). Acesso: 26. Jan 2018.
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DE 1969** Disponível em: <http://www.tjrr.jus.br/cij/arquivospdf/ConvencaoAmericana-pac-jose-1969.pdf> Acesso: 16. Dez. 2017
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática**. 6ª ed, Salvador: Editora JusPodivm, 2012.
- DA COSTA, Wellington Soares. **O devido processo legal**. Disponível em: < [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10358](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10358) > Acesso: 26. Jan 2018
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 24 ed. atual, São Paulo: Saraiva, 2003.
- EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004** Disponível em: <http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/reformadopoderjudiciario.pdf>. Acesso: 16. Dez.17
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HOFFMAN, Paulo. **O direito à razoável duração do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- LEI COMPLEMENTAR 35/79** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/leis/lcp/lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/lcp/lcp35.htm). Acesso: 16. Dez.17
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 86.
- SALOMÃO, Patricia. **O Princípio do Devido Processo Legal**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=866](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=866) > Acesso: 26. Jan. 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SCHIAVI, Mauro. **Proteção jurídica à dignidade da pessoa humana do trabalhador**. Disponível em: [http://cursos.lacier.com.br/artigos/periodicos/protecao\\_juridica.pdf](http://cursos.lacier.com.br/artigos/periodicos/protecao_juridica.pdf). Acesso: 26 Jan. 2018.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 566p.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Devido Processo Legal**. Editora Podivm: Salvador, 2008.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

## Capitolo IX

# I diritti umani sociali non sono insostenibili nell'Unione Europea

*Jörg Luther\**

**SOMMARIO:** 1 L'esauribilità di tolleranza e solidarietà minaccia l'universalità dei diritti; 2 Il dovere di mitezza come antidoto al fondamentalismo e al nichilismo dei diritti; 3 La storia dei doveri di tolleranza e di solidarietà non è finita; 4 I doveri di solidarietà rendono sostenibili i diritti sociali umani con garanzie multilevel; 5 La solidarietà sociale europea alla prova del "pilastro dei diritti sociali" dell'UE; 6. I diritti umani non possono non essere (anche) sociali e i diritti sociali non possono non essere (anche) umani.

## 1. L'ESAURIBILITÀ DI TOLLERANZA E SOLIDARIETÀ MINACCIA L'UNIVERSALITÀ DEI DIRITTI

Se i diritti umani si considerano minacciati innanzitutto da una crisi della tolleranza<sup>1</sup>, la tolleranza può essere pensata come un presupposto culturale e come una conseguenza del loro rispetto e della loro garanzia. Tuttavia, si possono pensare anche le pretese di diritti "fondamentali" come un germe e diffusore di "zero tolerance". Nel primo caso, l'intolleranza travolge i diritti che possono solo mitigarla, nel secondo caso i diritti travolgono la tolleranza e tendono

---

(\*) Professor da Università del Piemonte Orientale.

1. Cfr. UNESCO, *Defining Tolerance*, Paris 1997, <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002326/232631e.pdf>. Inoltre U. Schulz (a cura di), *Toleranz: Die Krise der demokratischen Tugend und sechzehn Vorschläge zu ihrer Überwindung*, Hamburg 1974; E. Galeotti, *La tolleranza. Una proposta pluralista*, Napoli, 1994; M. Kaufmann, *I diritti umani*, Napoli, Guida, 2009.

a sacrificarla. Entrambi le posizioni hanno del vero, specialmente se si applicano ai diritti di libertà e includono la proprietà. Se si pensa invece ai diritti socioeconomici e socioculturali, alla crisi della tolleranza si unisce una crisi più ampia della solidarietà. Entrambi sembrano esaurirsi nella globalizzazione e le loro crisi minacciano l'universalità del rispetto e della garanzia dei diritti umani.

Secondo le scritture internazionali dei diritti, la pratica della tolleranza è innanzitutto uno strumento di tutela dei diritti (preambolo della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo, DUDU) del 1948 e un obiettivo dell'educazione ed istruzione, la quale *'should promote understanding, tolerance and friendship among all nations, racial or religious groups'* (Article 26). La Dichiarazione dei principi sulla tolleranza dell'UNESCO (1995) definisce tolleranza come dovere morale, politico e giuridico di rispetto delle diversità (*"respect, acceptance and appreciation of the rich diversity of our world's cultures, our forms of expression and ways of being human"* (art. 1 co. 1)), di riconoscimento dei diritti (*"an active attitude prompted by recognition of the universal human rights and fundamental freedoms of others"* (co. 2)), e di responsabilità per i principi fondamentali del costituzionalismo (*"the responsibility that upholds human rights, pluralism (including cultural pluralism), democracy and the rule of law"* (co. 3)), escludendo ogni tolleranza per "social injustice" (co. 4)). In questa lettura, tolleranza è una specie di solidarietà socio-culturale indicata come obiettivo della costituzione dell'UNESCO del 16 novembre 1945: *"peace, if it is not to fail, must be founded on the intellectual and moral solidarity of mankind"*.

In questi contesti internazionali, i riconoscimenti e le garanzie dei diritti inviolabili come fondamento costituzionale della società e dello Stato democratico presuppongono e perseguono la convivenza pacifica delle credenze e delle ideologie politiche di chi vive in condizioni personali e sociali diverse, dei popoli e delle minoranze etniche. L'età dei diritti del secondo dopoguerra sembra aver visto tendenze di sviluppo economico e culturale che hanno fatto crescere le libertà e le diversità, ma non hanno reso perpetua e universale la pace, né prevenuto le crisi finanziarie e migratorie globali odierne. Questo insieme di crisi è difficile da governare e sembra minare la garanzia



effettiva dei diritti, mettendone in dubbio il futuro. La “congiuntura dei diritti umani” sembra raffreddarsi e la loro cultura degradarsi in una “religione dei diritti”.<sup>2</sup>

In ambito internazionale, la critica postcoloniale (*the west rules the rest*) e le crescenti divergenze tra gli Stati Uniti d'America e quelli non uniti d'Europa hanno riaperto le controversie sulle possibilità e sulle necessità di una loro “universalizzazione” o “particolarizzazione”. Alla domanda se i diritti umani sono o siano universali o particolari, cioè riferibili a determinate persone, tradizioni o culture, le varie teorie dei diritti che riconducono i diritti a dati naturali (e/o divini), a patti, conquiste o discorsi sociali<sup>3</sup>, continuano a dare risposte divergenti e condizionate da idealismo e realismo filosofico, ottimismo della volontà e pessimismo della ragione, individualismo liberale e comunitarismo sociale, nazionalismo unilaterale e internazionalismo multilaterale, politica e giustizia etc.. E chiunque parla dei diritti in generale, rischia di non promuoverne la garanzia effettiva e di creare una distanza critica. Tuttavia, se è impossibile riconoscere e garantire i diritti senza parlarne, è allora indispensabile una sufficiente interdisciplinarietà dei discorsi scientifici relativi. Non possono essere riservati alla ricerca e all'insegnamento né della giurisprudenza, né delle scienze politiche, sociali ed economiche, né possono essere abbandonati a filosofi, antropologi, teologi e storici o alle facoltà di magistero.

Riletta con gli occhiali del giurista, la DUDU pretende “rispetto e osservanza universale” dei diritti nel proprio preambolo, riconoscendoli a “tutti gli esseri umani” (art. 1), “everyone” (art. 2) – “ogni individuo” o “tutti” (art. 7). Include i diritti politici (art. 20) e diritti sociali, quello generale alla “sicurezza sociale” di ogni “membro della società” (art. 21) e quelli particolari “per la propria famiglia” (art. 25), di bambini e genitori (art. 25 (2), 26 (3)). Il Patto per i diritti

- 
2. R. Marra, *La religione dei diritti*, Torino 2006, critico di M. König, *Menschenrechte bei Durkheim und Weber*, Frankfurt 2002.
  3. M.-B. Dembour, *What Are Human Rights ? Four Schools of Thought*, *Human Rights Quarterly* 2010, 1ss.

civili e politici del 1966 ha aggiunto “anyone” (art. 6 (4), 9 (2-5)) – chiunque” – “nonché “all persons” (art. 10 (1), 14 (1), 26), tradotto con disinvoltura in “qualsiasi individuo”, “tutti” e “tutti gli individui”. L’universalismo originario delle 56 nazioni firmatarie, assenti molti stati africani, sembrava rievocare la teologia della grazia per “riaffermare **la fede** nei diritti fondamentali umani, nella dignità e nel valore della persona umana, nei diritti eguali di uomini e donne e di nazioni larghe e piccole” (Statuto ONU 1945). La particolarità e relatività storica, culturale e istituzionale di questo universalismo è evidenziata sia dalla genealogia e dai margini di traduzione della Dichiarazione, sia dalla storia successiva dei riconoscimenti e delle garanzie effettive.<sup>4</sup> Infatti, sotto la spinta occidentale, i diritti sono stati positivizzati tanto nel diritto internazionale, con patti e garanzie istituzionali negoziabili e differenziabili a livello regionale, quanto nei vari ordinamenti nazionali come diritti costituzionali o diversamente “fondamentali”.

Restano divergenze politiche e culturali condizionate dalla diversità delle forme nazionali di Stato, ma anche significative convergenze che mantengono l’universalità come “meta non remotissima, ma raggiungibile attraverso mille percorsi, talora tortuosi e certo non agevoli.”<sup>5</sup>

Questa storia percepita di successo ha intrecciato i diritti umani con i diritti costituzionali in quelli “fondamentali”. Nello Stato costituzionale del presente, le garanzie dei diritti fondamentali sono rafforzati dai principi e/o valori fondamentali delle costituzioni, a partire dalla dignità umana intesa come diritto ad avere diritti inviolabili e dal principio generale della tutela dei diritti. Le costituzioni e

---

4. Per le varie “storie” dei diritti cfr. G. Peces Barba Martinez et al (eds), *Historia de los derechos fundamentales*, 3 vol., Madrid, Dykinson 1998-2001; A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna: Mulino, 2007; Samuel Moyn, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge University Press 2010; V. Pazè (acura di), *Diritti*, Roma. Laterza, 2013. Ancora attuale M. Villey, *le droit et les droits de l’homme*, Paris: Puf 2° ed. 2014. Sulle origini dell’ambiguità della pretesa univresalità dei diritti cf. già A. Algostino, *L’ambigua universalità dei diritti*, Napoli 2005.

5. A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Bari 2010, 74.

il diritto internazionale pretendono di legittimare e vincolare la sovranità in tutte le sue forme di esercizio, interne ed esterne, prospettando con i diritti un nuovo "ordine sociale e internazionale" (art. 28 DUDU) non ignaro dei "doveri verso la comunità", in ogni sua forma sociale e giuridica (art. 29 DUDU). La diversificazione e il pluralismo dei diritti e dei principi fondamentali aprono margini di bilanciamento politico e di apprezzamento tecnico degli interessi privati e pubblici in gioco, specialmente di quelli riferibili ai beni comuni, al "general welfare" o alla "bonheur de tous". Per effetto dei diritti civili e politici, attratti dai principi fondamentali dello stato di diritto e della sovranità democratica dello Stato costituzionale, e di quelli economici, sociali e culturali, attratti dai principi fondamentali caratterizzanti la costituzione economica e culturale, universalismo e particolarismo dei diritti si sono ricomposti in una nuova cultura di pratiche giuridiche e politiche dialoganti. In queste pratiche si è configurata sia una qualche "assolutezza" del contenuto essenziale, umanitario e costituzionale, dei diritti fondamentali, sia una qualche "relatività" della tutela dei diritti umani che varia ed è in concreto condizionata dalla forma di Stato e dalle forme che prendono le varie organizzazioni internazionali. I diritti si adeguano ai rapporti di forza riflettute da tali forme, ma possono anche tutelare maggioranze di minoranze e categorie deboli alleate e presidiare le vie d'uscita dal colonialismo. Fin qui il bicchiere si è riempito di forze e virtù, ma lunga è stata anche la storia delle critiche alle debolezze e illusioni di un'universalità messa in crisi da vari sbilanciamenti e tentativi di rovesciamento del bicchiere, non solo in Europa.

## **2. IL DOVERE DI MITEZZA COME ANTIDOTO AL FONDAMENTALISMO E AL NICHILISMO DEI DIRITTI**

Norberto Bobbio aveva ammonito di non cadere nella trappola del fondamentalismo dei diritti. Il problema sarebbe "non tanto quello di giustificarli quanto quello di proteggerli", "non filosofico ma politico".<sup>6</sup> Di fronte all'idealismo inneggiante all'"età dei diritti"

---

6. L'età dei diritti, Torino 1984, 16.

(1984) e alla dichiarazione di nuovi diritti alla pace, all'ambiente e allo sviluppo, il realismo politico doveva protestare contro il mito di un'universalità di diritti "che la stragrande maggioranza dell'umanità non possiede di fatto".<sup>7</sup> L'abbattimento del muro e l'indivisibilità dei diritti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), la generazione nuova dei diritti allo sviluppo, alla pace e all'ambiente, le istituzioni della nuova giustizia penale internazionale e i *millennium goals* dell'ONU prospettavano progressi nella tutela dei diritti, ma la fine delle forme di stato socialiste in Europa, il cd. intervento umanitario nei Balcani, la globalizzazione dei mercati e del terrorismo e le accelerazioni del progresso della tecnica destavano dubbi sulla proliferazione retorica e quantitativa dei diritti che metteva in ombra la loro realizzazione pratica e qualitativa e molto incerto il progresso sociale.

Amartya Sen ricordava alla società civile dei difensori dei diritti che il loro attivismo "viene tendenzialmente da chi è preoccupato più a cambiare il mondo che a interpretarlo (...). Vista la grande urgenza di rispondere a privazioni tremende in tutto il mondo, non è difficile da comprendere la loro indisponibilità a spendere tempo per cercare di fornire una giustificazione concettuale." I diritti umani sono stati generati come "*moral rights*" e traggono forza da discorsi non solo educativi, ma anche transnazionali o "*crossborder*", sempre aperti a critiche pubbliche: "la vitalità (*viability*) e universalità dei diritti umani dipende dalla loro abilità di sopravvivere un esame critico in un ragionamento pubblico."<sup>8</sup> Sen's approccio delle capacità (*capabilities*), condiviso da Martha Nussbaum, è stato recepito in modo esemplare dalla Convenzione ONU sui diritti dei disabili.

La crisi finanziaria globale dell'ultimo decennio è sembrata avverare invece la profezia apocalittica della "fine dei diritti umani", da Agamben fino a Žižek decostruiti in paradossi e ambiguità. La speranza di un salto culturale verso la "vera rivoluzione" dei diritti

---

7 *Op. cit.*, XXI.

8. A. Sen, *Elements of a Theory of Human Rights*, *Philosophy & Public Affairs* 32.2004, 315ss

delle vittime o verso un principio rivoluzionario permanente di “alternativa politica”, sembra essere condannata a una frustrante attesa kafkaeska.<sup>9</sup> Le accuse di egemonia occidentale postcoloniale, il revisionismo della storia della dignità umana come processo di “sacralizzazione della persona” e la passionalità delle lotte per i “nuovi diritti” hanno portato ulteriori acque sui mulini della relativizzazione postmoderna e neorealista dei diritti.<sup>10</sup> I diritti umani narrati come scoperte di uno spirito universale dell’umanità sono sempre di più percepiti come un’invenzione artificiale della modernità, prodotta da bisogni di base (basic needs) convertiti in dichiarazioni di aspirazioni e in “pre-commitments”, la cui realizzazione *multilevel* è abbandonata a negoziazioni politiche e a diplomazia civica, a compromessi legislativi, bilanciamenti politici, discrezionalità amministrative e riserve di giurisdizione. Secondo Upendra Baxi, i linguaggi della dis-invenzione, postrivoluzionaria o neopopulista, competono oggi con quelli di una re-invenzione dell’umanità dei diritti.<sup>11</sup>

Gustavo Zagrebelsky conclude con lo scetticismo della ragion gramsciana che nell’ambiguità dei diritti, il cinismo dei potenti che si sono appropriati del loro lato malefico ha preso il sopravvento, deprimendo ogni speranza di giustizia sociale. Spinti da false promesse di felicità e di signoria della volontà, i diritti sono diventati violenti e aggressivi “per forza”, e omofagi, consumandosi a vicenda e divorando nell’ingordigia dei poteri economico, politici e culturali ogni spazio e risorsa degli inermi e delle generazioni future.<sup>12</sup> In un mondo

---

9. Cf. C. Douzinas, *The End of Human Rights*, Oxford University Press, 2000; C. Gearty *Can Human Right’s survive?*, Cambridge University Press, 2006; M. Flores, *Storia dei diritti umani*, Bologna: Mulino 2008, 324; C. Menke, F. Raimondi, *Die Revolution der Menschenrechte*, Berlin: Suhrkamp 2011, 9ss.

10. Cf. con riferimento a H. Joas, *Die Sakralität der Person. Eine neue Genealogie der Menschenrechte*, Berlin 2011, 81ss. Sui nuovi diritti diritti cf. M. Cartabia, “Nuovi diritti” e leggi imperfette, *Iustitia* 2016, 153-181. Critico H. Dreier, *Säkularisierung und Sakralität*, Tübingen 2015, 103ss.

11. U. Baxi, *Human rights in an era of hyper-globalisation: a few wayside remarks*, in: C. Gearty, C. Douzinas, *The Cambridge Companion to Human Rights Law*, Cambridge University Press 2012, 150ss.

12. G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Torino 2017. Un richiamo a Kafka e alla “profound depression” ora in S. Moyn, *Do human rights treaties make a difference?*, in: C.

dagli spazi saturati nel quale l'odio e l'intolleranza minacciano "la concordia e la solidarietà", l'alternativa alla terza guerra mondiale resterebbe solo una lotta per i "diritti dei senza diritti", ma con una temperatura abbassata, "a iniziare da quelli più pretenziosi e voraci", e con una riabilitazione dei doveri morali e giuridici.<sup>13</sup>

Si può e si deve dubitare delle prognosi e profezie negative, ma si può concordare sull'analisi dei rischi di un'involuzione della cultura dei diritti nelle crisi della tolleranza e della solidarietà e con la ricerca dei rimedi, a partire dalla riabilitazione dei doveri. Quali sarebbero allora questi doveri e in che misura sarebbero garantiti in ambito internazionale e a livello costituzionale?

Potrebbe non bastare il dovere di legalità né il dovere di rispetto dei diritti altrui come semplice riflesso o conseguenza giuridica della loro garanzia e dello Stato di diritto. Guardando ai principi fondamentali della società, si potrebbe pensare alla dignità umana come fonte di doveri di non-umiliazione<sup>14</sup>, alla libertà come fonte di doveri comuni di difesa e protezione, all'eguaglianza come fonte di doveri di non discriminazione e, non da ultimo, a un principio fondamentale di solidarietà, peraltro esplicitamente sancito dall'art. 2 della Costituzione italiana. Per quanto riguarda i principi caratterizzanti lo Stato, sono soprattutto la repubblica, la democrazia e lo Stato di diritto a generare doveri di pubblicità, partecipazione e subordinazione all'esercizio dei poteri.

Nel loro insieme, questi principi fondamentali potrebbero offrire la base di un generale dovere di mitezza. Nel *De Officiis* di Cicerone, la mitezza fa parte di un ethos della dignità dei titolari di cariche

---

Gearty, C. Douzinas, *The Cambridge Companion to Human Rights Law*, Cambridge University Press 2012, 346: "there is hope, no end to hope – only not for us."

13. *Op. cit.*, 39s.

14. Cfr. A. Margalit, *Decent society* Cambridge: Harvard University Press, 1996, trad. ted.: *Politik der Würde*, Berlin: Fest, 1997, 45ss. Il quale tuttavia non contempla un diritto umano al riconoscimento della dignità. Sui problemi della contingenza delle garanzie della dignità umana cf. da ultimo M. Brandhorst, E. Weber-Guskar, *Menschenwürde. Eine philosophische Debatte über Dimensionen ihrer Kontingenz*, Berlin: Suhrkamp 2017.

pubbliche che ripudia la vita nel lusso e presuppone virtù di onestà, parsimonia, contenimento, severità e sobrietà.<sup>15</sup> Antidoto dell'arroganza, della prepotenza e della violenza, per Bobbio la mitezza non va confusa con remissività, umiltà e modestia, ma può essere promossa dalla semplicità e può promuovere la misericordia. Proprio come dovere morale generale e civile, questa mitezza rende possibile e sostenibile la libertà dalle prepotenze come presupposto della ricerca repubblicana del bene comune.<sup>16</sup> Il dovere di mitezza non comanda amore e dolcezza, ma include la moderazione e la ragionevolezza di chi sa non sapere tutto, del buon amministratore e del buon genitore, accogliendo anche la critica del maschilismo dei diritti.<sup>17</sup> Senza questa mitezza strumentale alla libertà e al repubblicanesimo non sarebbero possibili i valori europei e globali del pluralismo, della non discriminazione, della tolleranza, e non sarebbero sostenibili la giustizia e la solidarietà nonché la parità effettiva di genere. La mitezza umana è un dovere globale senza confini, un neoidealismo autoriflessivo che rafforza l'universalità dei diritti e riecheggia pertanto le speranze di pace e di grazie che gli universalisti teologi promettevano a tutta l'umanità.<sup>18</sup>

In sintesi, la mitezza si presenta come una virtù umana e repubblicana, una predisposizione culturale di uno Stato costituzionale aperto all'umanità. Questa virtù ha come scopo la mitigazione non solo della legge, ma di ogni diritto che diventa potere, generando essenzialmente un dovere civico morale, *minima moralia* che lo stato costituzionale esige dai cittadini per difendere loro e se stesso dai veleni del cinismo e dell'ipocrisia. Nella società europea designata dalla tavola dei valori dell'art. 2 TUE, il "rispetto dei diritti umani,

---

15. Cicero, *De officiis*, I 105ss. "diffluere luxuria et delicitate ac molliter vivere, quamquam honestum parce, continenter, severe, sobrie." Da qui Matteo V, 5: "Beati i miti perché erediteranno la terra."

16. N. Bobbio, *Elogio della mitezza* (1983), Torino, Einaudi 1998, 47: "Virtù non politica".

17. N. Bobbio, cit., 45. Così come l'ho presentata, è probabile che la mitezza vi sia apparsa una virtù femminile.

18. Critico pertanto C. Schmitt, *Der Nomos der Erde* (1950), Berlin 1988, 208.

compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze”, implica proprio questo dovere morale di mitigazione e moderazione nell’esercizio dei poteri di ogni maggioranza e nell’esercizio di tutti quelli diritti che costruiscono poteri sociali e culturali. Sarebbe un modo corretto per arginare sia i rischi del fondamentalismo, sia quelli del nichilismo dei diritti che sono rafforzati dalle odierne crisi di tolleranza e solidarietà.

Se si rilegge la storia giuridica della tutela dei diritti umani del secondo dopoguerra né come un successo, né come una decadenza, si può sostenere che la volontà di incivilimento e di progresso civile e umanitario delle norme sui diritti esige di prenderli sul serio, di “valorizzarli” nelle pratiche della vita quotidiana di una società civile transnazionale, e di “positivizzarli” nelle istituzioni di un diritto costituzionale internazionale, temperando il loro esercizio da parte dei potenti attraverso un dovere morale di mitezza. Nella misura in cui sono poi sostenuti da istituzioni giuridiche, il dovere morale di mitezza potrebbe dare luce e giustificazione anche a ulteriori doveri in parte morali, in parte giuridici, in particolare doveri giuridici di tolleranza e di solidarietà.

### **3. LA STORIA DEI DOVERI DI TOLLERANZA E DI SOLIDARIETÀ NON È FINITA**

I diritti umani includono la libertà di coscienza che collega le libertà di fede e di pensiero. Pertanto non pretendono di essere convertiti in valori da imporre o in una religione civile da ufficializzare. Possono essere anche non amati, diffidati e disconosciuti come valori e non celebrati come religione civile, purché siano rispettati almeno con uno spirito di tolleranza.

La storia dell’evoluzione di questo spirito risale all’antica “*tolerantia*” sinonimo di sopportazione, passa per la canonica “*permissio comparativa*”, cioè la non-sanzione di un peccato giustificata dalla necessità di evitare un male maggiore, e il cd. *toleration act* del 1689, legato alla Bill of Right, a favore dei “*nonconformists*” e dei protestanti dissenzienti, raggiunge con Voltaire “*l’apanage de l’humanité*” e con Rousseau un dovere di rispetto delle sole religioni i cui dogmi non



esigono intolleranza e si oppongono ai doveri di cittadinanza. Va ricordato come Mirabeau e Kant criticano la tolleranza antica come arroganza del sovrano che potrebbe anche non tollerare, mentre Goethe la considera solo il primo passo verso il riconoscimento (*Anerkennung*) o l'accettazione reciproca.<sup>19</sup>

Successivamente la tolleranza è entrata in alcuni strumenti internazionali di tutela dei diritti (v. supra par. 1) e anche nelle costituzioni più recenti.<sup>20</sup> Se si cerca una fonte in grado di convertire almeno parzialmente la tolleranza da valore e dovere morale in dovere giuridico, va notato innanzitutto il richiamo ai doveri di "rispetto e riconoscimento dei diritti e delle libertà degli altri" (art. 29 DUDU). Rispetto e riconoscimento sono chiesti non solo allo Stato, ma anche ai cittadini, significando un'accettazione anche senza amore, accordo e armonia, cioè anche solo con semplice tolleranza. Per quanto non direttamente coercibile, la tolleranza diventa un onere per il rispetto e l'accettazione dei diritti.

---

19. Cf. G. Schlüter, R. Grötter, *Toleranz*, in: J. Ritter, K. Gründer, *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, X, Basel 1998, 1251ss. Per una filosofia del riconoscimento allora A. Honneth, *Riconoscimento e obbligo morale*, in: *Diritto e Questioni Pubbliche* 1998, 5ss.

20. Ad es. preambolo Pakistan 1973: "Wherein the principles of democracy, freedom, equality, tolerance and social justice as enunciated by Islam shall be fully observed"; art. 77.2 Capo Verde 1980/82: "Education must stimulate creativity; encourage democratic participation in national life; promote tolerance and solidarity; and contribute to social progress and civic and moral training."; prambolo Liberia 1986: "Having resolved to live in harmony, to practice fraternal love, tolerance and understanding as a people and being fully mindful of our obligation to promote African unity and international peace and cooperation."; art. 36 Benin 1990: "Each Béninese has the duty to respect and to consider his own kin without any discrimination; and to keep relations with others that shall permit the safeguarding, the reinforcement and promotion of respect, dialog and reciprocal tolerance with a view to peace and to national cohesion."; preambolo Bulgaria 1991: "pledging our loyalty to the universal human values of liberty, peace, humanism, equality, justice and tolerance;"; preambolo Brandenburg 1992: "nello spirito del diritto, della tolleranza e della solidarietà"; art. 73 co. 2 Portogallo 1976/2005: education for "the development of the personality and the spirit of tolerance"; art. 6 Tunisia 2014: "disseminate the values of moderation and tolerance". art. 14.5a Austria 1920/2015: "Democracy, Humanity, solidarity, peace and justice as well as openness and tolerance towards people are the elementary values of the school".

Per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il godimento dei diritti "fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future" (preambolo). In questo passo, il dovere della tolleranza si trasforma da solidarietà morale tra vivi a una solidarietà umanitaria anche materiale senza limiti di tempo e spazio. In tempi di crisi della tolleranza e della solidarietà, si può e deve essere scettici su questa espansione europea dei doveri e sulla garanzia effettiva dei diritti delle generazioni future, ma la responsabilità nei confronti della "comunità umana" è stata tradotta sia nelle cooperazioni per l'attuazione dei diritti "globali" di ultima generazione (si pensi all'accordo sul clima di Parigi), sia nelle istituzioni della giustizia penale internazionale.

Notoriamente USA e UE si dividono al riguardo, ma le bandiere europee della tolleranza e solidarietà potrebbero essere più vicine a quelle della maggioranza del mondo. I diritti umani universali della coscienza occidentale non sono diritti di un Io che può rendersi Dio, devono essere anche diritti degli altri, perfino degli alieni.<sup>21</sup> Questa solidarietà dei diritti è garantita anche dalla dignità umana non è solo un diritto ad avere diritti, ma implica anche un dovere di riconoscimento della capacità altrui di essere soggetto di diritti. Il dovere di "rispetto" della dignità umana è un dovere universale con efficacia *erga omnes*, come dimostrano tutte le sue garanzie specifiche contro la pena di morte e le torture, contro le pratiche di disinformazione medica, di eugenetica, di commercio degli organi e di clonazione, contro schiavitù, servitù e lavori forzati. La dignità umana è garantita pertanto con divieti assoluti che non si accontentano di doveri di semplice tolleranza passiva, ma possono imporre anche obblighi attivi di solidarietà. Infatti, la dignità umana rinascimentale non solo esaltò la creatività umana, si oppose anche alla miseria, imponendo insieme al rispetto passivo della libertà e creatività altrui anche un minimo di prestazioni di aiuto, un sentimento minimo di compassione che non viene meno nemmeno nelle concezioni più moderne della dignità.

---

21. S. Benhabib, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge 2004.

Se per Kant solo “ciò che si innalza al di sopra di ogni prezzo, e perciò non comporta equivalenti, ha una dignità”, “la moralità e l’umanità, in quanto capaci di ciò, sono la sola cosa che abbia dignità”. La dignità è pertanto sottratta a ogni prezzo come parametro di commisurazione e comparazione e inviolabile nella sua “sacralità” (*Heiligkeit*).<sup>22</sup> Intesa come diritto a non restare senza diritti, la dignità non può essere né comprata né barattata, ma questo non vuol dire che sia gratuita e imponga la non onerosità dei diritti degli altri e implichi una libertà ed eguaglianza senza oneri di prestazioni. In linea di principio, non può esistere dignità umana senza diritti di libertà ed eguaglianza, ma nemmeno senza un minimo di doveri di solidarietà. Tali doveri sono innanzitutto morali, ma possono essere anche essere giuridici, a seconda dei principi e diritti costituzionali che comandano o giustificano l’intervento del legislatore, ma esigono anche che tolleranza e solidarietà siano innanzitutto spontanee.

Moralmente la carità del buon samaritano e l’ospitalità non si negano a nessuno, anche se nella realtà europea non pochi individui e stati preferiscono lasciare la carità alle istituzioni religiose e tenere segreti i luoghi dell’ospitalità, speculando sui prezzi dell’uno e dell’altro. Giuridicamente, i doveri di prendersi cura e dare ospitalità ai poveri, malati e stranieri hanno invece radici universali in una sorta di *rule of social law* millenaria. Ancora prima della cristiana *caritas*, dell’islamico *zadak*, dell’ebraico *tzedakah* e del *Dāna* della tradizione induista, il re babilonese Hamurabi aveva codificato le leggi del proprio regno stabilendo che “il forte non lesioni il debole, in modo che le vedove e gli orfani siano protetti”.<sup>23</sup> Anche in Europa, il diritto alla sicurezza sociale ha una matrice pre-cristiana nei concetti di “cura” e “se-curitas” fondata sugli ideali stoici della dignitas.<sup>24</sup> Pertanto, i doveri di solidarietà furono attuati dapprima nelle istituzioni ecclesiastiche e civili di assistenza sociosanitaria. Secondo il diritto

---

22. I Kant, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, quotato da Joas, op. cit., 84.

23. <http://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>.

24. T. Cicero, *De officiis*, I, 69: “*Vacandum autem omni est animi perturbatione, cum cupiditate et metu tum etiam aegritudine et voluptate nimia et iracundia, ut tranquillitas animi et securitas adsit, quae affert cum constantiam tum etiam dignitatem.*” Cfr. C. Zwierlein, *Se-curare, sine cura, se-curitas, assicuratio: Innovationen der*

canonico medievale, "per legge naturale tutte le cose sono comuni, cioè in tempi di necessità devono essere condivise con coloro che ne hanno bisogno".<sup>25</sup>

Il diritto delle genti di Emer Vattel del 1760 riconosce per la prima volta un principio di solidarietà nel capitolo dedicato ai doveri comuni delle nazioni ossia "offices de l'humanité entre les nations". Allo stesso modo in cui gli uomini devono prestarsi concorso, anche le nazioni tra di loro, se necessario e possibile senza sacrifici sproporzionati, devono prestare soccorsi in casi di rovina, aggressioni, carestia e calamità, obbligo tuttavia non coercibile.<sup>26</sup>

Le rivoluzioni costituzionali non hanno cancellato, ma ulteriormente sviluppato questo principio e dovere fondamentale. Mentre quella statunitense esaltava la libertà del "pursuit of happiness", quella francese evocava la fraternité ed ancorava l'essenza del costituzionalismo nel dovere di "assicurare" i diritti nella società. Nei suoi preliminari della Costituzione del 1789, Sieyes riconosceva ai cittadini un diritto di partecipare agli utili (bienfaits) della loro "union sociale" e a beneficiare dell'azione dei poteri pubblici, a partire da un buon sistema di istruzione pubblica. A chiunque per forza di un *malheur* non era in grado di soddisfare i propri bisogni assicurava i "diritti giusti di ottenere soccorso (*secours*) dai loro concittadini".<sup>27</sup>

---

Sicherheitsproduktion in der Renaissance', in: G. Melville, G. Vogt-Spira, M. Breitenstein (eds.), *Sorge*, Köln: Böhlau, 2015, 109.

25. Uguccione de Pisa citato da G. Van Beuren, Socio-economic Rights and a Bill of Rights – an overlooked British traditio, *Public Law*, 2013, 822. Cfr. L. Marchettoni, Ockham e l'origine dei diritti soggettivi, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2008, 37. Il diritto canonico tuttavia non ripudiava la
26. E. De Vattel, *Le droits des gens*, Londres 1758, I, 255ss.
27. Sieyes, E. 1789. *Préliminaire de la Constitution*, Paris : Baudouin 32-3: « On fait que ceux des citoyens qu'un malheur fort condamne à l'impuissance de pouvoir à leur besoins, ont de justes droits aux secours de leurs Concitoyens, & c. On sait que rien n'est plus à l'espèce humain, au moral & au physique, qu'un bon système d'éducation et d'instruction publique & c. On sait qu'une Nation forme avec les autres peuples des relations d'intérêt qui méritent de sa part une surveillance. Toujours active, & c. Mais ce n'est pas dans la déclaration qu'on doit trouver la liste de tous les bien qu'une bonne Constitution peut procurer aux peuples. Il suffit ici de dire que les citoyens ont droit à tout ce que l'Etat peut faire en leur faveur. »

L'art. 21 della Costituzione giacobina del 1793 sanciva un debito sacro: "la società deve la sussistenza ai cittadini infelici, sia procurando loro lavoro sia assicurando i mezzi d'esistenza a coloro che non sono in grado di lavorare."<sup>28</sup> La decisione di abolire la schiavitù fu poi revocata da Napoleone. La Costituzione del 1795 sintetizzò i nuovi doveri di solidarietà in una seconda regola aurea: "*Fate costantemente agli altri il bene che vorreste ricevere.*"

La dichiarazione francese del 1815 garantisce solo più una scuola elementare gratuita e la prima lezione di filosofia del diritto Hegel attribuisce alle corporazioni una responsabilità solidale per i poveri (1819/20). L'aggiunta al par. 244 sul problema della povertà di massa precisa che la miseria della plebe può essere causata da leggerezza e indisponibilità di cercare il lavoro "come ad es. nel caso dei Lazzaroni di Napoli", ma "nello stato della società, la carenza acquista subito la forma di un'ingiustizia inflitta a questa o quella classe. La questione come rimediare alla povertà è una questione che agita e tormenta prioritariamente le società moderne."<sup>29</sup> Nel 1840, Pierre Leroux lega per la prima volta l'umanità a un principio di solidarietà.<sup>30</sup> Nelle rivoluzioni europee del 1848, Karl Marx osserva che il preambolo della costituzione francese aveva trasformato i diritti all'istruzione e al lavoro nonché "al sostegno dell'orfano, dell'invalide e dell'anziano" in principi direttivi della seconda repubblica, preceduti da una dichiarazione di doveri dei cittadini, in particolare quelli di assicurarsi i mezzi d'esistenza attraverso il lavoro e le risorse per il futuro attraverso la previdenza, concorrendo al benessere comune e aiutandosi fraternamente l'un l'altro.<sup>31</sup> Mentre il modello liberale dello

---

28. Cfr. legge del 19 marzo 1793: « Tout homme a droit à sa subsistance par le travail s'il est valide ; par des secours gratuits s'il est hors d'état de travailler. »

29. G. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Frankfurt 1970, 390.

30. P. Leroux, *De l'Humanité, de son principe, et de son avenir*, Paris 1840. Cf. A. Wildt, *Solidarität – Begriffsgeschichte und Definition heute*, in: K. Bayertz, *Solidarität*, Frankfurt 1998, 202ss.

31. Marx, K. 1851. *The Constitution of the French Republic Adopted November 4, 1848, Notes to the People No. 7, June 14, 1851* <http://marx.libcom.org/works/1851/06/14.htm>.

stato sociale escludeva diritti pubblici sociali e limitava i doveri di solidarietà, il regolamento provvisorio dell'associazione internazionale dei lavoratori del 1864 rivendica sia una "solidarité entre les ouvriers des diverses professions dans chaque pays" sia "une union fraternelle entre les travailleurs des diverses contrées".<sup>32</sup> Questa solidarietà socialista è insieme particolare ed universale, cioè di classe e internazionale, ed era una solidarietà di lotta per i diritti. Nel 1882, Ernest Renan rilancia invece la nazione come "grande solidarité" fondata su una memoria e su una volontà comune di sacrifici. Mentre si sviluppavano le prime forme di legislazione ed amministrazione dello Stato sociale, le sociologie di Durkheim e Toennies osservavano rispettivamente un progresso e una crisi della solidarietà sociale nelle società europee.<sup>33</sup>

La riluttanza liberale nei confronti dei diritti sociali fu superata solo nelle rivoluzioni del novecento, in America latina attraverso la costituzione messicana del 1917 e in Europa dopo il trauma della prima guerra mondiale attraverso le costituzioni di Weimar (1919) e Madrid (1931) nonché quelle socialiste dell'Unione sovietica (1936). Al riguardo va ricordato che i diritti e doveri della Costituzione di Weimar sviluppavano i principi generali della protezione sociale dettati alla nuova organizzazione internazionale del lavoro nell'odiato trattato di Versailles<sup>34</sup>, prospettando "un ordine della

---

32. See E. Wiederin, *Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 62 (2005), 61ss.

33. K. Bayertz, *Begriff und Problem der Solidarität*, in: idem, *Solidarität*, Frankfurt 1998, 23ss. con riferimento anche alle filosofie di Max Scheler e Nicolai Hartmann.

34. Art. 427: "First. The guiding principle above enunciated that labour should not be regarded merely as a commodity or article of commerce. Second. The right of association for all lawful purposes by the employed as well as by the employers. Third. The payment to the employed of a wage adequate to maintain a reasonable standard of life as this is understood in their time and country. Fourth. The adoption of an eight hours day or a forty-eight hours week as the standard to be aimed at where it has not already been attained. Fifth. The adoption of a weekly rest of at least twenty-four hours, which should include Sunday wherever practicable. Sixth. The abolition of child labour and the imposition of such limitations on the labour of young persons as shall permit the continuation of their education and assure their proper physical development. Seventh. The principle that men and women

vita economica conforme ai principi della giustizia con l'obbiettivo di garantire un'esistenza umanamente dignitosa (*menschenwürdiges Dasein*) a tutti" (art. 151). Mirkine-Guetzévitch descriveva le costituzioni della nuova Europa come costituzioni diventate più lunghe per effetto delle dichiarazioni dei diritti sociali, in alcuni stati rimasti solo sulla carta, in altri espressione di una "nazionalizzazione della vita pubblica".<sup>35</sup> Mentre i regimi socialisti intendevano realizzare i diritti sociali senza mercati, inneggiando alla solidarietà operaia internazionale, quelli corporatisti e fascisti esaltavano i doveri sociali fondamentali in ambito nazionale.

Nel secondo dopoguerra, la solidarietà è entrata finora in 82 costituzioni a partire da quella italiana del 1947. Viene evocata, vuoi come principio vuoi come dovere fondamentale, specificato da aggettivi come sociale, intergenerazionale, nazionale e internazionale. Questa solidarietà è universale e relativa, cioè graduabile a seconda della società di riferimento. Difficile resta la sua concretizzazione giuridica, cioè la definizione delle condotte, dei beni e delle prestazioni esigibili a titolo di solidarietà. La solidarietà giuridica non può essere costruita esclusivamente sulla beneficenza e sul dono della di ogni persona individuale, ma deve essere garantita ed assicurata anche da istituzioni che hanno cristallizzato veri e propri diritti sociali. Il diritto universale alla sicurezza "sociale" della persona umana di cui all'art. 22 DUDU è destinato alla "soddisfazione dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità e al libero sviluppo della sua personalità". In questa dichiarazione si riflette un'idea di diritti sociali fondamentali, cioè umani e costituzionali, indivisibili anche dalle nuove libertà politiche.<sup>36</sup> La storia dei doveri

---

should receive equal remuneration for work of equal value. Eighth. The standard set by law in each country with respect to the conditions of labour should have due regard to the equitable economic treatment of all workers lawfully resident therein. Ninth. Each State should make provision for a system of inspection in which women should take part, in order to ensure the enforcement of the laws and regulations for the protection of the employed."

35. B. Mirkine-Guetzévitch, *les constitutions de l'Europe nouvelle*, Paris 1928, 37ss.

36. N. Bobbio, *Sui diritti sociali* (1996), in: *Teoria generale della politica*, Torino 1999, 458ss.

di tolleranza e di solidarietà si è quindi intrecciata con quella dei diritti che forse solo imprudenza e impazienza tenderebbero a liquidare come “finita”.

#### **4. I DOVERI DI SOLIDARIETÀ RENDONO SOSTENIBILI I DIRITTI SOCIALI UMANI CON GARANZIE MULTILEVEL**

Il nuovo, più novecentesco principio fondamentale della solidarietà forse non è ancora un principio comune delle tradizioni costituzionali europee e resta variamente interpretabile, ora più come principio morale, ora più come principio giuridico. Tuttavia questo principio strutturale salda i doveri di solidarietà su tutti i livelli di governo con i rispettivi diritti sociali.<sup>37</sup>

In chiave universale, solidarietà pretende una fraternità della compassione umanitaria a prescindere da ogni appartenenza e cittadinanza, in chiave comunitarista particolare la coesione ed affermazione delle comunità sociali e politiche locali, regionali e nazionali, nei contesti globalizzati sempre solo minoranze, che includono generazioni passate e future. Pertanto il dovere di solidarietà non può non essere innanzitutto un dovere di ogni essere umano nei confronti di ogni altro essere umano, cioè dovere di solidarietà umanitaria. La giuridicità e coercizione concreta dei doveri e diritti di solidarietà risulta restringibile e graduabile in base a diversi legami sociali tessuti da norme giuridiche di appartenenza, legami peraltro modulati dal concorrente principio fondamentale di sussidiarietà.

Idealmente, il principio della solidarietà si ispira alla spontaneità dell'agire sociale della persona, realmente favorisce rapporti asimmetrici tra chi la offre e chi la accetta, rapporti che possono consolidarsi in istituzioni di welfare, ad es. attraverso assicurazioni

---

37. Cfr. a livello internazionale, ad es., R. Wolfrum, C. Kojma (eds.), *Solidarity: A Structural Principle of International Law*, Berlin: De Gruyter, 2010; E. Riedel, G. Giacca, C. Golay (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, Oxford: university Press 2014. A livello europeo cf. soltanto M. Mikkola, *Social Human Rights of Europe*, Helsinki: Karelactio legisactio ltd 2010. A livello nazionale



obbligatorie o servizi pubblici assunti in segno di responsabilità solidale dell'intera società. Mentre il dovere di solidarietà generale e universale incombeva sin dalle prime costituzioni a tutta la società umana, quindi non solo ai cittadini felici e in salute, e i doveri di solidarietà specifica della famiglia riguardavano mantenimento ed istruzione dei figli. Ancora oggi, nel linguaggio costituzionale, i doveri di solidarietà sono intrecciati nelle garanzie costituzionali dei diritti sociali.<sup>38</sup> Nella misura in cui la sanità e l'istruzione sono istituzione pubblica, il dovere di dare cure gratuite agli indigenti e quello di raggiungere i gradi più alti degli studi sono stati pubblicizzati, cioè per il loro adempimento tutti possono avvalersi delle istituzioni pubbliche. Anche nella misura in cui viceversa si privatizzano tali istituzioni, lo Stato deve stabilire ed assicurare i "livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti sociali" (art. 117 cost.), diventando altrimenti tutti i cittadini solidalmente responsabili per ogni fallimento delle relative istituzioni.

In questi contesti costituzionali, i doveri di solidarietà si trasformano in garanzie di rispetto e riconoscimento anche di legittime pretese di solidarietà e di diritti sociali e altrui. Il principio fondamentale di solidarietà di cui agli art. 2, 3 e 4 della Costituzione, tuttavia, non impone doveri di beneficenza ed assistenza illimitati, né garantisce diritti sociali infiniti. Piuttosto garantisce che i diritti umani sociali non restino senza doveri e che i doveri non restino senza diritti sociali intendibili come diritti ai benefici di una solidarietà istituzionalizzata. Questo principio fondamentale della Costituzione ha promosso e animato pertanto la seconda e terza generazione dei diritti umani, consente anche una lettura della dignità come contrario di miseria, della libertà come liberazione da condizioni di debolezza involontaria, dell'eguaglianza come pari opportunità, della democrazia come partecipazione inclusiva e dello stato di diritto (o della legalità) come "stato di diritto sociale". E appena il caso di

---

38. Cfr. ad es. S. Rodotà, *Solidarietà: un'utopia necessaria*, Roma: Laterza 2014, 48ss. Per la difficile interpretazione sistematica del tema cf. sa ultimo F. Polacchini, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, Bononia University Press 2016.

aggiungere che sono istituzioni costituzionali di solidarietà particolare anche le autonomie locali (art. 5 ) e culturali (art. 6-9) nonché quelle delle organizzazioni internazionali (art. 10, 11).

I diritti sociali della Costituzione italiana pertanto non si fondano solo sui principi di libertà (liberazione dal bisogno) ed eguaglianza (sociale) di fatto (art. 3), ma anche sul dovere della Repubblica di garantire i diritti inviolabili dell'uomo "sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", formazioni nelle quali si adempiono preferibilmente in modo spontaneo i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2). Nell'ottica dell'universalismo individualista, i diritti e doveri costituzionalmente garantiti sono anche diritti e doveri umani riconoscibili ai "concittadini" stranieri, in quella del relativismo comunitarista con tutele graduabili, in nessuna dogmatica sostenibile sarebbero – a differenza degli ulteriori diritti sociali semplici riconosciuti solo dalla legge – a priori riservabili a sedicenti connazionali.

Nel disegno dell'art. 2 della Costituzione, i diritti umani, sociali e non, precedono i doveri di solidarietà il cui adempimento (ad es. di lavoro e tributario) può servire anche a sostenere una pluralità di diritti sociali o interessi collettivi. Gli aggettivi dei doveri della solidarietà propongono peraltro una tipologia e sistematica dei doveri che si rifletta anche nelle formazioni sociali particolari garantite dalla costituzione come luoghi di produzione di solidarietà spontanea oggi considerate in crisi, ad es. quella politica nel civismo dell'elettore repubblicano (art. 48), nel concorso dei partiti politici (art. 49) e nella fedeltà dei titolari di cariche pubbliche (54), quella economica dei sindacati (art. 38) e dei contratti collettivi (art. 39) fino a quella sociale inerente a tutte le formazioni socio-culturali, dalla famiglia (art. 29) fino alle istituzioni culturali (art. 6) e religiose (art. 7, 8).

Anche in Italia, come in altri paesi occidentali, i diritti sociali umani sono stati criticati per una loro presunta origine e unilateralità "catto-comunista" o per il fatto di essere categoria concettualmente non omogenea, di generare obblighi imperfetti senza individuazione precisa dei soggetti passivi responsabili, di dare vita e istituzioni costose e inefficienti, di essere utopici e non realizzabili

per tutti. A queste critiche in parte politiche, in parte dogmatiche, i difensori hanno replicato che la categoria non è più nuova, l'individuazione delle istituzioni responsabili segue precisi criteri e principi di sussidiarietà, che le istituzioni a presidio delle libertà non sono meno costose e che le maggiori difficoltà di tutela in tempi di crisi finanziaria non sono ragioni valide per disconoscere diritti comunque riferibili a bisogni di base.<sup>39</sup>

Concettualmente, i diritti sociali non possono più essere presunti diritti non giustiziabili. A livello nazionale si sono sviluppate da un lato forme di controllo di costituzionalità sulla legislazione sociale, dall'altro lato sistemi di giustizia amministrativa, del lavoro e della previdenza sociale a garanzia anche di diritti sociali individuali. A livello internazionale è stato concordato il criterio di una loro realizzazione progressiva attraverso obblighi degli stati "*to the maximum of its available resources*" (art. 2 (1) ICESCR). Lo sviluppo degli standards internazionali di tutela avviene sia tramite negoziazioni di commenti generali, procedure di benchmarking e scoping sugli obiettivi di tutela che lo Stato concorda in sede internazionale,<sup>40</sup> ad es. nella Social Protection floor Initiative dell'Organizzazione internazionale del lavoro, sia tramite procedure di reclamo o comunicazione individuale davanti al Comitato dei diritti Economici, Sociali e Culturali<sup>41</sup> e procedure di reclamo collettivo davanti al Comitato Europeo dei diritti sociali<sup>42</sup> che integrano i rimedi giurisdizionali internazionali utilizzabili solo per alcuni diritti umani sociali. Pur

---

39. A. Sen, *op. cit.*, 345ss.

40. Cf. già E. Riedel, *Verhandlungslösungen im Rahmen des Sozialpakts der Vereinten Nationen*, festschrift D. Rauschnig, Köhn 2001, 441ss.

41. Cfr. la prima decisione di accoglimento in materia di diritto alla casa, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comunicación Nº 2/2014, Dictamen aprobado por el Comité en su 55º período de sesiones (1 a 19 de junio de 2015); [http://globalinitiative-escr.org/un-committee-on-esc-rights-issues-historic-recommendations-to-spain-related-to-the-right-to-housing/?utm\\_source=CES-CR+Alert&utm\\_campaign=42640460d5-EMAIL\\_CAMPAIGN\\_2017\\_12\\_07&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_688271303a-42640460d5-329711053](http://globalinitiative-escr.org/un-committee-on-esc-rights-issues-historic-recommendations-to-spain-related-to-the-right-to-housing/?utm_source=CES-CR+Alert&utm_campaign=42640460d5-EMAIL_CAMPAIGN_2017_12_07&utm_medium=email&utm_term=0_688271303a-42640460d5-329711053)

42. Cf. C. panzer, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (eds.), *La carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, Napoli, Esi, 2016.

essendo quindi oramai diritti pienamente giustiziabili, possono tuttavia avere forme di controllo giurisdizionale più debole in ambito nazionale ed internazionale.

Le particolarità delle loro garanzie giurisdizionali in ambito nazionale ed internazionale derivano dal fatto che i diritti sociali si distinguono dagli altri diritti fondamentali per il loro contenuto e oggetto tipico. Infatti, i diritti sociali si basano su attese e pretese di un contenuto positivo (fare, dare, dire) che implicano obblighi di prestazione (fulfil) in capo a soggetti passivi da individuarsi in base a principi di solidarietà e sussidiarietà tra enti pubblici e persone private, inclusi soggetti dotati di poteri privati come datori di lavoro, proprietari di terra e di casa, parenti ecc. Per questa loro struttura particolare, i diritti sociali fondamentali sono soggetti a riserve di legge materiale e formale, con necessaria allocazione di risorse finanziarie secondo criteri di gradualità e non regressione. Almeno in parte, le scelte relative alla garanzia di questi diritti devono essere sottratte alle decisioni di maggioranza.<sup>43</sup> Per rendere effettiva la realizzazione dei diritti sociali, possono infine essere accoppiati con specifici doveri socio-economici (ad es. di lavoro) e socioculturali (ad es. di scuola) che concretizzano la responsabilità degli stessi titolari dei diritti sociali per il soddisfacimento dei propri bisogni.

La ricerca comparata più recente sulla costituzionalizzazione dei diritti sociali divide tuttora in modo netto le costituzioni dei paesi postcomunisti, affiancate da quelle latinoamericane, da quelle di “Western Europe and North America”, che sarebbero caratterizzate da un forte rifiuto della costituzionalizzazione dei diritti sociali.<sup>44</sup> Dopo la caduta del muro e dei sistemi sovietici possono considerarsi tuttavia tendenzialmente in via di superamento le riserve ideologiche europee. Per quanto vi siano tuttora divisioni tra nord e sud o tra est e ovest, ad es. sui diritti sociali umani dei migranti, questa

---

43. Sul punto cf. già R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), Bologna 2012, 463ss.

44. C. Jung, R. Hirschl and E. Rosevear. 2014. 'Economic and Social Rights in National Constitutions'. 62 *American Journal of Comparative Law*, 1043-1098. <http://ssrn.com/abstract=2349680>

geografia politica disegnata da un'ottica statunitense sottovaluta tuttavia la coesione dell'Europa che rende il rifiuto dei diritti sociali sempre di più un fenomeno di "exceptionalism" statunitense che è sempre di meno in grado di soddisfare attese e pretese di egemonia globale.

A questo eccezionalismo in trasformazione corrispondono anche le rinnovate tentazioni di unilateralismo e ostruzionismo di fronte ad un crescente consenso sociale all'interno delle Nazioni Unite, ad es. sugli obiettivi dell'Agenda 2030 per lo Sviluppo sostenibile.<sup>45</sup> Il primo degli obiettivi, l'eliminazione delle forme di povertà estrema viene definite come una concretizzazione del diritto a un sistema di protezione sociale: "*All people must enjoy a basic standard of living, including through social protection systems.*" I sistemi di protezione sociale non potranno non realizzare anche l'ultimo degli obiettivi legati ai diritti sociali classici, la riduzione delle diseguaglianze "within and among the countries".

Può darsi che gli obiettivi dell'agenda 2030 siano troppo ambiziosi ed entusiasti e troppo poco sostenuti da idee operative chiare

---

45. Goal 1. End poverty in all its forms everywhere. Goal 2. End hunger, achieve food security and improved nutrition and promote sustainable agriculture. Goal 3. Ensure healthy lives and promote well-being for all at all ages. Goal 4. Ensure inclusive and equitable quality education and promote lifelong learning opportunities for all. Goal 5. Achieve gender equality and empower all women and girls. Goal 6. Ensure availability and sustainable management of water and sanitation for all. Goal 7. Ensure access to affordable, reliable, sustainable and modern energy for all. Goal 8. Promote sustained, inclusive and sustainable economic growth, full and productive employment and decent work for all. Goal 9. Build resilient infrastructure, promote inclusive and sustainable industrialization and foster innovation. Goal 10. Reduce inequality within and among countries. Goal 11. Make cities and human settlements inclusive, safe, resilient and sustainable. Goal 12. Ensure sustainable consumption and production patterns. Goal 13. Take urgent action to combat climate change and its impacts. Goal 14. Conserve and sustainably use the oceans, seas and marine resources for sustainable development. Goal 15. Protect, restore and promote sustainable use of terrestrial ecosystems, sustainably manage forests, combat desertification, and halt and reverse land degradation and halt biodiversity loss. Goal 16. Promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels. Goal 17. Strengthen the means of implementation and revitalize the global partnership for sustainable development.

in merito alla divisione dei lavori e delle responsabilità politiche.<sup>46</sup> Tuttavia esistono forme di monitoraggio ancora poco conosciute, ad es. il recente World Social Protection Report 2017-2019 secondo il quale solo il 29% della popolazione globale è coperta da sistemi di protezione sociale comprensivi, mentre solo il 45 % (Africa: 17,8 %) è finora coperto da almeno un beneficio di protezione sociale.<sup>47</sup> Il rapporto della FAO del 2017 “State of Food Security and Nutrition in the World evidenzia addirittura una inversione di tendenza nella realizzazione dell’obiettivo di porre fine alla fame: *“In 2016 the number of chronically undernourished people in the world is estimated to have increased to 815 million, up from 777 million in 2015 although still down from about 900 million in 2000.”*<sup>48</sup> Anche le statistiche della salute della World Health Organisation in merito agli indicatori SDG evidenziano le difficoltà di misurare progressi soddisfacenti.<sup>49</sup>

In questo quadro globale incerto, particolare attenzione meritano gli standards di tutela dei diritti fondamentali in Europa, in particolare anche nell’ambito dell’Unione europea.

## 5. LA SOLIDARIETÀ SOCIALE EUROPEA ALLA PROVA DEL “PILASTRO DEI DIRITTI SOCIALI” DELL’UE

Tra i lavori preparatori della Carta dei diritti fondamentali dell’UE (CDFUE), uno studio del 1999 dimostrava, nonostante una forte diversificazione dei testi, l’esistenza di un concetto, non ancora di un sistema europeo condiviso dei diritti sociali.<sup>50</sup> Ad eccezione

---

46. Cfr. le critiche di T. Pogge in [https://campuspress.yale.edu/thomaspogge/files/2015/10/SDG-HR\\_Rev-Jan-25-uugh97.pdf](https://campuspress.yale.edu/thomaspogge/files/2015/10/SDG-HR_Rev-Jan-25-uugh97.pdf), T. Pogge, M. Sengupta, The Sustainable Development Goals: a plan for building a better world? *Journal of Global Ethics*, 11 (1) 2015, 56-64. [http://clou.uclan.ac.uk/15609/7/15609\\_pogge.pdf](http://clou.uclan.ac.uk/15609/7/15609_pogge.pdf)

47. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_604882.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_604882.pdf)

48. <http://www.fao.org/3/a-17695e.pdf>.

49. [http://www.who.int/gho/publications/world\\_health\\_statistics/2017/EN\\_WHS2017\\_Part2.pdf?ua=1](http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/2017/EN_WHS2017_Part2.pdf?ua=1)

50. L’assenza di un concetto europeo condiviso è asserita invece ancora da S. Gambino, *Diritti sociali e libertà economiche nelle Costituzioni nazionali e nel diritto*

del Regno Unito – comunque dotata da una legislazione sociale autorevolmente difesa dal Beveridge's Report cui fecero eco le libertà dalla paura e dal bisogno dichiarate da Franklin D. Roosevelt – ormai tutte le costituzioni europee includono tuttavia almeno un diritto sociale, perfino la Germania e l'Austria, rispettivamente con i diritti delle madri e dei fanciulli, e con costituzioni regionali aperte ad ulteriori garanzie di solidarietà. La costituzionalizzazione della solidarietà e dei diritti sociali certo è più avanzata nelle costituzioni europee del sud che in quelle del nord, con diritti a varie forme di sicurezza sociale, lavoro, istruzione e sanità, solo raramente casa, ma mai cibo o acqua. Alcune costituzioni tentano formule come il diritto a condurre “una vita decente” (art. 9 Cipro) una “vita in linea con la dignità umana” (art. 23 Belgio). Le garanzie dei diritti soggettivi sono state in parte sostituite, in parte integrate da principi direttivi delle politiche sociali (art. 45 Irlanda) e da principi fondamentali di azione dello Stato per una libertà ed eguaglianza di fatto (art. 3 (2) Italia), per il “benessere personale, economico e culturale dell'individuo” (art. 2 (2) Svezia) o, *tout court*, dalla formula dello “*sozialer Rechtsstaat*” (art. 28 (1) Germania), una rule of law sociale che consente di derivare anche obblighi di prestazione dai diritti di libertà classica.

Le dottrine e pratiche del costituzionalismo europeo, anche quelle della CDFUE del 2000 e della Carta sociale europea (CSE) rivista del 1996, hanno sancito l'indivisibilità dei diritti e forgiato anche uno standard costituzionale comune minimo di tutela di un'esistenza sociale dignitosa della persona e una notevole varietà di sistemi di garanzia della sicurezza sociale imperniati sui diritti di eguaglianza, dignità e proprietà. I sistemi nazionali dell'“economia di mercato sociale” europea, rilevanti per le relative identità costituzionali, variano a seconda delle impronte politiche tra approcci liberali, conservatrice-corporative e socialdemocratiche e nella comparazione giuridica ed economica secondo modelli geografici che segnano una competitività economica decrescente da nord a sud, ma

---

europeo, in: L. D'Andrea et al., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale e tutela dei diritti fondamentali*, Torino 2015, 249.

sono anche oggetto di adattamenti e politiche europee di integrazione reciproca:

- 1) scandinavo, con diritti di cittadinanza, impiego pubblico e servizi pubblici estensivi, anche di job placement e una assicurazione contro la disoccupazione gestita dai sindacati,
- 2) britannico, con servizio sanitario pubblico forte e scuole pubbliche deboli, mercato del lavoro ad avanzata deregulation e contrattazione collettiva decentrata, programmi di lotta alla povertà,
- 3) continentale nord-occidentale, con assicurazioni sociali obbligatorie per lavoratori e le loro famiglie e assistenza sociale sussidiaria,
- 4) continentale meridionale, con un servizio socio-sanitario pubblico e maggiore assistenza familiare e volontaria, pluralismo sindacale e previdenza sociale più frammentata,
- 5) welfare degli stati post-comunisti con economie di mercato adattati a modelli ibridi.

Il grado di costituzionalizzazione dei diritti sociali peraltro non è necessariamente legato al volume della spesa sociale e dei meccanismi di retribuzione, ma resta molto controverso in che misura la loro garanzia effettiva e la performance dello Stato sociale sia condizionato dalla forza delle istituzioni e dall'omogeneità etnica dello Stato nazionale. Entrambi possono essere condizionate tanto da energie religiose, quanto dal consenso alla costituzione nazionale la quale, come dimostrano le ultime vicende italiane, è certo meno condivisa di prima, ma gode ancora di notevole popolarità proprio negli obiettivi di solidarietà, sicurezza e giustizia sociale che reggono il *pactum societatis et subjectionis* delle principali costituzioni europee.

Una ricerca dell'Istituto Universitario Europeo del 2010<sup>51</sup> ha dimostrato che l'UE non ha il potere di imporre una omologazione

---

51. Diversity of Social Rights In Europe(S). Rights Of The Poor, Poor Rights (2010), [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/14739/LAW\\_2010\\_07.pdf](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/14739/LAW_2010_07.pdf) Cf. anche C. Kilpatrick, B. De Witte (eds.), Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone:



delle politiche e culture nazionali di welfare. Pertanto molte clausole dei diritti sociali nella Carta di Nizza offrono garanzie soltanto alle condizioni stabilite dagli ordinamenti nazionali (cd. *national conditionality*), una condizionalità che tuttavia può metter a disposizione del legislatore nazionale, soltanto il *quomodo* non anche *l'an* della loro tutela e non legittima tutele manifestamente inadeguate (*Untermassverbot*). Restano alcune lacune nella CDFUE rispetto alla CSE, ad es. la mancanza di un diritto al giusto salario (*fair wages*) e alla partecipazione nel disegno delle condizioni e degli ambienti di lavoro di protezione dei diritti sociali, e restano disattenzioni nell'interpretazione del diritto UE rispetto alle garanzie della Carta sociale europea e al principio di non regressione. Tuttavia, al di là dell'impatto della giurisprudenza in materia di CSE ad es. su sentenze come *Laval*, resta da sottolineare come i diritti sociali nell'UE non sono stati decostituzionalizzati, né resi cedevoli rispetto a quelli economici, né derubricati a principi non giustiziabili. Proprio le crisi multipli dell'Unione odierna dimostrano che l'UE non è neppure priva di un proprio spirito di solidarietà.<sup>52</sup>

Sin dal preambolo del trattato della CECA, la "solidarietà di fatto" è uno dei suoi obiettivi espliciti, anche se riferita più agli stati (solidarietà politica), ai popoli e alle generazioni (art. 3 (3) 4 e 5 TUE), e si propone come valore fondamentale di una società europea (art. 2) TUE, come principio fondante i diritti sociali della Carta di Nizza, le politiche sociali (art. 151ss. TFUE) e di coesione (art. 174ss. TFUE), in sintesi come la componente sociale dell'"economia di mercato sociale" (art. 3 (3) 2 TUE). A questo si aggiunge che un minimo di solidarietà è anche indispensabile per il principio di leale cooperazione tra gli stati nell'UE.<sup>53</sup>

---

The Role of Fundamental Rights' Challenges (2014), <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/31247/LAW%20WP%202014%2005%20Social%20Rights%20final%202242014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

52. O. Hamu'ak, Is the Charter of the Fundamental Rights of the EU Taking Social Rights Seriously? *European Studies* 2/2015, 14ss.

53. M. Kotzur, K. Schmalenbach, Solidarity among Nations, *Archiv des Öffentlchnn Rechts*, 2014, 68 ss Cf. anche R. Bieber, Gegenseitige Verantwortung – Grundlage der Verfassungsprinzip der Solidarität in der Europäischen Union, in C. Callies (a

Sono ambiti concreti – ma anche problematici – della solidarietà tra gli Stati membri – cioè non necessariamente personale ed equa nei confronti dei cittadini di stati terzi – le politiche in materia di asilo, immigrazione e controlli sulle frontiere esterne (art. 67, 80 TFUE), le politiche di solidarietà economica ed energetica (Art.122 TFUE) e quelle in caso di attacchi terroristici e calamità naturali (art. 222 TFUE).

La crisi migratoria, in particolare l'opposizione dei paesi dell'Europa orientale ad implementare gli accordi di redistribuzione dei migranti, dimostrano l'ambiguità di questa solidarietà che stenta ad essere riconosciuta come solidarietà umanitaria europea.

La crisi finanziaria invece ha dato luogo a “patti di stabilità” con controversi meccanismi di austerità e un meccanismo europeo di stabilità (ESM) che è stato applicato con successo a Spagna, Cipro e Grecia, ma non ha impedito l'uso dell'acronimo discriminatorio di PI(I)GS (Portogallo, Irlanda, Italia, Grecia e Spagna). Il regolamento UE n. 994/2010 sulle forniture di gas e l'interpretazione restrittiva del divieto di bail-out, che pone limiti alla solidarietà tra gli stati, evidenziano che la solidarietà economica non sarà sufficientemente forte a unire i debiti, ma vieta anche ogni Unione “asociale” nella quale la coesione sociale diminuisce e le diseguglianze sociali tra stati e cittadini sono destinati ad aumentare.

Solo la clausola di solidarietà in caso di attacchi terroristici e calamità naturali (art. 222 TFUE) ha dimensioni e forme necessariamente umanitarie. Paradossalmente, gli attacchi terroristici in Francia, Belgio, Spagna e Germania e i terremoti in Italia sembrano aver rafforzato lo spirito di solidarietà più che le tragedie dei *boat people* del mediterraneo e la crisi finanziaria della Grecia, ma anche l'implementazione di questa solidarietà nella difesa non ha potuto impedire la Brexit da un'Unione che ha rinunciato al concetto di “comunità”.

Il recente “Documento di riflessione sulla dimensione sociale dell'Europa” della Commissione europea del 26 aprile 2017<sup>54</sup> registra pertanto notevoli dissensi sull'idea di un'Europa sociale. Secondo molti, l'UE è solo un'economia di mercato, ma non ha nulla di sociale. Secondo alcuni, l'UE non deve nemmeno diventare un'Unione sociale, essendo gli affari sociali competenze esclusive degli stati sociali. Secondo altri, l'UE deve invece reinventarsi come un'Europa sociale. In realtà, l'Europa si vanta di ospitare già le più eque società del mondo, ma il 20 % delle famiglie più ricche guadagna tuttora cinque volte più del 20 % delle famiglie più povere ed un quarto della popolazione è a rischio di povertà o di esclusione sociale. Soprattutto, entro il 2030 gli Europei saranno con una media di 45 anni i più vecchi cittadini del mondo. Pertanto la Commissione prospetta un approfondimento della dimensione in una serie di dimensioni quali norme comuni per i lavoratori delle piattaforme digitali, contratti collettivi europei per i camionisti, il riconoscimento reciproco dei diplomi, un numero di sicurezza sociale unico, una tessera di disabilità europea, ecc. Se l'evoluzione demografica renderà la società europea sempre più “ageing” e se gli anziani tendono a essere più conservatori, sarà tuttavia poco probabile che si possano promuovere diritti sociali nuovi.

In effetti, i conflitti sui doveri di solidarietà e sulla sostenibilità dei diritti sociali nell'UE torneranno all'ordine del giorno nel 2018 quando si tratta di trasformare le norme del patto di stabilità e crescita tradotte nel Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (TSCG) del 2012, in particolare quelle del cd. fiscal compact a incorporare nei trattati UE. Per evitare dei referendum nazionali ostruttivi, tali norme di solidarietà intergenerazionale ed interstatale potrebbero essere integrate dal nuovo “pilastro dei diritti sociali” adottato in una “raccomandazione” ex art. 292 TFUE.<sup>55</sup> Si prospetta una dichiarazione inter-istituzionale che come la CDFEU nella sua versione originale “possa fungere da guida per realizzare risultati sociali e occupazionali efficaci in risposta

---

54. COM(2017) 206

55. C(2017) 2600 final COMMISSION RECOMMENDATION of 26.4.2017 on the European Pillar of Social Rights.

alle sfide attuali e future così da soddisfare i bisogni essenziali della popolazione e garantire una migliore attuazione e applicazione dei diritti sociali.” Il pilastro “è stato ideato precipuamente per la zona euro, ma è applicabile a tutti gli Stati membri che desiderino farne parte”. Si tratta formalmente di una nuova dichiarazione di diritti che “ribadisce alcuni dei diritti già presenti nell’acquis dell’Unione” e indica come “consegnare nuovi e più efficienti diritti di ai cittadini, cioè “i cittadini dell’Unione e i cittadini di paesi terzi regolarmente residenti nell’Unione”, escludendo cioè i cittadini di stati terzi:<sup>56</sup> “(12) *The aim of the European Pillar of Social Rights is to serve as a guide towards efficient employment and social outcomes when responding to current and future challenges which are directly aimed at fulfilling people’s essential needs, and ensuring better enactment and implementation of social rights.*”<sup>57</sup>

I venti articoli della raccomandazione riguardano per la metà diritti relativi al lavoro,, suddivisi in due capi “Pari opportunità e accesso al mercato del lavoro” (1-4) e “Condizioni di lavoro eque” (4-10), per l’altra metà a diritti di protezione e inclusione sociali. Sono principi e diritti del lavoro parzialmente nuovi rispetto alla CDFUE e alla (poco citata) CSE, utilizzabili anche a fini di benchmarking di buoni livelli di tutela dei diritti fondamentali, in particolare il diritto a un “apprendimento permanente di qualità e inclusivo” (§ 1), a pari opportunità nelle carriere (§ 2) e a favore dei gruppi sottorappresentati (§ 3), il diritto a un sostegno attivo all’occupazione che prospetta ai giovani “un’offerta di lavoro qualitativamente valida entro quattro mesi dalla perdita del lavoro o dall’uscita dal sistema d’istruzione” e

---

56. EUROPEAN COMMISSION, COM(2017) 250 final “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions establishing a European pillar of social rights (26. 4. 2017), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0250&from=EN>. Cf. al riguardo il dossier della Camera dei deputati <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/ES086.pdf>.

57. Cf. (14) *The European Pillar of Social Rights expresses principles and rights essential for fair and well-functioning labour markets and welfare systems in 21st century Europe. It reaffirms some of the rights already present in the Union acquis. It adds new principles which address the challenges arising from societal, technological and economic developments.*”

ai “disoccupati di lungo periodo (...) una valutazione individuale approfondita entro 18 mesi dall'inizio della disoccupazione” (§ 4), il diritto a un lavoro “sicuro e flessibile” (§ 5) con “retribuzione equa che offra un tenore di vita dignitoso” (§ 6), il diritto di genitori e persone con responsabilità di assistenza “a un congedo appropriato, modalità di lavoro flessibili e accesso a servizi di assistenza” (work-life-balance) (§ 9), il diritto a un ambiente di lavoro ben adattato (§ 10). Sono altri diritti sociali quelli dei bambini alla “cura della prima infanzia” e dei minori ad essere protetti dalla povertà (§ 11), il diritto dei lavoratori autonomi a una “protezione sociale adeguata” (§ 12), il diritto dei disoccupati ad “adeguate prestazioni di disoccupazione di durata ragionevole” che “non costituiscono un disincentivo a un rapido ritorno all'occupazione (§ 13), il diritto di chiunque non dispone di risorse sufficienti ad un “adeguato reddito minimo che assicuri una “vita in dignità in tutte le sue fasi e un accesso effettivo a beni e servizi capacitanti” (enabling) (§ 14), un diritto degli anziani a “risorse che assicurano una vita in dignità (§ 15), un diritto di tempestivo accesso a servizi sanitari di buona qualità, “affordable, preventive and curative” (§ 16), il diritto dei disabili a sostegni al reddito che assicurino una vita in dignità (§ 17), un diritto a servizi di assistenza a lungo termine di qualità e a prezzi accessibili (§ 18), i diritti di persone vulnerabili ad “accesso ad alloggi sociali o all'assistenza abitativa di qualità” e “a una protezione adeguata contro lo sgombero forzato (§ 19), infine un diritto di accesso (sostenuto) a “servizi essenziali di qualità, compresi l'acqua, i servizi igienico-sanitari, l'energia, i trasporti, i servizi finanziari e le comunicazioni digitali” (§ 20).<sup>58</sup>

La raccomandazione si prefigge di rendere visibile l'acquis delle garanzie internazionali e nazionali esistenti, ma aggiunge elementi per l'elevazione degli standards di implementazione acquisiti sulla base di una consultazione pubblica e di ricerche proprie sulle statistiche economiche, di lavoro e sociali, confluite in un “Social Scoreboard 2017”. Sono indicatori comparativi piuttosto vergognosi per

---

58. COMMISSION RECOMMENDATION C (2017) 2600 final on the European Pillar of Social Rights (26.4.2017). For a commentary see <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0201&from=EN>.

l'Italia l'abbandono precoce dell'istruzione (14,1%), la percentuale della popolazione tra 30 e 34 anni che ha completato l'istruzione universitaria (25%), il divario occupazionale tra uomini e donne (20%), la percentuale delle persone a rischio di povertà ed esclusione (AROPE: 28,7%), la percentuale dei giovani che non lavorano e non studiano (NEET: 21,4%), i tassi di occupazione (61,7%) e disoccupazione (11,9%), l'abbassamento del reddito pro capite rispetto al 2008 (99,6%), l'impatto dei trasferimenti sociali non pensionistici sulla riduzione della povertà (5,5 %), l'analfabetismo digitale (43 %). Il già citato documento di riflessione sull'Europa sociale evidenzia non solo che l'Europa sarà il continente con la popolazione più vecchia, ma anche che le disegualianze tornano ad aumentare. Per effetto delle divergenze nella disoccupazione giovani (40 % in Grecia, Spagna e Italia / 18 % EU), per la prima volta dalla seconda guerra mondiale, la generazione futura potrebbe avere uno standard di vita peggiore di quella precedente. Un quarto degli Europei è a rischio di povertà, un altro quarto ha difficoltà di leggere e fare calcoli e metà è priva di competenze digitali. La stessa Commissione ha preso una serie di iniziative nell'ambito delle competenze piuttosto limitate dell'UE fino all'istituzione di un corpo europeo di solidarietà.<sup>59</sup>

Particolare attenzione meriterà il piano di investimenti nelle infrastrutture sociali preannunciato dall'ex presidente Romano Prodi.

I lavori della Commissione non hanno menzionato le proprie competenze in ordine alla revisione dei trattati e all'adesione a strumenti internazionali di tutela dei diritti umani. Uno studio del parlamento Europeo al riguardo proporrebbe un uso più coraggioso della Carta sociale attraverso 1) l'interpretazione dei diritti sociali della CDFUE alla luce della prassi interpretativa della CSE, ove applicabile, 2) una valutazione di impatto sui diritti della CSE nei procedimenti di iniziativa legislativa della Commissione, 3) un elenco ufficiale degli impegni della CSE che rilevano maggiormente per una applicazione uniforme del diritto UE da parte degli Stati membri, 4) l'adesione dell'UE alla stessa CSE, probabilmente più facile rispetto all'adesione

---

59. <https://composite-indicators.jrc.ec.europa.eu/social-scoreboard/>

alla CEDU.<sup>60</sup> Dal punto di vista della Commissione invece, la Carta sociale non fa parte dell'acquis comunitaire e anche l'Agenzia dei diritti fondamentali di Vienna non la menziona nell'ultimo report di maggio 2017.

L'accesso dell'UE alla CSE non è al centro dell'attenzione, anche perché l'UE non è molto incline a sottoporsi a meccanismi di monitoraggio esterni. Il libro bianco sul futuro dell'Europa ha indicato cinque scenari politici che potrebbero essere anche ridotti a tre. Quello neoliberale vorrebbe un'economia di mercato non costretta ad essere sociale o potrebbe concordare con il neonazionalismo che conviene "fare meno meglio". Quello socialdemocratico (o postsocialista) preferirebbe fare molto di più insieme, ma potrebbe anche concordare con i neofederalisti una differenziazione delle velocità secondo il "chi vuole di più fa di più". La Commissione sognerebbe norme comuni per le piattaforme digitali e contratti europei per i camionisti, il riconoscimento di tutti i diplomi, un numero di sicurezza sociale unico, pensioni allineate alle aspettative di vita, ispettori europei del lavoro, una tessera di disabilità ecc. Il futuro sarà forse meno rosa, ma non necessariamente nero.

## **6. I DIRITTI UMANI NON POSSONO NON ESSERE (ANCHE) SOCIALI E I DIRITTI SOCIALI NON POSSONO NON ESSERE (ANCHE) UMANI**

Il mondo dei diritti umani sociali non può e non deve essere colonizzato dai modelli europei tradizionali della sicurezza e protezione sociale. L'Europa dei diritti sociali offre tuttavia dei modelli di un ordine internazionale sociale nel quale anche gli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'agenda 2030 diventano realizzabile, a patto che gli stati cooperino in uno spirito di solidarietà umanitaria.

L'Europa insegna che i diritti sociali non sono semplici diritti di cittadinanza nazionale, ma sono necessariamente anche diritti

---

60. O. De Schutter, *The European Social Charter in the context of implementation of the EU Charter of Fundamental Rights* (2016), at: <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

umani, cioè né diritti delle sole nazioni dei ricchi, né diritti di dei poveri. Sono certo diritti di uomini che vivono in società, nazionali e internazionali, ma sono diritti umani indivisibili da quelli di libertà. Anche se tutti gli uomini diventassero lupi, non si perderebbero necessariamente nel cannibalismo sociale e si riconoscerebbero un diritto all'esistenza e sopravvivenza sociale.

I diritti sociali umani sono di realizzazione più difficile dei diritti di libertà, ma non sono necessariamente diritti poveri e virtuali. Innanzitutto non sono diritti imperfetti, perché nessun diritto umano è perfetto, tutti devono essere perfezionati nei vari ordinamenti giuridici nazionali ed internazionali. In secondo luogo, sono intrecciati da particolari doveri di solidarietà che si aggiungono a quelli di tolleranza a presidio dei diritti di libertà. Inoltre non sono diritti "in stasi", ma caratterizzati da particolari dinamiche giuridiche e politiche globali. Sono sostenuti non solo dalle società nazionali, ma anche da una società civile transnazionale, da nuove pratiche di tutela giuridica collettiva e individuale e da nuovi strumenti di benchmarking. Pertanto, anche i "nuovi" diritti sociali umani non sono invenzioni europee, ma hanno basi cosmopolitiche proprie che si relazionano a tutti gli elementi della terra: il diritto ad un'aria respirabile in un clima sostenibile, all'acqua come bene comune, all'equilibrio geo-ecologico e, non da ultimo, il diritto al fuoco che secondo il mito di Prometeo simbolizza sia l'accesso alle fonti energetiche, sia alle idee, combinabili ad es nei diritti all'accesso a internet e alle competenze digitali culturali. Per evitare ogni eurocentrismo, occorre ricordare che esiste ad es. un Apex indiano il quale ha scoperto altri diritti sociali nuovi, ad es. quello al sonno o i diritti alla purezza del Gange.

Queste conclusioni non possono negare che i diritti sociali umani non sono certo trionfanti al momento. Perfino nella ricca Germania, esistono ancora delle vittime sociali della caduta del muro. Il nuovo ordine economico mondiale, anche se scosso dalle crisi bancarie e finanziarie pubbliche, ha privilegiato i diritti economici, la tutela delle proprietà e degli investimenti sui diritti sociali e culturali. Le diseguaglianze crescono insieme alle intolleranze, mentre la



solidarietà internazionale sembra in decrescita. Anche se gli accordi politici di azione e di programma vengono disdetti, forse più da destra che da sinistra, la cultura dei diritti sociali sembra avere sufficiente resilienza. I diritti sociali restano pertanto, nonostante tutto, ancora veicoli di speranze di qualche progresso sociale.



## Capítulo X

# O conflito entre o dever de indenização prévia e o pagamento residual por precatórios na desapropriação por utilidade pública: uma leitura sob a perspectiva do neoconstitucionalismo

*José Andrade Soares Neto\**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 A modernidade jurídica e a crise dos seus paradigmas; 2.1 O projeto da modernidade jurídica; 2.2 A crise da modernidade jurídica; 3 A pós-modernidade jurídica e a Administração Pública; 4 Breves considerações sobre o neoconstitucionalismo pós-positivista; 5 A desapropriação por utilidade pública e o dever indenizatório: análise neoconstitucionalista do conflito entre a indenização prévia e o dever de pagamento residual por precatório decorrente de condenação em sentença judicial; 6 Conclusão; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A desapropriação por utilidade pública é um instituto de grande relevância no direito administrativo, que tem por objetivo viabilizar à Administração Pública a aquisição de bens materiais e imateriais, móveis ou imóveis para a concretização de alguma atividade de interesse público.

---

(\*) Doutorando e Mestre em Direito Público pela UFBA, Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA, Professor de Direito Administrativo dos cursos de graduação e pós-graduação *latu sensu* da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, bem como do Curso Brasil Jurídico. Advogado, sócio do Faro, Brito e Soares Neto Advogados e Procurador do Município de Salvador/Ba.

Regida, ainda nos tempos atuais, pelo Decreto-Lei n. 3.365/1941, a normatividade associada à forma mais extrema de intervenção do Estado na propriedade privada, permanece extremamente rigorosa e aparentemente tendenciosa a viabilizar o interesse público.

Ocorre que o direito administrativo, enquanto disciplina que trata das regras que regem as relações institucionais entre a Administração e o cidadão, vêm passando por transformações intrínsecas ao longo do tempo, sendo nítida a constatação de que não há mais condições de administrar a máquina pública com eficiência, seguindo preceitos clássicos de certos institutos e prerrogativas concebidas nos primórdios da modernidade jurídica.

A doutrina mais adepta a um estudo crítico do Direito Administrativo (BINENBOJM. 2006, p. 30) preconiza que o referido ramo do direito teve o seu desenvolvimento embrionário num período em que a Administração Pública – sobretudo na França revolucionária do final do século XVIII – necessitava se estabelecer enquanto instituição, repelindo eventuais forças contrarrevolucionárias, insatisfeitas com o regime recém instituído.

Para tanto, uma série de medidas foram tomadas visando a proteção institucional da máquina realizadora dos ideais liberais burgueses.

A partir daí, o Direito Administrativo seguiu por um longo período sendo desenvolvido para estruturar mecanismos que assegurassem à Administração Pública prerrogativas para a concretização de uma gestão eficiente na arte de sobrepor os ideais entendidos como públicos em detrimento dos administrados.

Verifica-se, pois, que boa parte dos pilares ainda hoje utilizados na Administração Pública e estudados no âmbito do Direito Administrativo – mesmo que em outro contexto, após séculos de esforços para adaptá-los ao Estado Democrático de Direito – podem ter sua origem em uma tentativa de manutenção de um projeto de estruturação de poder autoritário do Estado sobre os seus súditos.

Entretanto, a origem aparentemente desviada de determinadas prerrogativas estatais, que depois foram adaptadas ao longo do

tempo para as perspectivas de um momento histórico-filosófico denominado de modernidade, cuja crença em paradigmas estanques, planejados para um ideário legalista, estacionaram-nas em paradigmas que atualmente não mais se adequam ao novo pano de fundo filosófico que nos guia, denominado por alguns de pós-modernidade (SANTOS. 1999, p. 77).

Após a revolução industrial do século XIX e as grandes guerras da primeira metade do século XX, com a declaração internacional dos direitos fundamentais do homem de 1948, em um período de conquistas humanísticas irrenunciáveis, beira o absurdo assistir com passividade a Administração Pública – apoiada por reluzente doutrina e jurisprudência agir, na maioria das vezes, calcada em prerrogativas clássicas – mas aveludadas por feições hermenêuticas atuais – com autoritarismo e desrespeito a princípios que atualmente agregam ao rol de direitos e garantias conferidos aos cidadãos.

Após o arraigamento do movimento constitucionalista do século XIX, vislumbramos, atualmente, o mundo jurídico atravessar o pós-positivismo neoconstitucionalista, segundo o qual, os princípios constitucionais passam a ter força normativa e os ramos do direito devem ser aplicados considerando-se tais princípios como a dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva, a segurança jurídica, a função social da propriedade, dentre outros.

Não seria diferente com o Direito Administrativo ao regular a Administração Pública nas suas relações entre seus órgãos e entre esses e os particulares. Segundo essa nova ótica, não há mais espaço para a aplicação da legislação administrativista distante dos referidos princípios constitucionais.

Pretende-se no presente trabalho realizar uma análise do aparente conflito de normas constitucionais no que tange à questão da indenização prévia nas desapropriações por utilidade pública judiciais, quando o depósito prévio não é suficiente para satisfazer a pretensão indenizatória e se faz necessário o seu complemento, quando da confirmação do laudo pericial por sentença. Nesses casos o art. 100 da CF impõe que a condenação indenizatória contra a

Fazenda Pública seja por precatório, entrando em aparente conflito com o art. 5º, XXIV, que preconiza a indenização justa e prévia nas desapropriações.

Essa análise será realizada a partir do neoconstitucionalismo pós-positivista. Para tanto, serão abordados os paradigmas da modernidade jurídica, a sua crise e os pilares que sustentam este novo momento denominado pós-modernidade. Neste contexto, objetiva-se explorar a influência do neoconstitucionalismo sobre a desapropriação por utilidade pública, demonstrando-se a relevância dos princípios constitucionais à transformação de institutos clássicos do Direito Administrativo, sobretudo o dever de ponderação acerca dos casos e contextos em que o pagamento da indenização é feita, visando a sua adequação aos novos paradigmas existentes.

## **2. A MODERNIDADE JURÍDICA E A CRISE DOS SEUS PARADIGMAS**

### **2.1. O projeto da modernidade jurídica**

De acordo com Antônio Carlos Wolkmer (WOLKMER. 2001), a vivência liberal-individualista ocasionou uma justificação racional do novo mundo que surgia, diferente do sistema jurídico múltiplo verificado na sociedade feudal. As diferentes ordens que coexistiam no feudalismo acabavam sendo uma barreira ao crescimento da burguesia emergente. Em razão da atividade principal a qual se dedicavam, o comércio – ao contrário da atividade agrícola que marca a Idade Média – fazia-se necessária a unificação do Direito Mercantil para engendrar o crescimento, bem como para a consolidação da burguesia enquanto classe. A partir daí observa-se uma transição hierárquica: entra o trabalho assalariado, sai o senhorio feudal.

O Estado Moderno nascente, estava fundamentado numa legitimidade racional, abandonando-se a busca da verdade em poderes divinos, diante do movimento iluminista. A burguesia mercantil, que detinha a força econômica que praticamente sustentava a nobreza e o clero, enquanto classe detentora dos meios de produção, busca adequar seus interesses a uma ordem estatal fortalecida, o que deveria passar necessariamente pelo plano jurídico.

O Direito Moderno, conforme Antônio Carlos Wolkmer (WOLKMER. 2001, p. 85), fundamenta-se na formação social e econômica, bem como na noção de legalidade estatal. O Estado de Direito, na concepção clássica é aquele Estado que, ao mesmo tempo se subordina a suas próprias regras legais e respeita os direitos dos cidadãos.

Muito embora, a narrativa histórica pela visão crítica no nascimento do Direito Administrativo, contada por Gustavo Binbenojm (BINENBOJM. 2006, p. 42), congrega a uma realidade adversa em que as prerrogativas estatais criadas pela jurisprudência do Conselho do Estado Francês tem a sua origem ligada mais à necessidade da manutenção do poder burguês instituído, do que assegurar garantias aos cidadãos recém apresentados aos ideais do Liberté, égalité e fraternité. Veremos que não apenas o passar do tempo e a mutação social havida, mas tal origem adversa também contribuiu para a crise de certos paradigmas que vem sustentando a atuação da Administração Pública em moldes não mais adequados à nova realidade que se tem concebido.

Segundo Ricardo Maurício Freire Soares (SOARES. 2010, p. 55) em conformidade com a doutrina de Boaventura Santos, a realização dos objetivos do projeto da modernidade seria garantida no plano histórico, pelo equilíbrio entre os vetores societários de regulação e emancipação. As forças regulatórias englobariam as instâncias de controle e heteronomia, exercidas através do Estado de Direito. De outro lado, as forças emancipatórias expressariam as alternativas de expansão da personalidade humana, oportunizando rupturas, descontinuidades e transformações.

O programa da modernidade fundar-se-ia, então, na estabilidade dos referidos pilares, que foram precocemente demolidos pela avalanche trazida pela vivência neo-liberal.

## **2.2. A crise da modernidade jurídica**

No plano da modernidade, as normas legais afiguravam-se como instrumentos plenos, capazes de engendrar a codificação do ordenamento jurídico e a regulamentação pormenorizada dos problemas

sociais. O fenômeno da positivação é, pois, expressão da modernidade jurídica, permitindo a compreensão do Direito como um conjunto de normas postas (Direito Positivo). A positivação desponta como um conjunto de procedimentos capazes de moldar valores e padrões de conduta.

Importante considerar que a referida atitude legiferante, ainda que útil e eficaz para a regulação da sociedade à época, teve a sua justificação histórica diretamente ligada ao plano de ascensão e manutenção do poder pela burguesia.

Nas palavras do mesmo autor supracitado (SOARES. 2010, p. 60):

[...] o apego excessivo à norma legal refletia a postura conservadora de uma classe que ascendera no plano social, na esteira do movimento jusnaturalista. Decerto, o jusnaturalismo racionalista consolida-se com o advento da ilustração, despontando a racionalidade humana como um código de ética universal e pressupondo um ser humano único em todo o tempo e em todo espaço. Os iluministas acreditavam, assim, que a racionalidade humana, diferentemente da providência divina, poderia ordenar a natureza e vida social...

Tal momento, não por mera coincidência, reflete justamente a ascensão da escola da exegese que primava pela obediência à literalidade da Lei pelos seus aplicadores, sobretudo pelo Poder Judiciário.

Acerca do direito na modernidade, De La Torre Rangel, citado por Antônio Carlos Wolkmer (WOLKMER. 2001, p. 98), propala que “pretendendo ser um Direito igual e supondo a igualdade dos homens sem ter em conta os condicionamentos sociais concretos, produz uma lei abstrata, geral e impessoal”. Entretanto, sua crise é tão evidente ao final do século XX que “todos os primados do Direito chamado moderno, seus fundamentos, o direito individual como direito subjetivo, o patrimônio como bem jurídico, a livre manifestação da vontade, estão abalados” sendo “...tão evidente a crise do Estado moderno e de seu direito que não há mais quem defenda a sua manutenção tal como está”.



Prossegue o mesmo autor afirmando que o processo de ruptura e afirmação de paradigmas fundados em formas autônomas de vida heterogênea e modalidades alternativas de regulação social conduz à busca de novos parâmetros de fundamentação e de verdade. Transformada a sociedade, marcada pela globalização, não mais se sustenta com toda sua força a racionalidade moderna. Questiona-se tal racionalidade e ocorre a busca por novos padrões de referência. A sociedade é um sistema conflituoso e em permanente transformação, de forma que o Direito, enquanto modelo cultural tradicional, está em *crise*. Em suas palavras, o exaurimento do atual paradigma jurídico “descortina, lenta e progressivamente, o horizonte para a mudança e a reconstrução paradigmática” que se funda na experiência histórica e na prática cotidiana concreta de um pluralismo jurídico de teor comunitário-participativo.

A referida crise dos paradigmas da modernidade terá reflexos no direito e, sobretudo no Direito Administrativo, fazendo-se necessário que a Administração Pública reveja o seu plano de supremacia para incluir o cidadão, levando a sério os seus direitos e garantias constitucionais, como parte integrante do epicentro desta revolução.

Assim com a crise da modernidade, os mais diversos pensadores, destacaram para o surgimento de um novo paradigma à compreensão do mundo atual, complexo, veloz e globalizado: a pós-modernidade.

Neste sentido, preleciona Ricardo Maurício Freire Soares (SOARES. 2010, P. 63):

A perspectiva pós-moderna passou a indicar a falência das promessas modernas da liberdade, de igualdade, de progresso e de felicidade acessíveis a todos. “Conquanto tenha desencadeado o progresso material da sociedade moderna, o racionalismo do ocidente acabou promovendo o cerceamento desintegrador da condição humana, a perda da liberdade individual, o esvaziamento ético e a formação de um sujeito egoísta, direcionado, precipuamente ao ganho econômico. Os indivíduos foram convertidos a meros receptáculos de estratégias de produção, enquanto força de trabalho (alienação); de técnica de consumo, enquanto consumidores (coisificação); e de mecanismos

de dominação política, enquanto cidadãos da democracia de massas (massificação).”

A desconfiança de todo discurso unificante torna-se também o marco característico do pensamento pós-moderno. A realidade social, dentro desta nova perspectiva, não existe como totalidade, mas se revela fragmentada, fluida e incerta.

### **3. A PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Verifica-se, pois, que as grandes visões modernas esvaziaram-se, perdendo gradativamente a credibilidade. Em seu transcurso histórico, o programa moderno não logrou concretizar suas idéias emancipatórias.

A sociedade que sofre os efeitos da globalização da economia e da política, dentre outras esferas, desenvolve novas formas ou mecanismos para a concretização de relações jurídicas, como os contratos eletrônicos, propriedade compartilhada (time share), propriedade coletiva, sendo assim, não é cedo alcançar a suficiência do ordenamento jurídico, devido a incerteza da incidência do mais ténue dispositivo ao mais velho instituto jurídico.

No que diz respeito a esta corrida tecnológica, a sociedade atual vive a era da informatização das relações jurídicas, que possui como característica determinante a despersonalização das relações negociais. O contato físico entre os interessados já não é mais necessário, já que o mercado eletrônico, ou virtual, em total contraposição aos conceitos vetustos do tradicional comércio físico, em que a presença do comerciante, pessoa física ou jurídica era fundamental, nesse cenário apresenta-se facilmente desconsiderada.

Desta forma, devido ao crescimento das novas relações jurídicas antes não cogitadas seja na seara ambiental, consumerista, aerespacial, direito regulatório e da informática, até como efeito do fenômeno da globalização, associada a parca e insuficiente normatização, que ainda se encontra em trâmite, emergem tais relações como um problema cotidiano de difícil solução.

O direito, por ser indissociável da sociedade, sofre os efeitos da globalização e dos novos ramos relacionais que surgem a todo instante e não obstante a discussão do ordenamento jurídico estar preparado ou não para as relações que, apesar de não contempladas, ocorrem diuturnamente e, por conseguinte, devem ser tuteladas.

Com o direito administrativo não é diferente. A Administração Pública vem passando por significativas transformações para se adequar à nova realidade pós-moderna. Como bem observou Gustavo Binemoijm<sup>1</sup>, verifica-se o deslocamento do campo da legalidade para o da juridicidade de certos paradigmas clássicos como o da supremacia do interesse público do sobre o particular, que deve passar a um dever de avaliação da proporcionalidade nos casos concretos, levando-se em conta o interesse público, mas perpassando pelos indivíduos afetados pelas decisões da Administração; a discricionariedade passa ter limites maiores, balizada também pelos princípios constitucionais, além das leis e regulamentos administrativos.

O Estado provedor e executor passa a uma postura liberal e regulatória em prol da potencialização da eficiência, como revela a experiência com as agências reguladoras; o abandono da administração burocrática para um maior desenvolvimento da noção de administração pública gerencial, onde se verifica significativa interface com a forma de administrar própria da iniciativa privada, a exemplo dos contratos de gestão.

Valério de Oliveira Mazzuoli (MAZZUOLI. 2010, p. 04) corrobora ao afirmar que o direito já não é fruto de um processo meramente lógico-dedutivo. Ao contrário, é decorrência de uma interação (ponderação, diálogo) permanente entre as regras e os princípios, entre o direito interno e o externo, entre a legalidade e a constitucionalidade, entre a legalidade e a convencionalidade da norma, entre a lei e os valores em jogo, em cada caso concreto.

---

1. Reflete a ampliação da noção de legalidade estrita voltada à legislação infraconstitucional, típica da pós-modernidade; a noção de juridicidade que leva em consideração os mais diversos princípios constitucionais quando da aplicação da legislação administrativa, nos moldes da doutrina neoconstitucionalista.

Segundo o referido autor, o direito pós-moderno deixou de ser lógico (formal) para se transformar em axiológico (busca do justo mediante a ponderação de valores), deixou de ser meramente legalista para interagir (dialogar) com as novas fontes do direito (constitucionalismo, internacionalismo e universalismo). Ele se tornou muito mais complexo, mas nunca, como agora reuniu tantas condições para ser justo (em cada caso concreto). Do método da subsunção passamos à ponderação de todos os valores em jogo para que se atinja a decisão mais justa no caso concreto.

Tais transformações passam, pois, a afetar diversos institutos do direito administrativo, tal como as desapropriações judiciais, sendo que temas relevantes e delicados como o pagamento prévio e justo da indenização devem ser ponderados no caso concreto para que não haja brusco abalo nas finanças públicas nem, por outro lado, desalojamento de famílias sem o pagamento da totalidade de indenização, quando houver diferença entre o valor depositado inicialmente pelo Expropriante e o da condenação após perícia judicial, como será analisado adiante.

#### **4. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O NEOCONSTITUCIONALISMO PÓS-POSITIVISTA**

Como fora delineado no sucinto esboço histórico apresentado na introdução do presente trabalho, os ditames sob os quais a Administração Pública esteve regida desde o princípio da consolidação do Estado moderno, teve como alicerce a supremacia dos interesses da Administração, inicialmente visando a mera sobrevivência da potestade burguesa diante do receio de uma contrarrevolução, mas posteriormente, com a evolução pretoriana do Conselho de Estado Francês, tendo por finalidade viabilizar a atuação do Estado em prol do bem comum.

Entretanto, com o passar do tempo, que trouxe aos cidadãos conquistas das mais diversas no que tange aos direitos constitucionais, nas suas diversas gerações evolutivas, possível verificar uma ruptura nos principais alicerces que serviam de sustentáculo à atuação frondosa da Administração Pública que, sob a afirmação de estar

protegendo interesse público maior, muitas vezes abdicara da ponderação do razoável, no caso concreto, passando por cima de interesses dos cidadãos merecedores de preservação.

Na ótica de Gustavo Binbenojm (BINENBOJM. 2006, p. 40), por força do neoconstitucionalismo alguns paradigmas clássicos sofreram graves abalos, merecendo ajustes para a adequada regência da Administração Pública na pós-modernidade. Dentre eles destacamos a supremacia do interesse público sobre o particular; a legalidade administrativa e o denominado poder discricionário.

Segundo o referido autor, ao revés da distância cultivada à época do constitucionalismo primário, garantidor de direitos negativos aos cidadãos, consistentes sobretudo na não interferência do Estado para que direitos como o da liberdade de locomoção, expressão, associação, dentre outros, fossem assegurados, quando a Constituição tendia a ser mais sintética e preconizava meras diretrizes principiológicas sem força normativa, com o neoconstitucionalismo, que se desenvolvera em meados do século XX, verifica-se uma grande revolução na sistemática do ordenamento jurídico, em que a Constituição é posicionada no seu núcleo, passando de mera indicadora de diretrizes a centro normativo irradiador de eficácia.

A evolução dos direitos individuais negativos de primeira dimensão, denominados direitos de liberdade individuais, galgados no fim do século XVIII, com a revolução francesa, aos direitos das liberdades positivas, desenvolvidos, sobretudo, após a revolução industrial do século XIX, quando clamava-se por políticas públicas de saúde, educação, saneamento, etc., passando pela terceira dimensão dos direitos sociais preconizados pelas constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919), com a consolidação dos direitos fundamentais nos seus textos, tudo isso conduziu a uma nova perspectiva da Constituição e seus efeitos no ordenamento jurídico.

Diante desta nova postura contundente do texto constitucional, não mais cabia a contenção absoluta dos seus princípios, relegando-os a meros preceitos informativos, diante do seu alto grau de abstração. Estudos como os de Robert Alexy (ALEXY. 2006),

consolidaram a força normativa dos princípios constitucionais, que devem ser encarados como verdadeiras normas dotadas de eficácia para a solução de conflitos, mediante exercício de ponderação no caso concreto.

O neoconstitucionalismo vem, então, revelar, no contexto da pós-modernidade, uma forma racional e equilibrada de interpretar e aplicar o ordenamento jurídico em todas as searas, desde o âmbito privatista, como no direito civil, empresarial e do trabalho, ao direito público, seja no âmbito penal, ambiental, urbanístico e, naturalmente, no direito administrativo, com fortes impactos na forma de interpretar o regramento jurídico administrativo e, por conseguinte, na atuação da Administração Pública.

Nesta nova ordem, prudente abandonar a tendência legalista e da interpretação literal, através da qual procurava-se preservar a ordem através do fiel cumprimento dos preceitos normativos, limitados e ineficazes diante da nova realidade conglobante pós-moderna, vertendo-se ao centro de todos os ramos qual seja, a Constituição Federal, na sua integralidade, cerne do ordenamento atual.

Ou seja, normas de Direito Administrativo (bem como dos demais ramos do direito) não comportariam mais interpretação/aplicação à revelia dos direitos fundamentais preconizados na Constituição. Até mesmo a interpretação de dispositivos Carta maior deve ser realizada com base na sua integralidade, buscando-se uma sistematização dos seus preceitos. E este exercício hermenêutico não deve estar limitado aos princípios constitucionais administração pública explícitos, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; a gestão pública, na prática dos seus atos deve resistir aos princípios fundamentais gerais como os da dignidade da pessoa humana, boa-fé objetiva, segurança jurídica, dentre outros.

No cenário atual, apesar da resistência de grande parte da doutrina administrativista tradicional e pela praxe na Administração Pública, percebe-se o reconhecimento desta nova realidade pela doutrina, que não pode prescindir da relevância dos princípios

constitucionais que resguardam aos cidadãos o exercício dos seus direitos fundamentais básicos.

Nesta linha de raciocínio preleciona Maria Sylvia Zanela Di Pietro que o Brasil tende a seguir os passos de algumas nações estrangeiras no que tange à constitucionalização do direito administrativo (DI PIETRO. 2015, p. 37):

O primeiro passo no sentido da constitucionalização dos princípios do Direito Administrativo foi dado pela Lei Fundamental da Alemanha, de 8-5-49, cujo artigo 20, item 3, estabelece que 'o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à Lei e ao direito'. Ideias semelhantes foram inseridas nas Constituições espanhola e portuguesa.

No Brasil, embora não se repita norma com o mesmo conteúdo, não há dúvida de que se adotou igual concepção, já a partir do preâmbulo da Constituição, rico na menção a valores como segurança, bem estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Além disso, os artigos 1º a 4º e outros dispositivos esparsos contemplam inúmeros princípios e valores, como os da dignidade da pessoa humana, os valores sociais e da livre iniciativa, o da erradicação da pobreza, o da prevalência dos direitos humanos, o da moralidade, publicidade, impessoalidade, economicidade, eficiência, dentre outros. Todos esses princípios e valores são dirigidos aos três Poderes do Estado: a lei que os contrarie será inconstitucional.

Diante deste quadro, em que o neoconstitucionalismo se faz presente, com fortes influências no regramento jurídico administrativo, é que propomos uma análise acerca da crise de alguns dos principais paradigmas da Administração Pública e das novas tendências a serem seguidas para uma adequação a esta realidade, particularmente no que diz respeito à necessidade da ponderação motivada quando da declaração de utilidade pública para fins expropriatórios como se analisado a seguir.

## **5. A DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA E O DEVER INDENIZATÓRIO: ANÁLISE NEOCONSTITUCIONALISTA DO CONFLITO ENTRE A INDENIZAÇÃO PRÉVIA E O DEVER DE PAGAMENTO RESIDUAL POR PRECATÓRIO DECORRENTE DE CONDENAÇÃO EM SENTENÇA JUDICIAL**

A desapropriação é um procedimento de direito público, administrativo ou judicial, de que se utiliza o Estado para integrar ao seu patrimônio determinado bem particular, ou até mesmo pertencente a outro ente público.

A Constituição Federal, no seu art. 5º, XXIV<sup>2</sup>, previu que a desapropriação, via de regra, fica condicionada ao pagamento de indenização, que, além de ser prévia e justa, deverá ser em dinheiro. A intenção é compensar o expropriado que, despojado do seu bem, será compensado tempestivamente por uma indenização equivalente.

Contempla, ainda, espécies sancionatórias de desapropriação, sujeitando à penalidade expropriatória o imóvel urbano cujo proprietário desatenda a exigência de promoção de seu adequado aproveitamento em consonância com o plano diretor municipal, assim como a propriedade rural que não esteja cumprindo sua função social.

Nestes casos, o caráter prévio da indenização fica mitigado pelo próprio texto constitucional, de modo que ela efetuar-se-á através do pagamento de títulos da dívida pública com prazo de resgate de até dez anos, em se tratando de desapropriação urbana; ou mediante títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, nos casos de desapropriação por interesse social.

Mas, nesse estudo, será contemplada a desapropriação judicial por utilidade pública, que serve à concretização de atividades de

---

2. Art. 5º, XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.



interesse público, muitas vezes tendo como expropriados particulares cujo bem é a sua moradia ou meio de vida, sendo relevante o pagamento da indenização de forma justa e prévia.

O entendimento acerca do prévio pagamento da indenização na desapropriação judicial por utilidade pública varia na doutrina e jurisprudência: alguns consideram como prévia o pagamento integral do valor equivalente ao bem no momento do depósito prévio, necessário à imissão na posse, conforme preconiza o art. 5º, XXIV da CF e o art. 15 do Decreto-Lei 3.365/41<sup>3</sup>. Outros consideram que o pagamento realizado mediante precatório, quando há valor residual é arbitrado por sentença, conforme disciplina o art. 100 da CF<sup>4</sup>, também deve ser considerado como prévio, tendo em vista que a transferência efetiva da propriedade, mediante registro, dar-se-á após a complementação do pagamento.

Um aparente conflito de normas de constitucionais se instaura quando o valor depositado em juízo pelo expropriante para fins de imissão provisória na posse é inferior ao encontrado na perícia judicial, devendo ser a indenização complementada. Assim sendo, a complementação deve ser realizada de imediato ou após a sentença, cujo cumprimento se dará através do regime dos precatórios?

O tema já foi enfrentando algumas vezes pelos tribunais pátrios, sendo que ainda não há uma posição firme na jurisprudência.

O Superior Tribunal de Justiça, em análise extremada e unilateral em prol do expropriado, sem a devida ponderação nos casos concretos, a partir do julgamento do REsp 19.647-SP – publicado no Diário de Justiça no dia 19 de junho de 1995 –, começou a rechaçar

- 
3. Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imití-lo provisoriamente na posse dos bens;
  4. Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias nos créditos adicionais abertos para este fim.

a aplicação do art. 15, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365 (BRASIL, 1941), assentando o entendimento de que “a imissão prévia e compulsória do expropriante na posse do imóvel somente seria possível mediante depósito integral do valor apurado em avaliação judicial provisória.

Já o Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup>, havia firmado entendimento oposto, no sentido de que o pagamento da diferença da indenização apurada após perícia judicial, em condenação por sentença, deve seguir a regra do art. 100 da CF, ou seja, cumprimento do regime dos precatórios, o que não deixaria de atender a antecedência prevista no art. 5º, XXIV da CF, posto que a eventual concessão de imissão provisória na posse, não configura a efetiva desapropriação que se dará apenas com o registro no cartório de imóveis, após a quitação integral da indenização devida.

Atualmente, a discussão foi fomentada novamente após o reconhecimento da repercussão geral da matéria através de acórdão unânime do STF, cuja relatoria coube ao Ministro Luís Roberto Barroso, no RE 922.144/MG de 30/10/2015, cuja ementa teve o seguinte teor:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. GARANTIA DE JUSTA E PRÉVIA INDENIZAÇÃO EM DINHEIRO. COMPATIBILIDADE COM O REGIME DE PRECATÓRIOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se e como a justa e prévia indenização em dinheiro assegurada pelo art. 5º, XXIV, da CRFB/1988 se compatibiliza com o regime de precatórios instituído no art. 100 da Carta. 2. Repercussão geral reconhecida. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

---

5. ADI 1187, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 30 maio 97; RE 739454 AgR, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 19 nov. 2013; RE 504210 AgR, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 1º dez. 2010; RE 598678 AgR, Relator Ministro EROS GRAU, Segunda Turma, DJe 17 dez. 2009; RE 427761, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 30 maio 2008; RE 195586, Relator Ministro OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, DJ 26 abril 1996.

A Procuradoria Geral da República (PGR) ao se pronunciar sobre o mérito do recurso, manteve incólume o entendimento que já havia sido reverberado pelo STF no passado no sentido de que o pagamento da diferença do valor da indenização encontrado após perícia e confirmado por sentença deve ser pago mediante precatório conforme determina a regra geral e cogente do art. 100 da CF, não havendo choque a norma prevista no art. 5º, XXIV da CF, que enfatiza a precedência indenizatória.

Para tanto, a PGR ressalta relevantes argumentos de ordem financeira que, de fato, devem ser levados em consideração.

É cediço que o regime dos precatórios é cogente e foi criado para que haja um mínimo de previsibilidade orçamentária à Fazenda Pública diante das condenações judiciais, cujos parâmetros não podem ser identificados previamente, portanto, impassíveis de inclusão nas Leis orçamentárias.

Desta forma, levando-se em consideração que o depósito prévio ofertado em juízo tem por base o valor venal do IPTU, desde que atualizado (art. 15, par. 1º, c do Decreto-Lei 3.365/41) e se defasado, o juiz poderá, independentemente de avaliação proceder com a atualização do valor venal e arbitrar o montante indenizatório (art. 15, par. 1º, c do Decreto-Lei 3.365/41), tem-se, aprioristicamente como regra, um depósito antecipado que salvaguarda a imissão provisória na posse e assegura ao expropriado, mediante levantamento de 80% (art. 32, par. 2º do Decreto-Lei 3.365/41) deste montante, a maior parte da sua pretensão indenizatória, que será confirmada após a perícia e sacramentada via sentença.

Entende-se que na maioria das vezes tal regramento serve para, com razão, salvaguardar o interesse público, sem desordenar as finanças estatais, sem paralisar os programas de Governo. Seria um verdadeiro caos se, em todos os casos, fosse possível dar cabo à satisfação da diferença da pretensão indenizatória do expropriado verificada em perícia, no curso do processo expropriatório, de imediato, sem qualquer critério, por uma leitura isolada e não ponderada do art. 5º, XXIV da CF, cuja antecedência no pagamento tende a ser considerada como imediata.

Por outro lado, considerar de forma absoluta a posição clássica do STF, corroborada atualmente pela PGR em parecer recente proferido no bojo do RE 922.144/MG, que ainda pode ser amadurecida após o julgamento final, já que reconhecida a repercussão geral, denota certo perigo, com possibilidade de violação a uma série de outros princípios constitucionais relevantes, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, que deve, a nosso ver, entrar na ponderação pelo magistrado condutor do processo expropriatório, em exceções pontuais, quando for o caso, sob pena de graves e irreparáveis lesões a direitos fundamentais do cidadão.

Admitindo-se que tais regras e princípios sejam todas decorrentes da Constituição, cediço que esta deve ser interpretada segundo a sua ordem sistêmica, sobretudo diante da postura neoconstitucionalista assumida na pós-modernidade jurídica.

Desta forma, compete ao magistrado, levando em consideração as demais regras e princípios constitucionais em jogo – como os da dignidade da pessoa humana, boa-fé objetiva, segurança jurídica, dentre outros – ponderar no caso concreto acerca possibilidade de atender ao interesse público com o menor grau de lesão aos interesses privados existentes, ou mesmo, diante de uma grande lesão a particular, sem prejuízo à Administração Pública, ceder em prol da preservação de um interesse privado, em situações excepcionais.

É dizer: diante deste novo paradigma apresentado, a Administração Pública passa, segundo Gustavo Binenbojm (BINENBOJM. 2006), de um direito de supremacia a um dever de observância da razoabilidade/proporcionalidade no caso concreto, sendo correto afirmar que terá de ceder ao interesse particular se o interesse público em jogo não resistir uma avaliação de razoabilidade, passado pela dignidade humana, boa-fé, segurança jurídica, dentre outros princípios existentes no ordenamento constitucional que possam ser invocados no caso concreto.

É como propomos deve ocorrer quando da análise do pagamento da indenização expropriatória quando restar valor residual decorrente da diferença entre o que fora depositado a título de depósito prévio e o que ficar definido após a conclusão da perícia judicial,

em situações excepcionais, quando restar verificado no caso concreto, por exemplo, que o sacrifício ao particular violará o princípio da dignidade da pessoa humana, sem grave lesão ao interesse público, como por exemplo, verificando-se que o bem desapropriado é o único imóvel da família e o valor do depósito prévio que viabilizou a imissão provisória na posse, por algum equívoco ou falta de atualização adequada, foi ínfimo e inviabiliza a aquisição de nova residência com padrões dignos. Constatando-se que o pagamento da diferença indenizatória apurada é salutar para a manutenção da dignidade humana, sem grave lesão à economia pública, poderia o magistrado ponderar no caso concreto, após estabilizada a prova pericial, assegurado o devido contraditório à Fazenda Pública, decidir pelo complemento do montante indenizatório para que, nestas situações específicas, seja assegurada dignidade humana ao cidadão, já que não haverá prejuízo à coletividade.

Deve ficar claro que a presente mudança paradigmática não pretende causar uma subversão da ordem administrativa, retirando do Estado a possibilidade de atender ao seu desiderato.

Nem se pretende, da mesma forma, uma sobrevalorização ou superproteção dos interesses privados, tornando-os intocáveis diante de necessidades públicas. A nova diretriz sugere, a nosso ver, que a Administração Pública deve ponderar no caso concreto e submeter-se aos ditames de princípios constitucionais relevantes quando o exame destes apontarem a uma abstinência Estatal por mera conveniência ou mesmo economia estatal pouco significativa diante de uma consequência de dimensões catastróficas à vida digna de uma pessoa, família ou de uma comunidade local.

Entendemos que a ponderação deve existir diante do caso concreto, a motivação do ato é sempre essencial, sobretudo quando a decisão é pelo sacrifício do interesse particular, para que seja, inclusive, passível de controle interno e até mesmo externo, pelo Poder Judiciário, quando violados os princípios da razoabilidade/proportionalidade ou destes, aliados a grave violação aos demais princípios fundamentais preconizados na Constituição Federal, sobretudo a dignidade da pessoa humana.

A nosso ver, as hipóteses de complementação indenizatória deveriam ser submetidas à ponderação, pendendo em favor do interesse público situações que a dignidade da pessoa humana não se revele afetada no caso concreto, como em situações que o expropriado seja proprietário de mais de um imóvel, tratando-se de terreno sem qualquer construção, etc.

A Administração, nestas situações de desapropriação judicial e também o Poder Judiciário, devem ponderar no caso concreto acerca da razoabilidade do ato que pretendem praticar, bem como verificar a incidência dos demais princípios correlacionados, pois a desapropriação do bem, em que pese visar um interesse público primário voltado à satisfação do dever constitucional de provimento social de moradias populares, educação pública e gratuita, saúde, dentre outras, de acordo com a nova versão paradigmática do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, não deve passar incólume ao crivo de outros princípios em jogo no caso concreto.

## 6. CONCLUSÃO

Constata-se do presente ensaio que o Direito Administrativo, embora tenha erigido durante a Revolução Francesa como marco regulatório das relações jurídicas publicistas, através de prerrogativas lastreadas em paradigmas afeitos à modernidade jurídica, o referido ramo do direito teve de passar por modificações para se adequar à nova realidade vindoura, consubstanciada através da pós-modernidade jurídica, planificada mais precisamente através do neoconstitucionalismo.

Verificou-se, com isso, uma grande revolução na sistemática do ordenamento jurídico, em que a Constituição é posicionada no seu núcleo, passando de mera recomendadora de diretrizes a centro normativo irradiador de eficácia, devendo ser interpretada de forma sistemática.

Por força do neoconstitucionalismo alguns paradigmas clássicos que regem a Administração Pública sofreram graves abalos, merecendo ajustes para a sua adequada regência na pós-modernidade. Dentre eles foram destacados a supremacia do interesse público

sobre o particular; a legalidade administrativa e o denominado poder discricionário.

Constatou-se que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, costumava ser aplicado a serviço da Administração, sem a necessária ponderação diante da soma dos interesses particulares em jogo, quando do exercício de prerrogativas estatais. Entretanto, essa predileção apriorística e definitiva em prol do interesse público não se coaduna com as próprias finalidades do Estado que não deve dispensar a ponderação principiológica a respeito dos valores em jogo, em determinado caso concreto.

A noção de um princípio jurídico que preconize a prevalência *a priori* de interesses da coletividade sobre os interesses individuais, revela-se absolutamente incompatível com a ideia da Constituição como sistema aberto de princípios, articulados não por uma lógica hierárquica estática, mas sim por uma lógica de ponderação proporcional.

Compete ao gestor público e ao Poder Judiciário, quando for o caso, levando em consideração as demais regras e princípios constitucionais em jogo – como os da dignidade da pessoa humana, boa-fé objetiva, segurança jurídica, dentre outros – ponderar no caso concreto acerca possibilidade de atender ao interesse público com o menor grau de lesão aos interesses privados existentes, ou mesmo, diante de uma grande lesão a particular, sem grave prejuízo à Administração Pública, ceder em prol da preservação de um interesse privado.

Ou seja, diante deste novo paradigma apresentado, a Administração Pública passa de um direito de supremacia a um dever de observância da razoabilidade/proporcionalidade no caso concreto, sendo correto afirmar que terá de ceder ao interesse particular se o interesse público em jogo não resistir uma avaliação de razoabilidade, passado pela dignidade humana, boa-fé, segurança jurídica, dentre outros princípios existentes no ordenamento constitucional que possam ser invocados no caso concreto.

Além do abalo à supremacia apriorística do interesse público, temos que, diante das novas perspectivas neoconstitucionalistas,

através das quais, todos os ramos do direito devem ser irradiados pelas normas-princípio da Constituição Federal, sofre grande abalo, também, o princípio da legalidade.

Desta forma, relevante se faz o estudo para o desenvolvimento da aplicação dos clássicos institutos do Direito Administrativo à luz dos novos paradigmas do neoconstitucionalismo, dentre eles a desapropriação, mais precisamente no que tange à questão da indenização prévia nas desapropriações por utilidade pública, quando o depósito prévio não é suficiente para satisfazer a pretensão indenizatória e se faz necessário o complemento, quando da confirmação do laudo pericial por sentença judicial, visando uma atuação mais condizente da Administração Pública, diante dos novos paradigmas afeitos à pós-modernidade, com a prática de atos que satisfaçam o interesse público com o mínimo possível de lesão aos interesses individuais, o que seria possível atingir mediante ponderação dos princípios constitucionais nos casos concretos.

É como propomos, deve ocorrer quando da análise do pagamento da indenização expropriatória quando restar valor residual decorrente da diferença entre o que fora depositado a título de depósito prévio e o que ficar definido após a conclusão da perícia judicial, em situações excepcionais, quando restar verificado no caso concreto, por exemplo, que o sacrifício ao particular violará o princípio da dignidade da pessoa humana, sem grave lesão ao interesse público.

Constatando-se que o pagamento da diferença indenizatória apurada é salutar para a manutenção da dignidade humana, sem grave lesão à economia pública, entendemos que poderia o magistrado ponderar no caso concreto, após estabilizada a prova pericial, assegurado o devido contraditório à Fazenda Pública, decidir pelo complemento do montante indenizatório para que, nestas situações específicas, seja assegurada dignidade humana ao cidadão, já que não haverá prejuízo à coletividade.

Deve ficar claro que a presente mudança paradigmática não pretende causar uma subversão da ordem administrativa, retirando do Estado a possibilidade de atender ao seu desiderato. Nem se pretende, da mesma forma, uma sobrevalorização ou superproteção dos



interesses privados, tornando-os intocáveis diante de necessidades públicas. O STF tem a oportunidade de revisar uma diretriz clássica pela ponderar no caso concreto e submetendo cada caso aos ditames de princípios constitucionais relevantes quando o exame destes apontarem a uma abstinência Estatal por mera conveniência ou mesmo economia estatal pouco significativa diante de uma consequência de dimensões catastróficas à vida digna de uma pessoa, família ou de uma comunidade local.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. alemã, traduzida por Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BINEMBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOLZAN, Fabrício e TAVARES, André Ramos. **Tratado de Direito Administrativo, 2/ Coordenadores, Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento, Ives Gandra da Silva Martins**. – São Paulo: Saraiva, 2013.
- CASTRO, Mônica. A desapropriação judicial no novo Código Civil. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=486](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=486)>. Acesso em: 3 maio 2010.
- CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HÄRBELE. Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Freire Mendes. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.
- HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Editora Fórum, 2011.
- LIMA, Marcio Kammer. **Usucapião coletivo e desapropriação judicial**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Características do Direito na Pós-Modernidade**. Revista de Direito, vol. 13, n. 17, ano 2010.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7ª ed., São Paulo: Cortez, 2000.
- SILVA, José Afonso. **Constituição e segurança jurídica**. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2. ed., rev e ampl. 1. reimp. Belo Horizonte Fórum, 2009.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012
- SOARES, R. M. F. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- \_\_\_\_\_. **O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª edição. Editora Alfa Omega: São Paulo, 2001.

## Capítulo XI

# A democracia no Estado Democrático de Direito da Constituição Federal de 1988: estrutura, princípios e função

*Lília Teixeira Santos\**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Estado e Democracia: conceito e características; 3 A Democracia na Constituição Federal de 1988: estrutura e função; 4 Os princípios democráticos na Constituição Federal de 1988; 4.1 O princípio da dignidade da pessoa humana; 4.2 O princípio da cidadania; 4.3 O princípio do desenvolvimento nacional sustentável; 5 As funções estatais, o conflito de Poderes no espaço Republicano e a função da democracia no Estado Democrático de Direito; 6 Conclusão; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 fundou a democracia humanista na República Federativa do Brasil e estabeleceu diretrizes para atuação dos poderes públicos com o fim de promover a existência de condições materiais compatíveis com a consecução de uma vida humana digna. Assim, considerando o caráter humanista que orienta o teor dos objetivos fundamentais a ser concretizado pelos poderes

---

(\*) Aluna na Pós-graduação Stricto Sensu em Direito – Doutorado em Direito Público – UFBA – Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Pós-graduada em Direito e Magistratura – curso ministrado pela Escola de Magistrados da Bahia (EMAB) em parceria com a UFBA. Pós-graduada em Direito do Estado pela UFBA. Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Advogada. <http://lattes.cnpq.br/5166866468243294>. E-mail: [lilia.teixeirasantos@gmail.com](mailto:lilia.teixeirasantos@gmail.com).

públicos, o presente artigo enfoca as características da democracia e os princípios constitucionais – o *princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, o *princípio da cidadania* e o *princípio do desenvolvimento nacional sustentável* que apontam as ações a serem realizadas pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro e possibilitam a máxima eficácia da interpretação normativa com o fim de contribuir para a concretização dos direitos humanos e alcançar a plena cidadania integral para cada cidadão na República Federativa do Brasil.

## 2. ESTADO E DEMOCRACIA: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

nos relatos da história da humanidade<sup>1</sup> se encontra a descrição do esforço coletivo dos indivíduos em estabelecer meios para consecução das condições adequadas à garantia da sobrevivência humana e, assim, surgiram os agrupamentos humanos em sociedades que construíram as cidades e formaram o Estado, dos quais

§ 1. Sabemos que toda cidade é uma espécie de associação, e que toda associação se forma tendo por alvo algum bem; porque o homem só trabalha pelo que ele tem em conta de um bem. Todas as sociedades, pois, se propõem qualquer lucro — sobretudo a mais importante delas, pois que visa a um bem maior, envolvendo todas as demais: a cidade ou sociedade política.” (ARISTOTELES, 2017, p.17). “§ 11. Na ordem da natureza, o Estado se coloca antes da família e antes de cada indivíduo, pois que o todo deve, forçosamente, ser colocado antes da parte. Erguei o todo; dele não ficará mais nem pé nem mão, a não ser no nome, como se poderá dizer, por exemplo, uma mão separada do corpo não mais será mão além do nome. Todas as coisas se definem pelas suas funções; e desde o momento em que elas percam os seus característicos, já não se poderá dizer que sejam as mesmas; apenas ficam compreendidas sob a mesma denominação. Evidentemente o Estado está na ordem da natureza e antes do indivíduo; porque, se cada indivíduo

---

1. O relato histórico pode se verificado nas seguintes fontes bibliográficas: PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*; CICCO, Cláudio de. *História do pensamento jurídico e da Filosofia do Direito*; GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*.

isolado não se basta a si mesmo, assim também se dará com as partes em relação ao todo. Ora, aquele que não pode viver em sociedade, ou que de nada precisa por bastar-se a si próprio, não faz parte do Estado; é um broto ou um deus. A natureza compele assim todos os homens a se associarem. Aquele que primeiro estabeleceu isso se deve o maior bem; porque, se o homem, tendo atingido a sua perfeição, é o mais excelente de todos os animais, também é o pior quando vive isolado, sem leis e sem preconceitos. Terrível calamidade é a injustiça que tem armas na mão. As armas que a natureza dá ao homem são a prudência e a virtude. Sem virtude, ele é o mais ímpio e o mais feroz de todos os seres vivos; mas não sabe, por sua vergonha, que amar é comer. A justiça é a base da sociedade. Chama-se julgamento a aplicação do que é justo. (ARISTOTELES, 2017, p. 20-21).

Desta maneira, o surgimento da estrutura da sociedade política em forma de Estado com a instituição do regime político democrático moderno fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da justiça para o controle e limitação do poder exercido pelas autoridades que dominam na sociedade resultou do progressivo desenvolvimento e das modificações nas organizações políticas que se iniciaram na antiguidade do Ocidente, notadamente, na Grécia e em Roma, em que se construiu o entendimento de que

§ 2. sendo a cidade algo de complexo, assim como qualquer outro sistema composto de elementos ou de partes, é preciso, evidentemente, procurar antes de tudo o que é um cidadão. Porque a cidade é uma multidão de cidadãos. e assim é preciso examinar o que é um cidadão, e a quem se deve dar este nome. Nem sempre se está de acordo neste ponto, já que nem todos concordam, no caso de um mesmo indivíduo, que ele seja um cidadão. É possível, com efeito, que aquele que seja cidadão numa democracia, não o seja numa oligarquia. (ARISTOTELES, 2017, p. 91). § 8. Assim, pois, a nossa definição do cidadão deve ser retificada. Porque nas outras formas de governo as funções de juiz e de membro da assembleia geral não são acessíveis a qualquer cidadão, indistintamente, como na democracia; ao contrário, elas constituem uma magistratura especial. E o privilégio de deliberar e julgar é concedido a todos os membros dessa magistratura, ou a alguns dentre eles, sobre todas as questões ou sobre algumas penas. Por aí se vê, pois, o que é o cidadão: aquele que tem uma parte legal na autoridade

deliberativa e na autoridade judiciária — eis o que chamamos cidadão da cidade assim constituída. E chamamos cidade à multidão de cidadãos capaz de bastar a si mesma, e de obter, em geral, tudo que é necessário à sua existência.” (ARISTOTELES, 2017, p. 93). “§ 1. Uma vez apresentados os princípios como bases, é preciso examinar se convém admitir uma ou várias organizações políticas, e, no caso de haver diversas, qual o seu número, a sua natureza e as diferenças existentes entre elas. A constituição de um Estado é a organização regular de todas as magistraturas, principalmente da magistratura que é senhora e soberana de tudo. Em toda parte o governo do Estado é soberano. A própria constituição é o governo. Quero dizer que nas democracias, por exemplo, é o povo que é soberano. Ao contrário, na oligarquia, é um pequeno número de homens. Também, diz-se que essas duas constituições são diferentes.” (ARISTOTELES, 2017, p. 102). “§ 1. Distinguimos, em nosso primeiro estudo das constituições, três constituições puras: a realeza, a aristocracia, a república, e três outras que são um desvio dessas: a tirania para a realeza, a oligarquia em relação à aristocracia, e a democracia quanto à república. Já falamos da aristocracia e da realeza porque estudar a melhor forma de governo é justamente explicar a significação dessas duas palavras, pois que a existência de cada uma dessas formas só se pode basear na virtude, e em tudo que possa acompanhá-la. Determinamos também as diferenças existentes entre a aristocracia e a realeza, e os caracteres distintivos pelos quais se pode reconhecer a realeza. Resta-nos tratar apenas, em primeiro lugar, do governo designado pelo termo comum de república, e depois dos outros governos, isto é, da oligarquia, da democracia e da tirania.” “§ 2. É fácil compreender qual é o pior desses governos degenerados, e qual o que lhe segue; porque o pior deve ser, forçosamente, aquele que é uma corrupção do primeiro e do mais divino. É preciso que a realeza só exista no nome, ou que se funde na incontestável superioridade daquele que reina; segue-se a tirania, que é o pior dos governos e também aquele que mais se afasta da república. Em segundo lugar vem a oligarquia; porque a aristocracia difere bastante desta forma de república, Afinal a democracia é o mais tolerável desses governos degenerados.” (ARISTOTELES, 2017, p. 203-204). “§ 7. Assim, é melhor dizer que existe a democracia quando o poder soberano está nas mãos dos homens livres e que existe oligarquia quando está nas mãos dos ricos. Mas acontece comumente que uns, isto é, os homens livres, são em

maioria; e os outros, os ricos, são pouco numerosos.” “§ 8. No entanto, essas condições não bastam para determinar com precisão as diferentes formas de governos; mas como a democracia e a oligarquia se compõem de várias partes, é preciso ainda distinguir e admitir que, no caso de homens livres, em minoria, terem autoridade sobre a maioria dos cidadãos, que no entanto não seriam livres. [...] Mas a democracia só existe quando os cidadãos livres e pobres, formando a maioria, são senhores do governo; e, para que haja a oligarquia, é preciso que a soberania pertença a uma minoria de ricos e de nobres. (ARISTOTELES, 2017, p. 207).

O Estado, que teve seu início na antiguidade do Ocidente, notadamente na Grécia e em Roma, com o decorrer dos acontecimentos históricos, se transformou em ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território, e por meio da construção desta noção do Estado como pessoa jurídica de uma ordem jurídica para atuar em conformidade com o direito, se estabelece limites jurídicos à ação dos poderes do Estado em relação aos cidadãos, uma vez que

Assim nasce o Estado, ou mais precisamente o poder de mando na sociedade, cujas justificativas variam ao sabor das correntes filosóficas, mas que, sem dúvida, há de ter raízes na humanista corrente liberal rousseauiana de que seu objetivo é o de manter o modo paradisíaco da vida em grupo, traduzido modernamente nas teorias que consagram os fins atuais do Estado no dualismo: bem-estar e desenvolvimento econômico. O Estado é, por conseguinte, um dos agentes de satisfação das necessidades humanas, ou seja, são os homens congregados coletivamente, desenvolvendo um esforço para atender as necessidades decorrentes da vida em sociedade, ou da sua convivência. (BRITO, 2016, p. 16-17).

O Estado Democrático moderno nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana (DALLARI, 2005, p. 147).

A preocupação primordial foi sempre a participação do povo na organização do Estado, na formação e na atuação do governo, por se considerar implícito que o povo, expressando livremente sua vontade soberana, saberá resguardar a liberdade e a igualdade (DALLARI, 2005, p. 151).

E, sob a égide do Constitucionalismo, o Estado, fundado na ideologia política dominante na sociedade, apresenta características dos valores almejados pela sociedade ou por parte dela que detém o poder político e deve se ater a limitação do poder, a institucionalização de governo democrático e a prover mecanismos para efetivar a garantia dos direitos humanos fundamentais. Assim, no decorrer do desenvolvimento do Constitucionalismo Ocidental, o Estado, nos países ocidentais, apresentou as características das fases do Direito Constitucional Liberal e do Direito Constitucional Social<sup>2</sup> em que

O ingresso social nas Constituições é portanto o maior fenômeno político do século XX, um fruto da criatividade e

- 
2. O jurista Manoel Jorge e Silva Neto esclarece sobre as características das fases do Direito Constitucional Liberal e do Direito Constitucional Social no Constitucionalismo Ocidental: “A gênese do constitucionalismo clássico está atrelada ao irrefreável ímpeto quanto à positivação de direitos e garantias, aptos à salvaguarda dos indivíduos quanto à intromissão ou arbítrio praticados pelo Estado. Não se poderá compreender a noção de constitucionalismo daquela época se não se atentar para o autêntico motivo conducente à inclusão das liberdades públicas nos textos constitucionais: a preservação da liberdade individual. [...] Entre os caracteres desse Estado, habitualmente chamado de “liberal” ou “abstencionista”, pode ser destacada a passividade no trato das desigualdades sociais que grassavam, a ponto de a isonomia então assegurada ser apenas a de contextura formal, ou seja, não se investigava a respeito da existência de desequilibradas havidas entre os indivíduos que impusessem atuação do Estado no sentido de eliminá-las, ou, na pior das hipóteses, mitigá-las. [...] Amparado no pressuposto de que não haveria razão para intervir nos negócios individuais, o Estado liberal prosseguia forte na linha do absentéismo, urdido a partir e com fundamento no *laissez faire passer que le monde va de lui même*. E diante de tal opção ideológica, não havia mesmo espaço para a tentativa de reduzir as desigualdades sempre alimentadas pelo liberalismo econômico. [...] O fundamento da inscrição dos direitos sociais, em sentido amplíssimo, nas constituições está na razão direta do recrudescimento da questão social, na inflorescência de movimentos populares, mesmo porque, se a exploração desenfreada do ser humano pelo próprio no apogeu do sistema capitalista confere, por assim dizer, uma nódoa negra indelével à história da humanidade, traz à baila, como lenitivo, circunstância provocadora de mudança de estrutura. [...] Certamente se iniciou a inserção dos elementos socioideológicos nas constituições em virtude das graves ocorrências do início do século XX, mas podemos afirmar – sem receio quanto a cometimento de equívocos – estar o fenômeno da constitucionalização dos direitos sociais arraigado às Declarações modernas, desenhado como imorredouro símbolo a autenticar as vicissitudes do passado, a reclamar a efetivação das normas sociais no presente, conduzindo, indefectivelmente, à almejada estabilidade social para o futuro. [...] A introdução das normas de direito social nas constituições, se não forem remetidas ao plano da declaratividade e da retórica,



sensibilidade do constituinte, um princípio de reconciliação da ordem constitucional com a ordem fática, um elemento novo de racionalidade material e substantiva, que não pertence às formas, mas aos conteúdos, que substitui a Constituição *in abstracto* pela Constituição concreta, que muda de certo modo o perfil, a estrutura e a função das Constituições, as quais, deixando de ser concebidas unicamente como norma jurídica ou como regra de limitação da competência e do poder do Estado, se transmutam em norma social, em instrumento de um programa de mudança e renovação. Diante da nova modalidade ou categoria de Constituição, o próprio direito constitucional se politiza ao extremo e unido à Ciência Política só tem razão de ser em função do preenchimento de fins sociais, seletivamente estabelecidos e catalogados no interesse supremo de sua concretização social.” (BONAVIDES, 2010, p. 360-361) (grifado no original).

O Estado Liberal de Direito se caracteriza pela submissão ao império da lei estatuída pelo povo – conjunto dos cidadãos, através dos atos de seus representantes que compõem o Poder Legislativo, pela divisão de poderes para permitir a execução independente e harmônica das funções Legislativa, Executiva e Judiciária, e pela declaração e institucionalização da garantia dos direitos individuais. E, o Estado, ao transformar-se no Estado Social de Direito, promove a proclamação dos direitos sociais e procura realizar a justiça social, porém, na busca de harmonizar o capitalismo com a concretização do bem-estar social, proporciona o surgimento do neocapitalismo. Assim, tanto o Estado Liberal de Direito quanto o Estado Social de Direito não são parâmetros para caracterizar o Estado Democrático, pois este

[...] se funda no princípio da soberania popular, que “impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública,

---

revela o compromisso solenemente assumido entre os detentores dos meios de produção e da força de trabalho no sentido de buscarem uma sociedade menos desigual e, ao mesmo tempo, dignificadora do trabalhador e viável à atividade empresarial como expressão da economia de mercado e da livre-iniciativa. O embate ideológico, longe de se constituir em empecilho à valorização do trabalho e à livre-iniciativa, é fato gerador de uma sociedade pluralista, democrática, cujo apanágio mais genuíno é na multiplicidade das ideias alcançar a unicidade na solução dos problemas nacionais.” (SILVA NETO, 2013, p. 98, 100, 103, 104, 107, 108).

participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento”. Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia legal dos direitos fundamentais da pessoa humana (SILVA, 2001, p. 121). A concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos do *controle das decisões*, e de sua *real participação nos rendimentos da produção* (SILVA, 2001, p. 122) (grifado no original).

Desta forma, para que o sistema político democrático contemporâneo se constitua na “forma de governo que se baseia no respeito à pessoa humana contra toda a forma de totalitarismo” (BOBBIO, 2004, p. 16), e efetivamente se oponha as formas de governo autocrático no âmbito da sociedade política estatal, é preciso que haja o estabelecimento de regras que determinem quais são as pessoas e os procedimentos para a tomada das decisões coletivas, num ambiente em que os indivíduos sejam reconhecidos como cidadãos com direito a liberdade de associação, liberdade de opinião e liberdade de manifestação do pensamento, para que se concretizem as condições que propiciem a expressão das demandas e da escolha das decisões após o debate, independente e soberano, entre os cidadãos que serão atingidos pelos efeitos das decisões, uma vez que

A relação entre sociedade política (que, isolada, é a *societas perfecta* [sociedade perfeita]) e as sociedades particulares é uma relação entre o todo e as partes, na qual o todo, o ente englobador, é a πόλις, [polis], e as partes englobadas são a família e as associações. Em toda a tratadística política até Hegel incluído, permanece constante essa relação entre o Estado e as sociedades menores ou parciais.” (BOBBIO, 2017, p. 79).

Com o nascimento da economia política, da qual deriva a diferenciação entre a esfera das relações econômicas e a esfera das relações políticas, entendidas as relações econômicas como relações substancialmente de desiguais por efeito da divisão do trabalho, mas formalmente iguais no mercado, a dicotomia público/privado volta a se apresentar sob a forma de distinção entre sociedade política (ou de desiguais) e sociedade

econômica (ou de iguais), ou do ponto de vista do sujeito característico de ambas, entre a sociedade do *citoyen* que atende ao interesse público e a sociedade do *bourgeois* que cuida dos próprios interesses privados em concorrência ou em colaboração com outros indivíduos. Por detrás da distinção entre esfera econômica e esfera política reaparece a antiga distinção entre a *singulorum utilitas* [utilidade dos indivíduos] e o *status rei publicae* [estado da república], com a qual aparecera pela primeira vez a distinção entre a esfera do privado e a do público. Assim também a distinção jusnaturalista entre estado de natureza e estado civil se recompõe, através do nascimento da economia política, na distinção entre sociedade econômica (e, enquanto tal, não política) e sociedade política; posteriormente, entre sociedade civil (entendida hegelianamente, ou melhor, marxianamente, como sistema das necessidades) e estado político: donde então se deve notar que a linha de separação entre estado de natureza, esfera econômica, sociedade civil, de um lado, e estado civil, esfera política, estado político, de outro, passa sempre entre sociedade de iguais (ao menos formalmente) e sociedade de desiguais. (BOBBIO, 2017, p. 18-19)

Na organização de um regime político democrático, portanto, o poder para as decisões coletivas deve ser distribuído, de maneira equânime, entre os membros do grupo social, e, ainda, deve haver o aumento dos espaços onde os indivíduos possam exercer o direito de participar nas decisões que venham atingir a coletividade, pois

[...] por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados. (BOBBIO, 2004, p. 22).

Diferentemente da família ou da sociedade senhorial, a sociedade política começa a ser entendida de modo prevalente (precedentes disto tinham também existido na Idade Clássica) como um produto voluntário dos indivíduos, que com um acordo recíproco decidem viver em sociedade e instituir um governo. (BOBBIO, 2017, p. 83).

O ponto de partida de Aristóteles, que durante séculos foi uma referência fundamental, é exatamente o oposto: “É evidente [...] que o Estado existe por natureza [e portanto não é instituído pelos homens] e é anterior a cada um dos indivíduos” [*Política, 1253a, 25*].

Comporta o relevo dado a problemas políticos diversos daqueles tratados habitualmente por quem se põe *ex parte principis*: a liberdade dos cidadãos (de fato ou de direito, civil ou política, negativa ou positiva) e não o poder dos governantes; o bem-estar, a prosperidade, a felicidade dos indivíduos considerados um a um, e não só a potência do Estado; o direito de resistência às leis injustas, e não só o dever de obediência (ativa ou passiva); a articulação da sociedade política em partes contrapostas (os partidos não mais avaliados unicamente como facções que dilaceram o tecido do Estado), e não só a sua compacta unidade; a divisão e contraposição vertical e horizontal dos diversos centros de poder e não somente o poder na sua concentração e na sua centralidade; o mérito de um governo devendo ser procurado mais na quantidade de direitos de que goza o singular que no tamanho dos poderes dos governantes.

A mais alta expressão praticamente relevante dessa inversão são as Declarações de Direitos americanas e francesas, nas quais é solenemente enunciado o princípio de que o governo é para o indivíduo e não o indivíduo para o governo, um princípio que exerceu grande influência não apenas em todas as constituições que vieram depois, mas também na reflexão a respeito do Estado, tornando-se assim, ao menos em termos ideais, irreversível. (BOBBIO, 2017, p. 83-84).

Assim, considerando que o conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas estabelece somente o modo para a elaboração da decisão política e não determina o seu conteúdo, o sistema político num Estado Democrático que concretize tanto a democracia formal – como forma de governo em que haja regras estatuídas juridicamente para a tomada de decisões políticas que afetam o cotidiano dos cidadãos, quanto à democracia substancial – onde o governo seja direcionado para a definição do bem comum a ser alcançado com a aplicação do que é justo para resguardar a liberdade e a igualdade entre os indivíduos, se consolida com a ampla participação do cidadão nos processos governamentais que garante o aperfeiçoamento do Estado Democrático, de forma que os governantes estejam sujeito às interações e deliberações com os governados e atendam às reivindicações de toda a sociedade para garantir a participação real dos cidadãos nas tarefas do governo que assegura

a conservação de suas liberdades e a possibilidade de ampliação do acesso a outros direitos, uma vez que

[...] a chave constitucional do futuro entre nós reside, pois, na democracia participativa, que faz soberano o cidadão-povo, o cidadão-governante, o cidadão nação, o cidadão titular efetivo de um poder invariavelmente superior e, não raro, supremo e decisivo. O cidadão, nesse sistema, é, portanto, o povo, a soberania, a nação, o governo; instância que há de romper a sequência histórica na evolução do regime representativo, promovendo a queda dos modelos anteriores e preparando a passagem a uma democracia direta, de natureza legitimamente soberana e popular. (BONAVIDES, 2001, 34-35)

Desta maneira, diante do fato de que a política é uma esfera de ações e decisões que afetam a vida de todos os membros de uma sociedade e que não existe uma soberania popular fundada na ideia de vontade geral, mas diversos centros de poder que atuam subjacente aos governos democráticos, a finalidade do Estado não se restringe em estabelecer mecanismos para a manutenção da ordem jurídica e social, mas também em garantir aos indivíduos o acesso às condições favoráveis para o desenvolvimento de suas potencialidades como pessoa humana, através do esforço conjunto de toda sociedade para o desenvolvimento de um processo de autonomia política, de forma a possibilitar que o exercício da capacidade política do indivíduo nos espaços públicos possa contribuir para a estabilidade do Regime Político Democrático no Estado Democrático de Direito.

Considerando o regime político como o conjunto dos princípios e regras que compõem o ordenamento jurídico que rege o Estado e a sociedade, verifica-se que o regime político democrático se funda no conceito da soberania do povo e, diferentemente dos regimes autocráticos,

[...] dotando-se o Estado de uma organização flexível, que assegure a permanente supremacia da vontade popular, buscando-se a preservação da igualdade de possibilidades, com liberdade, a democracia deixa de ser um ideal utópico para se converter na expressão concreta de uma ordem social justa (DALLARI, 2005, p. 309-310),

na qual a vontade do governante não se impõe sobre todos e os direitos fundamentais do indivíduo não se subordinam ao Estado, segundo o princípio da autoridade, mas, impera, para que haja a efetividade da soberania da vontade popular, a necessidade de se prover o sistema de governo de técnicas e instrumentos que permitam a expressão da vontade popular, pois

[...] a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história [...] é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo (SILVA, 2001, p. 130).

Desta forma, *“a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”* (SILVA, 2001, p. 126), o qual se concretiza com os meios instituídos pelo ordenamento jurídico para que garantam a convivência e o diálogo político entre diferentes interesses da sociedade com o fim de, com respeito à pluralidade de ideias, opiniões e culturas e com foco na dignidade da pessoa humana, possibilitar o contínuo entendimento entre o povo e o seu governo para que se promova a concretização de direitos fundamentais e, por conseguinte, o aperfeiçoamento da democracia.

### **3. A DEMOCRACIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ESTRUTURA E FUNÇÃO**

a Constituição Federal de 1988 (CF/88), como constituição autêntica, legítima e justa<sup>3</sup>, restaurou o regime político jurídico

- 
3. Os conceitos de constituição autêntica, legítima e justa se evidenciam através dos seguintes trechos: *“A Constituição é a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando a proteção e a promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo.”* (DALLARI, 2010b, p. 25) (grifado no original). *“O que mais importa quando se quer saber quem pode fazer uma Constituição é verificar quem tem legitimidade para estabelecer as regras que vão ser incluídas na Constituição. Por outras palavras, pode-se perguntar quem tem o poder constituinte legítimo. E a única resposta adequada ao reconhecimento de que todos os seres humanos nascem iguais em dignidade e direitos, como diz a Declaração Universal dos Direitos do Homem,*

democrático no Brasil, fixando o princípio democrático na democracia representativa e participativa, com o fim de garantir a vigência e a eficácia dos direitos humanos em todos os setores do Estado Democrático de Direito Brasileiro<sup>4</sup>, uma vez que este foi fundado para 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 e com a busca da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (CF/88, Preâmbulo, artigos 1º, 2º, 3º, 4º), para se constituir

[...] como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos do *controle das decisões*, e de sua *real participação* nos rendimentos da produção (SILVA, 2001, p. 122) (grifado no original),

---

é que o poder constituinte legítimo é do povo. [...] Uma Constituição que não seja produto da vontade de todo o povo não é legítima. [...] A boa preparação da Assembleia Constituinte, compreendendo o pleno esclarecimento dos eleitores e dos candidatos, garantirá a autenticidade da Constituição, pela legitimidade da escolha e pela representatividade dos constituintes, assegurando também a consecução de uma Constituição justa, que respeite a dignidade de todos os seres humanos e dê igualdade de oportunidades a todos os integrantes do povo.” (DALLARI, 2010b, p. 39-40, 53); “A Constituição autêntica não pode ser o produto de uma construção artificial, estabelecida ou modificada de modo a atender às conveniências de quem detiver o poder político num dado momento histórico.” (DALLARI, 2010a, p. 10); “Sendo legítima e autêntica, a Constituição conterá as regras básicas de convivência, inspiradas na própria vida do povo e expressadas como direitos e deveres fundamentais. [...] A Constituição legítima e justa não se limita a declarar direitos, mas vai além disso, prevendo os mecanismos que os tornem efetivos para todos.” (DALLARI, 2010b, p. 67-68).

4. CF/88, Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

ou seja, um tipo de Estado em que a estrutura política e jurídica do poder público tem o objetivo de superar o perfil do Estado Liberal para se configurar num Estado promotor de justiça social que se fundamenta na dignidade da pessoa humana (CF/88 art. 1º, III). Assim, a Constituição de 1988 restaurou o Estado Democrático de Direito no Brasil com o fim de garantir a vigência e a eficácia dos direitos humanos fundamentais através da ação coordenada e conjunta de todos os poderes estatais, em especial, os setores da Administração Pública em concretizar os objetivos fundamentais<sup>5</sup> da República Federativa do Brasil.

Este contexto constitucional em prol de mudanças no cenário social, político, econômico e jurídico do Estado Brasileiro aconteceu com a promulgação, em cinco de outubro de 1988, da *Constituição Cidadã* “na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania” (SILVA, 2001, p. 90), atendendo aos anseios dos movimentos sociais, das manifestações da sociedade civil e das mobilizações de organizações associativas da sociedade civil que reivindicaram os direitos humanos de liberdade e de igualdade em face das arbitrariedades do regime militar autoritário de 1964 a 1984.

A *Constituição Cidadã* definiu as novas facetas do regime jurídico democrático para a atuação política do Estado Brasileiro ao estabelecer as diretrizes consubstanciadas nas normas programáticas constitucionais, as quais revelam a opção de contrapor ao modelo do Estado Mínimo Liberal (Democracia Liberal) um modelo de Estado Democrático de Direito para a República Federativa do Brasil que se aproximasse do modelo do Estado Social (Estado do Bem-Estar Social ou Welfare State ou Democracia Social), pois,

---

5. CF/88, Art. 3º: “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”.



[...] a Constituição de 1988 resultou dessa luta pela construção de um Estado Democrático onde se assegurasse o exercício dos direitos humanos fundamentais. Formalmente, ela cumpre integralmente esse objetivo. Seu Título II contém a declaração dos “direitos fundamentais do homem” – expressão que ela emprega em sentido abrangente daquelas prerrogativas e instituições que se concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Nela se sintetizam todas as manifestações modernas dos direitos fundamentais da pessoa humana. [...] a Constituição formula e garante os direitos humanos de maneira ampla e moderna. Mas, como já acenamos antes, a questão dos direitos humanos não está apenas em sua formulação constitucional. Já não bastam sua positivação e subjetivação para que sejam efetivados no cotidiano da maioria do povo, pois a experiência brasileira tem demonstrado que sua reiterada afirmação nos textos constitucionais não tem sido garantia necessária e suficiente de sua efetividade. [...] A evolução do direito constitucional brasileiro foi introduzindo, de tempo em tempo, remédios antes desconhecidos. [...] Poderíamos acrescentar que a jurisdição constitucional, [...], constitui, também, sob certo aspecto, um desses remédios, como uma forma especial de garantia constitucional dos direitos fundamentais. Por isso, tais remédios entram na categoria de jurisdição constitucional da liberdade (SILVA, 2011, p. 178, 210, 182) (grifado no original).

Os objetivos a serem perseguidos pela atuação dos poderes públicos estatais que possam intervir nas relações sociais e econômicas, portanto, devem ter o fim precípua de concretizar mecanismos de acesso, de proteção e de promoção aos direitos humanos fundamentais, uma vez que

[...] a programática de uma constituição dirigente, democraticamente fixada e compromissoriamente aceite, aspira tornar-se a dimensão visível de um projeto de justo comum e de direção justa. A especificação da tarefa normativo-constitucional possibilita melhor o conhecimento da dignidade material da constituição do que um não dito, qualquer que seja o motivo indicado para a ocultação deliberada de princípios ou direti-vas. (CANOTILHO, 1994, p. 22-23).

Assim como as declarações de direitos do homem do século XVIII postularam a realização de valores jurídicos da segurança, da ordem e da certeza, que se firmaram no

Constitucionalismo do século XIX e início do século XX, as declarações constitucionais dos direitos econômicos e sociais, reveladas nesses elementos ideológicos, pretendem a efetivação do valor-fim do Direito, que é a *justiça social*, aspiração do nosso tempo, em luta aberta contra as injustiças do individualismo capitalista. (SILVA, 2011, p. 458) (grifado no original).

E, diante do contexto brasileiro, “de todas as constituições que tivemos, a de 1988 é, certamente, a mais programática. Não há quase texto prescritivo, mandamento constitucional que não se veja acompanhado de normas programáticas, de ordens ao legislador ordinário para uma efetiva regulação concretizadora. Num certo sentido pode-se dizer que a Constituição de 1988, até mesmo como texto, ainda está por se fazer. Por isso mesmo pensamos que a questão de sua legitimidade, mais do que nunca, está centrada na expectativa de uma concreção. Não que ela venha a se legitimar apenas se for concretizada, mas que este deve ser o sentido de orientação da sua legitimidade. Isto é, ela legitimar-se-á na medida de uma vigilância e fiscalização que desbordam os controles retrospectivos da constitucionalidade e se lançam para uma exigência de realização futura, para a denúncia da omissão, para a iniciativa legislativa direta, para a participação construtora da cidadania. Estas são suas peças-chaves, este, certamente, o seu sentido de orientação. Democracia social com sentido de concreção, eis a síntese de legitimidade de uma Constituição que pode até ter sido formulada por quem nela não acreditasse, mas que malgrado tudo, encerra uma promessa e uma esperança: a promessa de uma sociedade socialmente justa, a esperança de sua realização. (FERRAZ JR., 1989, p. 58).

Este novo modelo de Democracia da Constituição Federal de 1988 se formou com as reflexões sobre a responsabilidade do Estado na concretização dos direitos humanos fundamentais para a preservação da vida digna do cidadão diante do contexto das modificações sociais, econômicas e políticas que vinham ocorrendo em todo o mundo sob o impacto dos efeitos da Segunda Guerra Mundial. Assim, as mudanças no modelo de estrutura do Estado e o processo de globalização e de integração regional proporcionou a abertura do direito constitucional ao direito internacional e a formação dos direitos supranacionais, com a consecução da reformulação dos sistemas

políticos e jurídicos para a afirmação de um novo constitucionalismo democrático e humanista<sup>6</sup>, em que

[...] podemos, na verdade, ir mais além do plano puramente internacional, ao articular a formação do novo Direito dos Direitos Humanos, a abranger as normas de proteção de origem tanto internacional quanto nacional. Este novo direito impõe-se, a meu modo de ver, de modo irreversível, pela conjunção de dois significativos fatores: por um lado, a atribuição expressa de funções, pelos próprios tratados de direitos humanos, aos órgãos públicos do Estado; e, por outro, a referência expressa, por parte de um número crescente de Constituições contemporâneas, aos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos, incorporando-os ao elenco dos direitos garantidos no plano do direito interno. Desse modo, o direito internacional e o direito público interno revelam uma alentadora identidade de propósito de proteção do ser humano, e contribuem à

- 
6. As diretrizes éticas e políticas do Constitucionalismo Democrático e Humanista no período do Pós-Segunda Guerra Mundial são: "Humanismo, em lugar do individualismo, dignidade da pessoa humana, em lugar do patrimonialismo, a Constituição como norma jurídica superior, igual para todos e instrumento de afirmação e garantia dos direitos fundamentais. [...] As novas Constituições passaram a enfatizar, na primeira parte, os princípios fundamentais e os objetivos humanistas do Estado, o que passou a constar, geralmente, num preâmbulo e nos capítulos iniciais do texto constitucional, tratando-se do governo e suas particularidades em capítulos subsequentes, o que já é revelador de uma nova mentalidade. Além dessa, houve outra inovação, de extraordinária importância, que foi o restabelecimento da igualdade como direito fundamental da pessoa humana. [...] Além dessas inovações, as Constituições passaram a conter inúmeros dispositivos dedicados à definição de meios e garantias dos direitos fundamentais, ampliando-se consideravelmente o papel do Estado, como principal responsável pela garantia dos direitos. [...] Além de reafirmar o papel do Estado como garantidor do respeito aos direitos, o novo constitucionalismo estabeleceu como obrigação jurídica dos Estados, não somente ética e política, promover os direitos, no sentido de atuar visando a criação de condições reais para que todos possam gozar dos direitos fundamentais, que assim têm efetividade para todos, deixando de ser privilégio de um setor minoritário da sociedade, dotado do poder de gozar dos direitos. Juntamente com essas ampliações da abrangência e da garantia de efetividade, o constitucionalismo humanista deu eficácia imediata às disposições constitucionais de declaração e garantia dos direitos fundamentais. Muito mais do que normas declaratórias ou programáticas, essas normas constitucionais passaram a ser aplicadas como normas jurídicas, dotadas de plena eficácia e, portanto, de obediência obrigatória para todos, inclusive para os Estados, os governantes e todos os integrantes do aparato político e administrativo, sem qualquer exceção." (DALLARI, 2010a, p. 141, 143, 144, 147) (grifos nossos).

cristalização do novo Direito dos Direitos Humanos (TRINDADE, 2008, XXXIII),

e, por conseguinte,

[...] a Constituição deve consagrar, com o mesmo valor e em normas dotadas de mesma eficácia jurídica, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Como complemento necessário da afirmação dos direitos, a Constituição deve estabelecer obrigações para os poderes públicos, que devem não só respeitar integralmente os direitos de todos, mas atuar efetivamente, destinando recursos, desenvolvendo programas e adotando todas as medidas necessárias, para dar efetividade aos direitos constantes da Constituição (DALLARI, 2010a, p. 352),

e, assim,

[...] é imperativo, que se pretenda preservar a força normativa da Constituição, capaz de garantir esse núcleo essencial do *Welfare State*, consubstanciado nos objetivos fundamentais do Estado, estabelecidos no artigo 3º da Constituição Brasileira, que ainda não foram – insista-se – implementados (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 135) (grifado no original).

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o Estado Democrático de Direito que tem em seus fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana na República Federativa do Brasil (CF/88, art. 1º) e, desta maneira, o Ordenamento Jurídico Brasileiro se alicerça na Constituição como sistema aberto que determina o direcionamento da atuação dos poderes públicos nas relações socioeconômicas para o fim precípuo de concretizar os direitos humanos reconhecidos nos tratados internacionais (CF/88, art. 5º, § 1º, § 2º). Deste modo, a constitucionalização dos direitos humanos, em especial, dos direitos humanos sociais, permitiu a existência da força jurídica necessária para impor a efetivação de seus valores, e se constitui numa das características da Democracia no Estado Democrático de Direito, por exercer função limitativa e de legitimação do poder estatal vinculando a ação dos poderes estatais para a emanação de atos legislativos, administrativos e judiciais em prol da concretização destas diretrizes constitucionais, uma vez que as finalidades mais importantes da Constituição consistem na proteção e promoção da dignidade humana. Por esse motivo, não é uma verdadeira Constituição uma lei que tenha o nome de Constituição, mas que apenas

imponha regras de comportamento, estabelecendo uma ordem arbitrária que não protege igualmente a dignidade de todos os indivíduos e que não favorece a promoção. [...] A dignidade de cada ser humano é um valor supremo, que não pode ser prejudicado sob pretexto de dar segurança, estabilidade ou maior riqueza ao conjunto da sociedade. Na realidade, todos os indivíduos têm igual direito de gozar da proteção de sua dignidade. Assim sendo, qualquer benefício que for concedido a alguns ou a muitos prejudicando a dignidade de outros é injusto. [...] A experiência constitucional da humanidade tem demonstrado com muita frequência que a dignidade de muitos seres humanos pode ser ofendida ou completamente negada mesmo quando todas as leis são cumpridas. Isso porque a ideia de proteção sempre foi ligada à conservação de situações estabelecidas. Muitos ainda consideram que proteger um indivíduo é proteger seus direitos, que se acham contidos nas leis. Ora, não é preciso qualquer esforço para se perceber que as leis e as suas interpretações, quase sem exceção, refletem os interesses dos que gozam de melhor condição econômica ou social, pois estes controlam os mecanismos de definição dos direitos. Desse modo, a preocupação com a proteção serve de base para a redução da mobilidade social. [...] O reconhecimento de que essa maneira de conceber a proteção dos direitos dos indivíduos era fonte de injustiças, pois vinha dando a proteção a alguns à custa de prejuízo de muitos, fez surgir a preocupação com a *promoção* dos direitos fundamentais de todos os seres humanos. [...] É indispensável que a Constituição estabeleça regras e mecanismos que assegurem, para todos, o progresso social e impeçam a criação ou a manutenção de classes ou grupos sociais irremediavelmente inferiorizados. Em resumo, é preciso conciliar, na Constituição, os objetivos de proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos o que é perfeitamente possível desde que a preocupação com a justiça oriente a fixação das regras. (DALLARI, 2010b, p. 29, 30, 32) (grifado no original).

A Democracia estabelecida pela Constituição Federal de 1988 na República Federativa do Brasil (CF/88, art. 1º) reconhece a dignidade da pessoa humana como o valor de mais alta hierarquia (CF/88, art. 1º, III) no conjunto das normas constitucionais que visam estabelecer os parâmetros éticos, políticos e jurídicos para a atuação estatal, porque, durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1988,

foi intensiva a ampla participação popular<sup>7</sup> que contribuiu para a definição deste perfil constitucional humanista e, portanto, se constata que o contínuo exercício político da cidadania, ou seja, o exercício do direito humano fundamental de participação política do cidadão é imprescindível para garantir o cumprimento do “dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais” (CANOTILHO, 2003, p. 481).

Desta maneira, a participação do cidadão nos processos deliberativos de ações dos poderes públicos tem por objetivo garantir que a atuação governamental esteja, continuamente, em consonância com os fundamentos da República Federativa do Brasil que são “a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político” (CF/88, art. 1º, I, II, III, IV, V), visando a consecução dos objetivos de “construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação” (CF/88, art. 3º, I, II, III, IV).

A Constituição Federal de 1988 promoveu a consolidação do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil com

---

7. O jurista José Afonso da Silva esclarece o contexto histórico da Constituinte de 1988: “a metodologia adotada [para o procedimento constituinte a ser observado pela Assembleia Nacional Constituinte, ou seja, pelo Congresso Constituinte que fora eleito, através de eleições livres e democráticas, para elaborar a nova constituição] incluiu duas técnicas importantes: audiências públicas e participação popular no processo de elaboração constitucional. Foram apresentadas cento e vinte e duas emendas populares num total de doze milhões de assinaturas. A proposta sobre os direitos da criança foi apoiada por um milhão e duzentos mil eleitores. Outra sobre a educação obteve o apoio de setecentos e cinquenta mil e setenta e sete eleitores. Outra pleiteando a introdução na constituição de institutos de participação popular conseguiu o apoio de trezentas e trinta e seis mil e quarenta e sete assinaturas. Esses exemplos mostram o quanto o processo foi bem recebido pelo povo, que procurou estar presente e discutir seus interesses e direitos, o que certamente influiu nos Constituintes na construção de uma democracia de conteúdo social” (SILVA, 2002, p.109-110),

base no princípio da soberania popular (CF/88, art. 1<sup>º</sup>) e, por conseguinte, ampliou o conceito da cidadania ao reconhecer os indivíduos como cidadãos agentes de controle do exercício do poder público<sup>9</sup> com legitimidade para reivindicação dos direitos humanos, assim,

Pela Constituição, os cidadãos são poderosos e vigilantes agentes da fiscalização, através do mandado de segurança coletivo; do direito de receber informações dos órgãos públicos, da prerrogativa de petição aos poderes públicos, em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder, da obtenção de certidões para defesa de direitos; da ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão, para anular ato lesivo ao patrimônio público, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, isento de custas judiciais; da fiscalização das contas dos municípios por parte do contribuinte; podem peticionar, reclamar, representar ou apresentar queixas junto às comissões das Casas do Congresso Nacional; qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato são partes legítimas e poderão denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União, do estado ou do município. A gratuidade facilita a efetividade dessa fiscalização. (GUIMARÃES, 1988, p. 323).

A Constituição Federal de 1988 (art.1<sup>º</sup>, único) estabeleceu a democracia do Estado Brasileiro firmada no sistema da democracia representativa, pois determina o exercício do poder por meio de representantes eleitos, e com os institutos da democracia semidireta, pois indica parâmetros para o exercício direto do poder pelo povo, através dos institutos que promovem a participação política do cidadão.

Desta forma, a democracia indireta no Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, ou seja, o sistema da

- 
8. CF/88, Art. 1<sup>º</sup> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
  9. CF/88, Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: § 2<sup>º</sup> Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

democracia representativa se caracteriza pelo procedimento no qual as decisões políticas que atingirão a coletividade são tomadas por pessoas eleitas como representantes para atuar nas deliberações políticas, administrativas e governamentais. Este sistema de democracia indireta alicerça a base legitimadora do exercício representativo do poder político por meio de mandatos eletivos temporários que devem ter seu desempenho em consonância com os princípios constitucionais que determinam o pluralismo político, a separação dos poderes, a isonomia de todos perante a lei, a fraternidade social, a limitação das prerrogativas decorrentes do exercício das funções de governo, a proteção das liberdades públicas e individuais, e a garantia da representação das minorias políticas (BONAVIDES, 2005, p. 274).

Assim, para a concretização dos princípios da democracia e da soberania popular que expressa o conceito de que todo o poder emana do povo (CF/88, art.1º, único) com a efetivação da vontade popular através da participação do povo nos mecanismos do poder, surgiram às técnicas eleitorais e o sistema de partidos políticos que instrumentalizaram a expressão e a coordenação da vontade popular através do sistema da representação (SILVA, 2001, p. 135). Desta maneira, os partidos políticos funcionam como instrumentos para aglutinar ideias, interesses e pessoas visando organizar a atuação no sistema governamental, e intervir nas políticas governamentais para que estas atendam os objetivos do grupo social que representam.

Neste contexto, para que o sistema político de representação possa ser considerado democrático é necessário que se tenha e mantenha as condições para que o dissenso entre os grupos sociais que representam distintos interesses possa ser expresso num ambiente pluralista, em que haja o consenso sobre as regras para o debate ideológico e político sobre a condução dos negócios públicos (BOBBIO, 2004, p. 71-76). Assim, no sistema da democracia representativa, a participação do cidadão, estipulada pelas normas do sistema eleitoral, se consubstancia na escolha do representante que exercerá o mandato político-representativo-partidário e, durante o processo eleitoral é evidente



[...] a luta prévia relativa à composição dos órgãos incumbidos da função legislativa, pois que, no regime de representação popular e decisão por maioria, os titulares de interesses que conseguirem maior representação terão a possibilidade de domínio. Essa luta prévia se traduz no procurar evitar-se que os interesses dominados, ou que se quer dominar, venham a participar da legislação (SILVA, 2001, p. 134-135).

Desta forma, no sistema da democracia representativa, o mandato político-representativo-partidário não é imperativo, são representados interesses gerais e não os interesses particulares de determinados grupos, não há obrigação jurídica para que o representante busque orientação ou anuência dos representados para a sua atuação política, nem há previsão legal que garanta aos representados o poder de restringir o exercício do mandato político-representativo-partidário enquanto durar o lapso temporal previsto na legislação (BOBBIO, 2004, p. 58-60). Assim, a participação popular fica limitada ao procedimento do voto, sem possibilidade de interação com as autoridades para a definição das políticas governamentais, portanto,

Há muito de ficção, como se vê, no mandato representativo. Pode-se dizer que não há representação, de tal sorte que a designação de mandatário não passa de simples técnica de formação dos órgãos governamentais. E só a isso se reduziria o princípio da participação popular, o princípio do governo pelo povo na democracia representativa. E, em verdade, não será um governo de expressão da vontade popular, desde que os atos de governo se realizam com base na vontade autônoma do representante. Nesses termos, a democracia representativa acaba fundando-se numa ideia de igualdade abstrata perante a lei, numa consideração de homogeneidade, e assenta-se no princípio individualista que considera a participação, no processo do poder, do eleitor individual no momento da votação, o qual “não dispõe de mais influência sobre a vida política de seu país do que a momentânea de que goza no dia da eleição, por certo relativizada por disciplina ou automatismo partidário e pela pressão dos meios de informação e da desinformação da propaganda; que, uma vez produzida a eleição, os investidos pela representação ficam desligados de seus eleitores, pois não os representam a eles em particular, mas a todo o povo, à nação inteira. A representação é montada sobre o mito da “identidade entre povo e representante popular” que tende “a fundar a

crença de que, quando este decide é como se decidisse aquele, que o segundo resolve pelo primeiro, que sua decisão é a decisão do povo; ... que, em tal suposição, o povo se autogoverna, sem que haja desdobramento, atividade, relação intersubjetiva entre dois entes distintos; o povo, destinatário das decisões, e o *representante, autor, autoridade*, que decide para o povo” (SILVA, 2001, 143-144).

Este contexto do desenvolvimento do regime político democrático tornou evidente que o mandato representativo não conseguiu alcançar a identidade entre o povo e o seu representante e, por conseguinte,

A evolução do processo político vem incorporando outros elementos na democracia representativa que promovem uma relação mais estreita entre os mandatários e o povo, especialmente os instrumentos de coordenação e expressão da vontade popular: partidos políticos, sindicatos, associações políticas, comunidades de base, imprensa livre, de tal sorte que a opinião pública – *expressão da cidadania* – acaba exercendo um papel muito importante no sentido de que os eleitos prestem mais atenção às reivindicações do povo, mormente às suas bases eleitorais. O sistema de partidos políticos, especialmente, tende a dar feição imperativa ao mandato político, na medida em que os representados partidários estejam comprometidos com o cumprimento de programa e diretrizes de sua agremiação. [...] Mas será ainda participação representativa, que assenta no princípio eleitoral. Ora, qualquer forma de participação que dependa de eleição não realiza a democracia participativa no sentido atual dessa expressão. A eleição consubstancia o princípio representativo, segundo o qual o eleito pratica atos em nome do povo. O *princípio participativo* caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo. (SILVA, 2001, 144, 145).

Desta maneira, no regime político democrático, a partir do final do século XX, com as reiteradas manifestações coletivas sobre as decisões políticas para a efetivação das políticas públicas, se instaurou a prática da participação direta do povo nas decisões do governo que se tornou conhecida como democracia participativa e, à vista disso, o ordenamento político-jurídico reconheceu o direito da participação direta de forma a efetivar a soberania popular em matérias

relevantes para a vida pública, que para serem normatizadas passaram a depender da participação do povo (BONAVIDES, 2005, p. 275; DALLARI, 2005, p. 155).

Assim, desenvolveram-se os instrumentos da democracia semi-direta que surgiram como os meios disponíveis a efetivar a participação popular direta, a qual tem a finalidade de garantir a legitimidade do exercício das funções do governo eleito através do sistema representativo, em que haja concomitante a realização dos direitos políticos, mecanismos para que, através da participação do cidadão nas decisões governamentais, se possibilite a concretização dos direitos humanos fundamentais sociais e econômicos, visando a plenitude do exercício dos direitos individuais, num sistema político-jurídico que propicie a efetivação da justiça social, uma vez que,

[...] preferimos dizer que a *democracia é o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem*. Como, no entanto, os direitos econômicos e sociais são conhecidos, hoje, como indispensáveis à concretização dos direitos individuais, chega-se à conclusão de que garanti-los é missão de um regime democrático eficiente. Assim, a democracia – governo do povo, pelo povo e para o povo – aponta para a realização dos direitos políticos, que apontam para a realização dos direitos econômicos e sociais, que garantem a realização dos direitos individuais, de que a liberdade é a expressão mais importante. Os direitos econômicos e sociais são de natureza igualitária, sem os quais os outros não se efetivam realmente. É nesse sentido que também se pode dizer que os direitos humanos fundamentais são valores da democracia. Vale dizer: ela deve existir para realiza-los, com o que estará concretizando a justiça social. A insuficiência da democracia em realizar esses valores até o momento, no plano concreto, não retira sua validade, pois, como dissemos, ela é um conceito histórico, tanto quanto os valores que busca garantir, o que ela nem sempre consegue pacificamente. Ao contrário, por ser governo do povo, pelo povo e para o povo, só se firma na luta incessante, no embate constante, não raro na via revolucionária, inclusive quanto ao próprio conceito de povo que é essencial à ideia de democracia. (SILVA, 2001, p. 136, grifado no original).

A Constituição Federal de 1988 adotou a Iniciativa Popular, o Referendo Popular, o Plebiscito e a Ação Popular, dentre os institutos

de democracia semidireta que permitem a realização do princípio participativo, para garantir a participação direta e pessoal do cidadão durante o processo de formação e execução dos atos governamentais. A Iniciativa é o instrumento que permite que os cidadãos se organizem, em número determinado pela legislação, para propor projeto de lei. O Referendo Popular consiste na consulta à opinião pública quando há interesse público relevante que será atingido pela aprovação de projeto de lei e, deste modo, ratifica (confirma) ou rejeita o projeto aprovado; o Plebiscito, semelhante ao Referendo, é também uma consulta popular à opinião pública para a elaboração de atos legislativos, entretanto, difere pelo fato de visa decidir previamente sobre uma questão política ou institucional, antes de sua formulação legislativa e, desta maneira, autoriza a formulação da medida requerida. (SILVA, 2001, p. 145-146).

Desta maneira, a Constituição Federal de 1988, ao definir o Estado Democrático de Direito na República Federativa do Brasil, estabeleceu institutos para a participação política do cidadão no âmbito dos Poderes Estatais<sup>10</sup>. Assim, considerando o Poder Legislativo, no qual a função legislativa, ao produzir os atos legislativos constitucionais e infraconstitucionais, define a forma de atuação, as atribuições, a destinação e o controle da concentração do poder pelo Estado, os cidadãos, por meio do modo informal pelos canais de publicidade, pela informação dos passos dos processos legislativos (da iniciativa à promulgação das leis), poderão contribuir para o exercício da influência popular nas ações estatais através das diversas formas de manifestação do pensamento (CF/88, art. 5º, IV, IX) e, por meio do modo formal, através do voto para a representação política (CF/88, art. 14, *caput*) e pelos institutos da democracia semidireta, a Iniciativa Popular, o Plebiscito e o Referendo Popular (CF/88, art. 14, I, II, III), poderão exercer o direito de cidadania ativa para realizar o princípio participativo na formação dos atos legislativos, uma vez que,

---

10. CF/88, Art. 2º “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

À luz do princípio da máxima efetividade, devem os órgãos estatais encarregados de editar normatividade recorrer ao plebiscito e ao referendo, tudo de sorte a alargar o consenso em torno da espécie normativa. [...] Dos instrumentos de democracia semidireta, é, no entanto, a iniciativa legislativa popular aquele mais apto à preservação da vontade do povo, mais ainda se constatado ser a única modalidade dependente apenas do desígnio do cidadão. [...] A outra forma de concretização do ideal pluralista é a conferência de ampla legitimidade para a iniciativa popular, compreendendo não apenas o início do processo de elaboração da lei ordinária, mas também da norma constitucional. Se é a própria Constituição o repositório da democracia participativa e do pluralismo político, nada mais lógico, conveniente mesmo, do que a possibilidade de se ampliar o máximo a iniciativa popular, aumentando consideravelmente a consensualidade em torno da alteração constitucional, legitimando cada vez mais a Constituição e, pela via reflexa, elevando o nível de realizabilidade do projeto estatal, porque ali onde houver marcante participação do povo, haverá, com toda certeza, uma maior fiscalização e exigência quanto a obedecer-se a normatividade cuja gênese está atrelada aos desígnios das camadas populares. A importância do postulado da máxima efetividade reside precisamente na ideia da ampliação da legitimidade do cidadão, abrangendo também o início do processo legislativo das emendas constitucionais, malgrado a literalidade do § 2º do art. 61. (SILVA NETO, 1999, p. 68, 69, 71).

A Constituição Federal de 1988, para realizar o princípio democrático participativo na atuação do Poder Judiciário, através da provocação da jurisdição e do acesso, eventual ou não, aos seus órgãos para colaborar com o exercício da função jurisdicional, instituiu diversos mecanismos para permitir a efetiva participação cidadã<sup>11</sup> e ampliou o rol de interesses protegidos pela Ordem Jurídica e dos

---

11. CF/88: Júri (art. 5º, XXXVIII), Justiça de Paz (art. 90, II), Magistraturas Togadas (arts. 94, 98, I, 101, 104, II, 107, I, 111-A, I, 115, I, 119, II, 120, III, 123, I, II), representação do cidadão no CNJ e no CNMP (arts. 103-B, XIII, 130-A), Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, LXX), Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI), do Habeas Data (art. 5º, LXXII, a), Ação Popular (art. 5º, LXXIII), Ação Civil Pública (art. 129, §1º), Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (art. 14, § 10), Queixa-Crime com suspensão de funções do Presidente da República (art. 5º, LIX), Legitimidade Extraordinária de Comunidades e Organizações Indígenas (art. 232), Controle de Constitucionalidade (art. 5º, XXXV, 103, IX) (MOREIRA NETO, 1992, p. 143-158).

legitimados para invocar a tutela jurisdicional, e requerer, conforme o art. 5º, XXXV<sup>12</sup>, a proteção, cautelar ou corretiva, para os interesses individuais, coletivos, públicos e difusos na sociedade, com o fim de promover a contínua legitimidade da ação do Estado e assegurar o controle da legalidade dos atos estatais e da repercussão de seus efeitos ao atingir os interesses transindividuais (MOREIRA NETO, 1992, p. 76, 91, 143-145).

A Constituição Federal de 1988, como forma de efetivar a democracia participativa na esfera do Poder Executivo, instituiu, em diversos dispositivos constitucionais, os mecanismos de participação popular na gestão pública<sup>13</sup>. Com a utilização destes mecanismos

---

12. CF/88, art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

13. CF/88: 5º, XXXIII (a informação prestada pelos Órgãos públicos sobre interesse particular, coletivo ou geral acessível a qualquer cidadão); 10 (a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação); 29, XII (a cooperação das associações representativas no planejamento municipal); 31, § 3º (o exame, a apreciação e o questionamento das contas municipais por qualquer pessoa); 37, *caput* (a publicidade dos atos da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios); 37, § 3º (a participação do usuário na administração pública direta e indireta, através das reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, do acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública); 74, § 2º (a legitimidade de qualquer cidadão, associação ou sindicato para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União); 89, VI (a participação de seis cidadãos comuns na composição do Conselho da República); 98, III (a participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde); 173, § 1º, I (a participação da sociedade na fiscalização das empresas públicas, das sociedades de economia mista e suas subsidiárias); 187 (a participação dos produtores, dos trabalhadores rurais, dos setores de comercialização, armazenamento e transportes para a definição da política agrícola); 194, § único, VII (a democratização da administração da seguridade social, com a participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados nos órgãos colegiados); 198, III (a participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde); 202, § 4º, 6º (a participação do segurado nos colegiados e nas instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação, nas entidades fechadas de previdência privada sob o patrocínio da União, dos Estados, Distrito Federal ou Municípios, ou de suas autarquias, fundações, sociedade de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente); 204, II (a participação da população, por meio de organizações

se pretende que a decisão administrativa tenha como parâmetros os interesses dos administrados e que se produza a “legitimidade corrente da Administração Pública” (MOREIRA NETO, 1992, p. 76). A previsão constitucional para a participação do cidadão atinge tanto as funções de governo, caracterizada por suas atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, como a função administrativa, na intervenção, no fomento e no serviço público.

Desta forma, o sistema de participação política instituído pela Constituição Federal de 1988 consiste no mecanismo para o contínuo aperfeiçoamento da democracia, pois através dela se poderá concretizar a plenitude da soberania popular na gestão do Estado e possibilitará a instauração do Estado Democrático Participativo no qual se poderá unir a liberdade adquirida com o Estado Liberal e a igualdade perseguida no Estado Social, uma vez que

[...] com o Estado democrático-participativo o povo organizado e soberano é o próprio Estado, é a democracia no poder, é a legitimidade na lei, a cidadania no governo, a Constituição aberta no espaço das instituições concretizando os princípios superiores da ordem normativa e da obediência fundada no contrato social e no legítimo exercício da autoridade. (BONAVIDES, 2001, p. 20).

Diante deste contexto, considerando os resultados do uso dos institutos da democracia semidireta no decorrer do regime político democrático em diferentes Estados, se observa que, ao lado das vantagens de tornar a atuação do povo mais ativa, através da sua colaboração para a definição de soluções para os problemas relevantes da

---

representativas, na formulação das políticas e no controle, em todos os níveis, das ações governamentais na área da assistência social); 206, VI (a gestão democrática do ensino público); 216, § 1º (a colaboração da comunidade para a promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro); 225 (a colaboração da coletividade na defesa do meio ambiente); 227, § 1º (a participação de entidades não-governamentais para a promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente); 79, § único do ADCT (a participação de representantes da sociedade civil no Conselho Consultivo e de Acompanhamento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza); 82, do ADCT (a participação da sociedade civil nas entidades de gerenciamento dos Fundos de Combate à Pobreza instituídos nos Estados, Distrito Federal e Municípios).

sociedade, levando-o a intervir nas questões públicas e a fiscalizar os trabalhos legislativos dos partidos nos parlamentos, está o inconveniente de, ao se reduzir os poderes das câmaras legislativas, permitir aos governantes a transferência da responsabilidade de suas decisões políticas para o povo (BONAVIDES, 2005, p. 285, 286).

Assim, para que haja a plena concretização da democracia participativa deve se promover a justiça social, de forma a diminuir a atual desigualdade social e econômica, para permitir a interação e a atuação consciente do indivíduo que detém a legitimidade de cidadão para, permanentemente, exercer as prerrogativas da cidadania e interagir com o propósito de garantir que, durante o contínuo diálogo democrático dos poderes públicos estatais com os fatores reais de poder, através dos diversos instrumentos de participação, nas instâncias governamentais decisórias das políticas públicas a serem implementadas pelos atos dos poderes públicos, o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária (CF/88, art. 3º, I) seja lembrado, respeitado e efetivado com a garantia da realização de políticas públicas que viabilizem a concretização do acesso aos direitos humanos fundamentais que garantem as condições materiais de existência condizentes com a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III), de forma que cada indivíduo possa exercer, de forma plena, o direito de cidadania (CF/88, art. 1º, II) no atual Estado Democrático de Direito Brasileiro em que a cidadania e a dignidade da pessoa humana se constituem nos fundamentos da ação dos poderes públicos estatais.

#### **4. OS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A Democracia no Estado Democrático de Direito Brasileiro se vincula ao paradigma contemporâneo de democracia de três vértices – democracia procedimentalista, democracia substancialista ou material, democracia fraternal<sup>14</sup>, na qual os conceitos de humanismo

---

14. O jurista Carlos Ayres Britto expõe sobre o paradigma contemporâneo de democracia de três vértices: “I – democracia *procedimentalista*, também conhecida por Estado Formal de Direito ou Estado Democrático de Direito, traduzida no modo



e democracia se unem em prol da materialização dos ditames dos princípios politicamente conformadores<sup>15</sup> – os princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania (CF/88, artigo 1º, II, III) – que apregoam a supremacia da pessoa humana na escala de valores que devem reger a atividade dos poderes públicos nos processos de condução das decisões políticas estatais, para a consolidação de uma democracia fundada na ampla e constante participação popular na atividade política do Estado em função da busca de ações para a materialização dos ditames dos princípios politicamente impositivos<sup>16</sup>

---

popular-eleitoral de constituir o Poder Político (composto pelos parlamentares e pelos que se investem na chefia do Poder Executivo), assim como pela forma predominantemente representativa de produzir o Direito legislado; II – democracia *substancialista* ou material, a se operacionalizar: a) pela multiplicação dos núcleos decisórios de poder político, seja do lado de dentro do Estado (desconcentração orgânica), seja do lado de fora das instâncias estatais (descentralização personalista, como, por amostragem, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular); b) por mecanismos de *ações distributivas* no campo econômico-social; III – democracia *fraternal*, caracterizada pela positivação dos mecanismos de defesa e preservação do meio ambiente, mais a consagração de um pluralismo conciliado com o não-preconceito, especialmente servido por políticas públicas de *ações afirmativas* que operem como fórmula de compensação das desvantagens historicamente sofridas por certos grupamentos sociais, como os multirreferidos segmentos dos negros, dos índios, das mulheres e dos portadores de deficiência física (espécie de igualdade civil-moral, como ponto de arremate da igualdade política e econômico-social)” (BRITTO, 2010, p. 33-35) (grifado no original).

15. O jurista José Joaquim Gomes Canotilho ensina que princípios politicamente conformadores são “*os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte*. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da Constituição. Expressando as concepções políticas triunfantes ou dominantes numa assembleia constituinte, os princípios político-constitucionais são o *cerne político de uma constituição política*, não admirando que: (1) sejam reconhecidos como limites do poder de revisão; (2) se revelem os princípios mais diretamente visados no caso de alteração profunda do regime político.” (CANOTILHO, 2003, p. 1166) (grifado no original).
16. O jurista José Joaquim Gomes Canotilho ensina que “nos princípios constitucionais impositivos *subsumem-se todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas*. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. Estes princípios designam-se, muitas vezes, por preceitos definidores dos fins do Estado, princípios diretos fundamentais ou normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas. [...] Traçam, sobretudo para o legislador linhas diretas da sua atividade política e legislativa.” (CANOTILHO, 2003, p. 1166-1167) (grifado no original).

– os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF/88, artigo 3º) – que determinam a abrangente inclusão social e integração comunitária de cada indivíduo como cidadão.

#### 4.1. O princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, como fonte axiológica hermenêutica para a atuação dos poderes públicos, se consolidou com a inserção do paradigma neoconstitucional no Estado Constitucional Contemporâneo, o qual promoveu a compreensão de que a Constituição no âmbito do ordenamento jurídico estatal deve consistir no conjunto de valores de um povo, uma vez que

[...] el neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos. (CARBONELL, 2010, p. 154).

No contexto do Estado Brasileiro, o momento político da Constituinte de 1988 teve ampla participação popular, em que o indivíduo, conscientizando-se de ser cidadão, procurou estar presente para lutar por seus direitos e, por conseguinte, contribuiu para a formação axiológica do novo ordenamento jurídico em que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) – *Constituição Cidadã* – estabeleceu a República Federativa do Brasil como *Estado Democrático de Direito* fundado na dignidade da pessoa humana e na cidadania (CF/88, art. 1º, II, III) e, desta maneira, a pessoa humana se tornou o foco para a delimitação do escopo de valores em que as atividades dos poderes estatais e, também, dos sistemas sociais deverão ser alicerçadas e realizadas, dado que

[...] a substantividade da teoria da Constituição se apresenta como uma inovação em face das posturas positivistas passadas e presentes, pois toda Constituição funda-se em valores que se exprimem em princípios constitucionais, como a liberdade, a igualdade, a fraternidade e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, conferindo uma dimensão axiológica e teleológica ao constitucionalismo pós-moderno. [...] A principiologia de cada Lei Fundamental se converte, assim, ponto de convergência da validade (dimensão normativa), da efetividade (dimensão fática) e, sobretudo, da legitimidade (dimensão valorativa) de um dado sistema jurídico, abrindo espaço para a constitucionalização do direito justo. [...] Uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a ser alcançadas pelo Estado e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensada apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a ser preservadas diante dos agentes públicos ou particulares, mas também vislumbrada numa perspectiva objetiva, como norma que encerra valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais e mesmo de agentes privados. (SOARES, 2010, p. 123, 127, 149).

A proclamação da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional, portanto, sintetiza os anseios e as expectativas do povo brasileiro que se manifestou em prol da consecução de mecanismos jurídicos para a proteção e promoção dos direitos humanos fundamentais na Constituição Federal de 1988, uma vez que

[...] entre os diversos princípios ético-jurídicos que adquiriram *status* constitucional nas últimas décadas, merece destaque a dignidade da pessoa humana, porquanto, na esteira do pós-positivismo jurídico, evidencia-se, cada vez de modo mais patente, que o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um direito justo não é outro senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana. [...] Sendo assim, o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana importa o reconhecimento e tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo,

relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência quanto com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante. (SOARES, 2010, p. 128) (grifado no original).

Desta maneira, se evidencia o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana e a existência do dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos<sup>17</sup>. Assim, o valor intrínseco da pessoa humana consolidado como fundamento da República Federativa do Brasil (CF/88, art. 1º, III) se constitui como marco axiológico fundamental para a constituição das relações jurídicas interpessoais e, também, das relações jurídicas estatais que determinam o alcance das ações do Estado e estabelecem as políticas públicas que interagem e definem o âmbito de possibilidades de desenvolvimento da pessoa humana e, por conseguinte,

[...] a partir desse valor-fonte, torna-se possível alcançar o fundamento peculiar do Direito, remetendo ao valor-fim próprio do Direito que é a Justiça, entendida não como virtude, mas em sentido objetivo como justo, como uma ordem que a virtude justa visa a realizar. Nesse sentido, o Direito se desenvolve porque os homens são desiguais e aspiram à igualdade, inclinando-se para a felicidade e querendo ser cada vez mais eles mesmos, ao mesmo tempo em que aspiram a certa tábua igual de valores. [...] Vivendo em sociedade e procurando o seu bem, o homem acaba compreendendo a necessidade racional de respeitar em todo homem uma pessoa, condição essencial para que também se possa afirmar como pessoa. Sendo assim, a ideia de Justiça liga-se, de maneira imediata e necessária, à ideia de pessoa humana, pelo que o Direito, da mesma forma

---

17. O jurista Ingo Wolfgang Sarlet expõe que “Pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo. O próprio Kant – ao menos assim nos parece – sempre afirmou (ou, pelo menos, sugeriu) o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos.” (SARLET, 2010, p. 61).

que a Moral, figura como uma ordem social de relações entre pessoas (SOARES, 2010, p. 130-131).

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu diretrizes para atuação dos poderes públicos, em especial, a diretriz axiológica da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito em conjunto com a expressa garantia constitucional dos direitos humanos (CF/88, art. 5º, §1º, §2º, §3º) que impõe a todos, especialmente aos poderes públicos, o dever de cooperar<sup>18</sup> com o fim de alcançar a efetividade dos direitos humanos fundamentais para que cada indivíduo possa alcançar a plena cidadania integral na República Federativa do Brasil.

## 4.2. O princípio da cidadania

Na Democracia do *Estado Democrático de Direito* da República Federativa do Brasil, a consolidação do valor intrínseco da pessoa humana como fundamento estatal garantiu o reconhecimento de que o indivíduo detém direitos, vinculados a sua condição de existir como ser humano, a serem respeitados e implementados por meio dos poderes estatais, bem como, que a pessoa humana tem o direito subjetivo de amplo acesso aos direitos humanos que garantem a sua inserção como sujeito ativo nos destinos da vida da sociedade, pois

---

18. O jurista Ingo Wolfgang Sarlet ensina que “Como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da ideia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar. Com base nessa premissa, a doutrina alienígena chegou à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, neste contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos. Por tais razões, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais.” (SARLET, 2010a, p. 145-146).

[...] consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. [...] Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana *a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.* (SARLET, 2010, p. 75, 70) (grifado no original).

Assim, a inclusão expressa e exemplificativa dos direitos humanos na Constituição Federal de 1988 (CF/88, art. 5º, §1º, §2º, §3º) estabelece como função dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) do Estado Democrático de Direito Brasileiro a execução de ações para promoção da máxima efetividade dos direitos humanos fundamentais, os quais em consonância com as diretivas constitucionais (o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da cidadania, o princípio da justiça social) se tornam mandamentos de referência imediata, obrigatória e vinculante para que a atuação estatal seja efetivada para a concretização de condições de vida compatíveis com a dignidade da pessoa humana, uma vez que

[...] a reinserção do Brasil na sistemática da proteção internacional dos direitos humanos vem a redimensionar o próprio alcance do termo “cidadania”. Isto porque, além dos direitos constitucionalmente previstos no âmbito nacional, os indivíduos passam a ser titulares de direitos internacionais. Vale dizer, os indivíduos passam a ter direitos acionáveis e defensáveis

no âmbito internacional. Assim, o universo de direitos fundamentais se expande e se completa, a partir da conjugação dos sistemas nacional e internacional de proteção dos direitos humanos. [...] Em face dessa interação, o Brasil assume, perante a comunidade internacional, a obrigação de manter e desenvolver o Estado Democrático de Direito e de proteger, mesmo em situações de emergência, um núcleo de direitos básicos e inderrogáveis. Aceita ainda que essas obrigações sejam fiscalizadas e controladas pela comunidade internacional, mediante uma sistemática de monitoramento efetuada por órgãos de supervisão internacional. [...] Seja em face da sistemática de monitoramento internacional que proporciona, seja em face do extenso universo de direitos que assegura, o Direito Internacional dos Direitos Humanos vem a instaurar o processo de redefinição do próprio conceito de cidadania no âmbito brasileiro. O conceito de cidadania se vê, assim, alargado e ampliado, na medida em que passa a incluir não apenas direitos previstos no plano nacional, mas também direitos internacionalmente enunciados. A sistemática internacional de *accountability* vem ainda a integrar esse conceito renovado de cidadania tendo em vista que às garantias nacionais são adicionadas garantias de natureza internacional. Consequentemente, o desconhecimento dos direitos e garantias internacionais importa no desconhecimento de parte substancial dos direitos da cidadania, por significar a privação do exercício de direitos acionáveis e defensáveis na arena internacional. Hoje se pode afirmar que a realização plena e não apenas parcial dos direitos da cidadania envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados. (PIOVESAN, 2014, p. 378-379, 451) (grifado no original).

Nesta perspectiva do processo de redimensionamento do conceito de cidadania no âmbito brasileiro, o sistema do direito como subsistema do sistema da sociedade<sup>19</sup> – em especial, as diretrizes do direito constitucional – a cidadania e o pluralismo político como fundamentos do Estado Brasileiro (CF/88, art. 1º, II, V) garante a

---

19. O filósofo Niklas Luhmann aduz que “O sistema do direito é, para insistir nesse aspecto crucial, um subsistema do sistema da sociedade. Sendo assim, a sociedade não é simplesmente o ambiente do sistema legal. Em parte, ela é mais, à medida que inclui operações do sistema jurídico, e em parte, menos, à medida que o sistema do direito tem a ver também com o ambiente do sistema da sociedade,

participação política dos cidadãos<sup>20</sup>, através do agir comunicativo<sup>21</sup>, no decorrer das ações do poder estatal para a deliberação democrática da execução das funções de governo – atribuições de decisão legislativa e administrativa – com o fim de permitir o controle de legalidade e de constitucionalidade – a verificação da submissão do poder estatal às leis e às diretrizes constitucionais, e o controle de legitimidade – a submissão do poder estatal à percepção das necessidades e dos interesses das pessoas inseridas nos diversos agrupamentos sociais existentes no âmbito dos sistemas sociais do Estado Brasileiro. Assim, a participação política dos cidadãos na definição das ações do poder estatal é condição para que a República Federativa do Brasil subsista como Estado Democrático de Direito, pois enquanto

o Estado de Direito induz o controle de legalidade, a submissão do poder estatal à lei que ele próprio edita, e o Estado de Direito Democrático, também o controle de legitimidade, a submissão do poder estatal à percepção das necessidades e dos interesses do grupo nacional que lhe dá existência (MOREIRA NETO, 1992, p. 65),

---

sobretudo com as realidades mentais e corpóreas do ser humano, e também com outras condições, que podem ser físicas, químicas e biológicas, dependendo dos extratos que o sistema do direito declarar juridicamente relevantes.” (LUHMANN, 2016, p. 74).

20. A participação do cidadão nas ações do poder estatal no Estado Brasileiro, por exemplo, está prevista no teor dos seguintes artigos da CF/88: 5º, XXXIII; 10; 29, XII; 31, §3º; 37, §3º; 74, §2º; 98, III; 173, §1º, I; 187; 194, § único, VII; 198, III; 202, §§4º,6º; 204, II; 206, VI; 216, §1º; 225; 227, §1º; 79, § único do ADCT; 82, do ADCT.
21. O filósofo Jürgen Habermas expõe que “A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adscrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* linguístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no *telos* linguístico do entendimento, formando um *ensemble* de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras. [...] Nessa perspectiva, as formas de comunicação da formação política da vontade no Estado de direito, da legislação e da jurisprudência, aparecem como partes de um processo mais amplo de racionalização dos mundos da vida de sociedades modernas pressionadas pelos imperativos sistêmicos. Tal reconstrução coloca-nos nas mãos uma medida crítica que permite julgar as práticas de uma realidade constitucional intransparente.” (HABERMAS, 2010, p. 20, 22).



o Estado Democrático de Direito não se caracteriza, somente, pela fusão dos conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito, mas, para permitir a consecução de meios que garantam a efetividade do valor supremo da dignidade da pessoa humana,

[...] os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo, [...], em que o “democrático” qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo (SILVA, 2001, p. 123).

A democracia do Estado Brasileiro, conforme estabelece o art. 1º, § único, da CF/88, é constituída pelo sistema da democracia representativa, pois estabelece o exercício do poder por meio de representantes eleitos, e pelos institutos da democracia semidireta, pois indica parâmetros para o exercício direto do poder pelo povo, através dos institutos que promovem a participação política do cidadão, assim,

Ao pensarmos no Brasil como um grupo de pessoas (brasileiras e estrangeiras) organizadas sob determinadas regras, que permitem a convivência de todas, verificamos ser ele também um grupo social, pertencente à espécie a que chamamos de Estado. Então, no Estado brasileiro há um poder, que sujeita todos os habitantes do país. Damos a esse poder a designação de *poder político*. [...] Chamaremos o detentor do poder político de *Estado-poder* e seu destinatário de *Estado-sociedade*. O Estado-poder é integrado por aqueles que definem as regras de convivência na sociedade e as aplicam, com o uso da força, se necessário: o presidente da república, os ministros, os deputados e senadores, os governadores, os deputados estaduais, os prefeitos, os vereadores, os juízes, os servidores públicos em geral. O Estado-sociedade é formado por todos os habitantes do país. [...] Voltando, agora, à ideia de poder político, é fácil constatar que o direito público compõe-se das normas jurídicas reguladoras do seu exercício. Definimos o poder político como aquele que, para obter os efeitos desejados (para obrigar os indivíduos a respeitarem suas determinações), tem o direito exclusivo de se servir da força e que não reconhece poder superior ao seu, interno ou externo. O direito público

disciplina as relações entre o Estado (que detém o poder político) e os indivíduos (que sofrem o poder político), organiza a distribuição do poder político dentro da pessoa jurídica Estado (entre os diversos agentes e órgãos) e regula as relações entre os vários Estados (isto é, entre os detentores de poder político). [...] Adotado este ponto de partida – o Estado de Direito define e respeita, *através de normas jurídicas*, seja os limites de sua atividade, seja a esfera da liberdade dos indivíduos –, podemos agregar ainda duas ideias, para chegarmos, finalmente, ao conceito que procuramos. [...] Em outras palavras, as funções de fazer as leis (legislar), aplicá-las (administrar) e resolver os conflitos (julgar) devem pertencer a autoridades distintas e independentes. A isso denominamos *separação dos Poderes*. [...] Em suma, deve haver uma norma superior à lei (e, em consequência, superior ao Estado que a produz) definindo a estrutura do Estado e garantindo direitos aos indivíduos. A essa norma chamamos *Constituição*. Assim, definimos Estado de Direito como o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado. (SUNDFELD, 2017 p. 20-21, 22, 26, 38-39) (grifado no original).

Desta maneira, os cidadãos, por meio da participação política por via representativa, definem o agente político que atuará de forma principal na democracia representativa através do sistema dos partidos políticos, mas, ainda, mantêm o direito humano fundamental de participação no poder político por meio dos institutos do sistema da democracia participativa que possibilitam o exercício direto da cidadania no processo político das decisões governamentais com a finalidade de propugnar pela efetividade dos direitos humanos fundamentais, já que

A ideia de dignidade da pessoa humana, traduzida no postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, eleva-se à condição de princípio jurídico, origem e fundamento de todos os direitos fundamentais. A *centralidade moral* da dignidade do homem, no plano dos valores, corresponde a *centralidade jurídica* dos direitos fundamentais, no plano do sistema

normativo. A democracia, a seu turno, consiste em um projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe cidadãos que sejam não apenas os destinatários, mas também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado. Em um certo sentido, a democracia representa a projeção política da *autonomia pública e privada* dos cidadãos, alicerçada em um conjunto básico de direitos fundamentais. A própria regra da maioria só é moralmente justificável em um contexto no qual os membros da comunidade são capacitados como *agentes morais emancipados* e tratados com igual respeito e consideração. Seu fundamento axiológico é o valor igualdade, transubstanciado juridicamente no princípio da isonomia, do qual se origina o próprio princípio da maioria como técnica de deliberação coletiva. Pode-se dizer, assim, que há entre direitos fundamentais e democracia uma relação de *interdependência* ou *reciprocidade*. Da conjugação desses dois elementos é que surge o Estado democrático de direito, estruturado como conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas *sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana*. (BINENBOJM, 2006, p. 50-51) (grifado no original).

E, assim, ao reconhecer na participação uma liberdade como direito humano fundamental (MOREIRA NETO, 1992, p. 53-64), decorrente do poder individual que não fora transferido ao poder estatal, a Constituição Federal de 1988 (CF/88, art. 1º, § único, 2º, 3º, 5º, §1º, §2º, §3º), concomitantemente, ao estabelecer a função dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) e os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito Brasileiro, determina as diretrizes para o funcionamento do Ordenamento Jurídico Brasileiro com a participação política do cidadão na ação política do Estado e estabelece as formas e os canais institucionais para seu exercício.

Desta maneira, as diretrizes da Constituição Federal de 1988 para a democracia do Estado Brasileiro admitem que, mesmo com o processo de concentração e de institucionalização do poder, perdura na sociedade a existência do poder remanescente dos indivíduos de participar das expressões do poder institucionalizado, como meio de garantir a preservação de sua autodeterminação condizente com a dignidade da pessoa humana.

### 4.3. O princípio do desenvolvimento nacional sustentável

A Constituição Federal de 1988 instituiu os parâmetros para a realização de uma Democracia de conteúdo social na República Federativa do Brasil, em que o Estado Democrático de Direito “outro significado não tem que Estado de Direito e de Justiça Social” (SILVA NETO, 2011, p. 247) que, portanto, consiste num conceito novo, com o fim de promover as transformações, com base nos valores da democracia social<sup>22</sup>, não somente sobre a estrutura político-administrativa dos órgãos estatais, mas também sobre a ordem política e social, uma vez que

[...] a Constituição de 1988 projeta um Estado desenvolvimento e forte, o quão necessário seja para que os fundamentos afirmados no seu art. 1º e os objetivos definidos no seu art. 3º venham a ser plenamente realizados, garantindo-se tenha por fim, a ordem econômica, assegurar a todos existência digna. Daí por que a preservação dos vínculos sociais e a promoção da coesão social pelo Estado assumem enorme relevância no Brasil, a ele incumbindo a responsabilidade pela provisão, à sociedade, como serviço público, de todas as parcelas da atividade econômica em sentido amplo que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (GRAU, 2008, p. 130) (grifado no original).

Desta maneira, o desenvolvimento nacional, preconizado pela Assembleia Nacional Constituinte de 1988 como um dos objetivos

---

22. O jurista Paulo Bonavides expõe que “O Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia. Noutro lugar já escrevemos que a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo. Os direitos fundamentais não mudaram, mas se enriqueceram de uma dimensão nova e adicional com a introdução dos direitos sociais básicos. A igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem a igualdade é valor vulnerável. Em última análise, o que aconteceu foi a passagem da liberdade jurídica para a liberdade real, do mesmo modo que da igualdade abstrata se intenta passar para a igualdade fática.” (BONAVIDES, 2011, p. 378).

fundamentais da República Federativa do Brasil (CF/88, art. 3º), se concretiza com a concomitância da existência das facetas de desenvolvimento implícitas neste objetivo fundamental de garantia do desenvolvimento nacional, quais sejam, o crescimento econômico com o avanço quantitativo dos resultados promissores da economia nacional (CF/88, art. 170), a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações (CF/88, art. 225) e o desenvolvimento humano que está vinculado ao conceito qualitativo consubstanciado na melhoria das condições materiais da existência humana, proporcionando o aumento da qualidade do padrão de vida na sociedade, pois

[...] a utilidade da riqueza está nas coisas que ela nos permite fazer – as liberdades substantivas que ela nos ajuda a obter. Mas essa relação não é exclusiva (porque existem outras influências significativas em nossa vida, além da riqueza) nem uniforme (pois o impacto da riqueza em nossa vida varia conforme outras influências). É tão importante reconhecer o papel crucial da riqueza na determinação de nossas condições e qualidade de vida quanto entender a natureza restrita e dependente dessa relação. Uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Interno Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda. Sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além dele. Os fins e os meios do desenvolvimento requerem análise e exame minuciosos para uma compreensão mais plena do processo de desenvolvimento; é sem dúvida inadequado adotar como nosso objetivo básico apenas a maximização da renda ou da riqueza, que é, como observou Aristóteles, “meramente útil e em proveito de alguma outra coisa”. Pela mesma razão, o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pon-do em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo (SEN, 2010, p. 28-29).

A República Federativa do Brasil, portanto, como Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana e na cidadania, tem em seus objetivos fundamentais (CF/88, art. 3º<sup>23</sup>) as diretrizes<sup>24</sup> para concretização de políticas públicas que promovam a realização da democracia substancial e, por conseguinte,

[...] tais princípios são os grandes vetores para a *igualdade material*, na medida em que orientam as ações governamentais para um modelo de desenvolvimento que assegure a todos o acesso aos bens da vida e à satisfação das necessidades básicas. [...] A *igualdade material*, por sua vez, vincula-se à ideia de efetividade dos direitos fundamentais. Ela é real, substancial. Impõe ao Estado o dever de assegurar e garantir a todos igual gozo dos direitos fundamentais, sem discriminação de sexo, raça, credo, condição financeira, nacionalidade etc. [...] A valorização da pessoa humana é vital para uma sociedade justa e igualitária, em que cada um possa desempenhar livremente seu papel na construção do Estado Democrático de Direito”. (SARMENTO, 2011, p. 34, 35, 37). (grifado no original).

O princípio da dignidade da pessoa humana por ser fonte dos direitos humanos fundamentais garante a todos os indivíduos o direito de oportunidades iguais para o exercício dos direitos fundamentais reconhecidos na CF/88, em especial, os direitos sociais e, portanto,

[...] a ação estatal para a garantia dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana envolve dois momentos. Primeiro, cabe ao Estado oferecer condições mínimas para que as

23. CF/88, art. 3º – “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”.

24. O jurista Dirley da Cunha Júnior expõe que “A Constituição de 1988 abre o seu texto, com o título I, dispondo dos *Princípios Fundamentais*. Por meio deles, o constituinte fixou a *estrutura* do Estado brasileiro, condensando as *escolhas políticas fundamentais* de conformação da vida estatal. [...] Apesar de expressarem decisões políticas fundamentais que estabelecem as bases políticas do Estado, esses princípios são verdadeiras *normas jurídicas* operantes e vinculantes, que todos os órgãos encarregados de criar e aplicar o Direito devem ter em conta e por referência, seja em atividades de interpretação, seja em atividades de positivação do direito infraconstitucional (leis e demais atos normativos)”. (CUNHA JÚNIOR, 2011 p. 519-520) (grifado no original).

pessoas possam se desenvolver e tenham chances reais de assegurar por si próprias níveis de sobrevivência razoavelmente compatíveis a dignidade humana. Esta é a ideia corrente de *igualdade de chances* ou *igualdade de oportunidades*. É nesse contexto que se posicionam os dispositivos relativos à educação e à saúde. Imagina-se que uma pessoa saudável e que tenha acesso à educação será capaz de construir as condições materiais necessárias para sua existência em uma sociedade capitalista, que consagra a livre iniciativa, independentemente do auxílio da autoridade pública. Ou seja: o *resultado* final da posição de cada um na sociedade depende de sua ação individual<sup>25</sup>. A verdade, todavia, é que, em muitas ocasiões, as pessoas simplesmente não tiveram acesso a essas prestações iniciais de saúde e educação ou, ainda que tenham tido, isso não foi suficiente para que elas chegassem a assegurar por si próprias condições materiais compatíveis com a dignidade humana. (BARCELLOS, 2011, p. 226-227). (grifado no original).

Neste contexto, a busca de ações públicas para a consecução dos objetivos fundamentais da República do Brasil (CF/88, art. 3º) somente se tornará eficaz com a interpretação teleológica de que o *desenvolvimento* a ser alcançado no objetivo fundamental de *garantir o desenvolvimento nacional* significa que o foco direto deve estar no ser humano, individual e coletivamente considerado<sup>26</sup>, ou seja, que

---

25. A jurista Ana Paula de Barcellos, no decorrer da exposição deste trecho, esclarece que: “A *igualdade de chances* se opõe logicamente à *igualdade de resultados*. A igualdade de resultados imagina caber ao Estado assegurar, ou *determinar*, a condição final dos indivíduos na vida, com relativa indiferença para com a ação pessoal de cada um, e pressupõe um Estado totalitário ou, no mínimo, paternalista. A igualdade de oportunidades, diferentemente, entende que não cabe ao Estado definir a vida e as escolhas do indivíduo, mas assegurar que todos partam de condições iniciais mínimas capazes de permitir que cada um alce seu voo independentemente da autoridade pública.” (BARCELLOS, 2011, p. 226) (grifado no original).

26. “Quando do estabelecimento da Segunda Década das Nações Unidas para o Desenvolvimento, a Resolução n. 2.626 (XXV) afirmou que o objetivo último do desenvolvimento é o incremento sustentável ao bem-estar do indivíduo e de toda a coletividade. Nota-se, assim, mais uma vez, a pessoa como centro das preocupações. O processo evolutivo da noção de *desenvolvimento* seguiu adiante e, culminou na formação de outro novo direito, o *direito ao desenvolvimento*, como foco direto no ser humano, individual e coletivamente considerado.” (ANJOS FILHO, 2013, p.94) (grifado no original).

[...] a ideia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. *O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário.* Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a ideia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento. (GRAU, 2008, p. 216-217) (grifos nossos).

A plena concretização dos Direitos Humanos Fundamentais, portanto, deve ser o objetivo precípuo das políticas públicas do *Estado Democrático de Direito Brasileiro*, pois os tratados de direitos humanos se consubstanciam em parâmetros para implementação de ações governamentais que propiciem as condições imprescindíveis para o exercício da cidadania plena – cidadania integral, através da realização de políticas públicas que promovam os direitos humanos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais para possibilitar a consecução de um padrão de *desenvolvimento sustentável com equidade*, uma vez que o acesso ao conjunto de tais direitos garante aos indivíduos às condições indispensáveis ao desenvolvimento de suas potencialidades como pessoa humana e, conseqüentemente, capacitam os indivíduos a se tornarem cidadãos aptos ao exercício de uma cidadania integral, emancipada e competente para colaborar com o prosseguimento do desenvolvimento de todos os setores da vida em sociedade, portanto,

*O direito ao desenvolvimento é fundamental*, porque é essencial à erradicação da pobreza, e, por isso, é solidário com o direito à alimentação e à vestimenta adequadas, e sem ele não se realiza adequadamente o bem-estar das pessoas. Mas o desenvolvimento, aqui, não se confunde com o mero crescimento econômico. O direito fundamental ao desenvolvimento só se realizará se o desenvolvimento econômico importar progresso social, crescimento do nível de vida da população em geral. E é aí que entra a tese do desenvolvimento com qualidade, o *desenvolvimento sustentável*, que consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e



do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras. Requer, como seu requisito indispensável, um crescimento econômico que envolva equitativa redistribuição dos resultados do processo produtivo e a erradicação da pobreza, de forma a reduzir as disparidades nos padrões de vida e melhor atendimento da maioria da população. Se o desenvolvimento não elimina a pobreza absoluta, não propicia um nível de vida que satisfaça às necessidades essenciais da população em geral, ele não pode ser qualificado de *sustentável*, e, por consequência, também não pode ser tido como direito fundamental. (SILVA, 2014, p. 549-550) (grifado no original).

Assim, partindo da premissa do princípio da dignidade da pessoa humana e do ideal humanista preconizado pela Assembleia Constituinte de 1988 ao estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito (CF/88, art. 3º) se compreende que o *direito ao desenvolvimento* se constitui também como direito-dever<sup>27</sup> de cada indivíduo de exercer a sua cidadania e colaborar para que ocorram mudanças no contexto de sua sociabilidade que propiciem o surgimento de uma conjuntura jurídica-política-econômica-social em que se vislumbre a consecução do desenvolvimento sustentável com equidade para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária.

---

27. Neste sentido, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, aprovada pela Resolução n.º 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 4 de dezembro de 1986, Artigo 1º: 1. *O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.* Artigo 2º: 1. *A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.* 2. *Todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, individual e coletivamente, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como seus deveres para com a comunidade, que sozinhos podem assegurar a realização livre e completa do ser humano, e deveriam por isso promover e proteger uma ordem pública, social e econômica apropriada para o desenvolvimento.* 3. *Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem o constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.* (grifos nossos).

## 5. AS FUNÇÕES ESTATAIS, O CONFLITO DE PODERES NO ESPAÇO REPUBLICANO E A FUNÇÃO DA DEMOCRACIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os direitos humanos fundamentais exercem uma função limitativa do poder e, também, vinculam os poderes estatais para a emanção de atos legislativos, administrativos e judiciais em prol da concretização das diretrizes constitucionais que impõem aos poderes públicos estatais (Função Legislativa, Função Executiva e Função Judiciária) o imprescindível e impostergável dever de atuar, de forma legítima e eficiente, no sentido de promover a máxima eficácia possível aos direitos humanos fundamentais para a concretização das condições de existência compatíveis com a dignidade da vida humana, uma vez que

O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e *maleável* dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais ou dos interesses públicos sobre interesses privados. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais (e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade), impõe à Administração Pública o dever jurídico de *ponderar* os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização. Assim, sempre que a própria Constituição ou a lei (desde que incidindo constitucionalmente) não houver esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização? De modo análogo às Cortes Constitucionais, a Administração Pública deve buscar utilizar-se da ponderação, guiada pelo princípio da proporcionalidade, para superar as regras estáticas de preferência, atuando circunstancial e estrategicamente com vistas à formulação de *standards* de decisão. Tais *standards* permitem a flexibilização das decisões administrativas de acordo com as peculiaridades do caso concreto,

mas evitam o mal reverso, que é a acentuada incerteza jurídica provocada por juízos de ponderação produzidos sempre caso a caso. (BINENBOJM, 2006, p. 31-32).

Neste contexto, a atuação política-democrática dos órgãos do Poder Judiciário, ao ser provocado para o exercício do controle de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes Públicos<sup>28</sup>

- 
28. Em relação ao contexto da atuação política-democrática dos órgãos do Poder Judiciário (Função Judiciária) no exercício do controle de constitucionalidade dos atos discricionários dos demais Poderes Públicos (Legislativo (Função Legislativa) e/ou Executivo ((Função Executiva)): "Durante muito tempo o controle judicial dos atos administrativos esteve limitado aos atos vinculados, por meio da análise do atendimento à exigência legal na conduta tomada pelo administrador público. Os atos discricionários praticados pelo administrador como frutos de juízos de oportunidade e conveniência, não poderiam ser objeto de apreciação judicial, sob pena de indevida interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo, em nítida ofensa ao princípio da separação dos poderes. Essa realidade, entretanto, vem se modificando de forma substancial em tempos mais recentes, tanto sob o aspecto doutrinário como jurisprudencial (STF, 1ª Turma, AI 593.676 AgRg/RS, rel. Min. Dias Toffoli, j. 28.02.2012, DJe 10.04.2012), já se podendo considerar pacificado que a intervenção jurisdicional para exigir do poder público a implementação de políticas públicas expressamente garantidas no texto constitucional não viola o princípio da separação dos poderes. Em primeiro lugar, é preciso observar que a discricionariedade administrativa pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário, ainda que em situações excepcionais, porque a discricionariedade não significa liberdade plena e irrestrita às escolhas do administrador público. O juízo de oportunidade e conveniência deve ser sempre realizado tomando-se por base a finalidade do ato administrativo e o melhor resultado possível da escolha realizada. Pode-se falar, nesse caso, de liberdade condicionada à finalidade do ato administrativo. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), 1ª Turma, REsp 1.114.012/SC, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.11.2009, DJe 01.12.2009; STJ, REsp 813.408/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 02.06.2009, DJe 15.06.2009), Há hipóteses de conduta amparadas em discricionariedade administrativa em que o grau de liberdade pode afunilar-se, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, acaba por se tornar concretamente um ato ao qual a atuação do administrador estará vinculada. Nesse caso, não se pode antever qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes nem de indevida ingerência do poder judiciário na discricionariedade administrativa. Ademais, existem situações em que não se deve reconhecer qualquer liberdade ao administrador público no exercício de suas funções, parecendo elementar que a implementação das políticas públicas que garantem o exercício de direitos fundamentais, que estejam expressamente previstos pela constituição federal, não dependem da vontade do administrador público. Como já teve a oportunidade de afirmar o Supremo Tribunal Federal (STF, 2ª Turma, ARE 639.337 AgRg/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.2011, DJe 15.09.2011; STF, 2ª Turma, RE 559.646 AgRg/PR, rel. Min. Ellen Gracie, j. 07.06.2011, DJe 22.06.2011; STF, 2ª

(Legislativo e/ou Executivo), deverá considerar o limite negativo de atuação (ou seja, a esfera dos direitos e garantias individuais que impõem ao Estado o não-fazer) e o limite positivo (ou seja, as diretrizes para as escolhas abertas que se vinculam à dimensão objetiva dos direitos e garantias fundamentais que impõem ao Estado um dever de agir) para, ao desempenhar a função estatal de distribuição da justiça em atendimento ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição (CF/88, art. 5º, XXXV), atuar em conformidade com os parâmetros constitucionais para a consecução da Justiça Social Distributiva (CF/88, art. 3º) e, assim, assegurar a validade substancial da decisão judicial de mérito que será prolatada sobre a constitucionalidade da atuação dos agentes públicos estatais na execução dos atos políticos estatais em função da análise da observância e verificação do cumprimento das diretrizes constitucionais do regime jurídico comum dos Direitos Fundamentais e em especial, do regime jurídico específico dos Direitos Fundamentais Sociais, uma vez que

[...] a deficiente eficácia prática da solução adjudicada estatal nos litígios subjetiva e objetivamente complexos (v.g., ocupação, por moradores de rua, de prédio público deteriorado, contrapondo o direito da administração em retomar o imóvel e o direito dos *homeless* ao acesso à moradia) passa pela inaptidão de uma justiça estatal de perfil *retributivo* ou *comutativo* para recepcionar e resolver litígios que vão além da crise estritamente jurídica, reportada a sujeitos determinados (*Tício versus Caio*). Conflitos multitudinários ou metaindividuais, como os que hoje abundam na sociedade massificada, comprimida num mundo globalizado, não são de molde a serem resolvidos por uma justiça de corte redistributivo/comutativo, mas reclamam uma justiça de perfil *distributivo e coexistencial*, que

---

Turma, RE 367.432 AgRg/PR, rel. Min. Eros Grau, j. 20.04.2010, DJe 14.05.2010; STF, 1ª Turma, AI 664.053 AgRg/RO, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 03.03.2009, DJe 27.03.2009), havendo omissão por parte dos órgãos estatais competentes, em descumprimento de seus encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vindo a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional, será admissível a intervenção jurisdicional. No mesmo sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), 1ª Turma, REsp 753.565/MS, rel. Min. Luiz Fux, j. 27.03.2007, DJe 28.05.2007; STJ, 1ª Seção, REsp 485.969/SP, rel. Min. José Delgado, j. 23.08.2006, DJ 11.09.2006 p. 220)." (NEVES, 2012, p. 82-83).

*trabalha com as diferenças e assim se predispõe a lidar com a controvérsia em todas as suas facetas, buscando compô-la em sua integralidade, em tempo hábil, e de modo justo, antes que tentar debelá-la a qualquer preço, sob a autoridade do poder estatal, via solução adjudicada. Uma coisa é lidar de maneira responsável e finalista com o processo; outra coisa é se livrar dele prematuramente ou administrá-lo burocraticamente.”* (MANCUSO, 2011, p.270) (grifado no original).

Desta forma, a impossibilidade jurídica do Estado se eximir da responsabilidade de cumprir as “obrigações mínimas” (*minimum core obligation*) se torna patente em face do princípio da utilização do máximo dos recursos disponíveis, do princípio da implementação progressiva e do princípio da proibição do retrocesso social, os quais vinculam, por força do art. 5º, § 2º da CF/88, a atuação dos poderes públicos (Função Legislativa, Função Executiva e Função Judiciária) em prol da materialização de políticas públicas que garantam o acesso de todos os cidadãos aos benefícios do desenvolvimento nacional em face do princípio constitucional da igualdade (CF/88, art. 5º, *caput*).

Assim, as políticas públicas estatais somente podem deter o status de legitimidade constitucional se a escolha política do escopo central da política governamental realizada pela função legislativa e/ou função administrativa contiver a finalidade de concretização de meios eficazes para a promoção do acesso aos direitos humanos, em especial, aos direitos humanos sociais, em conformidade com os ditames do princípio hermenêutico *in dubio pro justitia socialis* e em razão das prescrições dos tratados internacionais de direitos humanos e das diretrizes constitucionais para os objetivos fundamentais (CF/88, art. 3º) a serem desenvolvidos pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro que se funda na diretriz hermenêutica constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, portanto,

[...] tanto o Poder Legislativo, quando edita determinada lei, quanto o Poder Judiciário, quando interpreta e aplica aquela lei, devem ser claros e isentos de contradição com relação à finalidade. De um lado, o Poder Legislativo deve fornecer critérios objetivos e coerentes que permitam, mediante análise objetiva da lei, compreender os objetivos pretendidos. Quando

se fala em finalidade legal não se está propondo o exame da vontade subjetiva do legislador (elemento genético-subjetivo). Está-se, em vez disso, sustentando o exame da vontade objetiva na lei (elemento sistemático-teleológico). De outro lado, o Poder Judiciário deve examinar, de modo objetivo e coerente, os objetivos da lei, de modo a permitir o controle intersubjetivo da igualdade (ÁVILA, 2015, p. 74-75).

Desta maneira, as políticas públicas como programas de atuação política, especificamente, elaborados e implementados pela função estatal administrativa em conjunto com a função estatal legislativa, com o fim de coordenar o uso dos recursos públicos à disposição do Estado (BUCCI, 2002, p. 241-250; BUCCI, 2006, p. 11-22), devem, essencialmente, ter o fim de estabelecer medidas para alcançar determinadas metas em prol da concretização dos direitos humanos fundamentais assegurados em dispositivos constitucionais, uma vez que

[...] a Constituição brasileira de 1988 já disciplina, separadamente, a ordem econômica e a ordem social, estabelecendo, respectivamente, os direitos econômicos e os direitos sociais, apesar de integrá-los. Pois bem, se o Direito Constitucional hoje é esse repositório, esse ramo do Direito que representa esse conjunto de normas jurídicas disciplinadoras de relações jurídicas cujo objeto é ou direitos políticos ou direitos civis ou direitos econômicos ou direitos sociais todos juntos, formando, todos eles, o direito da cidadania, pode-se concluir dizendo que o Direito Constitucional hoje é um instrumento de exercício da cidadania, sobre tudo. [...] Quanto ao regime constitucional, entre nós, efetivamente, ele não é um só, porque na nossa Constituição encontram-se dois regimes: um da democracia liberal (arts. 1º, IV; 170), quando dispõe que a livre iniciativa é um valor. O outro, o da democracia social (arts. 1º, IV; 6º a 11; 193 a 204). (BRITO, 2016, p. 212, 213).

A Constituição Federal de 1988 definiu previamente, em algumas situações, as diretrizes para o teor de Políticas Públicas, tais como, as disposições contidas nos dispositivos referentes a Ordem Econômica e Financeira e a Ordem Social (CF/88, arts. 170 a 232), mas, na maioria dos casos concretos, o Poder Executivo se vinculará os parâmetros a serem definidos pelo Poder Legislativo, os quais deverão observar as premissas constitucionais para o Ordenamento

Jurídico Brasileiro, em especial, o princípio da igualdade (CF/88, art. 5º, *caput*), já que, para a realização de ações governamentais e políticas públicas, a medida de comparação

- a) deve abranger um elemento efetivamente existente; será arbitrária a escolha de um elemento inexistente no mundo dos fatos, dada a vinculação entre o Direito e a realidade que ele visa a regular;
- b) precisa manter uma relação fundada e conjugada de pertinência com o seu elemento indicativo, o que ocorre quando se possa plausivelmente afirmar, com suporte empírico considerável, que a existência do elemento indicativo escolhido promove a existência da medida de comparação em maior medida que os outros elementos indicativos disponíveis;
- c) deve manter uma relação fundada e conjugada de pertinência com a finalidade que justifica sua utilização, assim se verificando quando se possa plausivelmente comprovar, com suporte empírico considerável, que a existência da medida de comparação eleita fomenta a existência da finalidade em maior medida que as outras medidas de comparação disponíveis;
- d) tem de ser compatível com a Constituição, o que não ocorre no caso de ela vedar ou impor expressamente sua adoção ou vedar implicitamente sua utilização, assim se verificando quando: protege determinado bem jurídico por meio da positivação de um princípio e exclui determinadas medidas de comparação com ele incompatíveis; une determinados elementos que, por isso, não podem ser separados pelo Poder Legislativo; uniformiza determinado tratamento, assegurando-o a todos; ou define qual medida de comparação deve ser a adotada para o tributo especificamente considerado;
- e) pode ser utilizada mesmo que preliminarmente vedada pela Constituição; mas, nesse caso, apenas e tão somente se sua utilização for uma decorrência acidental e secundária da promoção de outras finalidades constitucionalmente postas. (ÁVILA, 2015, p. 64).

A Democracia no *Estado Democrático de Direito* Brasileiro, portanto, se vincula ao paradigma contemporâneo de *democracia de três*

*vértices* – democracia procedimentalista, democracia substancialista ou material, democracia fraternal, em que os conceitos de humanismo e democracia se unem em prol da materialização dos ditames dos princípios politicamente conformadores – a dignidade da pessoa humana e a cidadania (CF/88, art. 1º, II, III) – apregoando a supremacia da pessoa humana na escala de valores disponíveis para garantir que as decisões políticas neste sistema de democracia, alicerçada na ampla interação dialógica do cidadão com os poderes do Estado, tenha a função social de atuar através dos poderes públicos para a realização de ações visando a materialização dos ditames dos princípios politicamente impositivos – os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF/88, art. 3º) – os quais determinam a abrangente inclusão e integração comunitária de cada indivíduo no sistema social, visto que

[...] além de reafirmar o papel do Estado como garantidor do respeito aos direitos, o novo constitucionalismo estabeleceu como obrigação jurídica dos Estados, não somente ética e política, promover os direitos, no sentido de atuar visando a criação de condições reais para que todos possam gozar dos direitos fundamentais, que assim têm efetividade para todos, deixando de ser privilégio de um setor minoritário da sociedade, dotado do poder de gozar dos direitos. Juntamente com essas ampliações da abrangência e da garantia de efetividade, *o constitucionalismo humanista deu eficácia imediata às disposições constitucionais de declaração e garantia dos direitos fundamentais. Muito mais do que normas declaratórias ou programáticas, essas normas constitucionais passaram a ser aplicadas como normas jurídicas, dotadas de plena eficácia e, portanto, de obediência obrigatória para todos, inclusive para os Estados, os governantes e todos os integrantes do aparato político e administrativo, sem qualquer exceção.* (DALLARI, 2010, p. 147) (grifos nossos).

Deste modo, considerando o caráter humanista do novo constitucionalismo que orienta o teor dos objetivos fundamentais a ser concretizado por todos os Poderes Públicos no *Estado Democrático de Direito* da República Federativa do Brasil, se constata que, para garantir a plena cidadania integral com acesso aos direitos humanos que permitam o desenvolvimento de cada cidadão,



[...] o Texto de 1988 ainda inova ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os sociais (ver Capítulo II do Título II da Carta de 1988). Trata-se da primeira Constituição brasileira a inserir na declaração de direitos os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a tais direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias. Desse modo, não há direitos fundamentais sem que os direitos sociais sejam respeitados. Nessa ótica, a *Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade* (PIOVESAN, 2014, p. 96) (grifos nossos).

Assim, dentre os efeitos da constitucionalização dos direitos humanos se evidencia a questão da justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais que, no âmbito do *Estado Democrático de Direito Brasileiro* se situa no exercício do direito humano fundamental de participação política do cidadão para requerer o exercício do controle de constitucionalidade dos atos dos poderes públicos (Legislativo e/ou Executivo) para a concretização do direito fundamental à efetivação da Constituição, uma vez que

No Brasil, a Constituição de 1988 representa um divisor de águas e promoveu substanciais alterações no modelo de jurisdição constitucional, resultando em um nítido fortalecimento do Supremo Tribunal Federal (STF), erguido à condição de seu guardião precípua. Gradativamente, o STF passou a ser chamado a se pronunciar sobre as mais variadas e complexas questões, compreendendo assuntos de elevada carga política, moral, econômica, religiosa e social. De um mero desconhecido, a Corte assumiu um protagonismo, convertendo-se em um novo espaço público de deliberação, onde importantes controvérsias da agenda nacional têm sido decididas. Ocorre que quando as instituições políticas majoritárias se mostram incapazes de responder satisfatoriamente às demandas sociais, há uma maior propensão para buscar apoio no Poder Judiciário. Verifica-se, desse modo, um déficit na representação política tradicional, que pode se relacionar com vários outros

problemas. Na presente abordagem, merece destaque a omissão do Congresso Nacional na aprovação de determinadas leis. Assim, constata-se uma grave inércia dos representantes eleitos na adoção de soluções efetivas para problemas sociais emergentes. Por vezes, a omissão estatal pode decorrer da impossibilidade de se chegar a um consenso a respeito de um certo tema, postergando as deliberações. Porém, essa inércia também pode configurar uma estratégia para evitar uma tomada de decisão sobre um assunto bastante sensível. Nesse caso, diante do elevado custo político que a decisão pode envolver, as instâncias majoritárias podem, silenciosamente, buscar transferir a solução do conflito para o ambiente judicial (LEITE, 2017, p. 848).

O Poder Judiciário, portanto, em consonância com o princípio constitucional da harmonia dos poderes (CF/88, art. 2º), no exercício do controle de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes Públicos (Legislativo e Executivo) deve examinar se foram observados os efeitos jurídicos da constitucionalização dos direitos humanos que garantiu a existência da força jurídica coercitiva necessária para impor aos Poderes Públicos no exercício das funções estatais (Função Legislativa, Função Executiva e Função Judiciária), a concretização dos valores paradigmáticos supremos da justiça, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana e, por conseguinte, apurar se os atos dos demais Poderes Públicos mantiveram a observância do regime jurídico comum dos Direitos Humanos Fundamentais consubstanciado no princípio da intangibilidade (CF/88, art. 60, § 4º, IV), no princípio da aplicabilidade imediata (CF/88, art. 5º, § 1º), e, especialmente, verificar se os poderes públicos se empenharam em cumprir os ditames do princípio da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III).

A Democracia no *Estado Democrático de Direito* Brasileiro, portanto, visa à consecução de meios que garantam a efetividade do valor supremo da dignidade da pessoa humana e o *princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, por conseguinte, fundamenta a possibilidade de uma interpretação normativa para viabilizar a realização de ações dos poderes públicos para concretização dos direitos humanos fundamentais.

## 6. CONCLUSÃO

A Democracia estabelecida pela Constituição Federal de 1988 estabelece a pessoa humana, pelo fato de existir como ser humano, como fundamento dos sistemas sociais da sociedade regida pelo Ordenamento Jurídico. Assim, as relações jurídicas interpessoais e as relações jurídicas estatais, que estabelecem políticas públicas e definem o âmbito de possibilidades de desenvolvimento da pessoa humana, têm o dever de cumprir as prescrições ético-constitucionais para concretização dos direitos humanos e, ainda, cada indivíduo possui o direito-dever de exercitar a sua cidadania para que o meio social em que subsiste adquira a conformação de desenvolvimento nacional prescrita no pacto social consubstanciado na Constituição e, por conseguinte, assegurar a concretização do ideal ético-político-jurídico da construção de uma sociedade livre, justa e solidária no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- ANJOS FILHO, Robério Nunes. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da igualdade tributária**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- ARISTÓTELES. **A Política**. Introdução de Ivan Lins; Tradução de Nestor Silveira Chaves. [Ed. Especial] (Coleção Clássicos para Todos) – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. *Fragments de um dicionário político*. Tradução Marco Aurélio Nogueira; Posfácio Celso Lafer. 20 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.
- \_\_\_\_\_. **O Futuro da Democracia**. 9.ed., São Paulo: Paz e Terra, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 11.ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 26.ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

- \_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa – Por um Direito Constitucional de luta e resistência – Por uma Nova Hermenêutica – Por uma repolitização da legitimidade.** São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Estado.** 8.ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria constitucional.** 1ª reimpressão, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. O conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1994. ISBN 972-32-0063-5.
- \_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARBONELL, Miguel (Org.). **El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis.** In: El canon neoconstitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 153-164.
- CICCO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da Filosofia do Direito.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Direito Constitucional.** 5ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodivm, 2011.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 25.ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Elementos de teoria geral do Estado.** 29.ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2010a.
- \_\_\_\_\_. **Constituição e Constituinte.** 4.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010b.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. In: **Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia.** São Paulo: Atlas, 1989. p. 13-58.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2008.
- GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso como Presidente da Assembleia Nacional Constituinte na sessão de Promulgação da CF/88**. Brasília – DF: Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 2, No 308, 05 de outubro de 1988. p. 322-323. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituante/constituente.zip>. Acesso em: julho de 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, volume I. 2.ª ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. ISBN 978-85-282-0091-4.
- LEITE, Glauco Salomão. Poder Judiciário Legislador? In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; JÚNIOR, Nelson Nery. **Crise dos Poderes da República: judiciário, legislativo e executivo**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2017. p.847-862.
- LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. ISBN 978-85-8063-256-9.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**. Volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em História**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed. rev., e atual., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- \_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a.
- SARMENTO, George. **Direitos Humanos: liberdades públicas, ações constitucionais, recepção dos tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção curso & concurso; v. 36 / coordenação Edilson Mougnot Bonfim).
- SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. (Título original: *Development as freedom* – 1999). ISBN 978-85-359-1646-1.

- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19.ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. **O Constitucionalismo Brasileiro – Evolução Institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Poder Constituinte e Poder Popular – Estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores. 2014.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- \_\_\_\_\_. **O Princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional**. São Paulo: LTr, 1999.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5ª ed., 7ª tir., São Paulo: Malheiros, 2017.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008. p. XXXIII-XL.

## Capítulo XII

# Diritto comunitario e diritto europeo<sup>1</sup>

*Luigi Moccia\**

**SOMMARIO:** 1 Premesse di inquadramento; 2 Diritto dell'Europa ed Europa del diritto; 2.1 Diritto dell'Europa; 2.2 Europa del diritto; 3 Fase 'funzionalista' e fase 'costituzionale' del processo di integrazione; 3.1 Valori e principi fondativi dell'Unione; 4 La 'cittadinanza comune' (concittadinanza) europea tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia; 5 I tre pilastri del 'diritto europeo'; 6 Rilievi finali.

## 1. PREMESSE DI INQUADRAMENTO

In tempi di crisi, come quelli che stiamo vivendo, in cui c'è da temere che vada smarrito lo spirito che ha caratterizzato alle origini la costruzione europea, sostenendone gli sviluppi tra difficoltà e incertezze, è utile, per non perdere del tutto questo spirito e vedere come esso si applichi al presente e al futuro prossimo dell'integrazione europea, cercare di fissare un punto di vista prospettico, che sia anche, in qualche misura, un punto di vista teorico, sul tema del (di un) 'diritto comune europeo', riguardato come possibile sbocco del processo di integrazione. Poiché credo che mai come in questo momento una riflessione su questo tema sia, appunto, opportuna, a parti-re da alcune premesse terminologiche e, insieme, concettuali

---

(\*) Professor da Università di Roma Tre.

1. Questo testo è una versione riveduta e ampliata di un precedente testo dal titolo Diritto comunitario e Diritto europeo: quale rapporto? apparso in "Rassegna ASTRID", n. 153 (4/2012), <http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-212/23-02-2012/index.htm>, nonché sul sito [europeanrights.eu](http://europeanrights.eu).

che ruotano attorno al modo di intendere il rapporto tra 'diritto comunitario' e 'diritto europeo'.

Per dirla alla maniera di Winston Churchill – quando sosteneva che inglesi e americani sono due popoli divisi da una lingua comune, direi che 'diritto comunitario' e 'diritto europeo' sono due espressioni divise da un riferimento comune all'Europa, nella misura della diversità di significati che questo riferimento assume, nell'una e nell'altra espressione, rispettivamente.

Sotto il profilo terminologico, un problema di rapporto tra 'diritto comunitario' e 'diritto europeo', posto che non siamo in presenza di una semplice endiadi, appare subito evidente, in negativo. Difatti, la nozione di 'diritto comunitario' risulta di agevole definizione, in quanto riferibile a un'unica entità (fonte) normativa, di matrice istituzionale europea, a cui si riconduce, oramai, un patrimonio normativo in sé concepito (*acquis communautaire*). Non altrettanto si può dire invece del 'diritto europeo', la cui molteplicità di ambiti di rilevanza ne fanno un'espressione di portata più ampia, bensì capace di includere la prima, ma non viceversa.

## 2. DIRITTO DELL'EUROPA ED EUROPA DEL DIRITTO

La tesi o, se si preferisce, l'ipotesi sulla quale vorrei qui portare subito l'attenzione, è che, nel caso del 'diritto europeo', siamo – rispetto al 'diritto comunitario' – in presenza di un travaso di senso; ossia di un vero e proprio spostamento di campo visivo e, quindi, di un traslato semantico: il 'diritto europeo' come specie di un genere di 'meta-diritto' che, al pari di espressioni come 'diritto transnazionale' o 'diritto globale', divenute d'uso corrente, tocca la nozione stessa di 'diritto', nella sua proiezione extra-territoriale ed extra-statuale.

Per cominciare. Lo iato tra 'diritto comunitario' e 'diritto europeo' può essere riferito a un diverso approccio al problema del 'diritto uniforme'; come problema non di oggi, ma che in tempi a noi più vicini ha assunto, com'è noto, un'importanza di gran lunga maggiore che in passato.



Questo diverso approccio può essere sintetizzato nell'alternativa – non necessariamente di esclusione reciproca, anzi di complementarità – tra due possibili scenari del processo di integrazione/uniformazione-armonizzazione del diritto al livello europeo.

Uno denominabile come 'diritto dell'Europa'. L'altro come 'Europa del diritto'. Il primo riferibile all'attualità del diritto che si forma ad opera dell'Europa unita. Il secondo, invece, alle esperienze che, oltre a trovare espressione in modelli storici che possono ancor oggi presentare motivi d'interesse, hanno messo radici e, comunque, si riflettono in tradizioni comuni al contesto europeo nel suo insieme.

## 2.1. Diritto dell'Europa

Il primo approccio, con il relativo scenario, a cui può darsi l'appellativo di *diritto dell'Europa*, è quello riconoscibile nel 'diritto comunitario'. Si tratta di un approccio che propone la costruzione di un 'diritto europeo' pensato come prodotto dell'attività di istituzioni, organi e organismi dell'Unione (già Comunità) europea, imposto o mediato – a seconda dei punti di vista – da tali istituzioni, organi e organismi, per essere recepito nei singoli ordinamenti nazionali, i quali sono tenuti a conformarvisi. Così dando vita a un fenomeno complesso, frutto pure di una reciproca interazione tra diritti nazionali e diritto dell'Unione (già diritto comunitario) ad essi sopradinato.

Le difficoltà di una simile operazione, con riguardo ai singoli ordinamenti, appaiono evidenti, in conseguenza della sua natura di operazione fatta – per così dire – a tavolino: a fronte di una realtà assai consolidata dei sistemi nazionali. Una realtà, tra l'altro, in cui l'unificazione interna del diritto, specie il diritto privato, rappresenta storicamente una delle modalità di formazione degli Stati moderni, in quanto Stati-nazione.

Tuttavia, nemmeno va sottaciuta l'incidenza dei risultati prodotti da questo approccio, nella forma precisamente del 'diritto comunitario'; ossia, l'emanazione ad opera di istituzioni sovranazionali di una normativa vincolante sia per gli Stati membri che per i loro cittadini.

Questi risultati sono riassumibili in due punti-chiave.

Un primo punto consiste nel fenomeno che può definirsi di ‘metamorfosi costituzionale’ dell’ordinamento statale. Con la sua trasformazione da ‘nazionale’ in ordinamento ‘interno all’Unione’; ovvero, da ordinamento territorialmente chiuso in ordinamento inserito nello spazio di operatività/effettività della normativa dell’Unione stessa.

Un secondo punto consiste nel processo di ‘europeizzazione’ del diritto e dei giuristi, al livello nazionale. Tale processo ha iniziato a svilupparsi in conseguenza della natura generalista sempre più estesa assunta dall’ordinamento dell’Unione, che investe ogni settore dell’ordinamento interno e che richiede, quindi, un continuo aggiornamento e adattamento culturale e professionale al nuovo *habitat* in cui avvocati e giudici, come pure pubblici funzionari, sono chiamati a operare. Tanto più quando si tenga conto, nel caso delle pubbliche amministrazioni, come pure dell’amministrazione della giustizia, delle problematiche connesse con la responsabilità dello Stato per violazione e/o mancato adempimento della normativa dell’Unione. Senza tralasciare, ovviamente, l’impatto della normativa europea sul *syllabus* degli studi giuridici e dei corsi di formazione e/o aggiornamento di avvocati e giudici.

## 2.2. Europa del diritto

Un altro e diverso approccio, con il relativo scenario, è quello che si preoccupa di ricercare e stabilire basi comuni, di rilievo sia storico-culturale sia più propriamente giuridico-istituzionale, che possano giustificare o favorire un ravvicinamento degli ordinamenti e delle legislazioni degli Stati membri, al livello pure dei loro giuristi, nel senso della formazione di una effettiva comunità giuridica europea.

Si tratta di un approccio che riflette posizioni differenziate, quanto al punto di partenza. Senza entrare in dettagli<sup>2</sup>, vale qui

---

2. In argomento, rinvio a L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, specie pp. 973 ss.

richiamare la cornice entro cui inquadrare lo scenario di una 'Europa del diritto'.

È questo lo scenario dove prende corpo l'esperienza del 'diritto comune europeo'. Un fenomeno che si presenta articolato in due principali guise. Per un verso, secondo la lezione di Francesco Calasso, come grande fatto di *unità culturale e spirituale* del sapere giuridico europeo (incluso per molti versi quello di *common law*). Per altro verso, secondo la lezione di Gino Gorla, come modello istituzionale oltre che culturale di *ordinamento giuridico aperto* (dal lato delle sue fonti, ovvero) in rapporto di comunicazione (da parte dei suoi giuristi) con gli altri ordinamenti (e i loro giuristi).

In estrema sintesi, l'*Europa del diritto* rappresenta, storicamente parlando, un'esperienza caratterizzata nel suo complesso da una cultura e mentalità formate e plasmate, ancora in piena epoca moderna, all'insegna di uno spirito transnazionale, che fa dipendere il riconoscimento di regole e principi all'interno del singolo ordinamento da una concordanza o convergenza con altri ordinamenti, inseriti nell'orbita di un mondo europeo comunicante. Come tale caratterizzato dalla circolazione delle opinioni e decisioni dei giuristi forensi (giudici e avvocati) presso le giurisdizioni di vertice (i cosiddetti 'grandi tribunali')<sup>3</sup>. Esempio di questo approccio culturale e professionale è la testimonianza (reperita da Gino Gorla) di un giurista forense spagnolo (più precisamente, catalano) del XVII secolo, che chiamava 'illiberali' (*illiberales*) i giuristi chiusi nella prassi e nelle leggi del proprio ordinamento, e 'liberali' quelli che praticavano l'ordinamento giuridico *aperto*<sup>4</sup>.

### 3. FASE 'FUNZIONALISTA' E FASE 'COSTITUZIONALE' DEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE

In aggiunta a questa cornice di carattere storico-comparativo, utile per inquadrare i diversi approcci (e scenari) relativi al

---

3. L. Moccia, Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2011, specie pp. 779 ss.

4. *Ibid.*, p. 781, e riferimenti *ivi*.

problema della formazione di un diritto uniforme ('co-mune') in ambito europeo, serve ora guardare al contesto evo-lutivo dell'attuale processo di integrazione, per ciò che concerne l'ordinamento dell'Unione, in sé considerato e nei suoi rapporti con gli ordinamenti nazionali.

Com'è noto, questo processo prende avvio, agli inizi degli anni 1950, con l'idea di Jean Monnet di una integrazione da realizzarsi gradualmente, per via incrementale, con la «costituzione di basi comuni per lo sviluppo economico, prima tappa della Federazione europea» (Dichiarazione Schuman, 1950); ribadita nel Preambolo del primo trattato comunitario (Ceca, 1951: «l'Europa si costruirà soltanto con attuazioni concrete, che creino innanzitutto una solidarietà di fatto, e con l'instaurazione di basi comuni di sviluppo economico»); a cui seguirà l'istituzione, nel 1957, della Comunità economica europea, con «il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune... uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità» (Trattato CEE, art. 2).

Con lo scossone storico della fine degli anni 1980 (crollo del muro di Berlino) si assiste a un rilancio del progetto europeo, nella prospettiva di una "unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa".

In proposito, decisivo appare – in linea teorica – il cambio di passo che, anticipato dal "Progetto di Trattato istitutivo dell'Unione europea" (redatto per iniziativa di Altiero Spinelli in sede di Parlamento europeo che ne approvò il testo nel febbraio 1984), e avviato con il primo Trattato sull'Unione (Maastricht, 1992), attraverso poi il cosiddetto 'trattato costituzionale' (firmato a Roma nell'ottobre del 2004), successivamente abortito, ma quasi integralmente ripreso, nei suoi contenuti più innovativi, dal Trattato di Lisbona, è stato ulteriormente portato avanti, con la firma di questo stesso trattato, nel dicembre 2007, e, quindi, con la sua entrata in vigore, nel 2009.

### **3.1. Valori e principi fondativi dell'unione**

Il segno normativamente e concettualmente più evidente di questa transizione è dato dalla 'successione-sostituzione' dell'Unione Europea alla Comunità Europea (che ha cessato di esistere come

tale), per effetto dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona di riforma dei precedenti trattati, che così appunto dispone: «L'Unione sostituisce e succede alla Comunità europea».

Per avere un'idea del significato di questa 'sostituzione', è utile confrontare il profilo, per così dire, del Trattato istitutivo della Comunità Europea (TCE) con quello del trattato che ne ha preso il posto, cioè il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), in combinato con il nuovo Trattato sull'Unione (TUE) dove si legge la disposizione appena sopra riportata (art. 1).

Il TCE si apriva, sotto l'impegnativo titolo di "Principi", con una disposizione (art. 2) che attribuiva alla Comunità (già Comunità economica europea: CEE) il compito, in particolare, di instaurare un 'mercato comune' e una 'unione economica e monetaria', attraverso l'attuazione di 'politiche e azioni comuni' nei settori e per gli obiettivi ivi stabiliti. A tal fine, sempre sotto lo stesso titolo, una successiva disposizione (art. 4), nel prevedere azioni fondate sullo 'stretto coordinamento' delle politiche economiche degli Stati membri, richiamava il «principio di una economia di mercato aperta e in libera concorrenza».

Il trattato di Lisbona, nella parte che ha dato vita al nuovo TUE e in quella che forma il TFUE, si fa carico, con quest'ultimo trattato soprattutto, dell'eredità comunitaria: il cosiddetto primo pilastro dei tre costituenti l'architettura dell'Unione, fino alla loro abolizione con la riforma di Lisbona<sup>5</sup>. Ciò, tuttavia, rimodellandone l'impianto, in un senso che non è solo di revisione tecnico-normativa, ma anche di ridefinizione sistematico-concettuale. Così da tracciare i contorni di una Unione in cui l'attributo 'europeo' tende sempre più ad assumere

---

5. Il 'pilastro comunitario' traeva questo nome dal metodo detto 'comunitario', incentrato sui poteri della Commissione europea (di iniziativa legislativa), del Parlamento europeo (di partecipazione al processo decisionale) e della Corte europea di giustizia (di controllo), così distinguendosi dagli altri due pilastri, quello relativo alla "Politica estera e di sicurezza comune" (Pesc) e quello riguardante la "Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale" (brevemente "Giustizia e Affari interni": Gai), detti invece 'intergovernativi', per il maggior peso attribuito al Consiglio (ossia, ai governi degli Stati membri) e le conseguenti limitazioni dei poteri delle altre istituzioni europee.

i caratteri identificativi di una comunità politica di *cives* ('con-cittadini') europei, avente a base un proprio ordine costitutivo, appunto in-teso, quale 'diritto comune europeo'.

L'architrave di questo nuovo disegno architettonico dell'Unione, consistente in una riscrittura dei *valori e principi* fondativi a cui oggi si ispira (deve ispirarsi) il processo di integrazione europea, può essere individuato nell'aggiunta, in testa al nuovo TUE, della disposizione (art. 2) secondo cui:

L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini.

Si tratta di una norma che, seppure di tenore programmatico, tuttavia sancisce il passaggio dalla *fase funzionalista* di integrazione, a base economica, attraverso il mercato, a una *fase costituzionale* di integrazione, a base civica, attraverso i diritti.

In questa nuova fase entra in scena un personaggio, per così dire, ancora in cerca di autore: il cittadino dell'Unione o, com'è ormai più comunemente chiamato, il *cittadino europeo*; il quale si sostituisce, anch'esso, a personaggi più consueti del panorama comunitario, quali imprenditori, professionisti, lavoratori, consumatori.

Con l'apparizione, infatti, del cittadino europeo si viene profilando una figura prevalente e concettualmente unitaria di soggettività giuridica nuova: connotata, sotto il profilo della titolarità di diritti spettanti al di fuori e/o al di là della sfera statale di appartenenza, in una dimensione spaziale, anziché territoriale, per rapporto – non più solo a determinate qualifiche professionali, lavorative o a posizioni altrimenti attive nel mercato, ma – all'individualità stessa di 'persona'. Stante che – come si legge nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione – l'Unione, in quanto fondata sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, nonché sul principio della

de-mocrazia e sul principio dello Stato di diritto, «pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

Per inciso, e per quanto qui importa, l'obiettivo della creazione di uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" è stato introdotto dal trattato di Amsterdam (firmato nel 1997). Questo obiettivo si sostituisce, dal lato sia della sua più ampia denominazione che della sua portata più articolata, al concetto di "giustizia e affari interni" introdotto dal trattato di Maastricht (firmato nel 1992). Come sottolineato dal Consiglio europeo di Tampere (15-16 ottobre 1999), l'Unione si propone a tal fine di conciliare il diritto di circolare liberamente al suo interno con un livello elevato di protezione e di garanzie giuridiche per tutti (i suoi cittadini). Un impulso ulteriore, nel senso di riqualificare funzionalmente e concettualmente questo spazio come nozione chiave del passaggio dalla Comunità all'Unione europea, è derivato dal processo di costituzionalizzazione degli inizi del nuovo secolo, che, dopo il fallimento del già ricordato 'trattato costituzionale', si è assestato a Lisbona, con la firma del relativo trattato che riconosce alla Carta europea dei diritti fondamentali «lo stesso valore giuridico dei trattati» (TUE, art. 6, 1), altresì impegnando l'Unione ad aderire alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

#### **4. LA 'CITTADINANZA COMUNE' (CONCITTADINANZA) EUROPEA TRA MERCATO INTERNO E SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA**

a capo di questa ricostruzione, si arriva così a scorgere un altro nodo problematico in cui finisce per avvolgersi il tema del rapporto tra 'diritto comunitario' e 'diritto europeo': quello del fondamento giustificativo e, insieme, unitario del (di un) diritto di matrice istituzionale europea, e della sua nozione.

Ciò nel senso che qualunque sintesi al riguardo non può che essere riferita a un quadro di valori, principi e regole capaci di tenere insieme *nozione e legittimazione*, appunto, di un'idea di diritto sovranazionale, a valenza di 'diritto comune' ai Paesi membri e ai loro cittadini, nella loro veste pure di 'cittadini europei'.

In altri termini, il problema che qui si pone è quello della 'base giuridica' degli interventi delle istituzioni europee nel campo in genere della uniformazione-armonizzazione del di-ritto.

Sin dagli inizi del processo di integrazione, tale questione, per quanto concerne in particolare le materie e attività di atti-nenza 'privatistica', cioè inerenti le relazioni inter-individuali, è stata legata, essenzialmente, allo spazio di circolazione di im-prenditori, professionisti e lavoratori, capitali, merci e servizi, nell'ottica del mercato. Vale a dire, la base giuridica è stata individuata nella instaurazione e nel funzionamento (in termini di 'efficienza') del mercato interno. Non a caso, è stato soprat-tutto il cosiddetto 'diritto dei consumatori' ad aver dato avvio a una copiosa legislazione comunitaria di armonizzazione-unifor-mazione, nell'ambito dei rapporti privatistici.

Il tipo di ragionamento che viene ancor oggi in evidenza è, più o meno, il seguente. Tra gli obiettivi dell'Unione v'è quello della instaurazione del mercato interno, così come fissato dal-l'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea (TUE). Questo obietti-vo viene altresì ribadito dall'art. 26 TFUE e, per rapporto, dal-l'art. 114 dello stesso trattato. Quest'ultimo articolo autorizza, per il «funzionamento del mercato interno», l'adozione di «mi-sure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative». Ne consegue l'opportunità, se non la necessità, di un intervento dell'Unione, che si esplicherebbe nel rispetto del principio di sussidiarietà; dal momento che proprio le differenze profonde, sotto certi aspetti e in certi casi, esistenti al livello nazionale, sarebbero di ostacolo a un efficiente funzionamento del mercato interno, e come tali dovrebbero essere rimosse al livello di Unione o, comunque, appianate e ridimensionate, mediante in-terventi di armonizzazione, giustificati, almeno in astratto, da un principio di efficienza del mercato.

Si può pertanto parlare di un indirizzo consolidato di politica legislativa tendente a sviluppare, sotto forma specificamente di 'di-ritto comunitario', quello che può chiamarsi in realtà un 'di-ritto europeo del mercato'.

Senza dilungarci in proposito, vale osservare che questo indirizzo ha prodotto nel tempo una marcata tendenza sia verso la



settorializzazione (frammentazione) degli interventi, sia verso la ricerca di soluzioni tecniche all'insegna di una maggiore convergenza tra ordinamenti, in assenza tuttavia di un quadro di valori, principi e regole capaci di tenere insieme nozione e legittimazione di un'idea di diritto sovra- e trans-nazionale, a valenza di 'diritto comune' ai Paesi membri. Una pista che, anche per questo, ha visto fino ad oggi tentativi più o meno riusciti o, a seconda dell'angolo visuale, falliti di formazione di un 'diritto privato europeo', che hanno addirittura accarezzato l'idea della scrittura di un vero e proprio 'codice civile europeo'<sup>6</sup>.

Il punto che merita di essere sottolineato è, dunque, il seguente: un diritto europeo del mercato non permette di arrivare a una nozione unitaria di diritto europeo, nemmeno nell'ambito dei rapporti di diritto privato.

Appare evidente, infatti, che una tale base, il mercato, se può valere nel caso del diritto dei contratti, con riferimento soprattutto ai rapporti commerciali, societari, e patrimoniali in genere, può avere difficoltà ad essere assunta come base di una nozione unitaria di diritto europeo, con riguardo sia ad altri settori dello stesso diritto privato (famiglia, successioni, responsabilità, mezzi di tutela), sia in altri ambiti (pubblico-amministrativo, penale, e così via).

Di qui l'esigenza di uno sguardo globale<sup>7</sup>, per arrivare a individuare quello che, con riferimento all'istituto della cittadinanza europea, ho altrove chiamato il 'cuore federale' dell'Unione<sup>8</sup>, rilevante

- 
6. V. alcuni dei contributi pubblicati in L. Moccia (ed.), *European Private Law*, cit., in particolare: O. Lando, *European Private Law: Why, How, What and Who?*, pp. 1 ss.; B. Fauvarque-Cosson, *The Europeanisation of Private Law: Problems and Perspectives*, pp. 11 ss.; H.-W. Micklitz e N. Reich, *The Commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL)" – Too Broad or not Broad Enough?*, pp. 21 ss.; Ch. C. Wendehorst, *The 'Legal Basis' of European private Law in the Light of EU Constitutionalisation*, pp. 33 ss.; e L. Moccia, *European Law: from 'Market' to 'Citizenship'*, pp. 47 ss.
  7. L. Moccia, *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo*, ecc., cit., specie pp. 771 ss.
  8. *Id.*, *La cittadinanza come 'cuore federale' dell'Unione*, in E. Falletti e V. Piccone (cur.), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo: il giudice alla ricerca della soluzione*, Bari, Cacucci, 2012, pp. 55 ss.

sul terreno della legittimazione dell'Unione stessa, e che qui diventa, per così dire, il cuore del problema della formazione del (di un) diritto europeo.

Al riguardo, non sembra concettualmente possibile un diritto europeo, unitariamente inteso, che non sia innanzitutto e soprattutto un 'diritto dei cittadini' – uno *ius civium*, al livello europeo; capace di dare corpo e anima a questa figura di soggetto in scala europea, rivestendola di una forma di soggettività giuridica che arricchisce e completa quella nazionale.

Ciò tanto più alla luce di una consolidata giurisprudenza della Corte europea di giustizia che vede nella cittadinanza dell'Unione uno status destinato ad essere lo «status fondamentale dei cittadini degli Stati membri»<sup>9</sup>; altresì precisandone, insieme con una relativa autonomia concettuale, in quanto possibile limite al potere dello Stato di interferire con il suo godimento, attraverso la privazione della cittadinanza nazionale<sup>10</sup>, anche il carattere di status a rilievo diretto, in tutti i casi in cui vi sia motivo di temere che una persona venga privata (dal proprio Stato di appartenenza) del godimento sostanziale dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione<sup>11</sup>.

Orbene: lungo la strada verso un diritto europeo, s'incontrano due distinti ambiti di competenza dell'Unione e relativi spazi normativi: il *mercato interno*, da un lato (includendovi la protezione dei consumatori); lo *spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, dall'altro. Sicché, il punto di domanda diventa allora il seguente: in quale rapporto

---

9. Sentenza 20 settembre 2001, causa C-184/99, Grzelczyk, Racc. pag. I-6193, punto 31 (corsivo aggiunto). Nello stesso senso: sentenza 17 settembre 2002, causa C-413/99, Baumbast, Racc. 2002, p. I-7091, punto 82; sentenza 19 ottobre 2004, causa C-200/02, Zhu, Racc. 2004, p. I-9925, punto 25; sentenza 20 maggio 2010, causa C-56/09, Zanotti, punto 68.

10. Corte (Grande Sezione) del 2 marzo 2010, causa C-135/08, Janko Rottman c. Freistaat Bayern; e v. L. Moccia, Il sistema della cittadinanza europea: un mosaico in composizione, in Id. (cur.), Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione europea, Milano, FrancoAngeli, pp. 165 ss.

11. Causa C 34/09, Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi; e v. L. Moccia, La cittadinanza nella prospettiva della federazione europea, in La cittadinanza europea, 2/2011, specie pp. 53 ss.

stanno questi due spazi normativi, e quale rilievo assumono, rispettivamente, sul piano della (di una) nozione unitaria di diritto europeo?

### **5.1. Tre pilastri del 'diritto europeo'**

Per cercare di rispondere, ci si può rivolgere un'altra domanda, di tono in qualche modo retorico, ma che serve a chiarire la posta in gioco. Si tratta della seguente: può il principio di efficienza del mercato essere titolo idoneo di giustificazione di azioni dell'Unione, che sembrano piuttosto sollevare un'esigenza di legittimazione dell'Unione stessa ad agire in settori dove più forte appare una caratterizzazione identitaria degli ordinamenti nazionali, in termini di tradizioni giuridiche divergenti? In altri termini: è possibile invocare un principio, se non alternativo, complementare, capace però di dare unitarietà alla nozione di 'diritto europeo'?

In proposito, tornano utili alcune osservazioni.

Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia è previsto dal trattato in una posizione che precede, normativamente, quella del mercato. Difatti, nella elencazione degli obiettivi dell'Unione (art. 3 TUE), quello della creazione di uno spazio di cittadinanza comune (art. 3, 2: «L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne») viene prima di quello della instaurazione di un mercato interno, in cui sono invece assicurate la libera circolazione di merci, capitali e servizi (art. 3, 3)

Va da sé che, anche nel caso della libera circolazione di merci, capitali e servizi, ciò che viene giuridicamente in considerazione sono, invero, i diritti (in particolare di libera circolazione) delle persone. Per dirla alla maniera di Carlo Marx: le merci non vanno da sole al mercato; tanto meno capitali e servizi.

Ma soprattutto: la rivoluzionaria sentenza (*Van Gend en Loos*) del febbraio 1963, con cui la Corte di giustizia del Lussemburgo ha riconosciuto che soggetti privati sono titolari di diritti ad essi attribuiti nell'ambito dell'ordinamento (all'epoca comunitario, oggi) dell'Unione, è sempre lì a ricordarci, insieme con l'originalità, le

potenzialità di un ordinamento come quello dell'Europa unita. Lungi dall'esaurirsi in una forma di organizzazione internazionale, retta dal principio della pari sovranià degli Stati membri in quanto 'signori dei trattati' (una parità, peraltro, solo nominale in sede decisionale<sup>12</sup>), questo ordinamento ha assunto e va assumendo in modo esponenziale natura costituzionalmente rilevante sul piano, appunto, di una piena titolarità di diritti e doveri in capo ai soggetti (persone fisiche o giuridiche) che ne sono parte (al pari degli Stati stessi), secondo l'innovativo dettato dell'art. 9 TUE, con cui inizia il titolo sulle "Disposizioni relative ai principi democratici" dell'Unione<sup>13</sup>. Dove si trova la disposizione sul fondamento di legittimazione democratica dell'Unione, secondo cui: «I cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo. Gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini» (TUE, art. 10, 2). Leggendo questa disposizione, non può sfuggire che il nome 'cittadini', nella contiguità giuridico-semanticamente di cittadini europei e nazionali a un tempo, apre e chiude il circuito della rappresentanza politica al livello di Unione.

- 
12. Il riferimento è al sistema cosiddetto della 'ponderazione dei voti', secondo cui, nelle sedi - rispettivamente - del Consiglio dell'Unione e del Consiglio europeo, dove gli Stati (e i loro governi) sono rappresentati, i voti di ciascun Stato membro non hanno uguale peso, ma sono appunto 'ponderati' in ragione del numero di abitanti (con una correzione a favore degli Stati meno popolati); fatta salva la facoltà di uno Stato membro di chiedere la verifica dell'ulteriore condizione che tale maggioranza sia espressa da Stati che coprano almeno il 62% della popolazione totale dell'Unione. Questo sistema, che è stato adeguato nel tempo, per via dell'ingresso di nuovi Paesi membri, sarà sostituito, per effetto del trattato di Lisbona, dal sistema detto della "doppia maggioranza", secondo il quale, è richiesto, in linea generale (tranne casi particolari), il voto favorevole del 55% degli Stati membri (con un minimo di 15), per una copertura di almeno il 65% della popolazione europea. Questo nuovo sistema potrà essere operativo da ottobre 2014 (salvo un ulteriore periodo transitorio, fino al 31 marzo 2017, durante il quale ciascuno Stato potrà richiedere che venga impiegato il metodo della ponderazione dei voti).
  13. "L'Unione rispetta, in tutte le sue attività, il principio dell'uguaglianza dei cittadini, che beneficiano di uguale attenzione da parte delle sue istituzioni, organi e organismi. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la

Sicché, la nozione di cittadinanza europea, significativamente posta in testa ai principi di vita democratica dell'Unione diventa l'anello di congiunzione tra l'ordine europeo inteso come ordinamento internazionale, vincolato alla logica di interessi generali negoziati diplomaticamente, e l'ordine europeo inteso, invece, come ordinamento costituzionale, vincolato alla logica di interessi comuni deliberati democraticamente.

Ciò detto, a mo' di cornice di riferimento per uno sguardo – in senso globale – al tema, risulta evidente che lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e quello del mercato interno (o mercato unico), essendo riferiti a uno stesso cittadino europeo, si presentano, innanzitutto, come spazi normativi tra loro contigui, anzi, strettamente collegati, su cui l'Unione è chiamata a intervenire, in quanto obiettivi fondamentali della propria azione.

Quale, allora, il senso della priorità, così come appare dal testo del trattato, ivi assegnata all'uno rispetto all'altro? Tanto più, che il motivo del ravvicinamento delle legislazioni nazionali è presente sia nel caso del mercato, che nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. In quest'ultimo essendo altresì affiancato dal motivo o, meglio, dal principio del cosiddetto "mutuo riconoscimento" delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali, che chiama in causa la equivalenza e compatibilità dei diversi sistemi giuridici nazionali, entro un quadro di tradizioni, regole e principi (almeno tendenzialmente) 'comuni' ai Paesi dell'Unione.

In proposito, il punto da sottolineare è che il motivo del ravvicinamento assume un diverso rilievo, nell'uno e nell'altro spazio. Nel senso che tale motivo vi trova giustificazione sulla base di un diverso titolo o, meglio, di un diverso modello di integrazione.

Infatti, il tratto identificativo che più caratterizza in senso 'europeo' lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, è che esso deve essere realizzato «nel rispetto dei diritti fondamentali», nonché nel

---

sostituisce." Per una interpretazione riguardo alle implicazioni di questa norma, v. L. Moccia, *Cittadinanza e democrazia nell'Europa in crisi: quale via all'Unione politica*, in *La cittadinanza europea*, 2/2012, pp. 35 ss.

rispetto «dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri» (art. 67, TFUE).

Pensare in termini di diversità i due spazi normativi, rispettivamente, del mercato interno e della cittadinanza comune (con-cittadinanza) europea, non significa tuttavia pensarli in maniera antagonista o di contraddizione; ma, piuttosto, in maniera complementare. Sul presupposto implicito che il funzionamento del mercato debba rispettare, comunque, i diritti fondamentali. Stante, peraltro, che anche nello spazio-mercato, le diverse tradizioni giuridiche nazionali, possono assumere rilievo in quanto fattori di elaborazione, attraverso l'opera della dottrina e soprattutto la prassi giurisprudenziale, di principi comuni, aventi come tali valore di principi generali dell'ordinamento dell'Unione. A meno di non introdurre – nell'esercizio della competenza attribuita all'Unione, in maniera concorrente, nell'uno come nell'altro caso – una asimmetria incongrua, lesiva della coerenza ed efficacia delle azioni dell'Unione, a cui sono tenute le sue istituzioni (art. 13, TFUE).

E' possibile, a questo, punto riassumere e precisare ulteriormente la nostra argomentazione.

Sembra evidente che lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in quanto spazio di 'cittadinanza comune', assume rilievo giuridico preminente e assorbente rispetto allo stesso spazio, senza frontiere interne, in cui si realizza l'obiettivo del 'mercato interno'.

Si tratterebbe, in sostanza, di due spazi, sebbene non sovrapponibili, tra loro coestensivi, per via del comune denominatore rappresentato dalla cittadinanza europea come forma di soggettività giuridica che completa, aggiungendovisi, la cittadinanza nazionale.

Il senso più autentico di questa coestensione, a rigore, dello spazio di 'mercato' in quello più ampio e complesso di 'libertà, sicurezza e giustizia', in quanto spazio di *cittadinanza comune*, traspare dalla lettura del già ricordato Preambolo della Carta europea dei diritti fondamentali, dove si afferma la centralità della persona per le finalità, le politiche, gli ambiti di competenza e, più in generale, per l'intera azione dell'Unione.

Si tratta di un'affermazione di principio, che bene identifica nella cittadinanza europea il parametro di riferimento dell'articolazione plurale dell'ordinamento: non più confinato entro il proprio territorio, ma aperto allo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, in cui si realizza la *pienezza di soggettività giuridica* dei cittadini dei Paesi membri dell'Unione, in una dimensione, appunto, non più solo nazionale, ma europea.

Di qui scaturisce la nozione unitaria di diritto europeo.

L'ordinamento nazionale, in quanto ordinamento integrato dal diritto dell'Unione, cessa di essere un ordinamento 'chiuso', per aprirsi alla dimensione della partecipazione all'ordine giuridico europeo: dove 'europeo' vuol dire, contemporaneamente, *dell'Unione e della comunità degli ordinamenti* dei Paesi che ne sono membri.

Questa metamorfosi, oramai da tempo in atto (come segnalato in precedenza)<sup>14</sup>, dell'ordinamento nazionale, in quanto ordinamento che diviene 'interno' all'Unione, consiste dunque in ciò che da ordinamento chiuso, entro confini territoriali, esso si trasforma in ordinamento 'aperto' e, quindi, comunicante, nel contesto dell'ordine sovranazionale dell'Europa unita.<sup>15</sup>

L'ordine giuridico europeo è l'ordine in cui si afferma il *principio di legalità* al livello europeo, ovvero una *rule of law* di rango europeo, che (secondo la previsione dell'art. 6 TUE) poggia su tre pilastri:

- la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (Carta di Nizza del 2000);
- la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Convenzione di Roma del 1950);
- le tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri e i principi da esse derivanti in quanto principi generali dell'ordinamento dell'Unione.

---

14. V. *supra*, § 2.1.

15. V. *amplius*, L. Moccia, Diritto europeo, ordinamento aperto e formazione giuridica, in *La cittadinanza europea*, 1/2012, pp. 31 ss.

## 6. RILIEVI FINALI

E' qui, al livello dunque di intersezione tra ordinamento 'costituzionale' dell'Unione, fondato sui tre livelli suddetti di fonti normative (includendovi, ovviamente, i rispettivi ambiti giurisprudenziali) e gli ordinamenti nazionali, nei rapporti con l'Unione e, per suo tramite, tra gli ordinamenti stessi, che si produce il salto di orizzonte semantico, per cui il 'diritto comunitario' - ufficialmente fatto tacere con la soppressione della Comunità Europea e l'integrale sostituzione di quest'ul-tima con l'Unione - cambia pelle, nel nuovo corpo del 'diritto dell'Unione', inteso come esponente forte di un nuovo 'diritto comune europeo', complessivamente inteso.

In questo passaggio, difatti, l'espressione 'diritto europeo' sembra destinata non solo a soppiantare l'espressione 'diritto comunitario', ma ancor più a rappresentare, rispetto a quest'ul-tima, un salto di qualità che corrisponde al superamento della fase 'funzionalista' dell'integrazione economica, verso una fase 'costituzionale' di integrazione normativa, dove spiccano i seguenti elementi, a valore di principi generali dell'ordinamento dell'Unione:

- a) centralità della persona;
- b) modello eu-ropeo di società aperta e inclusiva;
- c) spazio di libertà, sicurezza e giustizia (assorbente e, comunque, prioritario rispetto al mercato interno);
- d) costruzione di un spazio giudiziario europeo, come autentico spazio di giustizia, dove far valere i propri diritti ovunque nell'Unione.

Elementi tutti riferibili, concettualmente, alla *cittadinanza europea*, quale nuovo paradigma di 'cittadinanza plurale'; articolata, cioè, su più piani di effettività tra loro collegati, muovendo dalla dimensione territoriale statale a quella dello spazio comune europeo in cui si esplica l'azione dell'Unione, avente come suo centro di riferimento la 'persona'. Nel quadro di valori e principi, diritti e garanzie giurisdizionali, che riempiono di contenuti normativi e, insieme, definiscono situazioni di soggettività giuridica aventi rilievo diretto nell'ambito dell'ordinamento europeo.



In tal senso, si realizza il passaggio dal *diritto europeo* (già comunitario) *del mercato* a un più strutturato *diritto europeo di cittadinanza*: dove per 'diritto europeo' si può, dunque, intendere un diritto – a valenza innanzitutto costituzionale – *comune* ai cittadini appartenenti ai rispettivi ordinamenti nazionali, in quanto ordinamenti interni 'alla' – e, per certi versi, 'della' – Unione. Rispetto a questi ordinamenti, infatti, l'ordinamento dell'Unione si presenta non come distinto e a sé stante, ma come parte integrante degli stessi. Nel senso di postularne e, insieme, favorirne la convergenza, anzi, l'integrazione entro la sfera d'azione dell'ordinamento dell'Unione; integrazione in un 'comune' ordinamento europeo o, se si preferisce, in un ordinamento europeo di 'diritto comune' ai suoi cittadini, come cittadini dell'Unione stessa.

Sicché, al pari del modello di 'diritto comune' dei secoli passati (in precedenza delineato<sup>16</sup>), che pure trovava nei 'diritti naturali', antesignani dei moderni diritti dell'uomo, oggi divenuti diritti fondamentali della persona, un terreno fertile d'incontro e di dialogo tra giuristi 'liberali'<sup>17</sup>, il nuovo *ius commune* europeo appare destinato a svilupparsi sul terreno soprattutto dei principi e dei valori e, di riflesso, dei diritti fondamentali che ne sono espressione, insieme con i corrispondenti doveri di condotta, sia delle autorità pubbliche che dei soggetti privati, che a tali principi e valori devono commisurarsi.

In definitiva. L'idea di incentrare questo diritto europeo sulla dimensione plurale della 'cittadinanza', insieme nazionale ed europea, invece che su quella unificante del 'mercato', se è vero che può contribuire a un miglior equilibrio tra unità e diversità, consente anche di portare a sintesi le tendenze all'unificazione (uniformazione) e quelle alla conservazione delle diversità e specificità nazionali e locali, secondo un modello di ordinamento integrato 'multi-livello' (locale, nazionale ed europeo). Un modello che, di nuovo, richiama

---

16. V. *supra*, § 2.2.

17. G. Gorla, *Iura naturalia sunt immutabilia. I limiti al potere del Principe nella dottrina e nella giurisprudenza fiorentina fra i secoli XVI e XVIII*, in AA.VV., "Diritto e potere nella storia europea", Firenze, 1982, pp. 629 ss.

quello rappre-sentato dal 'diritto comune' (*ius commune*) in rapporto di com-plementarità (e sussidiarietà) con i 'diritti particolari' (*iura propria*). Come modello che appare adeguato o, comunque, utile a sostenere, nella complessità del fenomeno dell'integra-zione europea, l'esigenza di una maggiore uniformità, quale fattore e condizione di radicamento e sviluppo del fenomeno stesso, al livello sociale e culturale, oltre che giuridico-istitu-zionale.

Una conclusione può essere allora la seguente.

A fronte di società sempre più plurali nella loro articola-zione e composizione. Stante il presupposto – tornato d'attua-lità – del *pluralismo giuridico*, pluralismo delle fonti e, quindi, dei sistemi di regole e corrispondenti livelli di normatività. Se e nella misura in cui è vero che lo scenario che sembra oggi profilarsi all'orizzonte europeo è quello di una perdita di coe-renza e di unità in seno sia agli ordina-menti nazionali che allo stesso ordinamento dell'Unione, a favore di elementi di fram-mentazione e dispersione (e con un rischio inerente di contraddizioni o contrasti), una risposta non può che venire, sul piano in particolare di regole e soluzioni comuni, per via di convergenza di opinioni all'interno di un quadro condiviso di valori e principi, che può trovare il suo punto di forza nella cit-tadinanza dell'Unione come 'cittadinanza delle cittadinanze'<sup>18</sup>.

La riflessione sulla cittadinanza, in quanto struttura por-tante dell'idea stessa di una comunità politica e di diritto a ca-rattere insieme sovra-nazionale e trans-nazionale (ma anche, si potrebbe aggiungere, 'inter-culturale'), può aiutare, dunque, a sviluppare una nozione autentica di 'diritto europeo' comune. Come tale espressione di un'effettiva comunanza di valori, quale terreno solido su cui trovare punti di equilibrio fra l'uni-versale e il particolare, fra ciò che è europeo e ciò che è locale.

Beninteso, alla condizione dell'effettiva realizzazione di un modello europeo di società, aperta e inclusiva, rispettosa di quei valori e principi che fondano il primato del diritto, in specie europeo,

---

18. L. Moccia, *Diritto europeo, ordinamento aperto e formazione giuridica*, cit., p 42.

come contrappeso al potere politico (legislativo e governativo), ma che pure richiedono, oltre all'opera responsabile di giuristi consapevoli del proprio ruolo e, per questo, sempre più europei nella loro formazione e professionalità, la guida e il sostegno di forze politiche e movimenti d'opinione in grado di promuoverne la diffusione e accettazione, per saldare l'intero apparato ordinamentale del diritto europeo su una base di consenso e partecipazione dei cittadini dell'Unione, attraverso le istituzioni rappresentative (il Parlamento europeo), nonché nelle forme partecipative previste dalle "disposizioni relative ai principi democratici" del TUE, che, non a caso si aprono (come già ricordato<sup>19</sup>) con l'esplicito richiamo della (nozione di) 'cittadinanza europea'.

---

19. Supra, testo e nota 12.



## Capítulo XIII

# Giustizia sociale ed economia globalizzata: una riflessione tra ricerca del giusto e ordine-delle-cose

*Luisa Avitabile\**

1. Nell'ambito di una concezione globalizzata della giustizia<sup>1</sup>, conseguente all'attuale sviluppo ipertrofico dell'economia in senso finanziario, sorge la questione del possibile fallimento del concetto di giustizia sociale, intesa come ricerca del giusto e riconoscimento del principio di uguaglianza in una dimensione di cittadinanza quale appartenenza ad un determinato luogo geografico territorialmente definito<sup>2</sup>. Gli interrogativi su una propensione globalizzata delle istituzioni giuridiche – al pari di alcune dimensioni economiche – consentono la selezione di alcuni interrogativi: come si articola al suo interno uno Stato ad estensione mondiale? Regge ancora la denominazione di giustizia sociale in uno Stato universale? E lo Stato globale prevede l'essere cittadini? La possibilità che si realizzi uno Stato universale è una determinazione economica o nasce da istanze giuridiche? In caso positivo, emergono questioni che non si possono considerare certo marginali: quale sarebbe la forma che assume un governo mondiale? Quale efficacia avrebbero i poteri legislativo, giurisdizionale e di polizia? Quali sarebbero le nuove periferie?

---

(\*) Professoressa da Università degli Studi di Roma – La Sapienza.

1. Per un approfondimento cfr. A. HONNETH, *L'idea di socialismo*: un sogno necessario, Milano, 2016; B. ROMANO, *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto*: saggio su diritto e identità, Torino, 2001; A. SEN, *L'idea di giustizia*, Milano, 2011; G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*: l'emergere delle costituzioni civili, Roma, 2005.
2. J.-J. ROUSSEAU, *Origine della disuguaglianza*, Milano, 2015, pp. 68-69.

Potrebbero essere amministrate da un governo centralizzato? Il solo pensiero di essere destinatari di norme uniformi e globali – una giustizia sociale che si trasforma in un legalismo omogeneo – con un potere centralizzato, detentore dell'universalità senza la reciprocità e il riconoscimento (esercitato anche sotto forma di controllo) da parte di altri Stati, che si relazionano allo Stato universale, rischia di deflagrare in una oligarchia, con una direzione che assomiglia più ai regimi totalitari che alle moderne democrazie<sup>3</sup>.

Il pericolo di una soccombenza della visione classica dello Stato legislatore, che riconosce i soggetti destinatari delle norme simili tra loro nella reciprocità e che non si eleva a *princeps legibus solutus*, significherebbe anche l'estinzione di forme di terzietà del diritto, come il giurista ha imparato a conoscerla e ad esercitarla, cercando di non cadere nella sfera della parzialità e dell'interesse personale e funzionale. La relazione del diritto con la politica, che è notoriamente un fenomeno basato sulla pluralità delle opinioni nella libertà del dissenso e della resistenza ad un ordine costituito, anche a matrice tirannica, seppure con limitazioni specifiche e reciproche, pretende un'azione comunicativa<sup>4</sup>.

Nello Stato globale, lo *status* di giustizia rischia di essere declinato secondo la matrice economica che conferma una visibilità prioritaria, corrispondente alla condizione che si può denominare *ordine-delle-cose*<sup>5</sup>, rinviante ad un'omogeneità prospettica che non risponde alla ricerca del giusto sulla base di principi universali, ma ad un particolarismo che si eleva a generalizzazione<sup>6</sup>.

---

3. L. VON MISES, I fallimenti dello Stato interventista, Soveria Mannelli, 2011, p. 311 e ss. Id., *Politica economica*, Macerata, 2007, p. 56; cfr. M. CAPURSO, *La repubblica europea*, Milano, 1979.

4. Nel senso di K. JASPERS, *Filosofia*, II, Torino, 1978.

5. Il riferimento può essere a G. RADBRUCH, *la natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, fasc. III, 1941, pp. 145-156; A. BARATTA, *Natura del fatto e giustizia materiale*, Milano, 1968; W. MAIHOFER, *Die Natur der Sache*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 64, 1958, pp. 145 ss.

6. G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Milano, 2002, pp. 77 e ss.; P. LEGENDRE, *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident*, Paris, 2004, p. 61 e ss.

Come si potrebbero immaginare una legislazione, una giustizia ed una economia universali, in un momento in cui il *prius* è dato dai mercati finanziari? Il diritto, attraverso il concetto di giustizia sociale come ricerca del giusto, risponde a logiche differenti rispetto a quelle politico-economiche.

*Un solo Stato e un solo parlamento* sono ipotesi che contrastano con una prassi giuridica derivante da una pluralità di individui, di patrie, di cosiddetti Stati nazionali costituzionali, limitati nel loro territorio da confini e frontiere che nell'attualità diventano motivo di critica.

Le leggi, sotto forma di aspettative normative, rappresentano la stabilità e la durata delle relazioni giuridiche, la concretezza del ruolo della pena che eleva la libertà a massima universale<sup>7</sup>. Non di libertà assoluta si tratta, ma di libertà in comune, dell'esistere-con-gli-altri nell'articolata esperienza di tutelare il bene proprio, senza ledere quello altrui, che si proietta in un universale antropologico.

Pensare ad una legislazione universale potrebbe far decadere il concetto di cittadino, rappresentandosi non come giustizia sociale, espressione del principio di uguaglianza, ma addirittura come un rovesciamento dissolutorio in cui l'ordine-delle-cose detta il contenuto degli enunciati giuridici.

Preso atto che il progresso informatico porta in una direzione che è quella della globalizzazione, ne deriva che la tecnologia degli ultimi decenni ha avuto il compito, a volte ignorato o insaputo, di unificare sino ad uniformare, anche attraverso una lingua di facile comprensione usata nei commerci e poi acquisita come comunicazione<sup>8</sup>. Si condivide un territorio, quello del *cyberspace*, in una contingenza pressante che assorbe gli altri due versanti della temporalità

---

7. I. KANT, *Il male radicale*, Milano, 2014, p. 81; cfr. P.A.J. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grunbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Aalen, 1966; per l'origine della pena F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, p. 21.

8. Sulla difficoltà a rendere omogeneo il linguaggio vd. W. VON HUMBOLDT, *La diversità delle lingue*, Roma-Bari, 2005, p. 45 e ss.

– passato e futuro – mediati da immagini implementate in un susseguirsi ‘iconografico’ e dromocratico. Non c’è episodio che non passi dalla rete, per essere considerato visibile. Apparentemente la vita è nella visibilità del presente, le immagini sostituiscono le parole, i simboli informatici le emozioni, le interiezioni gli stati d’animo. Ogni umano è per l’altro in una prossimità mediata dai *social*, ognuno è attratto dal perfezionismo dell’immagine. Il realismo, presente in modo solo apparentemente condiviso e ‘comunicato’, non significa che si consideri significativamente l’esperienza di un passato in comune. Nella frammentarietà dei rapporti emerge l’archiviazione del passato che non si proietta – attraverso il presente – in un futuro progettabile.

In questa prospettiva, è difficile intravedere un principio di riconoscimento dell’alterità in condizioni di reciprocità, anzi si agisce – nel diritto e nella politica – sull’onda di un situazionismo immediatamente consumato.

Il differentismo, al contrario dell’uguaglianza, ha una sua presa a livello politico, religioso con forti ricadute sul giuridico indebolito da una messe di provvedimenti transitori che, in modo contingente, rinviando l’applicazione e la concretizzazione del principio di uguaglianza<sup>9</sup>, attraverso punti di fuga fattuali.

Evolve un’implementazione di aggregati che pongono a loro fondamento la regola della violenza mimando la comunità e le forme statali, l’*Isis* ne è un esempio. Di converso, il principio di uguaglianza ha una sua applicazione reale e giusta solo se, radicandosi nella coscienza giuridica di ogni individuo, concepisce la formazione del diritto in una direzione consapevole, altrimenti, attraverso la sola coattività, l’*habitus* giuridico acquista un’estetica puramente formale, perpetrabile anche da gruppi di potere violenti. Coscienza giuridica significa libertà e dunque responsabilità, in una reciprocità determinata dal radicamento del *logos* nel *nomos*<sup>10</sup>. In una visione

9. A. K. SEN, *La disuguaglianza*, Bologna, pp. 181-208; M. DE MONTAIGNE, *Saggi*, I, Milano, 1986, pp. 283-293.

10. B. ROMANO, *Principi generali del diritto*, Torino, 2015, passim.



totalitaria, questa condizione può condurre, mistificata dalla forza o dalla potenza, ad una sorta di neo-nazionalismo o a una rivoluzione permanente orientata da microconflitti geografici.

Nell'attuale globalizzazione economica sembra mancare la consapevole ramificazione in un passato comune, salvacondotto per la costruzione di una cittadinanza globale, a partire da realtà particolari che si estendono a livello macroscopico. Ognuno dovrebbe rinunciare, dopo averla metabolizzata, all'affermazione dell' "autorità della tradizione", salvaguardando il simbolico della storia, da cui la relatività e la propensione ad una comunicazione universale. La storia dell'uomo è qui intesa in senso kantiano: il progetto della storia è l'umanità, una "comunità unita politicamente", permeata dal senso del giuridico.

Contestualmente alla parola, le legislazioni, attraverso il 'dominio dello spirito' opposto all'ordine-delle-cose, dovrebbero articolarsi secondo la fede razionale come fede filosofica non dogmatica<sup>11</sup>, nell'appello all'alterità differente ed uguale.

Il concetto dell'universalizzazione prevede una comunicazione priva di limiti<sup>12</sup>, in una dimensione pratica, ma non prassistica, con l'intento di organizzare non una prestazione isolata ed egolatrica, ma una riflessione non ingenuamente 'ammaliata' dallo statuto tecnico-dromocratico della scienza. E dunque l'unità giuridica dell'umano passa dall'abbandono del particolarismo, dell'etnia, dell'appartenenza in senso stretto e tradizionale, al vivificare, invece, la genesi dei diritti dell'uomo, onde evitare una superficialità priva di coscienza riflessiva, senza la quale non potrebbe esistere la differenza tra giusto e legale e tra giusto e ingiusto. L'universalizzazione senza passato sarebbe talmente radicale da rendere pericolosa l'esistenza stessa dell'umanità e plausibile il suo degrado. Fino a quando si è limitati in un pensiero senza ricerca del vero, del senso, del giusto si è confinati nell'autodistruzione. L'omogeneità e la superficialità limano, fino

---

11. Id., *Orientarsi nel pensiero -Kant- e nelle norme -Gadamer-*, Torino, 2016, p. 91.

12. Cfr. J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 1987.

a rimuoverli, gli ostacoli costituiti dalla diversità, dall'eterogeneità, dalla varietà e dalla pluralità. Se si è convinti che il pensiero e l'esistenza possano continuare, stimulate unicamente dalla tecnologia e per alcuni versi sostituite da essa, allora si è ingannati, perché solo con la reciproca considerazione dei passati – e dunque della storia – dei singoli popoli e delle comunità si può arrivare ad un riconoscimento a statuto globale dei diritti concreti nella loro universalità ed incondizionatezza.

2. Gli attuali Stati si strutturano secondo una conoscenza comune, capace di una narrazione condivisa, in grado di arricchirsi attraverso le personalità filosofiche<sup>13</sup> e di elaborare un pensiero chiarificatore. Le culture hanno come comun denominatore il pensiero giuridico, atto a rivelare le identità delle «differenti origini dell'umanità»<sup>14</sup>. Ma cosa si intende per identità? In uno Stato universale l'identità non coincide certo con i concetti di omogeneità, uniformità e livellamento.

«Un cittadino del mondo, che vive sotto la tirannia di un impero mondiale, e che parla e pensa nel modo di un esaltato esperanto, sarebbe un mostro o un ermafrodito»<sup>15</sup>, ma non è questo che si vuole, il desiderio di giustizia e di comunicazione è proprio di ogni uomo, non è l'uniformità politica, legislativa, giurisdizionale che conduce al riconoscimento universale, piuttosto la coscienza che la molteplicità della diversità come rinvio simbolico ad un'unicità antropologica, priva di pretese dogmatiche, incentrata sulla ricerca del vero per il diritto è ricerca del giusto verso ciò che è universalmente ed essenzialmente riconoscitivo.

Si pone, a questo punto della discussione, un ulteriore interrogativo: cosa significa giustizia sociale in un'economia globalizzata e quale è il ruolo del diritto in un-ordine-delle-cose governato dal mercato?<sup>16</sup>.

---

13. Per un approfondimento, K. JASPERS, *I grandi filosofi*, Milano, 1973, *passim*.

14. H. ARENDT, *Humanitas mundi*, p. 78.

15. *Ivi*, p. 78.

16. B. BABER, *Absolutization of the Market: Some Notes on How We Got from There to Here*, in G. DWORKIN e AL., *Markets and Morals*, Washington, D.C. 1977, p. 15-31.

L'osservazione dell'economia globalizzata e dell'emersione dominante sempre più repentina dei mercati finanziari è sicuramente al vaglio di giuristi, politici, filosofi ed economisti<sup>17</sup> e implica una considerazione critica di Stato universale in una nuova *Weltanschauung*.

Le questioni sono tali da poter affermare che attualmente, in una direttrice che si oppone all'affermazione di diritti universali ed incondizionati, i mercati finanziari possono essere definiti un ordine-delle-cose, dove il diritto è considerato una risultante, in grado di regolare e dare una veste coattiva a quanto viene deciso *altrove*; in questo contesto, con *cose* si intende il mancato disassoggettamento dall'elemento fattuale da parte della ragione e dunque degli esseri razionali. Come se l'uomo non fosse mai uscito dallo 'stato di minorità a lui imputabile'<sup>18</sup>.

Argomentato in questo modo, la locuzione ordine-delle-cose diventa un asse della diseguaglianza legalizzata priva del rinvio a principi universali, attivata e perpetrata dai processi economici che operano attraverso l'interazione fattuale organizzata ed avallata dal diritto.

Nel concetto di ordine-delle-cose è evidente l'assorbimento dei principi universali in una fattualità, fino al consolidamento di una formazione politica universale ed omogenea<sup>19</sup>. Diritto/politica/mercati finanziari è la tricifralità dell'ordine-delle-cose finalizzata a garantire il controllo e la metabolizzazione di una fittizia ricerca del giusto. Il diritto si fa scienza *formale*, abdicando al rinvio al giusto, agli interrogativi sul senso della giuridicità, che, però, viene elaborata con uno spostamento di piano, tramite un rinvio orizzontale alla

---

17. Vedi anche E. T. A. HOFFMANN, *Des Vettters Eckfenster*, in *Werke*, Bd. 12, Berlin-Leipzig, o. J., p. 142-164; N. LUHMANN, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1994, p. 97; M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana: da individui a persone*, Bologna, 2008.

18. I. KANT, *Risposta alla domanda che cos'è l'illuminismo?*, in *Stato di diritto e società civile*, cit., p. 153.

19. Cfr. A. KOJÈVE, *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano, 1989.

politica e ai poteri che, a loro volta, invece di farsi carico dei reali problemi del sociale, ambiscono ad entrare nei ruoli del giuridico per organizzare funzionalmente la gestione di domini specifici – legislativo e giurisdizionale. Se del diritto rimane l'*habitus* del potere, della politica residua la competizione e l'appartenenza ad una fazione che archivia completamente il senso della *polis*, alimentando una prassi sempre più camaleontica. Entrambe le dimensioni sono attraversate dalle tecnicità delle operazioni economico-contabili, anche perché sia l'una che l'altra affrontano costi che, reiterati, diventano cospicui. Così, un'economia invisibile, che imposta l'ordine-delle-cose, diventa la regina delle felicità e dei dolori, della pace e della guerra, della crisi e della stabilità, della ricchezza e della povertà. Per operare coattivamente si serve delle norme, non più della giuridicità, ma delle formule modellate sulla base di una *Grundnorm* specializzata e burocratizzata<sup>20</sup>, ed articola, in modo funzionale, la selezione dei materiali da ascrivere alla dimensione del diritto. E se l'ingiustizia sociale, la pretesa dei diritti, la rivendicazione del principio di uguaglianza è motivo di lotta, nella proiezione alla globalizzazione si pensa a stimare i costi della concessione di diritti, considerabili in una dimensione di cittadinanza globale, alla quale è sotteso l'universale umano. Il rischio è quello di ridurre le singole Costituzioni ad un'unica *Grundnorm* che, se non universalizzata, mira a regolamentare i rapporti di una parte del pianeta. Emerge una prospettiva di blocchi di *Grundnorm* contrapposti che convergono verso un'estensione globale, tecnicamente modellata dall'economia in direzione di un ordine-delle-cose omogeneo, corrispondente alla forza vincente.

La tricifralità, secondo le evoluzioni descritte, si identifica con una tipologia ordinativa delle cose dove la ricerca del giusto non è considerata *a priori*, individuato nel principio di uguaglianza, affinché il versante economico, vale a dire il mercato<sup>21</sup>, non sia il significante principale, la direttrice tendente ad uno *status* più esteso, a

---

20. M. WEBER, *Parlamento e governo*, Roma-Bari, 2002, p. 23 e p. 25.

21. ID., *La borsa*, Milano, 1985, p. 59 e p. 101 e ss.; N. LUHMANN, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, cit., p. 215 e ss.

sua volta, differenziato attraverso una serie di funzioni. Le questioni possono essere affrontate sulla base di alcune prospettive che implicano anche il lato sociologico<sup>22</sup>.

Cosa significa 'ordine-delle-cose' non è di facile ermeneusi: si potrebbe immaginare una fisica del mercato, governato da un sistema onnicomprensivo dove vengono messi allo stesso livello elementi di diversa derivazione –giuridico, economico e politico, morale e religioso. Lo stesso ordinamento giuridico, diventando duttile all'ordine-delle-cose, alimenta una deriva di acquiescenza della ricerca del giusto al significante principale.

Per esplicitarlo al meglio, ci si potrebbe appellare a principi che fungono da guida per stabilire in modo più analitico cosa si intenda per Stato universale. Si può partire dall'analisi della differenziazione fenomenologica e guardare ad un sistema difficilmente assoggettabile quale la libertà di espressione di pensiero e 'di penna' che sembrano solo apparentemente presenti anche in situazioni di assoggettamento.

Ordine-delle-cose equivale a fattuale sistema-di-universale- dipendenza che però, in questo caso, non assume il versante positivo della giustizia sociale e del bene comune, ma il polo negativo del *dominium*, attraverso la penuria dei beni e la proliferazione dei bisogni, incentivata dal consumismo e dall'azione dei nuovi mezzi di comunicazione informatici.

Concepire il mercato come fenomeno prevalente, o come microfenomeno subordinato ad una sistematica universale a statuto finanziario, pone al diritto difficoltà reali insolubili e la apparentemente obsoleta differenza tra avere e non-avere, tra forma e contenuto, tra vecchio e nuovo, tra estraneo e cittadino si ridurrebbe ad una binarietà codicistica in cui proliferano le dicotomie, al solo

---

22. E. HOPPMANN, *Über Funktionsprinzipien und Funktionsbedingungen des Marktsystems*, in L. WEGEHENKEL, *Marktwirtschaft und Umwelt*, Tübingen 1981, p.219-235; H. BIERMANN, *Der Markt als ergodisch-kybernetisches System*, in F.-X.BEA/A. BOHNET/H.KLIMESCH (ed.), *Systemmodelle: Anwendungsmöglichkeiten des systemtheoretischen Ansatzes*, München 1979, p. 211-270.

scopo di alimentare l'ordine-delle-cose. Che fine farebbero ipotesi come diritti umani, Stato di diritto, diritto al lavoro, dignità umana, bene comune?

Fino a quando gli studi hanno assunto un modello di riferimento era più semplice definire l'ordine-delle-cose, ma ormai le varie teorie pretendono di dare risposte in una sorta di politeismo consumistico, comprendendo anche il destino del capitale umano. Quale dunque il nuovo modello di riferimento? Quali le ultime programmazioni da recepire? Il ruolo della tecnica non può essere considerato residuale o marginale, ma il giurista ha il dovere di considerare prioritario lo statuto antropologico del diritto, nella sua sottesa ricerca del senso delle norme senza ovviare agli interrogativi problematizzanti; la scienza giuridica non avrebbe senso se non coadiuvata dall'azione della riflessione e del pensiero, perché qualunque lavoro di tecnica giuridica presuppone una ricerca, un metodo e una logica, così *l'a priori* dell'attività giuridica è il riconoscimento di un *sensu al diritto*<sup>23</sup>.

La definizione di diritto come ordine-delle-cose non esclude che le situazioni si determinino "per caso", o caso per caso, in modo assolutamente contingente, con ricadute rischiose nell'istituzione delle norme.

**3.** Non si tratta di comprendere se in questo ordine-delle-cose il mercato aspiri all'universale. La questione riguarda piuttosto qual è il riferimento di questo stato di cose, un altro ordine-delle-cose oppure un principio? L'uomo o il potere espresso da alcuni di loro nell'appartenenza a gruppi di potere che alimentano la potenza finanziaria? Sembra che attualmente ogni giurista, ogni economista, ogni politico sia immerso nella contingenza della salvezza dalla

---

23. M. WEBER, *La scienza come professione*, cit., p. 103, a proposito della giurisprudenza sottolinea che «stabilisce ciò che vale secondo le regole del pensiero giuridico, che in parte segue una logica stringente, in parte è vincolato a schemi di matrice convenzionale. Essa stabilisce dunque *quando* si considerano obbligatorie determinate regole del diritto e determinati metodi per la loro interpretazione. Non risponde alla domanda *se* vi debba essere un diritto, *se* siano proprio queste le regole da emanare».

responsabilità, una sorta di deresponsabilizzazione deviante allo scopo di archiviare l'umano come riferimento. Permangono formule del tipo: sfruttamento, perdita del lavoro, decrescita economica a favore di una crescita qualitativa, diritti umani, persona, crisi finanziaria e crisi dell'economia reale, burocratizzazione della vita etc., con riferimento a concetti solo apparentemente nuovi che sembrano rinviare alla profondità dell'essere umano, ma che sono considerati dal mercato chiaramente obsoleti e sovrachianti. In realtà, il contenuto di potere dell'ordine-delle-cose ha un suo riferimento, la sua *élite* sono gli indicatori, le società di *rating*, quindi una sorta di *ego* che risponde a determinati modelli teorici, nella varietà degli orientamenti delle dottrine e dei paradigmi comportamentali, semplificate nella prassi dalla contingenza della potenza finanziaria.

Ma la giuridicità, nella sua 'differenza nomologica di diritto e norme', non si limita mai a prendere atto di un ordine-delle-cose; le questioni iscritte nella testualità giuridica veicolano una critica radicale alla sottomissione ad un'ordine-delle-cose, che prevede una mera analisi descrittiva, guadagnando un terreno speculativo nel guardare all'umano nella sua dimensione di libertà a-sistemica e di diritti universali ed incondizionati.

Da questa complicazione, che si oppone all'asservimento della legalità all'ordine-delle-cose dei mercati, emergono delle criticità per il solo fatto che la differenza è applicata non semplicisticamente, come nel caso delle teorie sociologiche sistemico-funzionali, alla distinzione sistema/ambiente<sup>24</sup>, ma al problema della qualità dei contenuti delle norme e della relazioni interpersonali. La discussione su ordine-delle-cose, differenziazione sistemica, funzionalità, tecnicità, obiettivi programmatici soddisfano la fame previsionale dei mercati finanziari, ma non quel *minimum* giuridico che ha come obiettivo la garanzia della libertà dell'individuo, in un ordine che sia di uguaglianza nella differenza<sup>25</sup> e che permetta di agire senza mistificare.

---

24. Per un approfondimento M. RIDLEY, *Il gene agile. La nuova alleanza fra eredità e ambiente*, in part. Milano, 2005, pp. 320-321.

25. N. LUHMANN, *Sistemi sociali*, Bologna, 1990, p.88.

Da una prima sommaria possibilità di riepilogo, ordine-delle-cose significa reiterazione di uno schema ripetitivo, che attribuisce una sicurezza paradigmatica e una sua *auctoritas*, dettata dalla circostanza dogmatica di un imperativo categorico determinista<sup>26</sup>: *così è!*

Ne risulta un ordine esterno che condiziona, determinandolo, quello interno, dei singoli frammenti esistenti e fluttuanti all'interno dell'ordine-delle-cose che – a questo punto – si presenta come modello specifico che serve ad addomesticare l'umano e a piegarlo a volontà che si affermano in modo determinante e orientante.

L'ordine-delle-cose emerge come paradigma egolatrico per ridurre un'apparente complessità, per affermare *la* direzione, appellandosi ad un ordine oggettivo non veicolato da volontà e pensiero, ma da fattualità e gerarchia. Privo di responsabilità ed imputabilità, esclude il gratuito e l'impersonale, perché è di natura dogmatica.

L'essere umano non segue solo un ordine-delle-cose, ognuno tenta di affermarsi secondo una ricerca del senso condivisa che implica il giuridico, l'economico, il politico, il finanziario, il religioso, il morale etc., a seconda della differenza che porta a relativizzarsi rispetto alla massima universale rappresentata dalla libertà-con<sup>27</sup> e non da un anestetico referente consumistico.

Si potrebbe confermare criticamente che, a seconda dell'ordine-delle-cose che si impone, si determina una consequenzialità logica.

In sintesi l'ordine-delle-cose è la *Grundnorm*, smitizzabile dalla *Urnorm*<sup>28</sup> che si attesta non come ordine-delle-cose, ma come scelta delle libertà per il bene comune. L'interrezza del vivere umano, per quanto possa essere semplificato, viene sempre visto come unità, nella sua complessità.

---

26. D.D.DENNETT, *L'evoluzione della libertà*, Milano, 2004, p. 125.

27. I. KANT, *Che cosa significa orientarsi nel pensiero?*, Milano, 2015, pp. 48-49.

28. E. HUSSERL, *Meditazioni cartesiane*, Milano, 1994, p. 144; cfr. M. THEUNISSEN, *Der Andere*, Berlin, 1997, pp. 141-151.



Ecco perché, pur descrivendolo come ordine-delle-cose, è determinato da un numero di variabili che risiedono in forze contrapposte, intraprendenti, per cui tra più ordini-delle-cose emerge quello più forte. I teorici, che intendono confermare un ordine-delle-cose come sistema di universale dipendenza, travalicano la manchevolezza dell'*homo juridicus* ed anelano ad un'opera di perfezionamento specificamente utilitaristico<sup>29</sup>. Si tratta di un'unità composta da un ordine-delle-cose e non della *cosa*, perché nel primo caso si tratterebbe di un'anticipazione della volontà di potenza, nel secondo di un settore specifico quale quello giuridico, politico o economico.

Il discorso sino a qui condotto si può fare sulla base di una critica all'ordine-delle-cose e solo a partire dal suo interno, senza una tale premessa sarebbe impossibile comprendere la metodologia che conduce ad ulteriori differenziazioni, solo a partire da questi pochi punti si può arrivare a definire la situazione di uno stato di fatto che si vuole assumere come incontrovertibile (ordine-delle-cose) e che si trasforma in punto centrale del *dominium* per giungere a delle riduzioni con le quali può cominciare quell'azione che determina il riferimento a sé di tutti i fenomeni. In questo modo, il diritto non è considerato che un oggetto determinato dall'ordine-delle-cose e sul quale è possibile esprimersi, attraverso una mediazione linguistica, *logos* mistificato. Il diritto, inteso come autentica ricerca del giusto, organizza, ma soprattutto scopre, la mistificazione dell'ordine-delle-cose, al di là del quale può osservarsi<sup>30</sup>, senza il filtro dell'opportunità contingente. Questo significa che può astrarsi e osservare quel che l'uomo istituisce in qualità di diritto positivo, solo criticando l'ordine-delle-cose per uscire da quello stato di minorità di cui discute Kant.

Nel momento in cui l'ordine-delle-cose viene scoperto come mistificazione del giusto, allora il giurista ripristina nella legalità un rinvio simbolico. "Oggettivare" il diritto utilizzando metodi

---

29. A. SEN, *Il tenore di vita*, Venezia, p. 46 e ss.

30. G. GÜNTHER, *Cybernetic Ontology and Transjunctional Operations*, in ID., *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*, vol.1, Hamburg 1976, p. 249-328.

scientifici, significherebbe incorrere in perdite nella realtà, che l'ordine-delle-cose non è in grado di controllare, il che equivale a dire che si afferma un diritto funzionale, mentre quel che aiuta a scoprire la mistificazione è proprio la questione della differenziazione giusto/ingiusto-legale/non-legale. Nell'ordine-delle-cose il diritto è un'unità che osserva se stessa, in quanto coincide pienamente con la legalità<sup>31</sup>. La questione del legale, nell'ordine-delle-cose, riguarda un sistema politeista centripeto, che ha per ogni centro un ordine-di-cose diverso e simultaneamente il medesimo, come 'eterno ritorno dell'uguale'.

4. Seguendo un'evoluzione a partire dall'ordine-delle-cose, il concetto di diritto perde il suo versante della ricerca del giusto, sia ideale che reale. Per un ordine-delle-cose complesso autoreferenziale si chiarifica in modo piano che la programmazione diventa deterministica. Quindi, o si programma con riferimento autoreferenziale deterministico o si sceglie il piano della libertà, esprimendo in questo modo un contrasto differenziante tra diritto e ricerca del giusto, legalità e giuridicità.

A questo punto, se si accetta il primo versante, diventa superfluo il concetto di giusto, e questo restituisce un aspetto diverso della giuridicità, della differenziazione funzionale. Se si sceglie il secondo si rompe la catena dell'autoreferenzialità imposta dal dominio della forza del più forte in cui si afferma l'ordine-delle-cose.

Le complicazioni di una tale analisi policentrica conducono a forzare l'ordine-delle-cose come scientificizzazione del diritto e portano ad una prima considerazione che tratta il paradosso in cui potrebbe cadere il diritto.

Con esso si deve intendere che ogni ricorso all'ordine-delle-cose mira all'espulsione della libertà e della scelta, si può reagire a questo attraverso una sorta di *mano invisibile*. Questo significa che al posto della differenziazione tra piani ci sarebbe l'invisibilizzazione dell'ordine-delle-cose, il paradosso emerge nel momento in cui si

---

31. M. POLANY, *The Logic of Liberty: Reflections and Rejoinders*, London 1951, p. 170 ss.

permane solo nell'ordine-delle-cose, senza transitare al non-ordine-delle-cose.

Consiste che un ordine-delle-cose venga assunto concettualmente come idea e come prassi, in cui il diritto occulta la differenza tra decisioni sulle qualità e sulla quantità, perciò non può evitare scelte tragiche – secondo il lessico di Calabresi e Bobbitt – cioè decisioni che hanno come effetto la mancanza di responsabilità in quanto producono deresponsabilizzazione e, effettuate sulla base del diritto vigente<sup>32</sup>, riconducono ad un modello che rende possibile riprodurre e distribuire decisioni sempre orientate alla quantità, dettata dai mercati finanziari, e non alla qualità dettate dalla ricerca di un giusto che non sia opportunisticamente contingente, con il rischio di istituire norme ingiuste legali, provocando ingiustizia sociale. Il che accade sia per la distribuzione-concessione di diritti che per l'allocazione delle risorse. Ogni situazione, qualsiasi circostanza può essere decisa solo in base al sistema di universale dipendenza dettato dall'ordine-delle-cose, in cui l'economia si identifica con il concetto di mercati finanziari e il diritto come risposta al loro sovrastare. Il piano che si vede con chiarezza è rappresentato da: ordine-delle-cose = unità-totalità e il resto – il non-ordine-delle-cose – come differenza che partecipa della totalità anche in qualità di momento escludente presente solo in modalità formale. In realtà, si tratta della stessa cosa, il potere lo rende individuabile, l'assoggettamento all'ordine-delle-cose lo rende possibile.

5. Molto spesso ci si trova di fronte ad affermazioni del tipo: la gerarchia temporale rappresenta 'il giusto', l'attualità non si può modificare, è impossibile criticare chi accentra il potere, etc. A queste dichiarazioni sono collegate affermazioni e orientamenti politici di formazione strettamente pragmatica che sotto il profilo della relazione giuridica non lasciano spazio alla libertà. Rimane oscura quale sia lo statuto che porti ad una stretta identificazione della condizione privilegiata di pochi con quella dei principi generali a propensione universale.

---

32. G. CALABRESI/PH. BOBBITT, *Tragic Choices*, New York 1978, p.19.

Si pone immediatamente all'attenzione che – anche minacciate dall'affermazione dell'ordine-delle-cose – la libertà, l'uguaglianza, la decisione non hanno un loro *status* di perfezione in soggetti di diritto onniscienti, poiché l'orientamento al giusto è esposto sempre alla libertà della parola esercitata dall'essere umano, al riconoscimento della dignità dell'uomo, altrimenti la sua stessa ricerca sarebbe impossibile. Non solo, ma dal punto di vista pedagogico riproduce un effetto speculare per cui se *ego* si comporta in un certo modo lo farà anche *alter*, in una sorta di prossimità che prima è empatico-biologica e poi scelta, ecco perché la libertà e la ricerca del giusto non possono essere rappresentate come ordine-delle-cose, non possono trasformarsi in imperativi per l'azione, ma avviano un lento processo di acquisizione della consapevolezza.

La 'ricerca del giusto' non può essere voluto da un singolo, da un *élite*, da un gruppo, da un orientamento ideologico, ma, convergendo verso l'istituzione delle diritto, è condivisa.

Se si immagina che l'ordine-delle-cose sia il sistema di universale dipendenza del diritto e delle condotte, la procedura per una globalizzazione della giustizia in uno Stato universale, può condurre addirittura ad una riformulazione del principio di libertà e di uguaglianza. Nel principio di uguaglianza è peculiare l'imprescindibilità della posizione dei soggetti, della loro responsabilità che trova concretezza nell'applicazione del principio di equità, perché compartecipi del bene comune, in quanto gli interessi giuridici non hanno a che fare solo con la dimensione del privato, ma con il bene pubblico.

Nella globalizzazione, l'*affaire* giuridico è strettamente connesso al mercato dove vige necessariamente l'ordine-delle-cose, chi più ha più investe, a differenza della dimensione giuridica che non prevede un'azione libera in senso assoluto, ma coordinata con le altrui libertà. Certo non si può tener conto della singolarità in modo eccentrico, rivolgersi unicamente ad un *ego* onnisciente o ad un *alter* dominante, altrimenti si neutralizza il problema della relazione di riconoscimento e/o di esclusione alle quali si dovrebbe a questo punto rispondere con un "sì" o con un "no", declinato dall'ordine-delle-cose. La dimensione sociale giuridica strutturata sulla base della

questione della ricerca del giusto marca un orientamento di finalità, Simmel lo indica con «orientamento diretto verso la cosa»<sup>33</sup>. Nel caso in questione, l'ordine-delle-cose si presenta come un *pater familias* con uno sguardo rivolto al dissenso che cerca di minimizzare e controllare attraverso l'interazione, l'inclusione, prendendo sempre come punto di riferimento il pubblico, così che il discorso privato diventi pubblico in senso ampio. In modo più o meno interattivo i gruppi promotori dell'ordine-delle-cose cercano di stabilire un'identità corporativa comune che li riconduca alla via degli enunciati sotto forma di slogan: diritti umani, principio di uguaglianza, pari opportunità, valorizzazione delle differenze, dignità umana sono solo alcuni degli spot che si pronunciano e che non vedono una reale acquisizione delle cosiddette politiche sociali e legislative in grado di riempire qualitativamente le forme di contenuti significativi.

Chi gestisce l'ordine-delle-cose non elimina le differenze ma le enfatizza, allo scopo di esercitare un potere della differenza e dell'interazione, si deve osservare anche che qualunque cambiamento organizzativo va di pari passo con il mutamento relazionale orientato ad una quantità dal contenuto indifferente, piuttosto che alla sua qualità, quindi si dovrà aspettare che l'ordine-delle-cose orienti persone e situazioni ad un mutamento qualitativo programmatico autoreferenziale, con esclusione della discussione sui contenuti relazionali dettati dalla libertà e coadiuvati dal concetto di scelta.

6. Nella possibile costruzione di uno Stato universale, l'orientamento in direzione dell'ordine-delle-cose diventa una formula praticabile con un suo *Ordnung* nel procacciamento di informazioni che fanno ricorso ad un processo di interazione semplificato dalla presenza dei cosiddetti *social network*.

Per quanto riguarda la questione antropologica, l'uomo è un cittadino nel senso che ha diritti riconosciuti dal suo paese, ma l'essere cittadino è un universale che appartiene, dopo una certa epoca, all'essere umano. La realizzazione di un uno Stato mondiale può

---

33. G. SIMMEL, *Sociologia*, Milano, 1989, p.244.

essere considerata implicita nel diritto e nei cosiddetti diritti di cittadinanza.

La questione cosmopolitica di Kant se in un primo momento è da temere, perché una sola forza dotata delle prerogative della sovranità che eserciti il suo *dominium* sull'intero pianeta significherebbe anche monopolio della violenza, senza i limiti costituiti dalla presenza di altri poteri sovrani. In un secondo momento, fa emergere l'idea di giustizia dalle pluralità e dalle diversità: relazione nelle differenze. E se si diventa cittadini di un paese è anche vero che diritti e doveri sono sempre ipotesi in relazioni e quindi il loro esercizio è subordinato alla comune convivenza: «la filosofia può immaginare la terra come la patria del genere umano» è l'ipotesi di Kant, dove la giustizia sarebbe dunque una legge unica «non scritta eterna e valida per chiunque»<sup>34</sup>, ma nella fisiologica divergenza tra diritto e politica, parafrasando la Arendt, si potrebbe dire che sì è la filosofia ad avere un'idea di patria, ma anche la politica che ha attenzione agli uomini fa tesoro delle loro molte storie peculiari. Se diritto, politica, economia sono attualmente considerati tre dimensioni intersoggettive, capaci di sovvertire una oligarchica volontà di potenza dettata dall'ordine-delle-cose dei mercati finanziari, la filosofia dovrebbe portare ad una riflessione profonda sulla capacità dell'uomo di istituire norme giuste<sup>35</sup>.

Le leggi sono recinti, gabbie? O rappresentano lo stato più profondo e significativo dell'uomo che non può ovviare al concetto di giuridicità e alla presenza dell'altro? Quando Kant parla della cosmopolitica contestualmente esprime gli elementi per una cosmogiuridicità, lasciando una scia di critiche e di perplessità sulla praticabilità di un pangiuridismo universale concreto.

7. Dopo questi argomenti si può guardare alla giuridicità in modo più accurato, determinato dalla circostanza che è possibile un

---

34. H. ARENDT, *Humanitas mundi*, cit., p. 70

35. Si veda G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei 'delitti di Stato' nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001, pp. 85-119

orientamento nel quale si guardi alle leggi in connessione con l'economia in una sistema che non sia determinato da un ordine-delle-cose. Il pericolo dell'ordine-delle-cose è quello di poter essere *identificato* e contemporaneamente assunto in modo coattivo da tutti.

È dunque una riformulazione, una operazionalizzazione dell'imposizione, del mondo naturale, dell'inclinazione naturale, di quello che successivamente in ogni uomo viene definito carattere e che acquista vigore nel diritto attraverso la forza per poter intervenire sulla diversità in modo selettivo. Si identifica un ordine-delle-cose, lo si assume sotto forma di massima generale, il che non significa necessariamente coazione evidente e non presuppone che esso sia fissato a prescindere dalle singolarità particolari. Si possono immaginare una varietà di ordini delle cose, tanti quanti sono gli uomini, archiviando e obliando in questo modo la questione della libertà, sul presupposto di *una* determinata volontà, discorso unidirezionale, monologante

Per questo l'ordine-delle-cose rende, comunque, possibile una differenziazione dal non-ordine-delle-cose, se si fanno dei calcoli dal punto di vista dell'ordine-delle-cose essi attengono alla questione non irrilevante del consenso e i partecipanti potrebbero cominciare a fare resistenza, sottraendosi al calcolo, come nel caso della libertà di parola, della dialettica nelle comunità, degli obiettivi di un progetto, della ricerca del giusto, etc<sup>36</sup>.

Come componenti di un ordine-delle-cose si è subordinati ad una serie di programmi condizionali con l'attivazione di strategie attraverso un sistema di comunicazione. La libertà non è l'unico punto di vista per rendere osservabile l'ordine-delle-cose. Non tutte le decisioni nell'ordine-delle-cose si orientano prevalentemente alla negazione della libertà<sup>37</sup>.

---

36. G. ELWERT, *Die Verflechtung von Produktionen: Nachgedanken zur Wirtschaftsanthropologie*, in E. W. MÜLLER e al. (ed.), *Ethnologie als Sozialwissenschaft*, Sonderheft 26/1984 del 'Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie', Opladen 1984, p.379-402.

37. L. M. FRIEDMAN, *La società orizzontale*, Bologna, 2002, p. 43 e ss.

L'ordine-delle-cose esiste come *status* proprio, determinando le operazioni, anche quelle dialogiche, in modo autoreferenziale. Sono assenti punti per ricostituire una situazione che abbia le caratteristiche umane dell'interazione simbolica, ridotte ad una interazione funzionale determinata dallo stato di potere che crea una linea gerarchica, con una uniformità di comportamenti dall'alto al basso, ma anche viceversa dal basso all'alto in una formazione piramidale rovesciata.

Si crea una forte illusione che abbraccia anche la dimensione del giuridico e cioè che ancora qualcosa possa essere modificato in virtù di una ricerca costante che determina nell'uomo l'ansia di giustizia, sopita da momenti che non permettono di differenziare tra giusto e ingiusto, uniformando il tutto all'ordine-delle-cose.

L'illusione che ancora qualcosa possa essere cambiato all'insegna di quel che Kant definisce 'libertà di penna' o libertà di espressione prodromi per lo Stato di diritto.

Il bisogno primordiale dell'ordine-delle-cose non ha limiti. Sia la sua sopravvalutazione che la sua sottovalutazione si possono difficilmente controllare. Anche se la libertà non si può addomesticare in direzione di un ordine-delle-cose che è tale in quanto ogni parziale elemento funziona in relazione alla disponibilità di potere, e in base a quello che effettuano le strategie comunicazionali nel veicolare tanto il vero che il falso.

Che vi possa essere un'identificazione tra l'ordine-delle-cose, il vero, il reale e la giustizia sociale, mediato dallo strapotere dei mercati, e in particolare dei mercati finanziari, è una delle condizioni che si osservano nella costruzione di un'economia globalizzata. Le prospettive delle operazioni autoreferenziali non danno adito ad aperture e a possibilità di integrazione simbolica, ma solo fattuale. Su questa base si forma un'auto-osservazione perché oggetto dell'ordine-delle-cose è sempre un'operazione a statuto autoreferenziale, in linea con la conservazione del potere, a statuto corporativistico. In questo modo, si può arrivare ad una teorizzazione dell'unità dell'ordine-delle-cose, ma non ad una sua problematizzazione. Una tale indicazione descrive, senza porre in questione il disagio di coloro che



pretendono giuridicamente il rispetto dei propri diritti, spostando l'asse dell'osservazione verso il piano politico o morale o religioso, e depurando il diritto dalle connessioni con l'essere umano in carne ed ossa.

Così, i luoghi del diritto, che notoriamente sono il parlamento e i tribunali, diventano puri. La riduzione del diritto alla purezza dell'ordine-delle-cose algoritmico porta ad una epurazione dei giuristi, stabilendo un procedere sistemico di natura puramente tecnica<sup>38</sup>, dove il diritto stesso, alla stregua della finanza, diventa una questione di élite.

I diritti umani vengono visti come ultimi superstiti di un linguaggio esoterico che, in un orizzonte privo di ogni critica, alimenta una opacità misteriosa che solo il tecnico sembrerebbe poter risolvere<sup>39</sup>. Diventando inutile la differenziazione tra teoria e prassi, si afferma il livello pratico che non assolve a nessun rinvio<sup>40</sup>.

Parcelle, arbitrati, negoziazioni, tecnicismi, proliferazioni legislative, norme che rinviano ad altre regole in un continuo combinato disposto e in una pluralità di direzioni della dottrina, della giurisdizione e della legislazione formano il terreno di coltura dell'ordine-delle-cose. Così si tenta di ridurre ad uno stato descrittivo-cognitivo quella prima ansia di giustizia che, da Socrate in poi, disturba i puristi del diritto<sup>41</sup>.

---

38. Per una critica, M. WEBER, *La scienza come professione*, Milano, 1977, p. 103.

39. *Ivi*, p. 99 e s.

40. I. KANT, *Sul detto comune: 'ciò può esser giusto in teoria, ma non vale per la prassi'*, in *Stato di diritto e società civile*, Roma, 2015, pp. 189-204.

41. N. LUHMANN, *Osservazioni sul moderno*, Roma, 2006, p. 132-133; G. RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, Torino, 1959, p. 97; cfr. A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile*, Milano, 1991.



Capítulo XIV

# Precedentes e jurisprudência: uma interpretação à luz do Código de Processo Civil de 2015

*Luiz Carlos Souza Vasconcelos\**

*Ricardo Maurício Freire Soares\*\**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Diferença entre texto e norma na aplicabilidade do Direito; 3 A sistematização da interpretação jurídica; 4 Precedente e Jurisprudência: delimitação conceitual, distinções, *ratio decidendi* e técnicas de revisão; 5 Conclusão; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a interpretação jurídica na ótica de diversos autores e sua relação com o sistema de precedentes, mostrando os pontos mais relevantes do tema, os quais trouxeram fortes contribuições para a sistematização em torno das teorias interpretativas em ascendente discussão.

---

(\*) Mestre em Direito Público Processual (UFBA). Doutorando em Direito Público (UFBA). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil pela Universidade Estácio de Sá (RJ). Professor Universitário. Membro da Academia de Letras Jurídicas do Sul da Bahia. Diretor da Justiça Federal de Itabuna-BA. Contato eletrônico: lulavasconcelos1@hotmail.com

(\*\*) Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito (Especialização/Mestrado/Doutorado) da UFBA. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. Contato eletrônico: ric.maurício@ig.com.br.

O tema é relevante, sem dúvidas, na construção da teoria do direito aplicada à contemporaneidade.

Iniciar-se-á este trabalho com uma breve diferença entre texto e norma, passando-se para a importância hermenêutica, procurando estabelecer uma distinção entre esta e a interpretação.

É sabido que toda norma jurídica é alvo de ser interpretada, quer seja o ato normativo escrito (seu foco mais abrangente), quer seja a decisão formada em juízo, também o direito relativo aos costumes ou a um tratado de ordem internacional. Isso é necessário para se aclarar o verdadeiro sentido e alcance do texto normativo.

A interpretação tem a responsabilidade de criar a norma e a seu respectivo evoluir. Todo ato legal pode ser interpretado e a hermenêutica processual tem, nesse interim, importância maior ao próprio processo legislativo, haja vista que será através da interpretação legal, a qual levará ao encadeamento da aplicação e inserção dentro de um contexto de fato específico, sendo ideal a toda uma realidade e os valores daí consequentes.

As normas representam o significado tirado de uma ou mais disposições legais ou de atos normativos, de conformidade com o trabalho do intérprete na ocasião da aplicação. Por isso, a norma traduz-se no resultado desse exercício interpretativo.

Cabe ao juiz ou Tribunal a incumbência de interpretar a norma jurídica para decidir um caso concreto e, a partir daí, extrair o precedente que vai gerir os casos análogos posteriores.

Um dos avanços do Código de Processo Civil/2015 vem a ser o encadeamento dogmático de um sistema de precedentes obrigatórios. A igualdade, a coesão, a segurança jurídica e a previsibilidade dos decisórios jurisdicionais revelam as principais motivações para a implementação desse sistema. Na tradição jurídica do *civil law*, a exemplo do ordenamento brasileiro, em que há a preponderância das leis, sendo fontes primárias do direito, também existe campo para os precedentes judiciais.

Tratar-se-á da dinâmica do precedente, demonstrando as diferenças entre precedente, jurisprudência, súmulas e decisões judiciais, com apresentação das técnicas de distinção e superação.

Não se tem pretensão de exaurir os assuntos aqui tratados, e muito menos de abordar todos os tópicos abrangidos pelo tema. Como o próprio título indica, pretende-se apenas falar em linhas gerais, tratando dos assuntos que se entendem ser mais pertinentes.

## **2. DIFERENÇA ENTRE TEXTO E NORMA NA APLICABILIDADE DO DIREITO**

Começa-se o presente estudo abordando a clássica distinção entre texto e norma, muito bem descrita por Humberto Ávila. Isso porque, ao longo do texto, ver-se-á que interpretar é compreender o significado da norma jurídica vertida em um texto. Daí que definir um e outro tornam-se relevantes à sistematização das ideias aqui apresentadas.

Afirma Humberto Ávila que texto e norma são coisas distintas. Texto é o dispositivo legal, o escrito, a proposição, ao passo que norma é o sentido construído a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Nessa ótica, há texto (dispositivo) sem norma e norma sem texto. Não há correspondência biunívoca entre texto e norma. Pode-se ter norma sem texto, como se dá com o princípio da segurança jurídica; texto sem norma, como o preâmbulo da Constituição Federal que invoca a proteção de Deus, duas normas derivadas de um único texto e dois textos para uma norma. Em suma, não há relação biunívoca entre texto e norma, o que atesta a necessidade de se entender claramente a sua distinção<sup>1</sup>.

Eros Grau<sup>2</sup>, ao distinguir norma de texto, conclui que a ação de interpretar é um processo intelectual, através do qual, originando-se de fórmulas linguísticas encontradas nos atos normativos (disposições, textos, prescrições), chega-se à determinação de seu teor normativo. A norma é feita pelo intérprete, a partir dos enunciados, desvincilhando-se de seu invólucro (o texto), produzindo-se, assim, a regra normativa.

- 
1. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30-34
  2. GRAU, Eros. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 84-89

Müller<sup>3</sup> informa a diferença entre norma e texto, afirmando que ambos não são sinônimos, como quer acreditar a teoria conservadora. Texto, no seu entender, é apenas a ponta do *iceberg*, diferente de norma que é todo o volume oculto que dá base àquele texto. Encontrar esse volume e suas várias maneiras possíveis de interpretação é o trabalho do intérprete, que alcançará no texto a forma que limita as possibilidades de realização material do arcabouço constitucional.

A propósito, Müller<sup>4</sup> esclarece que a Teoria estruturante do Direito trata de uma nova concepção da teoria do direito, resultando um conceito pós-positivista da norma jurídica, sendo que esta não se acha já acabada nos textos legais, uma vez que nestes se encontram os enunciados normativos. A norma só será editada em cada caso concreto, através de uma decisão judicial.

Nas palavras de Marcos de Aguiar Villas Boas<sup>5</sup>, define-se que:

A norma jurídica é o resultado da atividade de construção de sentidos por parte do operador do direito. Os signos colocados no texto, nos enunciados, servem de base para que o intérprete construa significações, para que ele molde a norma a ser aplicada. Os textos, de uma forma geral, não revelam sentidos prontos e acabados. Os textos são suportes para a construção de sentidos. Não é diferente com os textos jurídicos, também chamados de direito positivo, textos positivados, enunciados prescritivos etc.

Texto, assim, é o enunciado linguístico, o comando normativo dotado de signos, o qual produzirá efeitos se e quando ocorrer a hipótese de fato prevista no texto. Ocorrida esta, deverá surgir a norma jurídica que irá ter incidência na situação fática relacionada. O texto seria, nesse contexto, a norma jurídica geral e abstrata. A norma jurídica, em sentido estrito, seria aquela individual e concreta, que conforma o fato verificado.

- 
3. MÜLLER, F. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53-54
  4. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, P.305.
  5. BOAS, Marcos de Aguiar Villas. **A Interpretação, a Aplicação e a Argumentação Jurídica**. Livro Metodologia da Pesquisa em Direito da UFBA, Salvador, v. II, p. 389.

Como se sabe, o Direito não existe por si só. Ele subsiste na sociedade. A sua causa encontra-se nas relações vitais, nos acontecimentos mais consideráveis para a vida em sociedade. Esta é fonte que cria e local onde o Direito age, seu foco de afluência. O Direito visa a regulamentar as relações intersubjetivas, dando-lhes segurança, estabilidade e previsibilidade.

Ao existir em função da sociedade, o Direito reflete os fatos sociais, que representam, segundo Émile Durkheim<sup>6</sup>, “maneiras de agir, de pensar e de sentir exteriores ao indivíduo e dotadas de um poder coercivo em virtude do qual se lhe impõem”. O Direito, como meio de ajuste social, não pode conduzir-se alheio a esses fatos. As normas jurídicas devem se encontrar em conformidade com as manifestações do povo.

A conduta humana no meio social é o objeto das normas jurídicas. As normas regulamentam as relações na sociedade. Os comportamentos intersubjetivos são uma constante preocupação da linguagem normativa, em seus diferentes compartimentos. As relações sociais trabalham de forma dinâmica provocando uma semiose constantemente. Os intérpretes das normas verificam se as condutas sociais coincidem com as referências inseridas nas proposições chamadas antecedentes das normas jurídicas. Quando a subsunção acontece, fala-se que ocorreu a incidência da norma.

Segundo o entendimento de Paulo de Barros Carvalho<sup>7</sup>,

A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos de direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos. [...] A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito. Basta isso para nos advertir que um único texto pode originar significações diferentes, consoante as diversas

- 
6. DURKHEIM, Émile. **As regras do Método Sociológico**. Tradução Martin Claret, 2006, p. 33.
  7. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

noções que o sujeito cognoscente tenha dos termos empregados pelo legislador.

Em uma determinada ordem jurídica, a linguagem que informa a respeito do que se está falando é a do fato jurídico, sendo tal linguagem com aptidão para instituir os fatos sociais em jurídicos.

Norberto Bobbio<sup>8</sup>, assim se manifesta:

Quando dizemos que uma norma jurídica é uma proposição, queremos dizer que é um conjunto de palavras que têm um significado. [...] a mesma proposição normativa pode ser formulada com enunciados diversos. O que interessa ao jurista, quando interpreta uma lei, é o seu significado. Como uma proposição em geral pode ter um significado, mas ser falsa, também uma proposição normativa pode ter um significado e ser – não digamos falsa – mas, [...], inválida ou injusta. Também para as proposições normativas, o critério de significância pelo qual se distinguem as proposições propriamente ditas de um conjunto de palavras sem significados se diferencia do critério de verdade ou validade, pelo qual se distinguem proposições verdadeiras e válidas de proposições falsas ou inválidas.

Essa distinção é importante para a interpretação jurídica visto que esta, de modo singelo, nada mais é do que uma compreensão do significado dos textos, que na sua corporificação transforma-se em norma jurídica. Ou seja, o intérprete alcança o sentido do texto transformando-o em norma na sua atividade compreensiva de identificação do significado de algo.

Assim, dada a amplitude dos fatos postos à frente do exegeta, a interpretação geralmente é feita de modo a selecionar todos os fatos que dizem respeito à norma que será analisada. O intérprete não trabalha com fatos brutos, mas construídos. E a sua construção está pautada em determinados parâmetros.

Importante aqui a distinção de Jürgen Habermas<sup>9</sup> entre fatos e objetos da experiência. Os fatos seriam os enunciados linguísticos

- 
8. BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 4 ed. Revista, 2008, p.74.
  9. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. Madrid: Ediciones Catedra, 1994, p. 117.



sobre as coisas e os acontecimentos, sobre as pessoas e suas manifestações. Os objetos da experiência são aquilo acerca do que fazemos afirmações, aquilo sobre que emitimos enunciados.

A construção desses fatos (através de segmentos linguísticos) com sentido completo pressupõe um processo seletivo, com a eleição dos traços julgados mais relevantes para a identificação do objeto da experiência, refletindo não o real, mas um ponto de vista sobre o real<sup>10</sup>.

A importância dos fatos para a interpretação foi muito bem sentida por Pontes de Miranda ao afirmar que o suporte factual que está no mundo “[...] não entra [...], todo ele. [...] despe-se de aparências, de circunstâncias, de que o direito abstraiu; e outras vezes se veste de aparências, de formalismo, ficando estranhas a ele, para poder entrar no mundo jurídico”<sup>11</sup>. No ponto, arremata Arthur Kaufmann<sup>12</sup>: “não se interpreta a norma e depois o fato, mas o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente”.

Não há uma interpretação dos textos com posterior interpretação dos fatos, numa operação equivocada de subsunção. No ponto, a observação de Eros Grau é meritória<sup>13</sup>:

O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação [Gadamer]. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação [Mar]. Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário [Gadamer], superpondo-se.

Mas não fica apenas aqui a interpretação, numa mera compreensão dos textos e dos fatos. Vai além, pois, partindo-se dessa

---

10. CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 92.

11. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Vol. I. 1954, p. 20.

12. Apud ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 99.

13. GRAU, Eros, op.cit., p. 10.

correlação, constrói normas que devem ser ponderadas para a solução de casos concretos e finda-se com uma determinada solução presente geralmente numa decisão judicial, que dita o direito. Daí afirmar-se, em suma, que direito não é problema apenas de interpretação, mas de qualificação, de relevância e de prova. No entanto, na esteira deste trabalho, ater-se-á apenas ao problema da interpretação.

Diante do apresentado, pode-se afirmar que a interpretação do direito tem caráter constitutivo e não meramente declaratório. É dizer, a interpretação não pode ser considerada como uma mera descrição do significado de um texto mesclado com um fato, mas uma construção, ainda que atrelada a uma moldura previamente fixada pelo direito, até porque todo texto possui traços de significado mínimos incorporados ao uso da linguagem, de modo que não se pode deles afastar-se completamente. Logo, o intérprete está sempre reconstruindo sentidos, consistindo nesse reconstruir o sentido de interpretação.

Nesse ponto, a posição interpretativa de Hans Kelsen assume coró quando afirma inexistir uma única resposta correta<sup>14</sup>, uma vez que a atuação do intérprete se dá sempre diante de um plexo de opções, de modo que a escolhida seja a mais suportada pelo direito ou a mais adequada, no dizer igual de Karl Larenz.<sup>15</sup>

Por isso afirma-se que interpretar é escolher um entre várias interpretações possíveis, podendo a interpretação eleita nem sempre ser a mais correta, na visão de quem a analisa, até porque a ideia abstrata do justo não comporta uma única solução.

A solução dada pelo direito é sempre dinâmica, até porque o direito, na visão de Eros Grau<sup>16</sup>,

---

14. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 396

15. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 4. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

16. GRAU, Eros, op. cit., p. 59.

[...] é um organismo vivo, peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo.

E aqui a peculiaridade da interpretação, pois sempre se adapta à realidade e aos seus conflitos, corroborando a tese acima de que não existe a única solução plausível, mas uma mais consentânea com a realidade dos fatos e das normas, aliada a uma conjuntura de fatores que interferem na interpretação e na construção do direito.

Por fim, João Pedro Gebran Neto<sup>17</sup> arremata:

Dessa distinção entre texto e norma sobressai a figura do intérprete, a quem cumpre fazer a ponte entre esses dois elos. O papel do intérprete é de suma importância, porquanto poderá formular a norma segundo a carga de conhecimento, de cultura, de vivência e, até mesmo, da ideologia que professe. Não se está dizendo, com isso, que tenha absoluta liberdade para declarar a norma, a ponto de poder até mesmo negá-la, mas que, com base nas limitações do próprio texto e do sistema, poderá realizar, em cada texto em forma de crisálida, a metamorfose da norma, tal qual a da borboleta.

Tal atividade é por demais relevante no Direito, porque as palavras não são geralmente evidentes, unívocas, mas, na sua maioria, plurissignificativas, de modo que requerem sempre uma interpretação, não apenas pela sua ambivalência, mas porque são construídas e reconstruídas no emaranhado dos fatos que o direito visa a ordenar, de modo a existir uma relação constitutiva de sentidos à medida em que se interpreta os fatos.

### 3. A SISTEMATIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

A hermenêutica jurídica é uma disciplina de real importância e interessa àqueles que se proponham a entrar no mundo do Direito, uma vez que a aplicação das normas jurídicas não prescinde da interpretação.

---

17. GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 67

A palavra hermenêutica provém do grego, *Hermeneúein*, e significa revelar, traduzir, compreender e interpretar, e deriva de *Hermes*, deus da mitologia grega, filho de Zeus e de Maia, considerado o intérprete da vontade divina, o qual tinha a incumbência de levar as mensagens dos deuses aos homens, esclarecendo-as, fazendo o papel de intérprete. Habitando a terra, era um deus próximo à humanidade, o melhor amigo dos homens.

Trata-se da ciência que estabelece as regras e os métodos que servirão de uso na interpretação da norma, objetivando determinar-lhe o sentido real esperado pelo ordenamento jurídico em que se encontra incluída tal norma jurídica.

A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o exame das normas prescritivas (regras e princípios) do Direito, estabelecendo seu sentido e alcance<sup>18</sup>.

A hermenêutica é o caminho, o elo que traz coesão e que faculta o processo de comunicação entre a lei e o intérprete.

Nas palavras de Celso Bastos<sup>19</sup>, a hermenêutica trata de conjunto de regras sobre regras jurídicas, de seu alcance, sua validade, investigando sua origem e seu desenvolvimento, preordenando-se a uma atividade ulterior de aplicação, existindo autonomamente do uso que depois se vai fazer deles. Conclui afirmando que a hermenêutica é a responsável pelo fornecimento de subsídios e de regras utilizados na atividade interpretativa.

A definição de hermenêutica foi assim delineada por Vicente Raó<sup>20</sup>,

A hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes,

- 
18. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
  19. BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. ver. amp. São Paulo: Celso Bastos, Editor, 2002, p. 33-34.
  20. RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952, v.2, p. 542,

que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.

No mundo jurídico, hermenêutica e interpretação são exemplos de entrelaçamento entre aplicações e princípios. Enquanto que a hermenêutica tem base teórica e constitui princípios, mecanismos, preceitos, informação geral, a interpretação é prática, aplicando tais orientações. Não são semelhantes tais conceitos, apesar de muito frequentemente o uso indiscriminado de ambos. A interpretação utiliza-se dos ensinamentos da hermenêutica. A hermenêutica tem como foco o estudo e a sistematização de critérios aplicáveis na interpretação das regras legais.

Afirma-se metaforicamente que interpretação e hermenêutica reproduzem as duas faces de uma mesma moeda, pois embora distintos os conceitos, acham-se interligadas.

Gadamer<sup>21</sup> retoma a ideia circular de Heidegger do processo de entendimento em geral, para narrar o modelo de que a Hermenêutica Jurídica se socorre no que tange à interpretação e aplicação de textos normativos vinculadores, o denominado círculo hermenêutico:

Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.

---

21. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma Hermenêutica filosófica. 8. Ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2007, p. 356

Assim, os estudos da hermenêutica levam a compreender a diferença entre norma e texto, sendo aquela resultante da interpretação deste, bem como permite diferenciar interpretação de aplicação. Quanto à diferença entre os primeiros, passou-se de uma concepção objetivista, que encarava a norma como alguma coisa extraída do texto, em seu estado pronto e acabado, para uma concepção subjetivista, onde é imprescindível o papel do intérprete na feitura da norma jurídica, que não é tirada simplesmente, mas moldada pelo sujeito.

Mesmo que o texto não apresente dúvidas de qualquer espécie, é necessária a atividade interpretativa por outras razões. Ao intérprete cabe ser a ponte entre o que está para ser interpretado (aquilo que é objeto da interpretação) e os destinatários da referida interpretação.

Mas o que significa interpretar algo?

Interpretar é a ação de esclarecer o sentido de alguma coisa. É tornar claro o significado de uma enunciação verbal, de um gesto ou postura. Busca-se o sentido real das coisas e para tanto o sujeito se esmera em diversos recursos, observa os elementos, recorre aos conhecimentos da lógica, da área psicológica e de definições técnicas, com o objetivo de revelar a mensagem.

O intérprete decodifica, percorrendo contrariamente à via seguida pelo codificador. Trata-se a interpretação de um ato de inteligência, conhecimento da realidade e sensibilidade.

No entendimento de Paulo Nader<sup>22</sup>, para a formação do intérprete é exigível algumas qualidades como conhecimento técnico, probidade, serenidade, equilíbrio e diligência. O autor continua explicando:

Além dessas qualidades, o intérprete deve possuir curiosidade científica, interesse sempre renovado em conhecer os problemas jurídicos e os fenômenos sociais. Precisa estar em

---

22. NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 262.

permanente vigília, atento à evolução do Direito e dos fatos sociais. Deve ser um pesquisador, pois ninguém conhece o suficiente, em termos de ciência. Não se deve prender definitivamente a velhas concepções. O intérprete necessita de um espírito sempre aberto, preparado para ceder diante de novas evidências. O conhecimento do Direito é essencial, bem como o da organização social, com seus problemas e características.

O labor hermenêutico deve encontrar-se o mínimo possível sujeito à ideia ou ao capricho pessoal daquele que interpreta, fixando nos métodos e em julgamentos objetivos o mecanismo de superação dessas mudanças individuais do intérprete.

Por outro lado, o processo de feitura das normas resulta na interferência criadora, valendo-se de princípios gerais ou de fatos retirados da realidade para complementar e desenvolver dados normativos primários, visando a obter uma norma decisória do caso concreto.

Segundo o pensamento de João Pedro Gebran Neto<sup>23</sup>,

É imprescindível que se reconheça a existência de limites para a atividade interpretativa, e eles são fundamentalmente dois:

- a) a realidade fática, porque não há como modificá-la, devendo o intérprete reconhecer essa limitação como forma de fazer uma interpretação possível e adequada;
- b) o princípio da legalidade, impondo o respeito ao próprio texto constitucional e estabelecendo segurança aos cidadãos.

O intérprete, ao declarar o sentido dos textos da área jurídica, não se atém à vontade do legislador, pois a dinâmica da vida desafia a necessidade de se ajustar as velhas concepções aos tempos modernos.

Não é demais falar que o Direito é comunicação na sociedade, obra do homem, que procura manifestar ideias em palavras, visando a tornarem-se significativas, sujeitando-se a diversas compreensões e sentidos.

---

23. GEBRAN NETO, João Pedro, op. cit., p. 71.

Nesse sentido, Ricardo Maurício Freire Soares<sup>24</sup> quando enuncia que “[...] todo objeto hermenêutico é uma mensagem promanada de um emissor para um conjunto de receptores ou destinatários.”

Importante ponto a assinalar é se existe um método interpretativo de modo a guiar o jurista a agir com segurança toda vez que se põe frente a uma situação que demande habilidades interpretativas. De outro modo, como a norma é destinada a todos, por seu cunho de generalidade, lógico reconhecer que todos precisam necessariamente interpretá-las.

Uma das finalidades consiste também em evitar o decisionismo, muito claro no AgReg em ERESP nº 279.889-AL, onde o Min. Humberto Gomes de Barros pronuncia:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investida obriga-me a pensar que assim seja.

O exegeta pode chegar a três caminhos diferentes (quanto ao resultado), depois da interpretação das expressões jurídicas, a saber:

---

24. SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33.



- a) Interpretação Declarativa, em que as palavras são dosadas com adaptação aos sentidos que a lei deseja imprimir. As palavras dizem, com exatidão, o espírito da lei;
- b) Interpretação Restritiva, quando o legislador não andou bem ao formular o ato normativo, falando mais do que queria dizer, devendo o intérprete eliminar a amplitude dos vocábulos; e
- c) Interpretação Extensiva, onde o legislador utilizou-se com erro dos termos, dizendo menos do que desejava declarar, permitindo ao intérprete alargar o foco de incidência normativa, com referência aos seus termos.

Continuando, *quanto à fonte*, a interpretação do Direito pode se dá de três formas: autêntica, doutrinária e judicial.

A interpretação autêntica, costumada a chamar também de legislativa, que é a oriunda do próprio poder com competência para a produção do ato interpretado, ou seja, emanando-se do Executivo, por decreto ou medida provisória, essa interpretação será a que for feita por um novo decreto ou medida provisória, dando esclarecimentos sobre o teor do ato editado anteriormente.

Se o ato objeto da interpretação foi uma lei, caberá à casa legislativa a explicação. Procedendo-se dessa maneira, há a retroatividade ao começo de vigência do conteúdo interpretado. Caso tenham ocorrido modificações no texto anterior, estas não poderão ser empregadas de forma retroativa, com exceção de situações já estipuladas em nosso ordenamento. Sobre isso, já se posicionou o Pleno do Supremo Tribunal Federal<sup>25</sup>:

É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. As leis interpretativas – desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo – não traduzem usurpação

---

25. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Revista de Jurisprudência**, 145/463.

das atribuições institucionais do judiciário e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder. Mesmo as leis interpretativas, expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional.

A interpretação doutrinária é aquela encontrada em obras científicas, em tratados qualificados, em pareceres de juristas e em livros de mestres do Direito.

Paulo Bonavides<sup>26</sup> assenta, citando Kelsen:

Caso se compreenda por 'interpretação' a averiguação do sentido da norma aplicável, o produto dessa atividade não pode ser outro senão a identificação do quadro que a norma, objeto da interpretação, representa, e com isso o reconhecimento de várias possibilidades contidas no interior desse quadro. A interpretação de uma lei não deve conduzir, de necessidade, a uma só decisão certa, mas possivelmente a várias. E todas, desde que se possam aferir pela norma a interpretar, são de igual valia, posto que apenas uma, no ato da decisão judicial, venha a positivar-se.

A interpretação judicial, também chamada jurisprudencial, é aquela feita pelos juízes ou tribunais. O juiz declara o sentido e o limite contidos na norma, dando aos textos sob exame interpretação atualizada, proibindo-lhe mudar o critério do legislador pelo seu individual. Nesse ponto, segundo o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira<sup>27</sup>, do Superior Tribunal de Justiça, assim diz "Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando *contra legem*, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum."

O trabalho exegético deve considerar todo o acervo normativo que diz respeito a um assunto. Considera-se anticientífico o procedimento feito pelo intérprete, ausente a visão do conjunto de lei e

---

26. BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p.367

27. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, nº 26, p. 384.

de outros dispositivos legais referentes à matéria, ao interpretar artigos de forma isolada, correndo o risco de auferir resultados não verdadeiros.

Na hermenêutica moderna, o elemento teleológico exerce um papel de grande importância. Sabe-se que tudo o que o ser humano faz é em função de um objetivo a ser atingido. O texto legal é criação humana e está nela contida uma ideia de fim a ser buscado. Esse elemento investiga os fins que a lei busca alcançar. Os interesses da sociedade a proteger, dar inspiração na elaboração dos textos legislativos.

Nesse sentido, corrobora Paulo Nader<sup>28</sup>:

*A ideia do fim não é imutável. O fim não é aquele pensado pelo legislador; é o fim que está implícito na mensagem da lei. Como esta deve acompanhar as necessidades sociais, cumpre ao intérprete revelar os novos fins que a lei tem por missão garantir. Esta evolução de finalidade não significa ação discricionária do intérprete. Este, no afã de compatibilizar o texto com as exigências atuais, apenas atualiza o que está implícito nos princípios legais. O intérprete não age *contra legem*, nem subjetivamente. De um lado tem as coordenadas da lei e, de outro, o novo quadro social e o seu trabalho se desenvolve no sentido de harmonizar os velhos princípios aos novos fatos.*

No ato de interpretar procura-se tornar vivos os fins que ocasionaram a edição da lei, revelando a *mens legis*.

Com o desenvolvimento da teoria da interpretação, demonstrou-se o papel do intérprete, o qual deve valorar e decidir, escolhendo entre uma das respostas interpretativas possíveis.

A norma não vem antes da interpretação, mas decorre desta, sendo edificada a começar dos elementos contidos no texto da lei e de toda a ordem jurídica.

Tem as Supremas Cortes (STF e STJ) o poder de dar sentido ao direito, desvendando a interpretação certa do texto da lei, sendo que

---

28. NADER, Paulo, Op. cit., p. 280.

as suas decisões devem ser legitimadas por fundamentos racionais aceitáveis por toda a comunidade jurídica e pela sociedade. Nesse sentido, o direito passa a ser interpretação e exercício argumentativo.

No momento em que as decisões dessas Cortes informam o sentido ao direito, otimizando-se a sua estabilidade e previsibilidade, tutelam-se a igualdade e a segurança jurídica, elaborando, assim, o precedente judicial, com a outorga de unidade ao ordenamento jurídico.

#### **4. PRECEDENTE E JURISPRUDÊNCIA: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL, DISTINÇÕES, RATIO DECIDENDI E TÉCNICAS DE REVISÃO**

É certo que os sistemas do *commom law* e *civil law* nasceram em meio a situações políticas e culturais diferenciadas, ocasionando o surgimento de tradições jurídicas distintas, caracterizadas por elementos específicos de cada um.

A tradição jurídica do *civil law*, com forte influência da Revolução Francesa, descaracterizou-se com a evolução da sociedade. O magistrado, baseado na corrente positivista, antes vetado de interpretar a legislação, foi aos poucos trazendo para si essa função interpretativa, principalmente com as novas definições de direito e da jurisdição, fundamentado pelas ideias do neoconstitucionalismo.

Com o neoconstitucionalismo e a atividade do juiz por meio de efetivação das regras abertas originou-se um modelo de magistrado mais atento com o controle da constitucionalidade das leis no caso concreto e com a concretização dos direitos fundamentais. O princípio da legalidade, antes com fundamentação apenas formal, passa a ter uma configuração material, com aderência ao conteúdo da legislação. A lei deve ser aplicada em conformidade com os direitos fundamentais. Essa função exercitada pelo juiz muito se confunde com o modelo do julgador da tradição do *common law*, a exemplo do direito estadunidense e inglês.

Necessário entender que a segurança jurídica, muito forte no *civil law* por conta da estrita aplicabilidade da lei, não tem como se afastar do sistema de precedentes, onde casos iguais devem ser julgados do mesmo modo, dando racionalidade ao direito. Esse sistema não é restrito ao desenvolvimento do direito do *common law*. O poder dos precedentes obrigatórios é importante para manter coesão ao sistema jurídico, a isonomia, a estabilidade, a previsibilidade e a efetividade das decisões das Cortes Supremas.

O precedente obrigatório dar orientação aos jurisdicionados, informando-lhes como devem se conduzir, além de dar-lhes a previsibilidade sobre as decisões judiciais, enaltecendo o princípio da segurança jurídica e a igualdade perante a lei.

A jurisdição, antes com a sua característica declaratória da vontade da lei, destina-se agora a levar o julgador a conformar todo o ordenamento jurídico aos direitos previstos na Constituição, fazendo valer a sua força normativa. Acrescenta-se que o magistrado não pode agir como um simples servo do Poder Legislativo. Sua função judicial vai muito além, devendo adaptar as regras e os princípios às realidades sociais, com uma interpretação condizente com um modelo de efetivação concreta dos direitos.

Luiz Guilherme Marinoni<sup>29</sup> nesse mesmo sentido acentua:

A dificuldade em ver o papel do juiz sob o constitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. Ora, é exatamente a cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*.

O que pode variar entre os dois sistemas é a importância que se confere à legislação codificada e a atividade que o magistrado leva em conta ao interpretá-la. O juiz tem a incumbência de preservar a coerência do direito e de manter o respeito e a credibilidade do Judiciário perante a sociedade. Ele não soluciona o caso para si, mas

---

29. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 60.

para o cidadão, que ali aporta sua demanda. O julgamento do juiz de piso deve respeitar a autoridade das decisões judiciais das cortes de vértice.

O juiz brasileiro, de primeira instância, ao resolver os casos concretos, tem o poder de vetar a lei que está em desconformidade com a Constituição, na sua função de controle da constitucionalidade das leis. A última e definitiva palavra cabe ao Supremo Tribunal Federal, guardião do texto constitucional. Isso o diferencia de muitos países da Europa Continental, em que tal atribuição não é conferida ao juiz ordinário.

Interessante registrar que o Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº 13.105/15) traz a tônica de respeitabilidade aos precedentes e uniformização de sua jurisprudência, de forma a racionalizar o sistema judicial, a partir da leitura e interpretação dos artigos 926 e 927 do CPC.

O CPC/2015 titubeia na utilização corrente de termos como “precedente”, “jurisprudência” e “súmula”, de forma atécnica e inadequada, por vezes. Há uma diferenciação entre essas expressões.

Inicia-se por definir o que seja um precedente. Trata-se de uma decisão judicial, prolatada em um processo prévio, que servirá como alicerce para formação de outro pronunciamento jurisdicional, que vem a ser posteriormente proferido. A decisão anterior que serviu de base é considerada um precedente.

Justifica-se também que uma decisão pronunciada por um tribunal, nem sempre se considera um precedente. A resposta estatal deve transcender o caso particular, devendo gerar efeitos normativos para frente em casos análogos. Deve proporcionar um conteúdo com a característica de universalização e de dizer uma regra jurídica.

Hermes Zaneti Jr<sup>30</sup> assim propõe:

Os precedentes [...] não se confundem também com as decisões judiciais. Isso porque as decisões judiciais, mesmo que

---

30. ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 328-329.

exaradas pelos tribunais superiores ou Cortes Supremas, poderão não constituir precedentes. Neste sentido, duas razões podem ser indicadas para que nem toda decisão judicial seja um precedente:

- a) não será precedente a decisão que aplicar lei não-objeto de controvérsia, ou seja, a decisão que apenas refletir a interpretação dada a uma norma legal vinculativa pela própria força da lei não gera um precedente, pois a regra legal é uma razão determinativa, e não depende da força do precedente para ser vinculativa;
- b) a decisão pode citar uma decisão anterior, sem fazer qualquer especificação nova ao caso e, portanto, a vinculação decorre do precedente anterior, do caso-precedente, e não da decisão presente no caso-atual [...] Assim como, não será precedente, a decisão que apenas se limitar a indicar a subsunção de fatos ao texto legal, sem apresentar conteúdo interpretativo relevante para o caso-atual e para os casos-futuros.

O precedente constitui a decisão primeira que formaliza a tese/fundamentação jurídica, delineando-a de forma definitiva, tornando-a clara. Os precedentes devem ser considerados fonte primária do direito, com caráter vinculativo.

A forma de decisão a partir de precedentes, utilizando-os como fundamentos argumentativos, constitui alicerce das tradições jurídicas anglo-saxônicas, com adesão ao sistema do *common law*. No caso brasileiro, tem-se um sistema híbrido, com a feitura de decisões judiciais baseadas em precedentes, com adaptação ao ordenamento previsto no *civil law*. O Brasil é historicamente arraigado ao sistema jurídico romano-germânico, com feição de *civil law*.

O ordenamento jurídico brasileiro tem conhecimento de duas formas de precedentes (vinculantes e não vinculantes, estes últimos também conhecidos como persuasivos). Os primeiros prestam-se a garantir que casos similares tenham julgamentos iguais, com eficácia vinculativa, dando vazão aos princípios da igualdade e da segurança jurídica, como antes falado.

Ressalta-se o aspecto caracterizador do precedente, de roupagem grandemente coercitiva, extraindo-se daí o *stare decisis*, dando

a conotação de que a decisão antecedente cria o direito, impondo aos juízes a obrigação de conduzir-se, nos casos posteriores, observando os julgamentos já prolatados em situações pretéritas parecidas.

Sendo precedente persuasivo, nenhum juiz tem a obrigação de segui-lo, não tendo eficácia vinculante. Se utiliza-o como precedente é porque convenceu-se de que está correto para o caso sob análise. Quanto maior hierarquicamente o órgão prolator da decisão, mais elevado será o seu poder persuasivo.

Para compreender melhor o sistema de precedentes, necessário estabelecer uma diferenciação entre estes e a jurisprudência, aqui exemplificando o artigo 926 do CPC “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Conceitua-se jurisprudência como várias decisões judiciais, prolatadas pelos tribunais, sobre um determinado tipo de questão, no mesmo sentido. Ela é constituída por precedentes vinculantes e de persuasão, que são empregados como fundamentação jurídica em outros feitos, e também formada de simples decisões reiteradas.

O precedente é objetivo, pois se reporta a uma decisão que vai servir de suporte para decisão de outras ações. A jurisprudência, no entanto, ela tem um caráter abstrato, não estando configurada de modo objetivo em julgamento algum, pois extraída da interpretação e aplicação pelo Tribunal de uma similar matéria jurídica, de forma majoritária em relação ao seu entendimento.

Nesse sentido, constata-se uma diferença quantitativa importante entre os dois institutos. O precedente trata-se de uma decisão judicial, que foi prolatada em um caso, servindo de diretriz para casos análogos futuros. A jurisprudência, de outro modo, trata-se de uma gama reiterada de decisões judiciais, com um entendimento linear e constante sobre determinado tipo de matéria, dando azo a demonstrar o pensamento do Tribunal sobre a interpretação da norma jurídica.

A jurisprudência dos tribunais necessita ter os seguintes caracteres, na forma do art. 926, do CPC: estabilidade, integridade e coerência.



Com o requisito da estabilidade, visa-se a impedir que os tribunais decidam de qualquer jeito, abandonando ou alterando sem qualquer fundamentação plausível suas decisões anteriores e consolidadas sobre determinada matéria, sob pena de ferir os princípios da segurança jurídica e da isonomia. O tribunal deve respeitar a sua jurisprudência, os seus precedentes. Isso não quer dizer que essa jurisprudência não possa ser alterada. Caso não se ajuste mais à realidade social e com a exigência de uma fundamentação adequada, pode ocorrer a sua modificação, na forma do art. 927, § 4º, do CPC.

O pressuposto da integridade diz respeito à historicidade das decisões prolatadas pelo Tribunal referente a mesma questão jurídica, considerando-se todas as razões não acolhidas e aceitas na interpretação e aplicação dos julgados que envolvem a mesma matéria.

A coerência relaciona-se com o tratamento isonômico que é exigido na resolução de casos análogos, de forma a impedir os tribunais de decidirem de forma contraditória às decisões que antecederam, com exceção das técnicas de distinção ou superação dos precedentes dispostas no art. 489, § 1º, VI, do CPC. Há uma obrigação de respeito aos próprios precedentes.

A jurisprudência predominante pode ser transformada em um enunciado de súmula, tradicionalmente chamada de súmulas, que é o resultado de um precedente que se constituiu em uma jurisprudência majoritária, ou seja, é uma síntese da jurisprudência que predomina no Tribunal. Adquire o nome de súmulas por advir de um órgão fracionário de determinada Corte. O Tribunal, ao verificar já ter constituído um entendimento majoritário, firme e constante acerca de uma certa matéria jurídica, formaliza essa construção mediante um verbete de súmula (art. 926, § 1º, CPC), materializando objetivamente a jurisprudência dominante naquele sentido.

Não se permite informar apenas o enunciado da súmula, mas de igual modo as decisões judiciais oriundas dos processos em que tal assunto foi discutido e decidido (referência aos precedentes anteriores), possibilitando o conhecimento das circunstâncias que conduziram à construção daquele verbete e as razões jurídicas que alicerçaram tal entendimento. Esse requisito está disposto no art. 926, §

2º, do CPC, que diz: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Somente dessa forma haverá a possibilidade de se demonstrar o alcance certo da norma jurídica que se pretendeu arrematar no enunciado sumular.

Cumpre registrar que os Regimentos Internos dos Tribunais devem prever um procedimento para construção de súmulas, bem como a sua alteração e eventual cancelamento, com a previsão de realização de audiências públicas e intervenção do *amicus curiae*, de forma que haja o contraditório substancial a respeito da rediscussão da regra jurídica firmada, nos termos do art. 927, § 2º, do CPC.

Sem o desejo de aprofundar sobre o assunto, forçoso determinar a diferença entre súmula vinculante e demais enunciados de súmulas das Cortes.

A súmula vinculante está prevista no art. 103-A, da Constituição Federal, dando legitimidade ao Supremo Tribunal Federal, de ofício ou a requerimento, para aprovar súmulas que terão efeito vinculante aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nos âmbitos federal, estadual, municipal e distrital, de forma que esses entes judiciários e administrativos não podem decidir em desconformidade com as referidas súmulas. São, pois, de aplicação obrigatória, não podendo deixar de aplicá-las e decidir de forma desigual.

Tais súmulas vinculantes devem preencher alguns requisitos dispostos na Constituição (art. 103-A, § 1º), tais como: controvérsia atual entre os órgãos entre si, grave insegurança jurídica e de importante multiplicidade de processos que envolvem a mesma questão de direito.

Os enunciados de súmula, chamados persuasivos, não possuem eficácia vinculante, sendo simplesmente argumentativos, permitindo aos juízes decidirem legitimamente de modo diferente, desde que o faça de forma fundamentada, justificando o não emprego do enunciado sumular.

Quando um precedente é reiteradamente utilizado, transforma-se em jurisprudência, que se predomina na Corte, pode resultar na emissão de um enunciado de súmula.

Outrossim, o juiz ao solucionar uma causa dar azo a duas normas jurídicas, uma de amplitude geral e outra de forma individual.

Afirma-se norma geral porque o princípio jurídico que se extrai de um caso específico pode ser utilizado em outras circunstâncias concretas semelhantes àquele anteriormente formado.

A norma geral, assentada pela jurisprudência, denomina-se de *ratio decidendi* (também chamada de *holding* no direito estadunidense), que se encontra fincada na motivação da decisão. Representa as razões jurídicas e substanciais que dão base à decisão (fundamentos determinantes), devendo ter a sua interpretação e compreensão no exame do caso concreto.

Necessário registrar que o precedente judicial é formado por duas partes: as circunstâncias fáticas que nutrem a controvérsia e a tese ou razão jurídica (denominada de *ratio decidendi*) figurada na fundamentação da decisão.

José Rogério Cruz e Tucci<sup>31</sup> sobre a *ratio decidendi* afirma:

[...] constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto [...]. É essa regra de direito (e, jamais de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*. [...] Cumpre esclarecer que a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a 'norma legal' (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta. [...] A submissão ao precedente, comumente referida pela expressão *stare decisis*, indica o dever jurídico de conformar-se às *rationes* dos precedentes [...].

Nesse mesmo diapasão, assume a *ratio decidendi* a feição de uma escolha hermenêutica, com diretriz universal, repercutindo-se

---

31. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 175.

sobre todos os casos posteriores, aos quais são pertinentes, disciplinando-os.

O que dá eficácia vinculante a um precedente são os fundamentos determinantes (tradicionalmente chamados de *ratio decidendi*) do decisório judicial colegiado, que tenham tido guarida ao menos pela maioria que integra a turma julgadora e que tenham passado pelo crivo do contraditório prévio e substancial.

Os fundamentos não determinantes da decisão, ou melhor, prescindíveis para o deslinde do conflito e que também contribuem para o resultado revelado na parte dispositiva, são chamados de *obiter dictum* ou *dictum*, não possuindo efeito vinculante. O *obiter dictum*, apesar de não servir como precedente vinculante em caso similar, não é desprezível, podendo orientar um futuro julgamento da Corte, como argumento persuasivo. Trata-se de uma simples opinião ou juízo acessório, dita de passagem no texto.

Por outro lado, a norma individual encontra-se presente na parte dispositiva do decisório e rege apenas aquele caso concreto apreciado pelo juiz, onde este vai dispor se julga procedente ou improcedente o pedido formulado. Caracteriza-se também pelo fato de ficar protegida pela coisa julgada material.

Cumprе ressaltar o pensamento de Daniel Mitidiero<sup>32</sup> assim disposto:

A percepção de que o magistrado, ao apreciar uma demanda, (re) constrói duas normas jurídicas é fundamental para que se possa entender, em primeiro lugar, a diferença entre o efeito vinculante do precedente – na verdade, da *ratio decidendi* contida num precedente –, [...], e o efeito vinculante da coisa julgada *erga omnes*, presente em determinadas situações [...].

[...] é imprescindível perceber que a fundamentação da decisão judicial dá ensejo a dois discursos: o primeiro, para a solução de um determinado caso concreto, direcionado aos sujeitos da relação jurídica discutida; o outro, de ordem institucional,

---

32. MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 206, p. 61-69.

dirigido à sociedade, necessariamente com eficácia *erga omnes*, para apresentar um modelo de solução para outros casos semelhantes àquele.

A norma geral assentada pelo precedente constitui um efeito secundário do decisório, com efeito *erga omnes*, não dependente de manifestação jurisdicional nesse sentido.

Considerando que o Código de Processo Civil/2015 adotou a teoria dos precedentes obrigatórios, de igual modo recepcionou as técnicas de sua revisão, compondo o que se chama de dinâmica do precedente, preconizada no instituto da distinção (termo inglês: *distinguishing ou distinguish*) e da superação (locução inglesa: *overruling*).

Todo ordenamento baseado em precedentes necessita, para um regular funcionamento, estar atento para a constante mudança do pensamento jurídico, de forma que se preveja a existência de distinções e superações.

Diz *distinguishing* na situação analisada em que há distinção entre o caso concreto atual e o caso paradigma, não coincidindo os fatos essenciais discutidos e os que foram utilizados para dar sustentação à *ratio decidendi* ou tese jurídica revelada no precedente.

Cabe ao juiz, em sua análise, uma interpretação de forma restrita, por convencer-se que as especificidades do caso concreto vetam o emprego da regra jurídica exposta no precedente, podendo julgar o caso de forma livre, sem eficácia vinculativa. Incide aí que se chama de *restrictive distinguishing*. O magistrado, estendendo à hipótese sob exame igual solução jurídica dos casos anteriores, por achar aplicável, recai naquilo comumente chamado de *ampliative distinguishing*.

Claro que é necessário, em qualquer situação, o julgador expor os motivos pelos quais decidiu, com uma correta interpretação da lei conformando-a ao texto constitucional e a verificação das hipóteses fáticas.

Fredie Didier Jr *et al*<sup>33</sup> explicam:

---

33. DIDIER JR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 491.

Sendo assim, pode-se utilizar o termo '*distinguish*' em duas acepções:

- i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método) – como previsto no art. 489, §1º, V, e 927, § 1º, CPC;
- ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish*-resultado), a chamada “distinção”, na forma em que consagrada no art. 489, § 1º, VI, e 927, §1º, CPC.

Estando o caso *sub judice* a revelar alguma particularidade que o separa do paradigma, ainda assim pode-se aplicar aquela *ratio decidendi*, pois não se exige identidade absoluta entre as circunstâncias fáticas, trazendo para o juiz o trabalho de um séria argumentação para comprovar tal hipótese.

O labor da técnica distintiva recai ao se aplicar qualquer precedente, sem exceção. O direito à distinção é decorrente do princípio da igualdade.

As técnicas de superação são duas, a saber: o *overruling* e o *overriding*. Acontece o primeiro quando se revela uma superação total do precedente, com a revogação do anterior, exigindo-se um poder maior de argumentação, com motivos até então não enfrentados. Pode ser de forma expressa, quando a Corte impõe expressamente uma nova orientação, revogando a anterior. Também de maneira tácita ou implícita, atribuindo uma orientação que contradiz com a anterior, conquanto não a afirme de forma expressa.

O ordenamento jurídico brasileiro não recepcionou a forma tácita, uma vez exigir motivação adequada e particular para a superação de um entendimento jurisprudencial, com base nos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da proteção da confiança depositada no precedente (art. 927, § 4º, CPC).

No *overriding* ocorre somente uma parcial superação do precedente, onde o Tribunal restringe o campo de sua incidência, por conta de uma outra regra ou princípio.

Enfim, essas duas técnicas são úteis para não se deixar petrificar o direito, descongestionando o sistema, mantendo-o atualizado, de forma a atender às mutações sociais.

## 5. CONCLUSÃO

Tendo em vista o quanto acima exposto, ficou claro que a tarefa interpretativa envolve inegavelmente a atividade intelectual do intérprete, de modo que não pode haver a subsunção automática ou a correlação lógica entre fatos e norma, como se a aplicação normativa fosse tarefa simplista e de fácil resolução.

Viu-se também que todo sistema normativo abarca sentidos, porém o significado não importa num dado prévio, mas o respectivo resultado auferido do trabalho interpretativo. O intérprete extrai esses significados por meio de uma conduta compreensiva, aberta aos valores insertos na sociedade.

Não existem categorias lógicas, conceitos, fórmulas ou regras claras de aplicação da norma, de modo a afastar a atividade inventiva do intérprete, mas, por outro, reforça-se que há limites à interpretação, a fim de se evitar o decisionismo judicial ou a pura invenção, desapegada do sentido das normas.

Ficou demonstrado o quanto o tema da interpretação possui espaço para debate, além de ser bem recorrente na produção de normas jurídicas e no tema de precedentes, de modo que não se pode fazer a menor ideia do direito sem perpassar pela sua produção, e esta última fortemente reside na forma de interpretação.

No sistema brasileiro, é função primordial do Poder Judiciário dar uma interpretação à Constituição, uniformizando a sua aplicação em todo o país, especialmente por meio das Cortes Supremas.

Não se justifica mais haver confusão entre texto e norma, de forma que impõe a necessidade de uma teoria interpretativa que possibilite estancar o campo de discricionariedade à disposição do intérprete.

O modelo de precedentes obrigatórios, a partir do Código de Processo Civil/2015, é imprescindível para corrigir as disfunções políticas (na seara do controle da constitucionalidade das leis e dos atos públicos) e também para garantir o papel dos princípios jurídicos, enquadrados como espécie normativa, dentro de uma concepção de um Estado democrático de direito constitucional.

Foi visto que a racionalidade do sistema é o motivo principal para uma teoria dos precedentes, devendo as cortes supremas (STF e STJ) assumirem a sua função de tribunais de interpretação, dando sentido ao direito constitucional e direito federal infraconstitucional, respectivamente, com a uniformização da jurisprudência, tutelando-se a isonomia e a segurança jurídica.

O Poder Judiciário brasileiro tem demonstrado uma preocupação pela resolução mais célere e eficaz das demandas levadas a ele e a utilização de precedentes possibilita um desenvolvimento mais otimizado, oferecendo um tratamento isonômico para as partes processuais em situações semelhantes, no que tange aos fatos principais.

Os juízes e tribunais emplacam uma salutar missão de auxiliar o Estado nesse procedimento especial e maduro de interpretação das leis e da resolução das matérias de direito que aportam as instâncias judiciárias.

Assim, as decisões que conferem sentido e desenvolvimento ao direito interessam a toda a sociedade e não apenas às partes envolvidas no litígio.

## REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 190 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. ver. amp. São Paulo: Celso Bastos, Editor, 2002.
- BOAS, Marcos de Aguiar Villas. **A Interpretação, a Aplicação e a Argumentação Jurídica**. Livro Metodologia da Pesquisa em Direito da UFBA, Salvador, v. II.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 4 ed. Revista, 2008. 192 p.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, nº 26, p. 384.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Revista de Jurisprudência**, 145/463.



- CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DIDIER JR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, 674 p.
- DURKHEIM, Émile. **As regras do Método Sociológico**. Tradução Martin Claret, 2006.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma Hermenêutica filosófica**. 8. Ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2007.
- GRAU, Eros. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 327 p.
- GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 203 p.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. Madrid: Ediciones Catedra, 1994
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 427 p.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 4. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 396 p.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Vol. I. 1954.
- MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 206, p. 61-69.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 311 p.
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 422 p.

RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952, v.2.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, 427 p.

## Capítulo XV

# O devido processo legal de controle externo e os direitos fundamentais do gestor público

*Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza\**

*Ismar Viana\*\**

*Ricardo Maurício Freire Soares\*\*\**

---

(\*) Doutora em Educação UFS. Doutoranda em Direito UFBA. Coordenadora da Escola de Contas do Estado de Sergipe. Autora de Livros (2 obras individuais e 8 coletivas) e Artigos Jurídicos. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Sergipe – UFS. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Especialista em Direito Municipal pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Tiradentes – UNIT. Especialista em Auditoria Contábil pela Universidade Federal de Sergipe – UFS. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Sergipe – UFS. Professora de Ética Profissional dos Cursos de Pós-graduação da Universidade Tiradentes – UNIT. Professora de Direito Administrativo, Ética Jurídica e Direito Empresarial do Curso de Direito da Universidade Tiradentes – UNIT. Advogada. Membro da Escola Superior de Advocacia – ESA/SE. Membro do Conselho de Previdência do Estado de Sergipe. Membro da Comissão de Direito Administrativo e Controle da Administração Pública – OAB/SE. Membro do Instituto Histórico e Geográfico de Sergipe. Membro da Associação Sergipana de Imprensa. Membro da Academia Sergipana de Letras. Membro da Academia Sergipana de Ciências Contábeis. Palestrante em diversos Congressos e Seminários jurídicos realizados no Brasil.

(\*\*) Advogado. Analista de Controle Externo II (Auditor de Controle Externo) – Área de Auditoria Governamental – Especialidade Jurídica – do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Graduado em Direito. Graduado em Letras (Português/Inglês). Especialista em Direito Administrativo. Especialista em Direito Educacional. Aluno Especial de Mestrado em Direito. Pós-graduando em “Controle e Repressão a Desvios de Recursos Públicos”. Diretor Jurídico da Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil – ANTC. Professor da Escola de Contas Conselheiro José Amado do Nascimento. Ex-Presidente da Comissão de Direito Administrativo e Controle da Administração Pública da OAB/SE. Parecerista.

(\*\*\*) Pós-Doutor e Doutor em Direito pela Università del Salento. Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma. Doutor e Mestre em Direito pela Universi-

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Devido processo legal no âmbito do processo de controle externo – direito fundamental do gestor público; 2.1 Direito de ter as razões defensivas analisadas por agente legalmente competente para propor aplicação de sanção; 2.2 Direito ao prévio conhecimento do iter procedimental que será adotado como meio de aplicação de penalidade; 2.3 Direito de ver aplicado ao caso o entendimento vigente à época da prática do ato – segurança jurídica; 2.4 A oportunação do exercício do contraditório e da ampla defesa como um direito do fiscalizado e não como uma faculdade do fiscalizador; 3 Considerações Finais; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, os emblemáticos casos de corrupção envolvendo agentes públicos das diversas esferas de governo têm sido cada vez mais frequentes. Tornou-se muito comum a veiculação desses fatos, na mídia escrita e falada, reproduzidos nas redes sociais, o que, sem dúvida alguma, tem provocado no cidadão – mantenedor da máquina estatal – um sentimento de insatisfação crônica, descrédito nas instituições, sensação perene de impotência.

Em razão desse conjunto de situações, passou-se a alimentar a falsa ideia de que todo gestor público é corrupto, invertendo-se, com isso, a presunção de probidade, honestidade, como se todos que se dispõem a gerir a *res publica* – coisa pública – tivessem a intenção de dela se locupletar, como se todo agente público fosse corrupto por natureza – até que se prove o contrário.

Não são raras as vezes que essa exposição midiática tem projetado seus efeitos para dentro do processo de controle externo, vindo a comprometer, ainda que involuntariamente, a imparcialidade dos agentes de controle, que, em pontuais casos, sofrem a influência das opiniões preconcebidas sobre determinados agentes públicos, transpondo os balizamentos que devem nortear uma legal e regular instrução processual.

---

(\*) dade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Professor da Faculdade Baiana de Direito. Sócio do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

Esses casos têm sido objeto de preocupação por parte daqueles que têm nome e honra vilipendiados, muitas vezes sem terem sequer a oportunidade de contradizer o que contra si foi dito, antecipadamente, por agentes de controle, que fazem de programas radiofônicos e colunas jornalísticas – extensões do processo formal de controle, em flagrante ofensa aos ditames legais e regimentais aos quais devem observância.

É de conhecimento geral que o processo de controle externo ganhou, nos últimos anos, uma feição eminentemente jurídica, reforçando a tese, há muito levantada, da irrestrita necessidade de observância, nesses processos, do contraditório, da ampla defesa e da extensão dos direitos e garantias processuais das quais se valem todos aqueles que figuram no polo passivo das ações penais. Isso porque, como se sabe, de uma decisão extraída de um processo de responsabilização, aí incluídos Relatório de Auditoria, Tomada de Contas Especial, Prestação de Contas anual, Denúncia, pode advir, ainda que reflexamente, consequências tão gravosas quanto aquelas impostas nas decisões criminais.

Isso decorre da necessidade de aplicação de dispositivos contidos nas leis orgânicas e regimentos das Cortes de Contas, cujos comandos são no sentido de determinar a ciência ao Ministério Público Estadual, nas hipóteses de prática de ilícitos penais ou atos de improbidade administrativa. Mas não é só. Hodiernamente, as decisões dos tribunais de contas podem desencadear o enquadramento do gestor responsável na Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), vindo a tolher, portanto, o consagrado direito de elegibilidade de agentes públicos.

Esse diminuto delineamento das consequências jurídicas que advêm dos processos de controle externo é o bastante para se chegar à conclusão lógica da inequívoca necessidade de não se tratar esse ramo processual, eis que tido como um processo de responsabilização, como simples procedimento administrativo ordinário, sob pena de colocar em risco direitos subjetivos dos gestores de órgãos e entidades públicas, comprometendo, em última análise, a credibilidade das entidades fiscalizadoras, que têm como missão constitucional a

de evitar a malversação dos recursos públicos, sem, contudo, desvencilhar-se do dever de observância das garantias constitucionais e legais que deve pautar as relações jurídico-processuais, no âmbito do Estado Nacional e Democrático de Direito.

## **2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ÂMBITO DO PROCESSO DE CONTROLE EXTERNO COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO GESTOR PÚBLICO**

Como se sabe, o devido processo legal é previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Lei Maior da República. Para a doutrina abalizada, representa um princípio-mor. A ideia que aqui permeia é a de que o interessado tem que conhecer previamente as “regras do jogo”.

Com o advento da Bíblia Política brasileira, não há mais dúvida de que a aplicação do devido processo legal não se encontra restrita ao processo judicial. Isso porque o teor do artigo 5º da Lei Maior é claro ao dispor que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Atualmente, até a prática de atos administrativos encontra-se adstrita à prévia realização de processo administrativo, devendo-se observar, para tanto, o devido processo legal.

Dúvidas não há, portanto, da imprescindibilidade do devido processo legal quando o ato atingir a órbita de direitos dos administrados, consoante se extrai do excerto abaixo:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO ADMINISTRATIVO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL (Súmula n. 280). OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO ANULAR OU REVOGAR SEUS ATOS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a Administração Pública pode anular os seus próprios atos quando ilegais, conforme o disposto na Súmula n. 473 do Supremo Tribunal, desde que observado o devido processo legal, para

desconstituir as situações jurídicas consolidadas que repercutem no âmbito dos interesses individuais dos administrados (AI 730.928 AgR/SP, STF – Primeira Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, julgamento: 26.05.2009, DJe: 121, 30.06.2009)

O tripé da relação jurídico-processual, no âmbito dos Tribunais de Contas, é integrado pelo Auditor de Controle Externo, responsável pela emissão de pareceres e relatórios na fase de instrução, pelo representante do Ministério Público Especial, e pelo relator, que preside a instrução processual e profere, ao final, voto, concordando com os opinativos que lhe são ofertados ou deles divergindo. Aqui, portanto, encontram-se materializadas as três funções do Sistema Tribunais de Contas, independentes entre si, consoante se extrai do §4º do artigo 7º da Lei Complementar Estadual n. 622/2012, que disciplina a carreira de Auditor de Controle Externo, no âmbito do TCE/ES:

Art. 7º São prerrogativas do Auditor de Controle Externo no exercício da função:

[...]

§ 4º As manifestações emitidas no exercício das funções de Auditor de Controle Externo só poderão ser modificadas com a concordância expressa de quem as produziu.

É na fase de instrução, como se sabe, que são realizados os principais atos diretamente ligados à proteção dos direitos constitucionais – contraditório e ampla defesa. É justamente em razão disso que se faz necessária a profissionalização dos órgãos de auditoria, por áreas de especialização, a fim de que dos Tribunais de Contas possam sair decisões justas.

Sobre o papel dos órgãos de instrução, a propósito, didáticos são os ensinamentos do Auditor de Controle Externo do TCU, Odilon Cavallari de Oliveira, para quem:

[...] dada a relevância da instrução processual e do desafio a ser vencido acerca da atuação tempestiva e consistente, qual deve ser a postura do Analista de Controle Externo diante do processo? Retomando o que se afirmou no início quanto à comparação feita com o processo penal, é razoável afirmar que o analista de controle externo deve adotar postura assemelhada à que adotam outros agentes públicos que também

atuam na apuração dos fatos e na fase processual de acusação, a exemplo do delegado de polícia quanto ao inquérito, e do procurador da república quanto à ação penal, todos em suas respectivas áreas de atuação, compromissados com a busca da verdade material e com a produção de um resultado útil para a sociedade, de forma célere e juridicamente consistente. (OLIVEIRA, 2007)

É incontroverso, conforme se extrai do excerto, que o susten-táculo de uma acusação depende diretamente da demonstração do fato ilícito, da individualização da conduta – dolosa ou culposa – do agente e do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado ilícito. Como no processo de controle externo o ônus da prova recai sobre o ordenador de despesa, a instrução, por óbvio, não encontra tantos óbices. Isso, contudo, não implica afirmar que a manifestação conclusiva da unidade técnica oficiante deva se resumir a simples peça de relato. Não é isso. Ao contrário, a manifestação técnica lavrada pelo órgão de instrução deve ser conclusiva, a fim de que o defendente possa amplamente exercer a sua defesa. Essa conclusão é facilmente extraída das leis orgânicas e dos regimentos dos Tribunais de Contas, que impõem ao Auditor Controle Externo a adoção desse comportamento. Cite-se, à guisa de exemplo, o §3º do artigo 1º e o inciso III do artigo 34, ambos da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, além dos artigos 110, 111 e o §3º do artigo 165 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, *in verbis*:

§ 3º É parte essencial das decisões do Plenário ou das Câmaras:

I – o relatório do Conselheiro-Relator, de que deve **constar as conclusões hauridas na fase de instrução processual**, tendo por suporte os relatórios e informações elaborados pelas unidades técnicas de instrução, bem como as alegações de defesa e o parecer emitido pelo Ministério Público Especial;

Art. 34. São obrigações do servidor que exerce funções específicas de controle externo no Tribunal de Contas do Estado de Sergipe:

[...]

III – propor a aplicação de multas, nos casos previstos no regimento interno;



Art. 110. Se o relatório da Coordenadoria, após o cumprimento das diligências necessárias à instrução dos processos, **concluir pela existência de irregularidades graves**, o Relator determinará a citação do responsável pelas contas para, no prazo improrrogável de 15 (quinze) dias, supri-las ou justificá-las com a documentação adequada.

Art. 111. **Terão caráter conclusivo as manifestações dos órgãos técnicos** e do Ministério Público Especial.

Art. 165. Os prazos máximos, em dias corridos para instrução, relatório, pareceres e decisão, são os seguintes:[...]

§3º **As manifestações dos órgãos técnicos** e do Ministério Público Especial **terão caráter conclusivo**. (grifos nossos)

Não obstante pareça óbvia a imprescindibilidade de manifestações claras, objetivas e conclusivas, ainda pairam dúvidas acerca da ritualística procedimental a ser seguida. Isso se deve à ausência de um ramo específico, de um diploma normativo que possa disciplinar minudemente o processo de controle externo, um código dotado de autonomia, assim como o Código de Processo Penal, que tem como finalidade imediata a concretização da aplicação do Direito Penal.

Essa ausência, entretantes, não pode se constituir em conduto para que ilegalidades venham a ser cometidas, a pretexto de cumprir os anseios punitivos que permeiam o sentimento aflitivo da sociedade. Não se pode olvidar que o *jus puniendi*, no Estado Nacional e Democrático de Direito, é concentrado no Estado, razão por que a imposição de sanções, as restrições de direitos, precedem de um devido processo legal, na sua acepção ampla, sob pena de a ação estatal vir a ser deslegitimada.

Malgrado se tenha conhecimento de que o retardo na marcha processual tem fortalecido a cifra do descrédito nas Entidades Fiscalizadoras, não se pode permitir que o agente de controle, seduzido pelo discurso midiático consubstanciado na necessidade de amenizar o sentimento de impunidade que permeia a sociedade, atrole procedimentos, aja de forma açodada. É que ao Auditor de Controle Externo incumbe descortinar a verdade, não podendo alicerçar seus pareceres e relatórios em ilações, conjecturas. Não pode ele, no afã de punir, entrar na esfera da arbitrariedade, externando interesse no

conflito. Isso porque se de um lado há o erário, que merece proteção, do outro, e não menos importante, há o nome e honra de um agente público que se dispôs a gerir a coisa pública. Por isso, a instrução bem-feita deve ser a regra, sob pena de incorrer o agente fiscalizador em flagrante inversão de valores, desvirtuando e desconfigurando, assim, a razão de existir do processo de controle externo, que encontra égide de validade, frise-se, nas bases do Direito Administrativo Sancionador.

## **2.1. Direito de ter suas razões defensivas valoradas por agente competente para propor a aplicação de sanção**

Os direitos civis e políticos, insertos no rol dos intitulados por Ingo Sarlet como de primeira dimensão, têm como fundamento de existência a não intervenção do Estado na vida do indivíduo, objetivam, ainda, oportunizar a ele a participação popular, materializando, ao fim e ao cabo, a democracia. A interdependência dos direitos humanos fundamentais, contudo, é o que pode garantir, de fato, a tão almejada dignidade humana, a plenitude de direitos. Seguindo essa linha de raciocínio, torna-se inimaginável, por exemplo, que alguém em situação extrema de pobreza possa exercer com independência a livre manifestação do pensamento, eis a razão de se fazer necessária a atuação do Estado na implementação de políticas públicas que possam garantir ao indivíduo o acesso aos direitos econômicos, sociais e culturais, tidos como direitos de segunda dimensão.

Como se vê, a flexibilização, a relativização de um direito se justifica para garantir a observância de outro, de modo que se torna temerário defender a existência de direito absoluto. A atuação dos Tribunais de Contas, materializada por meio do processo de controle externo, tem como missão primordial evitar a malversação de recursos públicos, sancionando os gestores que vierem a transgredir os princípios reitores da administração pública. Nesse sentido, diante da possibilidade de afetar direitos políticos, por exemplo, faz-se imprescindível a observância do devido processo legal, até como condição de validade e regularidade dessa atuação.

De enceto, impõe-nos esclarecer que os princípios penais são aplicáveis ao Direito Administrativo sancionador, no que couber, tudo com o escopo de fielmente cumprir os direitos e garantias constitucionais e legais imanentes ao Direito Público punitivo.

Isso decorre do fato de que, comumente, deparamo-nos com sanções administrativas cujos efeitos são demasiadamente mais gravosos do que uma aflição penal. Como exemplo, cite-se a pena de demissão do serviço público. Em vista disso, haverá situação em que os princípios atinentes ao processo penal serão aplicados em proteção do sujeito sancionado, o que não implica dizer, contudo, que, com isso, o processo administrativo sancionador deixará de ter natureza administrativa.

Seguindo o adágio jurídico, “competência não é para quem quer, mas para quem tem”, o exercício de atividade tipicamente estatal, assim como é a função de controle externo, demanda a existência de norma legal autorizativa, delimitando, inclusive, sobre quem ela exerce, bem como qual a sua esfera de abrangência. Nesse sentido, dúvidas não há de que constitui direito do jurisdicionado o de ter as suas razões defensivas devidamente valoradas por profissional devidamente habilitado para tanto, protegendo-o, com isso, de eventuais práticas de abuso de poder.

## **2.2. Direito ao prévio conhecimento do iter procedimental que será adotado como meio de aplicação de penalidade**

É cediço que a sanção, seja de caráter retributiva, seja de caráter ressarcitória, representa uma punição. A imposição dessa punição é um ato jurídico, exigindo-se, para tanto, a observância de um procedimento que garanta ao interessado o pleno exercício dos seus direitos, mormente o direito de saber quais as acusações que contra ele pesa, bem como o direito de exercer plenamente a sua defesa.

Não se pode olvidar que o número de decisões dos Tribunais de Contas anuladas pelo Poder Judiciário tem crescido consideravelmente. Isso decorre, não raras vezes, da ausência do direito à ampla

defesa, em sua inteireza, cujo conceito não se volta, tão somente, ao direito ao exercício, mas, sobretudo, ao direito de ver as razões defensivas valoradas por profissional devidamente habilitado para exercer tal mister.

Valendo-nos das lições de Marcia Pelegrini, o Tribunal de Contas, e, nesse caso, a Administração Pública de um modo geral, deve se abster de utilizar os jargões tão conhecidos, como “a parte não trouxe elementos novos ou suficientes para alterar ou afastar as conclusões anteriores”. É preciso que sejam explicitadas as razões pelas quais estão sendo afastadas as alegações, os motivos pelos quais os argumentos não serão aceitos. (PELEGRINI, 2014, p. 142).

O uso indiscriminado desses jargões decorre, por vezes, da inconsciente parcialidade do agente público, que, em parecer pretérito, já enfrentara a análise da situação fática posta. Embora seja uma tarefa difícil, deve o Auditor de Controle Externo, quando diante dos fatos trazidos pelo interessado, procurar se afastar, ao máximo, da análise anterior, sob pena de incorrer, inevitável e inconscientemente, em erro que comprometerá sobremaneira a ampla defesa.

Sobre esse ponto, elucidativas são as lições de Carlos Ari Sunfeld, citadas por Márcia Pelegrini, para quem:

[...] O processo garante, então, que a vontade funcional, que se expressará no ato, não seja empregada pela vontade do agente, mas signifique uma vontade equilibrada, esclarecida, racional, imparcial. Em suma, assegura que o agente não se transforme em fim, mas guarde apenas seu papel de *intermediário*. (PELEGRINI apud SUNDFELD, 2014, p. 142).

Nessa toada, a necessidade de motivação decorre da premissa básica de que os fatos necessariamente não são iguais. Ao julgador e aos pareceristas incumbem analisar detidamente o caso concreto, individualizando-o, procurando identificar a relevância ou a insignificância da conduta, levando-se em conta, sobretudo, os aspectos subjetivos que circundam o caso concreto.

De conteúdo esclarecedor é o voto do Ministro Eros Grau, que originou decisão unânime, nos autos do RMS n. 24.699/DF – 1ª Turma. Supremo Tribunal Federal. DJ, 1º.07.2005, de cujo teor pode

facilmente ser extraído o entendimento de que há a desnecessidade da tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, veja-se:

Nesse ponto, importa deixar consignado que, embora no campo administrativo não seja necessária a tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, *a capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa*, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinar, sem que ao acusado seja propiciada a ampla defesa. (RMS n. 24.699/DF – 1ª Turma. Supremo Tribunal Federal. DJ, 1.07.2005).

Nesse sentido, alicerçado nos ditames extraídos do princípio do devido processo legal, não pode o Tribunal de Contas, quando no exercício da atividade jurisdicional, apartar-se da marcha processual prevista em lei, tudo com o fito de garantir aos interessados o conhecimento prévio dos atos seguintes, evitando, com isso, a inaceitável surpresa processual em relação aos atos processuais.

### **2.3. Direito de ver aplicado ao caso o entendimento vigente à época da prática do ato – segurança jurídica**

Corolário que é do princípio da legalidade, o princípio da segurança jurídica, como o próprio nome já indica, tem como móvel a garantia de que motivos circunstanciais não alterarão a situação jurídica do cidadão. Ou seja, tem por escopo a garantia da estabilidade das relações jurídicas, motivo de que o tempo, por si só, não terá a força suficiente para alterar o panorama fático-jurídico da situação submetida a julgamento.

O ato jurídico perfeito e a coisa julgada encontram guarida no artigo 5º, inciso XXXVI, da Bíblia Política Brasileira. Como não poderia ser diferente, o processo administrativo sancionador encontra-se adstrito aos postulados do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Da segurança jurídica decorre, ainda, a garantia de vedação de aplicação retroativa de nova interpretação, nos exatos moldes como

previsto no artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, *in fine*, e artigo 54 da Lei 9.784/99:

Parágrafo único: Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação.** (grifos nossos)

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

No âmbito do processo de controle externo, frise-se, deve ser aplicada ao caso concreto a interpretação dada à época da prática dos atos. A propósito, cite-se o enunciado sumular n. 105 do TCU: “A modificação posterior da Jurisprudência não alcança aquelas situações constituídas à luz de critério interpretativo anterior.”

Atinente ao assunto há, ainda, o entendimento expresso no enunciado sumular 473 do STF, cujo teor aduz que a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Sobre o teor da Súmula, não se pode desprezar que, após a Constituição Federal de 1988, a exegese dela não permite a sua aplicabilidade dissociada dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Neste sentido, preleciona José Afonso da Silva:

A temática deste número liga-se à sucessão de leis no tempo e à necessidade de assegurar o valor da segurança jurídica, especialmente no que tange à estabilidade dos direitos subjetivos. A segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade

reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.

Realmente, uma lei é feita para vigorar e produzir seus efeitos para o futuro. Seu limite temporal pode ser nela mesma demarcado ou não. Seu texto, às vezes, delimita o tempo durante o qual ela regerá a situação fática prevista. Outras vezes ela é feita para regular situação transitória, decorrida a qual perde a vigência e, conseqüentemente, a eficácia. (SILVA, 2007).

Não é outro o entendimento do Tribunal de Contas da União, como se vê:

Os princípios da segurança jurídica e da legalidade, ínsitos ao Estado Democrático de Direito, têm, em nosso ordenamento jurídico, **status** constitucional, não havendo que se falar em prevalência de um sobre o outro. **Em verdade, esses dois princípios se complementam, de modo que não há como se conceber o da segurança jurídica dissociado do da legalidade.** (grifos nossos)

O princípio da legalidade, *latu senso*, repousa na subordinação de todos, cidadãos, e Estado, aos comandos da Lei. Assim é que, em um Estado de Direito, a Lei é o principal instrumento de que dispõem as pessoas sujeitas ao império estatal para evitar a arbitrariedade e a injustiça.

A segurança jurídica, por sua vez, pode ser entendida como a certeza de que essa mesma Lei, que deve, tanto quanto possível, ser clara e estável, será efetivamente aplicada dentro do seu limite temporal de vigência, permitindo assim aos cidadãos prever as conseqüências jurídicas dos atos que pretendam praticar. (BRASIL, 2002).

Seja qual o for o ângulo pelo qual se queira interpretar, o certo é que a decisão deve guardar estreita sintonia com as normas jurídicas vigentes à prática do ato.

Nesse sentido, cite-se como exemplo a hipótese de se rejeitar contas, alicerçando-se o julgador em pareceres dos órgãos técnicos de instrução, os quais indicaram ter restado flagrantemente caracterizada a renúncia de receita. Para esses casos, alguns pontos merecem observação, quais sejam:

- a) À época da prática do ato, o Tribunal vinha rejeitando contas por esse motivo?
- b) À época da prática do ato, tal comportamento era vedado por lei?

Mais uma vez, faz-se necessária e imprescindível a implementação, por parte das Cortes de Contas, de sistema que possa responder a tais questionamentos, para que do Tribunal não venham sair decisões contraditórias versando sobre situações do mesmo jaez. Isso porque, é consabido que o jurisdicionado precisa conhecer previamente, frise-se, quais as consequências que advirão da prática do ato, para que assuma ou não o risco da prática, sopesando com o benefício que o ato trará à coletividade.

Registre-se, por oportuno, que o TCU, no Processo TC n. 004.266/1998-6. Acórdão 56/2002, motivado pela dúvida da legalidade, associado ao tempo decorrido, alicerçou-se no princípio da segurança jurídica, dispensando a devolução de valores, se o agente, para tanto, não concorrer:

3.1 Quanto aos valores indevidamente percebidos pelos servidores, entendo que excepcionalmente possa ser dispensada a determinação para que os responsáveis adotem providências para que o Erário seja ressarcido privilegiando-se o princípio da segurança jurídica. (TC n. 004.266/1998-6 – Acórdão 56/2002. Tribunal de Contas da União, 2012).

## **2.4. A oportunização do exercício do contraditório e da ampla defesa como um direito do fiscalizado e não como uma faculdade do fiscalizador**

O princípio do contraditório e o da ampla defesa são corolários do devido processo legal. Reitere-se que o processo de controle externo ganhou, nos últimos anos, uma feição eminentemente jurídica, como já dito, o que impõe a necessidade de observância do arcabouço principiológico jurídico-administrativo.

Como se sabe, a doutrina define o *princípio do contraditório* como um binômio: “informação mais possibilidade de manifestação”.



Para Fernanda Marinela (2014), essa garantia conta com dois aspectos diferentes, o aspecto formal, que é a condição de participar, de falar no processo quando dele se toma ciência; e o substancial, que significa o “o poder de influência”, de interferir no convencimento do julgador.

Nas palavras de Marcia Pelegrini:

[...] a garantia não se resume a uma única manifestação, requerendo a oportunidade de o interessado se manifestar durante todo o desenvolvimento do processo e com livre acesso ao expediente administrativo, o que significa que lhe devem ser franqueadas vistas do processo, de modo que as informações, ainda que declaradas reservadas, confidenciais ou secretas, não lhe poderão ser ocultadas, e nesses casos deverá ser exigida a observância das precauções e cuidados necessários à segurança das informações sigilosas. (PELEGRINI, 2014, p. 161).

Não obstante o entendimento da autora, tratando-se de apuração ainda não concluída, até para não trazer por terra o êxito da “investigação”, pode a documentação ser mantida sob sigilo, embora, logo após a juntada aos autos do processo já autuado, deva a parte ter o acesso, assim como ocorre com as interceptações telefônicas, no âmbito do Processo Penal, regramento aplicado, subsidiariamente, ao Processo de controle externo.

No âmbito dos tribunais de contas, uma situação que materializa esse entendimento é a abertura para manifestação do jurisdicionado, após a juntada do parecer final da unidade técnica oficiante, manifestando-se acerca da defesa trazida pelo gestor, após a citação. Anote-se, contudo, que, apesar de não haver disposição legal expressa nesse sentido, nas leis orgânicas de alguns tribunais, há quem oportunize essa oitiva com supedâneo no princípio da verdade material, substancial. Isso porque, no âmbito do processo de controle externo, há interessados, e não partes litigando em interesses contrapostos. O desígnio dos Tribunais de Contas não é, tão somente, punir, mas orientar com o objetivo de proteger o erário da malversação do dinheiro público. Trata-se, aqui, do caráter pedagógico exercido pelas Cortes de Contas. Assim agindo, o Tribunal demonstrará que as razões defensivas foram devidamente

apreciadas, garantindo, com isso, legitimidade ao ato da unidade técnica oficiante nos autos.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Levando-se em conta os argumentos apresentados, que sintetizam os direitos do fiscalizado, do gestor da coisa pública, resta clarividente que a proteção dos direitos subjetivos desses gestores depende diretamente da observância do arcabouço principiológico protetivo que rege o processo penal, ramo do direito público ao qual o operador do processo de controle externo deve se socorrer, nas hipóteses cabíveis, para ver legitimada a sanção aplicada aos infratores das normas legais e regulamentares que pautam a atuação daqueles que se dispuseram a gerir o que é de todos, comprometendo-se a agir em prol e em nome do povo, tendo o interesse público como fim a ser perseguido.

Essa garantia fundamental dos gestores decorre do fato de que do resultado do processo de controle externo podem surgir gravosas consequências para o gestor investigado pelos Tribunais de Contas. É que, além das sanções materializadas no afastamento do gestor da sua função pública, na declaração da inidoneidade de empresa fornecedora para a Administração Pública, aplicação de multa e determinação de reparação do dano ao erário, assim como o julgamento de contas irregulares com a consequente inelegibilidade por oito anos em razão da Lei da Ficha Limpa, há, ainda, hipóteses nas quais os tribunais de contas encaminham suas decisões ao Ministério Público, para fins de apuração de eventual prática de ilícito penal ou ato de improbidade administrativa.

É que é do trabalho investigativo realizado pelos tribunais de contas que se revela, por exemplo, a renúncia de receita por parte dos entes, a ofensa ao regramento de concurso público e demais condutas ilegais expressamente punidas pela Lei Geral de Improbidade Administrativa.

A dicção do inciso X do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, por exemplo, rotula como ato de improbidade que causa

lesão ao erário agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, assim como o inciso V, do artigo 11, aduz que frustrar a licitude do concurso público constitui ato de improbidade administrativa.

Não obstante ao *Parquet* incumba, em regra, a legitimidade para a propositura dessas ações, a prática revela que grande parte das ações propostas por ofensa aos sobreditos dispositivos tem como sustentáculo as conclusões a que chegaram os tribunais de contas, no âmbito dos processos de controle externo, o que demonstra, indubitavelmente, a necessidade de os tribunais de contas instrumentalizarem seus órgãos técnicos, a fim de evitar que bons gestores tenham seus direitos injustamente tolhidos.

Com supedâneo nas preditas informações, infere-se que, embora inexista relação de hierarquia entre as cortes de contas e os órgãos jurisdicionados, aos Tribunais de Contas se impõe o devido monitoramento dos atos de gestão, a fim de evitar a malversação dos recursos públicos. Assim, a atuação dos Pretórios de Contas deve ser pautada em ditames legais previamente estabelecidos, de modo que o fiscalizador não se confunda com o fiscalizado, eis que é a este a quem incumbe o dever de administrar bem o que é de todos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm). Acesso em: 03 nov 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm). Acesso em: 4 jun 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar 135/2010, de 04 de junho de 2010. (Lei da Ficha Limpa)**. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências,

para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm). Acesso em: 03 nov 2015

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no Ag n. 1346096/RJ, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16.11.2010. Disponível em: [http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1020974&sReg=201001644910&sData+20110204&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1020974&sReg=201001644910&sData+20110204&formato=PDF). Acesso em: 4.10.2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Primeira Turma. RMS nº 24699/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 30.11.2004. DJ de 01.07.2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 4 jun 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Contas da União**. Administrativo. Prestação de Contas. Processo TC n. 650.158/1995-4 Acórdão n. 276/2002 – Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2045590.PDF> Acesso em 20 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Contas da União**. Processo TC n. 004.266/1998-6. Acórdão56/2002. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2045486.PDF>. Acesso em 20 mai. 2015.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari. **A instrução processual no Tribunal de Contas da União em face de um processo célere e consistente juridicamente: os desafios dos novos tempos**”. Artigo publicado no material do curso “Processo nos Tribunais de Contas – Acusação, Defesa, Julgamento e Recursos, ministrado pelo autor, realizado pela JAM JURÍDICA, 18 e 19 out. 2012, Fortaleza/CE.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. **A instrução Processual no Tribunal de Contas da União em face de um processo célere e consistente juridicamente: os desafios dos novos tempos**. Revista do TCU, Brasília, v. 38. n. 108, p. 63-70, jan-abr, 2007.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.

PELEGRINI, Márcia. **A competência sancionatória do Tribunal de Contas: contornos constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SERGIPE. **Tribunal de Contas do Estado de Sergipe**. Nova Legislação do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. 1ed. Aracaju: CL Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 28. Ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2007.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10<sup>a</sup> ed. Editora JusPodivm, 2015.

## Capítulo XVI

# Direito de acesso a informação pública e sua relação com o controle da função administrativa

*Renata Peixoto Pinheiro\**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Administração Pública de Resultado como Paradigma do Estado Democrático de Direito; 3 Transparência na Função Administrativa e Direito de Acesso à Informação Pública; 3.1 Transparência Ativa e Acessibilidade Substancial à Informação; 4 O Direito de Acesso à Informação como Requisito Indispensável ao Controle da Função Administrativa; 5 Conclusão; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Pretende o presente artigo abordar o tema do direito de acesso à informação e sua indispensável relação com atividade de controle da atividade administrativa. Numa era caracterizada pela implementação da democracia participativa, que tem como aliada os avanços tecnológicos da comunicação, a transparência estatal assume papel fundamental.

A visibilidade da administração instrumentalizada pela publicidade, pela motivação pelo devido processo legal e pelo direito de acesso à informação pública, leva a uma maior confiança na atuação estatal.

---

(\*) Mestre em Direito do Estado (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). Doutoranda em Direito (Universidade Federal da Bahia). Analista Judiciária da Justiça Federal 1ª Região.

A disponibilização das informações armazenadas e geridas pelo Estado, de forma clara e objetiva, possibilitam que o administrado, destinatário das políticas e serviços públicos, formem um juízo de valor acerca da atuação dos agentes administrativos.

Somente quando se tornam públicos os processos decisórios, explicitadas as evidências técnicas bem como as circunstâncias de fato que nortearam a escolha de determinada conduta administrativa, dentro de uma margem de discricionariedade, é possível o exercício do controle de resultados, indispensável ao atendimento do princípio da eficiência.

## **2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE RESULTADO COMO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dois paradigmas mudaram a política e o direito da passagem o século XX para o século XXI: a democracia material e os direitos fundamentais. As experiências dolorosas da propagação de ideologias totalitárias e radicais que resultaram de guerras mundiais fizeram com que a democracia formal (produto da expressão censitária da vontade de um eleitorado), se transformasse em um conceito material de democracia, definido por sua carga própria de valores (MOREIRA NETO, 2016, p. 88).

A função da constitucionalização formal dos direitos fundamentais é dupla, sob o aspecto substantivo, afirma valores básicos de uma sociedade e, sob o aspecto adjetivo, estabelece o marco regulatório de proteção dos direitos subjetivos deles decorrentes (MOREIRA NETO, 2016, p. 89).

Esta centralidade constitucional dos direitos fundamentais faz com que o Estado assuma o papel de instrumento voltado a tutela, promoção e realização destes valores. Observa-se o fenômeno da funcionalização do poder, entendido como instrumento de realização dos direitos das pessoas (MOREIRA NETO, 2008, p. 14).

Assim, as discussões sobre em que consiste e para que serve a autoridade do Estado convergem, na atualidade, para as relações

entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria democrática. Há uma verdadeira relação de interdependência entre direitos fundamentais e democracia. Nas palavras de GUSTAVO BINENBOJM “da conjugação destes dois elementos é que surge o Estado Democrático de Direito, estruturado como conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana” (2008, p. 50, 51).

No que diz respeito à democracia substantiva, evolui-se de uma acepção formal, para uma acepção material, com a introdução de três princípios: o da participação, o da eficiência e o do controle.

No Estado Democrático de Direito o conceito de cidadania transborda a simples capacidade de ser eleitor, vale dizer, o direito de voto não expressa a grandeza da cidadania. A ampliação participativa se traduz em mecanismos de exercício da democracia direta, sem intermediários que traduzam a vontade do cidadão.

Já o princípio da eficiência na condução dos interesses públicos, ao ser inserido na Carta Magna, num primeiro momento, soou como orientação de difícil concretização, bem como de complexa aferição no mundo prático, em se tratando das peculiaridades da gestão pública, com uma burocracia que lhe é inerente. Consentâneo com a mudança de paradigmas do Estado Democrático de Direito, o mandamento da eficiência hoje é considerado inafastável, de modo que a atividade administrativa deve estar aparelhada com os meios técnicos (tais como índices, parâmetros, prazos etc.) necessários ao controle em todas as suas fases, até a efetiva realização de resultados. Assim, tanto na elaboração e condução das políticas públicas, como no que diz respeito à prestação de serviços públicos de interesse da sociedade a eficiência deve ser perseguida. Vale dizer, é dever da administração atingir resultados.

No dizer de MOREIRA NETO:

Assim, o referencial de legitimidade, para cuja satisfação o *modernismo democrático* se havia limitado a exigir uma *investidura legítima* dos representantes do povo, ganhou um novo conteúdo no *pós-modernismo democrático*, passando a demandar, além da *investidura legítima* no poder (legitimidade pelo

título), também *exercício legítimo* do poder (legitimidade pelo exercício) e, ainda, um *resultado legítimo* do emprego do poder (legitimidade pelo resultado) (2008, p.22)

Os tradicionais vínculos de legalidade que caracterizavam o Estado de Direito, cederam espaço para a inclusão de novos vínculos de legitimidade que caracterizaram o Estado Democrático de Direito.

Para a aferição do atingimento dos resultados, e mais, para verificação do alcance de forma eficiente, impõe-se a existência de mecanismos de controle. Controle não só institucional que é aquele realizado pelos órgãos do próprio Estado sobre seus atos e atividades, como o controle social, exercido por particulares, pessoas estranhas aos Estado, individualmente, em grupo ou por meio de entidades juridicamente constituídas. Esta última forma de controle, indispensável ao atendimento do princípio participativo.

Nas palavras de WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR:

O perfil mais ativo do indivíduo, o resgate da cidadania, a insuficiência de processos decisórios formais, a necessidade de aproximação com a população para facilitar seu convencimento e adesão, a exigência de correspondência entre as demandas sociais e as políticas públicas, o crescimento dos níveis de controle estatal externo e de fiscalização social e o aprimoramento dos seus meios [...] são fatores significativos na compreensão da Administração Pública no Estado Democrático de Direito. (2004, p.1).

### **3. TRANSPARÊNCIA NA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA**

O Estado concentra o poder de decisão em assuntos que afetam o cotidiano do cidadão de matizes as mais variadas, como educação, saúde, trabalho, lazer, previdência, etc. Para que se possa aferir o alcance dos resultados que lhe cabe perseguir, por imposição constitucional, é fundamental uma administração visível, transparente.

O aperfeiçoamento dos graus de transparência administrativa desencadeia um círculo virtuoso. A visibilidade promove o conhecimento dos fatos e atos, bem como de suas razões, o que, por sua vez,



permite a consulta, o controle, a defesa, a participação (MARTINS JUNIOR, 2004, p. 22). Dessa dinâmica resulta a redução da opacidade da Administração Pública, que acoberta o desvio de poder, o mau uso dos recursos públicos e cria ambiente propício à corrupção.

Políticas de transparência são uma necessidade para a participação colaborativa da sociedade, tanto na co-gestão das atividades administrativas, como também no exercício do controle das ações dos agentes públicos.

Ressalte-se que o desenvolvimento tecnológico, que possibilitou a divulgação das informações públicas por meios eletrônicos, aumentou consideravelmente a visibilidade da Administração Pública, eliminando barreiras de tempo (tendo em vista que a informação pode chegar até mesmo em tempo real), de distância e de burocracia, fortalecendo a possibilidade do controle social. Não podia ser diferente, já que esta mesma tecnologia permite que a administração acompanhe a vida dos cidadãos e também possa exercer um controle sobre o cumprimento das regras a que estão submetidos no Estado Democrático de Direito. É esta a visão de Norberto Bobbio, que merece ser transcrita:

Inútil dizer que o controle público do poder é ainda mais necessário numa época como a nossa, na qual aumentaram enormemente e são praticamente ilimitados os instrumentos técnicos de que dispõem os detentores do poder para conhecer capilarmente tudo o que fazem os cidadãos. Se manifestei alguma dúvida de que a computadorcracia possa vir a beneficiar a democracia governada, não tenho dúvida nenhuma sobre os serviços que poderá prestar a democracia governante. O ideal dos poderosos sempre foi o de ver cada gesto e escutar cada palavra dos que estão a ele submetidos (se possível ser visto sem ser ouvido): hoje este ideal é alcançável.[...] A velha pergunta que percorre toda a história do pensamento político – Quis Custodiet ipsos custodes [Quem vigia os vigilantes]- hoje pode ser repetida com esta outra fórmula: “Quem controle os controladores?” (BOBBIO, 2015, p.54)

Decisões livres, escolhas racionais, amplo exercício de direitos políticos, participação na definição das políticas públicas e fiscalização e controle das ações governamentais por parte dos cidadãos é fundamental para a revitalização da democracia.

Ademais, não se pode perder de vista que a falta de acesso à informação contribui imensamente para a disseminação da corrupção. O poder oculto acoberta as mais variadas formas de corrupção pública, tais como o atendimento de interesses privados pela administração em detrimento do interesse público, a malversação, a concussão, dentre outras. Nas palavras de NORBERTO BOBBIO “esta é a razão pela qual as semelhantes ações devem ser desenvolvidas em segredo e, uma vez tornadas públicas, suscitam aquela perturbação da opinião pública que se chama, precisamente, escândalo” (2015, p.146)

A visibilidade, quando proporcionada, é fator psicológico de temor ao desvio de poder e ao comprometimento irresponsável dos recursos públicos (MARTINS JUNIOR, 2004, p.29, 30).

A transparência administrativa tem como instrumentos de concretização o dever de motivação e de publicidade por parte da administração e o direito de acesso à informação, conferido ao cidadão, este último objeto deste trabalho.

O direito de acesso à informação, compreendido como o direito de buscar, receber e transmitir informações, propicia a formação da opinião pública, o conhecimento, o exercício e a defesa dos direitos e liberdades, a participação na definição das políticas públicas, o controle da gestão pública e a responsabilização das autoridades governamentais.

A Constituição Federal de 1988 acolhe o direito de acesso à informação como direito fundamental. O art. 5º da CF/88, nos incisos XXXIII, XXXIV e LXXII, assegura a todos o direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular ou de interesse coletivo, o direito de petição perante estes órgãos e da obtenção de certidões em repartições públicas, bem como o direito de impetrar habeas data para assegurar conhecimento de informações pessoais constantes de registros de órgãos públicos (Brasil, 1988).

Ao tratar da Administração Pública, a CF/88, em seu artigo 37, *caput*, traz como princípio a publicidade, elementar ao direito de acesso. Prossegue a disciplina no §3º, inciso II do mesmo artigo, relacionando o acesso à informação à participação:

§3º –A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

[...]

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos do governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII (BRASIL, 1988).

Já o art. 216, § 2º, da CF/88, impõe uma obrigação positiva ao dispor que *cab*e à administração pública a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem (BRASIL, 1988).

No plano infraconstitucional, podemos considerar, no entanto, o marco legal do direito de acesso à informação a edição da Lei nº 12.527 de 2011. Esta lei instrumentaliza o cidadão de meios de acesso à informação, seja no âmbito da proteção dos direitos individuais ou na tutela dos direitos coletivos transindividuais (BRASIL, 2011).

A supramencionada lei dispõe que qualquer interessado é titular do direito de acesso à informação, seja pessoa natural ou jurídica, sem a necessidade de motivar o seu pedido ou demonstrar interesse específico (BRASIL, 2011).

A Lei nº 12.527/2011 acolhe o princípio da máxima divulgação, admitindo o sigilo como exceção, disciplinando os tipos de informação que terão seu acesso restrito. Importante salientar que em seu artigo 21, a referida lei determina que em nenhum caso poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, nem as informações que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas (BRASIL, 2011).

Verifica-se que a proteção constitucional do direito de acesso à informação pública, aliada a uma percepção da sociedade da sua necessidade para que se constate o exercício legítimo do poder, acarretou a ampliação da discussão sobre proteção do livre fluxo de informações e das ideias. O que antes se relacionava apenas como uma

medida de governança administrativa, passa a ser considerado como direito fundamental, ocupando o cerne, a própria essência da democracia.

### **3.1. Transparência ativa e acessibilidade substancial à informação**

A informação produzida, guardada, organizada e gerenciada pelo Estado em nome da sociedade é, em princípio, um bem público. Assim, o acesso às informações não necessitam da demonstração de interesse específico por parte da pessoa física ou jurídica que quer obtê-la, em consonância com a CF/88 (BRASIL, 1988)

Isto faz todo o sentido uma vez que, não se pode perder de vista, quando se trata do assunto, que as informações armazenadas pelos órgãos públicos não pertencem ao Estado, mas sim aos próprios cidadãos.

Um dos pontos positivos da Lei 12.527/2011 foi, sem dúvida, estabelecer procedimentos para que a Administração responda a pedidos de informação do cidadão, dispondo que o acesso à informação pública é a regra e o sigilo é a exceção (BRASIL, 2011).

O referido diploma legal avança ainda no sentido de impor a transparência na sua dimensão ativa. Estabelece que é dever dos órgãos e entidades promover, independentemente de requerimento, a divulgação em seus sítios da internet dos registros das competências e estrutura organizacional, registros de repasses ou transferência de recursos financeiros, de despesas, informações sobre licitações realizadas e em andamento, com editais, anexos e resultados, além dos contratos firmados e notas de empenho emitidas.

Vale dizer a administração tem o dever de ampla divulgação dos atos de gestão sem que seja necessário fazer postulação neste sentido. Há uma dupla obrigação de fornecer, em razão de requerimento informações (transparência passiva – divulgação de informações sob demanda), e, ainda, independentemente de pedido, disponibilizar uma série de informações elencadas pela lei, permanentemente.

A publicidade dos atos administrativos a que se resumia a visibilidade da administração, passa a ser apenas um dos instrumentos de acesso à informação pública. Medidas de natureza técnica, tecnológica e também de caráter administrativo devem ser tomadas, incluindo a necessidade da preparação dos recursos humanos.

Neste aspecto tem sido um grande desafio assegurar o cumprimento da lei. A Administração tem hodiernamente um trabalho adicional em organizar as informações e colocá-las em formato compreensível para só então divulgar as suas ações e serviços. E ainda tem que estar preparada para receber demandas específicas. Responder a uma solicitação de acesso à informação pública requer metodologia: é necessário criar regras internas para processar o pedido e garantir ao requerente a entrega do dado, que deve estar permanentemente atualizado. Vale dizer, é necessária uma atividade ainda não tradicional na administração pública de gestão da informação. E, ainda, gestão da informação não para atender a demandas internas, mas sim voltado para o público externo.

Não se pode olvidar outro aspecto importante para que o dever constitucional seja cumprido em sua inteireza e o direito fundamental de acesso a informação garantido concretamente, qual seja, a acessibilidade substancial.

O objetivo último da transparência é oportunizar a efetiva participação do cidadão nas decisões públicas. Este objetivo não pode ser contemplado só na sua essência formal, como é o caso da realização de audiências públicas, mas na verdadeira dimensão democrática, ou seja, a possibilidade da compreensão verdadeira do que está posto nos diversos documentos administrativos, o que somente será possível através da qualidade da informação que lhe é disponibilizada.

A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12527/2011) em seu artigos 5º e 8º, contemplou a acessibilidade substancial ao estabelecer que estes dados divulgados devem ser disponibilizados de forma clara, objetiva, em linguagem de fácil compreensão. Estabelece ainda a obrigação de que o poder público possibilite a gravação em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários (BRASIL, 2011).

A transparência tem uma relação intrínseca com o direito à informação no aspecto do direito a ser informado. A linguagem acessível é condição necessária à efetividade da concepção da transparência.

Como dito anteriormente, a visibilidade do poder público não se esgota com a publicidade. É neste ponto que a noção de transparência suplanta a publicidade. A publicidade é um dos meios pelo qual se alcança a transparência. A transparência é visibilidade para compreender os assuntos públicos.

O problema não reside apenas em assegurar o acesso documental, mas sim que a informação propicie a formulação de um juízo de valor a respeito do que lhe é mostrado por diversos canais de comunicação estatal. Em síntese, é necessário que o cidadão compreenda o que lhe afeta.

O desafio a ser vencido na relação comunicação entre Estado e sociedade é reconhecer como inserto no princípio democrático o seu dever de explicar claramente.

#### **4. O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL AO CONTROLE DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA**

Analisada a importância da transparência da administração pública como aspecto ínsito ao Estado Democrático de Direito, e o direito de acesso à informação como instrumento de concretização da visibilidade estatal, cumpre neste momento, relacioná-lo ao aspecto específico do controle da função administrativa.

Antes, contudo, necessário esclarecer que a análise realizada no presente trabalho se refere a controle em sentido amplo, vale dizer a todas as formas de fiscalizar, sindicar, verificar se a administração pública cumpre com os deveres impostos constitucionalmente. Isto porque os doutrinadores da ciência jurídica enumeram várias formas de controle da atividade administrativa do Estado, como controle externo e interno, controle jurisdicional, controle político, controle social, dentre outros. Os limites deste artigo, entretanto, não

permitted tratar das peculiaridades de cada um, porém será evidenciado que para o exercício de todos eles é indispensável o acesso às informações armazenadas e geridas pela Administração.

Os contornos e limites do controle sobre a função administrativa, à luz do paradigma de uma Administração de resultado, vêm sofrendo mutações.

Conforme nos ensina DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, a lógica original do controle sobre a ação administrativa, a partir do modelo revolucionário francês de separação de poderes, havia sido a manutenção da legalidade objetiva, ou seja, mesmo provocado pelo particular a finalidade do controle era sempre assegurar a observância da lei pela Administração. A mudança de paradigma transformou a natureza desse controle de objetivo para subjetivo, ou seja, ganhou contornos de proteção de um direito material concreto, destinado a tutelar os direitos subjetivos dos administrados, assegurados pelo direito (2016, p. 91).

Prossegue ainda MOREIRA NETO:

Ainda no campo das mudanças dogmáticas destinadas a dar sustentação aos novos caminhos de controle, o enfoque se deslocaria do exame da manifestação a vontade administrativa, coma preocupação de confrontá-la com os padrões da legalidade, para o exame da efetividade da vontade administrativa em termos de resultado, ou seja, do efetivo atendimento dos cometimentos e condicionamentos constitucionais impostos ao Estado. Com efeito, o controle de resultado se afigura muito mais abrangentes, pois, além da aplicação dos parâmetros tradicionais sobre a manifestação da vontade administrativa, admite e pede a formulação de novos parâmetros, como os de legitimidade, de moralidade e de eficiência, inclusive no que toca ao atendimento de normas técnicas, tão importante na civilização atual altamente demandante de tecnologia ( 2016, p. 92).

A tendência de processualização, como requisito para emissão de provimentos administrativos, merece também destaque. O exame da legalidade que outrora era restrito ao ato administrativo, passa a abranger o conjunto de atos que formam um processo administrativo, passando a análise pelas etapas do planejamento, elaboração de orçamento e execução das atividades administrativas, o que

possibilita contrastar aspectos como necessidade e adequação da ação do agente público.

Em toda ação de controle há formação de um juízo de valor por meio do qual se constata se um ato é constitucional ou inconstitucional, legal ou ilegal, adequado ou desproporcional.

Mas para que se forme este juízo de valor diante da complexidade e multiplicidade das atividades estatais que compreendem a função administrativa, é necessário que aquele que exerça o controle esteja munido de informações. Informações estas que muitas vezes só a Administração Pública detém.

Os exemplos são fartos. Observe-se a questão sensível da saúde. Só será possível perquirir se houve omissão, ou não, do Estado diante de uma epidemia se estivermos diante do número de notificações da doença e do registro de providências adotadas, informações que só a administração pública dispõe.

Ainda no mesmo tema, pode-se exemplificar com o processo de elaboração do RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, que consiste na lista de medicamentos considerados prioritários para o tratamento de doenças mais prevalentes no País, prevista na Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde). Para que atenda aos princípios dos SUS (Sistema Único de Saúde), como a universalidade, equidade e integralidade, é necessário que a concepção e a sistematização da RENAME seja elaborada a partir de uma avaliação que considere as informações de eficácia, efetividade, segurança, custo, disponibilidade, entre outros aspectos, obtidas a partir das melhores evidências científicas disponíveis. Além de dados populacionais quantitativos e qualitativos, por óbvio (BRASIL, 1990).

Dirigindo a atenção para questão de fiscalização sobre os gastos públicos, também é possível colher exemplos da necessidade de informação disponibilizada de forma clara e objetiva, para o exercício do controle. O art. 31,§, da Constituição Federal dispõe que as contas municipais ficarão à disposição de qualquer contribuinte para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade. Já o § 2º, do art. 74 da Carta Magna garante o direito a qualquer cidadão,



partido político, associação ou sindicato de apresentar denúncias de eventuais irregularidades ou ilegalidades relativas às constas da União ao Tribunal de Contas (BRASIL, 1988)

Frise-se a necessidade da acessibilidade substancial à informação, já abordada. O problema não reside apenas em assegurar o acesso documental, mas sim que a informação propicie a formulação de um juízo de valor. A Administração tem o dever de sistematizar as informações e disponibilizá-las em formato compreensível. Só assim será possível ao administrado atestar a regularidade dos gastos públicos

Estreitando a relação entre direito de acesso à informação e controle da função administrativa podemos destacar a recente edição do Decreto nº 9.203/17, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal, autárquica e fundacional. A referida norma, em seu art. 3º, elenca como alguns dos princípios da governança pública a prestação de contas e responsabilidade, além da transparência (BRASIL, 2017)

O citado decreto traz como diretrizes, em seu art. 4º, inciso VIII: “manter processo decisório orientado pelas evidências, pela conformidade legal, pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo apoio à participação da sociedade”; e inciso XI: “promover a comunicação aberta, voluntária e transparente das atividades e dos resultados da organização de maneira a fortalecer o acesso público à informação” (BRASIL, 2017)

Quanto à orientação no sentido de que a administração ancore suas decisões em evidências, é forçoso reconhecer a intenção de impedir o arbítrio, as decisões baseadas na vontade do gestor, ou em interesses outros que não o interesse público.

Diante de uma determinada tomada de decisão que comporte margem de discricionariedade, deverá ter prevalência a alternativa que melhor atenda aos princípios da eficiência, da moralidade, da economicidade, podendo ser ainda necessário que tais princípios sejam ponderados, o que esvazia significativamente o espaço da conveniência e oportunidade administrativas (BINENBOJM, 2008, p. 131).

A decisão pública deve ser um ato racional, baseado no ordenamento jurídico e nas evidências técnicas, científicas e nas circunstâncias de fato. Considerando a tendência de um agir processualizado da administração pública, no bojo do processo de formação do ato administrativo deverá ser demonstrada, além da conformidade legal, a escolha baseada em evidências.

Não se trata de tolher a administração pública, mas sim uma ferramenta de controle para evitar as decisões improvisadas, não decorrentes de um planejamento ou decorrentes de pressões momentâneas de parcela da sociedade.

Para que se verifique a congruência lógica entre as evidências nas quais se basearam a decisão administrativa e o conteúdo da própria decisão é necessário promover a comunicação aberta, voluntária e transparente das atividades e dos resultados da organização, como orienta o supramencionado decreto.

Embora existam imposições constitucionais e legais acerca do acesso à informação pública, não se trata de tarefa fácil a sua concretização. Necessário se faz a construção de uma cultura na administração pública de gestão da informação, que trate dados e documentos públicos não como pertencentes à pessoa do agente, e sim como bem público. Impõe-se, ainda, a ruptura de um modelo de uma administração isolada, reservada que considera qualquer pleito de informação acerca das suas atividades como uma ameaça, criando os mais variados entraves burocráticos para a sua obtenção.

Uma Administração Pública aberta e transparente, relacionando-se de maneira sistemática, organizada e permanente com os administrados, coleta dados e subsídios mais estreitos às reais necessidades da sociedade, em consequência obtém maior consenso na execução das atividades administrativas.

A atividade de controle seja interno, exercido pela própria administração, ou externo como o controle jurisdicional ou social, deve ser considerada um atividade que contribua para uma atuação estatal mais objetiva, mais previsível e menos personalista.

## 5. CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito é caracterizado, atualmente, por dois paradigmas: a democracia material e os direitos fundamentais.

A centralidade constitucional dos direitos fundamentais faz com que o Estado assuma o papel de instrumento voltado a tutela, promoção e realização destes valores. Observa-se o fenômeno da funcionalização do poder, entendido como instrumento de realização dos direitos das pessoas.

No que diz respeito à democracia substantiva, evoluiu-se de uma acepção formal, para uma acepção material, com a introdução de três princípios: o da participação, o da eficiência e o do controle.

No Estado Democrático de Direito o conceito de cidadania transborda a simples capacidade de ser eleitor. A ampliação participativa se traduz em mecanismos de exercício da democracia direta, sem intermediários que traduzam a vontade do cidadão.

Consentâneo com a mudança de paradigmas do Estado Democrático de Direito, o mandamento da eficiência hoje é considerado inafastável, de modo que a atividade administrativa deve estar aparelhada com os meios técnicos (tais como índices, parâmetros, prazos etc.) necessários ao controle em todas as suas fases, até a efetiva realização de resultados.

Os tradicionais vínculos de legalidade que caracterizavam o Estado de Direito, cederam espaço para a inclusão de novos vínculos de legitimidade que caracterizaram o Estado Democrático de Direito.

Para a aferição do atingimento dos resultados de forma eficiente, impõe-se a existência de mecanismos de controle, que podem ser de natureza institucional ou social.

Para que se possa aferir o alcance dos resultados que lhe cabe perseguir, por imposição constitucional, é fundamental uma administração visível, transparente. A visibilidade promove o conhecimento dos fatos e atos, bem como de suas razões, o que, por sua vez, permite a consulta, o controle, a defesa, a participação.

O desenvolvimento tecnológico, que possibilitou a divulgação das informações públicas por meios eletrônicos, aumentou consideravelmente a visibilidade da Administração Pública, eliminando barreiras de tempo (tendo em vista que a informação pode chegar até mesmo em tempo real), de distância e de burocracia, fortalecendo a possibilidade do controle social.

A transparência administrativa tem como instrumentos de concretização o dever de motivação e de publicidade por parte da administração e o direito de acesso à informação.

A informação produzida, guardada, organizada e gerenciada pelo Estado em nome da sociedade é um bem público. Sendo assim, o acesso às informações não necessitam da demonstração de interesse específico por parte da pessoa física ou jurídica que quer obtê-la.

Para que o direito de acesso à informação seja atendido substancialmente a informação deve ser veiculada em linguagem acessível, uma vez que a transparência é visibilidade para compreender os assuntos públicos.

A ação de controle compreende a formação de um juízo de valor por meio do qual deste juízo que se constata se um ato é constitucional ou inconstitucional, legal ou ilegal, adequado ou desproporcional.

Mas para que se forme este juízo de valor diante da complexidade e multiplicidade das atividades estatais que compreendem a função administrativa, é necessário que aquele que exerça o controle esteja munido de informações, que muitas vezes só a Administração Pública detém, como decorrência lógica da sua própria atividade.

A decisão pública deve ser um ato racional fundado nos ditames legais, mas também d nas evidências técnicas, científicas e nas circunstâncias de fato, o que deverá ser demonstrado no bojo do processo de formação do ato administrativo.

É indispensável para o exercício do controle e o alcance de uma administração de resultado, a construção de uma cultura na administração pública de gestão da informação, que sistematize e zele pelas informações, como bem público.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BENTO, Leonardo Valles. **Acesso a Informações Públicas. Princípios Internacionais e o Direito Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2015
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. 13. ed. revisada. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz & Terra, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao-compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm). Acesso em: 27 ago.2017.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 12.257, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 126 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm). Acesso em: 27 jan. 2018.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, da organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em 27 jan. 2018.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016 (2ª reimpressão).
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Participação popular na administração pública**. Revista de direito administrativo, v. 191, p.26-39, 1993. São Paulo.

- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- HEINEM, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação**. Belo Horizonte: Forum, 2015.
- JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de uma Administração Pública complexa. A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.
- LEITE, Glauco Costa. **Corrupção Política: mecanismos de combate e fatores estruturantes no sistema jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa. Publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDEL, Toby. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2. ed. Brasília. Unesco, 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas Mutações Juspolíticas: em memória de Eduardo Garcia de Enterría, jurista de dois mundos**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- NUNES, Alexandre Augusto Pereira. **Direito Fundamental de Acesso à Informação**. Rio de Janeiro: 2014.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SIRAQUE, Vanderlei. **Controle Social da Função Administrativa do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito Administrativo de Participação**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- STROPPA, Tatiana. **As Dimensões Constitucionais do Direito de Informação e o Exercício da Liberdade de Informação Jornalística**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- TACITO, Caio. **Direito administrativo participativo**. Revista de Direito Administrativo, v.242, p. 133-138, 1997. São Paulo.
- VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antônio Carlos; BACARIÇA, Josephina (Coord.). **Acesso à Informação Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

## Capítulo XVII

# Cotas para negros em concursos públicos de nível superior: afrodescendência, “colorimetria/colorismo” e a crise no discurso da autodeclaração – reflexões acerca da isonomia e da criação/manutenção de (novas) desigualdades

*Simone Santana da Cruz\**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 1.1 Considerações iniciais; 2 A Constituição Federal de 1988 e o Princípio da Isonomia; 3 Ações Afirmativas – “A ‘Teoria’ dos Sapatos sujos, de Matheu e do segundo par”; 4 A Legislação Pertinente às Cotas Raciais em Concursos Públicos; 4.1 Política de Cotas; 4.2 Cotas (raciais) no Brasil; 4.3 Cotas raciais em concursos públicos no Brasil e a crise da autodeclaração; 5 Representatividade, afrodescendência, autodeclaração e heteroidentificação no Brasil; 5.1 As contradições nos discursos

---

(\*) Advogada. Aluna Especial do Mestrado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Estagiária do Programa de Estágio da Procuradoria Geral do Estado da Bahia (PEPGD/PGE, sob orientação do Ilmo. Sr. Procurador do Estado Ruy Sérgio Deiró da Paixão). Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Estagiária voluntária no Ministério Público do Estado da Bahia (MP/BA) em 2011. Estagiária de Nível Superior no Ministério Público do Estado da Bahia (MP/BA) de 2011 a 2013, onde atuou junto às Varas Criminal, de Família (vinculada à Ilma. Sra. Promotora Aurivana Curvelo de Jesus Braga), da Infância e Juventude (vinculada ao Ilmo. Sr. Promotor Luiz Alberto Lima Figueiredo) e teve avaliação final de desempenho e aproveitamento como “ótimo”. Engajada em Políticas de Afirmação etnia/classe desde o ano de 2007 (Bolsista 2007/2009 da Fundação Clemente Mariani – FCM em parceria com o Conexões de Saberes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia – UFRB/BA). Militante prol Direitos Humanos desde 1991.

dos militantes e a predileção pelo sistema da "colorimetria"; 6 Os com prerrogativas Históricas, os com prerrogativas Legais e a continuidade da subjugação: o que acontece com os socialmente desfavorecidos?; 6.1 Ausência de representatividade dos negros e pardos nos cargos: a razão é a cor ou o histórico de desfavorecimento econômico?; 7 A Falácia da Equiparação na Graduação; 7.1 Considerações acerca do tempo (necessário para uma aprovação); 8. Autodeclaração, heteroidentificação e a posição da Jurisprudência Pátria; 9 "Quando a vara está torta, ela fica curva de um lado e se você quiser endireitá-la, não basta colocá-la na posição correta. É preciso curvá-la para o lado oposto". Para que lado deve envergar-se as ações afirmativas lastreadas por cotas?; 10 (In) Conclusões; Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Não é leviano afirmar que não existe estado brasileiro onde a população seja majoritariamente de pele escura e seja de pele escura ou parda os ocupantes dos cargos com maiores remunerações e maior poder de decisão. Todos os estudos realizados pelas organizações mais autorizadas no Brasil, apontam no mesmo sentido do **Censo do Judiciário 2013**.

O referido Censo aponta que *"apesar de 51% da população (97 milhões de pessoas) se definirem como pardos ou negros, em todos os ramos do Poder Judiciário [...], eles são apenas 15%, de acordo com o Censo do Judiciário, realizado pelo CNJ com magistrados, em 2013 (CNJ, 2013)*.

Eis, então, até os anos de 2009 a 2013<sup>1</sup>, o perfil minoritário do concursado brasileiro, especialmente nos postos de nível superior: pardos e negros (e também ciganos, índios e demais minorias). Pessoas de pele mais clara, mais homogênea, oriunda de famílias mais abastadas, com histórico de bom processo de escolarização e formação são o perfil majoritário.

A partir de 2013, mesmo com a maior democratização do acesso ao Ensino Superior, devido aos formatos que passaram a ser

---

1. Marco temporal de formação das primeiras turmas de ingressos pelo PROUNI em 2002 a 2004.



empregados às provas de concursos e à massificação/mercantilização deste campo de trabalho, embora os quadros de servidores públicos tenha recebido indivíduos de formação de maior diversidade, perfil do concursado brasileiro não registra, ainda, heterocomposição, heterogeneidade.

Isso porque, ao concluir o Ensino Superior, a maioria dos graduados via Lei N. 12.711/2012 e políticas a ela anteriores, como PROUNI<sup>2</sup> e FIES (jovens afrodescendentes – e não- oriundos de escolas públicas, de contexto social desfavorável – ao ingressar no Ensino Superior não passaram da classe economicamente desfavorecida à favorecida), esbarraram com um mercado de trabalho de oportunidades diminuídas, de empregabilidade em declínio, de crise política e econômica.

Segundo divulgado pelo IBGE (2017), “[...]a taxa de desemprego da população preta ou parda é de 14,6%, acima da média, que ficou em 12,4%. Entre as pessoas de pele branca, a taxa de desemprego ficou em 9,9%.” (MARLI, 2012).

Ressalvadas as excepcionalidades, o desemprego e subemprego também passou a ser experimento pelos filhos das classes favorecidas, que passaram a sair do Ensino Superior sem campo certo de trabalho. Indo, todos, no sentido de se concursarem, conforme já dito no intróito deste escrito.

No campo do serviço público, encontraram um mercado bastante demandado, onde, para a aprovação, foram/são açodados a competir com os filhos das classes mais favorecidas, contudo, por necessitarem trabalhar para sustentar-se e, muitas vezes, para continuar ajudando suas famílias, não dispõem do tempo que os estudos para concursos cada vez mais exigem, enquanto os socialmente mais favorecidos se dedicam, muitas vezes, integralmente, aos estudos desta natureza.

---

2. O Programa Universidade para Todos (ProUni) é uma iniciativa do governo federal para facilitar o acesso de alunos carentes ao ensino superior. Criado em 2004, oProUni oferece bolsas de estudos de 50% ou 100% da mensalidade em faculdades particulares.

Neste contexto, é possível observar um grupo heterogêneo de concursandos e um grupo que continua homogêneo de aprovados, mantendo os quadros de servidores públicos com características de seus servidores quase inalterada, majoritariamente composta pelos historicamente favorecidos, que, no Brasil, sempre tiveram a pele mais clara.

Na tentativa de minimizar a homogeneidade em tela, os mais pretos passaram a contar com a Lei n. 12.990/2014, Lei de Cotas Raciais, que vinha também abarcando um número maior de pessoas, uma vez que abarcava a afrodescendência autodeclarada. Em via contrária, os demais oriundos de escolas públicas<sup>3</sup>, que não são tão pretos para serem por ela alcançados, nela esbarram, como mais um óbice ao ingresso no mercado de trabalho, especialmente diante da dicção do Art. 5º, da Lei sob comento, que estabelece ser o órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica (SEPIR), a incumbência pelo acompanhamento e avaliação anual do disposto nesta Lei, margeando a formação dos atualmente criticados “tribunais raciais”<sup>4</sup>.

## 1.1. Considerações iniciais

No escopo de arar o campo no qual lançaremos as sementes, que são as reflexões que já começamos a semear, para que se arraiguem, brotem, cresçam e frutifiquem, gerando novas sementes e auxiliando, ainda que em fâsca, na construção de uma sociedade realmente isonômica, inicialmente, trazemos, com os exemplos que seguem, molduras ao quadro que, linha após linha, traçamos.

Miguel, infante contando de 10 (dez) anos, é pardo<sup>5</sup>, de pele clara e cabelos lisos encrespados pela falta de trato. Pobre, todos os dias,

---

3. Manteremos esta denominação na finalidade de que seja introjetado o fato de que a aquisição do Nível Superior, de *per si*, não alteram e nem alteraram a realidade socioeconômica daqueles que nele ingressam/ingressaram.

4. Nome que vem sendo dado em crítica às bancas formadas nos certames para aferição da declaração de afrodescendência, com base na análise fenotípica.

5. Esta é uma história real, antropológica, e as vezes sociologicamente, observada por esta pós-graduanda. Tanto a heteroidentificação de Miguel quanto de João (nomes

entre as 20h e às 23h00, perambula por todo o bairro da proximidade de sua residência, muitas vezes aparentando mancar, outras exaustão física, gritando a venda de empadas pelo valor, quase simbólico, de R\$1,00 (um real).

João, de seu turno, contando 11 (onze) anos, é preto, de pele escura. Com a situação financeira razoável dos pais, no conforto de seu lar e sob a atenção cuidadosa de seus pais, assiste séries, pratica atividades lúdicas e esportes do seu agrado. João estuda pela manhã em escola particular. Miguel, no mesmo turno, em escola pública. Pela tarde, o primeiro tem reforço escolar e brinca. O segundo, ajuda a moça que faz as empadas para poder a noite sair para vendê-las. Com o que recebe, se sustenta e à sua família.

A maioria das pessoas, se questionadas, é certo que poderão divergir quanto a cor/raça/etnia de Miguel e até a de João, contudo, igualmente não divergirão quanto que a vulnerabilidade social somente existe em relação a Miguel; que a escolaridade fundamental deste está prejudicada; que o Estado Brasileiro e a sociedade, uma vez que a família parece não o estar conseguindo suprir, carecerão implementar políticas de proteção integral em seu favor. Sigamos.

Concluindo o Ensino Médio com todo o esforço, sendo de interesse, é provável que Miguel acesse um curso de graduação em uma Instituição de Ensino Superior particular através das Políticas/Ações Afirmativas de cotas para afrodescendentes e/ou ingressos oriundos de escolas públicas que apresentem a renda familiar *per capita* ali predeterminada, a exemplo do Programa Universidade para Todos – PROUNI. Ou poderá, também, acessar uma universidade pública ou particular pela nota do Exame Nacional do Ensino Médio.

João, por certo concluirá o Ensino Médio e ingressará em uma Instituição de Ensino Superior pública ou particular, custeadas a primeira pelo poder público; a segunda por seus pais. Ambos concluindo

---

fictícios), se dão a partir de uma avaliação fenotípica, subjetiva, pois, desta pós-graduada, que, devido ao envolvimento com políticas de afirmação Étnico-Social, não deixa de estar impregnada de um lugar de fala. Portanto, submetido a outros locais de fala poderão as crianças em tela serem heterodeclarados de outra cor/etnia.

o nível superior de ensino, suponhamos que na mesma área, passam, então ambos a concorrer por uma vaga em um determinado concurso público. Nesta quadra, qual a cota mais viável, a da cor ou a da categoria social?

Um militante da colorimetria, do colorismo/pigmentocracia ou da melanina acentuada, em contato com o(s) caso(s) em tela, tenderá a dizer que trata-se de uma exceção o preto em condição social mais favorável que um branco, não de uma regra. Que Miguel é quase branco, não sofre(u) racismo, enquanto João, diariamente, sim. No que não discordamos no todo. Contudo, seria razoável que, sob o argumento de levar em conta a história pretérita da cor preta, a cor da pele de João lhe dê prerrogativas em detrimento de Miguel quando do ingresso no mercado de trabalho, especialmente em concursos públicos, que devem ser regidos por critérios objetivos de aferição de conhecimentos?

Nesse contexto, tem sido grande as polêmicas envolvendo a predileção que vem se imprimindo às ações afirmativas voltadas às cotas raciais, especialmente no viés que pretere as cotas sociais e vale-se da gradação de cor, aqui abordada como colorimetria e/ou colorismo/pigmentocracia<sup>6</sup> inversa, onde quanto mais pigmentada a pele pela melanina, maiores são as prerrogativas conferidas pelo Estado.

Uma vez que não existem estudos comprobatórios de que os mais pretos vem passando menos em concursos públicos que os menos pretos ou brancos que gozaram de seu mesmo histórico socioeconômico desfavorecido, tampouco que os mais pretos vem passando menos em concursos públicos que os menos pretos e brancos que gozaram de histórico socioeconômico favorável, cotear as vagas pela cor da pele é, de fato, questão acaloradora de debates no atual contexto brasileiro de seleção de seus servidores.

---

6. Termo utilizado no movimento negro, atualmente mais difundido através de “youtubers” militantes negros e negras. Trata-se de conceito usado para chamar a atenção para os diferentes níveis de preconceito e marginalização sofridos pela população negra, dependendo de quão mais afrodescendente é sua aparência. O que inclui a tonalidade da cor e outras características, como largura do nariz, grossura dos lábios e textura dos cabelos.

Nesta esteira, Existe, de fato, razão para discriminar positivamente mais os negros que os desprovidos de recursos, uma vez que o Brasil tem mais desprovidos de recursos do que pretos e pardos?

Arado o campo, passemos, então, às sementes.

## **2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

A história das desigualdades sociais, da distribuição/redistribuição deficiente das rendas e a elevação de pequenos grupos em detrimento do todo social é a história das Políticas Afirmativas, da Política de Cotas, pois desde quando existe a sociedade e foi pactuado o Estado-Juiz/Legislador/Administrador, existem pessoas buscando perante o Estado melhoria de condições de sobrevivência para si e para outros.

Originada de um contexto onde as heterogeneidades clamavam por justiça, a Constituição Federal não foi omissa quanto às desigualdades esgarçadoras do tecido social que pretendia recompor, nem dos preconceitos que entoavam as linhas da história que a antecederam. Desta feita a Constituição Federal (1988) demonstrou vontade máxima de ajustar a sociedade ao objetivo de uma democracia regida por princípios de igualdade formal e material.

Sendo aguerrida contra o racismo, o preconceito, a pobreza e em favor da promoção da equidade, em seu intróito, colocando em relevo que quem a estatuíam eram os representantes do povo brasileiro, um povo, desde já destaque-se, miscigenado. Um povo que instituíam 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 ( CF, 1988).

Ademais, nesse mesmo sentido, destaca: em seu Art. 1<sup>o</sup><sup>7</sup>, incisos II e III, como dois de seus cinco fundamentos a cidadania e a

---

7. Art. 1<sup>o</sup> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de

dignidade da pessoa humana; em seu Art. 3º, que constituem objetivos fundamentais 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 [...].

Outrossim,

[...] *IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

Prosseguindo o alicerce do Estado que instituiu e pretende alcançar, a Constituição brasileira de 1988 expressamente milita contra prerrogativas injustificadas. Precipuamente enviesada por princípios afirmativos, manifestando-se uma carta de ações afirmativas *prima facie*, estabeleceu a CF/1988 que as relações entre os seus jurisdicionados e do Estado para com estes se desenvolvessem pautadas na isonomia. Desta feita, em seu festejado artigo 5º, a Carta de 1988 preconiza que

[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Ao mesmo passe de firmação de alicerce, milita contra os preconceitos provenientes da antipatia por determinadas etnias, infelizmente experimentados pela sociedade brasileira especialmente em razão da forma como se deu a sua formação de berço escravocrata, a Carta de 1988 é enfática em tornar o racismo um crime inafiançável e imprescritível (CF, 1988, Art. 5º<sup>o</sup>).

Consoante assinala SILVA (2008, p. 782), em termos jurídicos, isonomia exprime

[...] igualdade legal para todos [...] E, assim, assinala o regime que institui o princípio de que “todos são iguais perante a lei”

---

Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

8. XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei [...]

(CF, 1988, art. 5º), em virtude do que, indistintamente e em igualdade de condições, todos serão submetidos às mesmas regras jurídicas.

Não é demais lembrar que em seu Art. 6º (EC n. 90/2015), a Constituição Federal pronuncia que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Igualmente, não é demais lembrar que esses elencados direitos sociais, juntamente com a representatividade, são os principais elementos que as políticas afirmativas de promoção da igualdade racial e social buscam viabilizar, garantir aos pretos, pardos e desamparados economicamente.

Dito isto, ressaltamos a imensa importância de quando do estabelecimento de cotas o Estado ponderar se ao priorizar um grupo por cor da pele<sup>9</sup> dentro de um grupo maior, que envolve renda e cor (a maioria dos desafortunados brasileiros são pardos e pretos) não está ferindo sobremaneira o princípio da isonomia, especialmente em concursos públicos, onde são aferidos conhecimentos específicos e nenhum estudo há comprovando que, dentro da categoria dos oriundos de baixa renda, os negros mais pretos são os que obtêm menor índice de aprovação.

Ademais, não é legítimo estabelecer prerrogativas injustificadas ou justificadas em reparação/dívida histórica, quando o meio empregado é preterição da história presente, polarizando a sociedade entre pretos e brancos, suprimindo a diversidade de indivíduos que compõem esta sociedade, colocando os mais pretos na raia mais próxima à chegada (aos direitos sociais, à representatividade) juntamente com os mais brancos e deixando todos os demais com os atrasos que, muitas vezes, lhes impedem até de poder acessar a “pista de corrida”, uma vez que para tanto são obrigatórios<sup>10</sup> os calçados, a nutrição e a vestimenta adequados.

---

9. Após as avaliações fenotípicas e a quebra do conceito inicial de afrodescendência, que trataremos mais adiante, a cor da pele (mais preta) é o que tem prevalecido.

10. No atual contexto de concursos públicos, aqueles que não tem condições econômicas para locomover-se até as cidades onde são realizadas as avaliações, que não

As desigualdades que as cotas raciais estão em vias de acentuar, quando, inclusive, negros ricos são beneficiários quebrando o tratamento isonômico propalado pela Constituição Federal (1988) são ônus que a sociedade brasileira não carece arcar.

Como bem pontuou Gilmar Mendes, quando do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186<sup>11</sup>

[...] Se, por um lado, a clássica concepção liberal de igualdade como um valor meramente formal há muito foi superada, em vista do seu potencial de ser um meio de legitimação da manutenção de iniquidades, por outro o objetivo de se garantir uma efetiva igualdade material deve sempre levar em consideração a necessidade de se respeitar os demais valores constitucionais.

Não se deve esquecer, nesse ponto, o que Alexy trata como o paradoxo da igualdade, no sentido de que toda igualdade de direito tem por consequência uma desigualdade de fato, e toda desigualdade de fato tem como pressuposto uma desigualdade de direito (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001). Assim, o mandamento constitucional de reconhecimento e proteção igual das diferenças impõe um tratamento desigual por parte da lei. O paradoxo da igualdade, portanto, suscita problemas dos mais complexos para o exame da constitucionalidade das ações afirmativas em sociedades plurais. (GILMAR MENDES, 2009)

---

tem condições de pagar por cursos preparatórios, de poder trabalhar menos para dedicar-se, fica sem conseguir acesso à “pista” de corrida.

11. “[...]Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pelo partido político DEMOCRATAS (DEM), contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade. Alega-se ofensa aos artigos 1º, caput e inciso III; 3º, inciso IV; 4º, inciso VIII; 5º, incisos I, II, XXXIII, XLII, LIV; 37, caput; 205; 207, caput; e 208, inciso V, da Constituição de 1988. A peça inicial defende, em síntese, que “[...] na presente hipótese, sucessivos atos estatais oriundos da Universidade de Brasília atingiram preceitos fundamentais diversos, na medida em que estipularam a criação da reserva de vagas de 20% para negros no acesso às vagas universais e instituíram verdadeiro ‘Tribunal Racial’, composto por pessoas não-identificadas e por meio do qual os direitos dos indivíduos ficariam, sorrateiramente, à mercê da discricionariedade dos componentes, [...]”



Seria, então, legítimo reparar erros históricos com novos erros históricos? Se os sujeitos do passado clamavam por justiça social e racial, os sujeitos do presente clamam por justiça social e racial, e, no fazimento desta justiça (racial), há que se observar qual a justiça mais abrangente e se com a disponibilização de recursos viabilizadores de Direitos Sociais, a justiça racial não seria sobremaneira promovida.

### **3. AÇÕES AFIRMATIVAS – “A ‘TEORIA’ DOS SAPATOS SUJOS, DE MATHEU E DO SEGUNDO PAR”**

Na busca da isonomia, muitas foram as políticas implementadas no Brasil, no sentido de viabilizá-la em seu território. Exemplo destas políticas, são as denominadas Afirmativas.

As ações afirmativas nasceram e integram, conforme assinala MOORE (2018, p. 105), das/as as denominadas *políticas de identidade*, as quais surgiram/surgem na emergência dos novos movimentos sociais durante as últimas décadas do século XX, um período marcado por forte engajamento de grupos e organizações num movimento pelos direitos civis nos Estados Unidos da América – EUA, sendo direcionadas a todo e qualquer grupo social com histórico de exclusão e qualquer tipo de discriminação diante de grupos sociais hegemônicos.

Tratam-se, como de políticas da titularidade do Poder Público, implementadas em parceria com organizações e com o setor privado, pensadas a curto e médio prazos, visando abrandar as desigualdades sociais entre esses grupos sociais e os chamados grupos dominantes, grupos hegemônicos. A longo prazo, a construção de uma real democracia racial, social, de gênero, em prol das pessoas com deficiência, homossexuais, dos que experimentam opressões em geral.

Num Estado de “Miguéis”, onde, segundo dados fornecidos pelo IBGE (2017), 10% das pessoas concentram 43,4% de toda a renda recebida no Brasil, apenas para entonar a importância das políticas de afirmação, sejam elas sociais, raciais, de gênero, de classe etc., a pincelamos com o que intitulamos a “*A Teoria dos Sapatos sujos e de Matheu e do segundo par*”.

Para exemplificar a negação de espaços e a destinação de espaços (pré)determinados para cada pessoa na sociedade brasileira, especialmente quando a (pré)determinante é a cor das pele, Lopes Jr. (2016) traz a baila a metáfora de um par de *sapatos*, magnificamente lustrados e brilhantes, que, na sapateira, estão limpos, mas se tornam *sujos*, quando colocados na mesa de refeições. Ou ainda, uma omelete, “uma obra de arte culinária” que da água na boca quando no prato do jantar, torna-se uma mancha nojenta quando derramada sobre o travesseiro.

No que tange a Matheu (criança branca), seu pai, um cronista (também branco), da cidade de São Paulo,<sup>12</sup> conta que ia ele andando com seu filho pequeno, de uns 05 (cinco) anos de idade, quando, cansada a criança, levou-a ao colo e seguiu andando. Repentinamente, notou pessoas, atenciosas, de todos os lados lhe acenando, como se lhe chamassem atenção para algo. Enfim, todas lhe comunicavam que o Matheu estava sem um dos sapatos no pé, estava com um dos pés descalços, o que poderia ser muito perigoso. Agradecendo a todos, o pai do Matheu olhou no seu entorno e deparou-se com várias crianças pretas e pardas desacompanhadas de qualquer adulto, sem os dois calçados, maltrapilhos, com os pés afundados no chão. Para estes, nenhuma daquelas pessoas atenciosas se atentavam, refletiu.

Em relação ao que seria a “*Teoria do segundo par de sapatos*”, trata-se de uma historia obvia, mas como, por vezes, carece o óbvio de ser lembrado, sigamos. Suponhamos que Miguel e João fossem irmãos e no início do período letivo do ano de 2017 o pai de ambos, por ausência de recursos, estando estes dois filhos totalmente descalços, tivesse dado um par de calçados apenas para João, deixando Miguel, naquele ano, sem freqüentar a escola.

No início do ano de 2018, quem deveria ganhar um par de calçados? O razoável seria Miguel ganhar um par de calçados (novos) ou João ganhar um (novo) para de calçados? Se quisesse que ambos obtivessem condições iguais de acesso a escolaridade, *in casu*, parece-nos de maior justiça que Miguel fosse o priorizado da vez.

---

12. Não será ora citado em razão de não encontrar a exata fonte.

Um novo par de calçados para João significaria, em essência, oportuni-zá-lo que ficasse com dois anos de escolaridade à frente de Miguel. E no que diz respeito a qual o critério para a concessão do par de sapatos referente a 2018, deveria o pai escolher ao filho que daria o calçado pela necessidade ou pela cor da pele? Essa e outra questão pretendemos acentuar a reflexão neste trabalho.

Uma sociedade será considerada justa se implementar medidas eficazes na diminuição das diversas formas em que as desigualdades se manifestam, e, nesta empreitada, é imprescindível a adoção de ações afirmativas em favor de minorias (RAWLS, 1971).

Segundo Amartya Sen (2012), que é favorável ao sistema de cotas, nos Estados Unidos foi verificado que as pessoas abrangidas por políticas afirmativas, ali empreendidas em favor de indivíduos com histórico de desfavorecimento e negros, com o passar dos anos se tornaram profissionais de sucesso, engajados em projetos multiplicadores (ações sociais, filantropia, p. ex.), estendendo a outros o “bem” que receberam.

Para Amartya Sen (2012), as pessoas com histórico de desfavorecimento dificilmente alcançariam melhores posições dentro da sociedade senão por intermédio de políticas includentes, como são as sob comento, as políticas de afirmação. Dito isto, a constatação assinala para o fato de que vivemos, realmente, em uma sociedade racista, preconceituosa, classista, da estética, do capital, onde quem não está abrangido pela interseção das linhas privilegiadas de cada categoria, experimenta em relação a si do sentimento de estar ocupando um lugar que não lhe estende relação de pertença/pertencimento.

Portanto, Ações Afirmativas, num país com precária distribuição e redistribuição de renda, há que se tratar com desigualdade os desiguais, no escopo de oportunizar a todos o máximo de oportunidades possível.

#### **4. A LEGISLAÇÃO PERTINENTE ÀS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS**

Conforme bem salientou Ban Ki-Moon (2015), “[...]devemos lembrar que os povos afrodescendentes estão entre os mais afetados

pelo racismo. Muitas vezes, eles têm seus direitos básicos negados, como o acesso a serviços de saúde de qualidade e educação” (ONU, 2015)

[...] Seja como descendentes das vítimas do tráfico transatlântico de escravos ou como migrantes mais recentemente, estas pessoas constituem alguns dos grupos mais pobres e marginalizados. Estudos e pesquisas de órgãos nacionais e internacionais demonstram que pessoas afrodescendentes ainda têm acesso limitado a educação de qualidade, serviços de saúde, moradia e segurança. (*idem*)

Em razão desta inegável e legítima lembrança/reconhecimento, que se deram em razão de estudos sérios, onde foi registrado que cerca de 200 milhões de pessoas autoidentificadas como afrodescendentes vivem nas Américas, a ONU estabeleceu a **Década Internacional de Afrodescendentes (Resolução 68/237, ONU, 2015)** a qual será observada entre 2015 e 2024, viabilizando

[...] uma estrutura sólida para as Nações Unidas, os Estados-membros, a sociedade civil [...] para tomar medidas eficazes para a implementação do programa de atividades no espírito de reconhecimento, justiça e desenvolvimento. (*ibidem*).

Ali, é também citada a necessidade de reforçar a cooperação nacional, regional e internacional em relação ao pleno aproveitamento dos direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos de pessoas de afrodescendentes, bem como sua participação plena e igualitária em todos os aspectos da sociedade.

#### 4.1. Política de cotas

Trazido isto, cumpre rememorar que bem antes da referida resolução, políticas reparatórias no mesmo sentido de sua proclamação já vinham sendo implementadas em alguns países. Nesta quadra, como já antedito, a política de cotas para negros e afrodescendentes, teve berço nos anos de 1960, nos EUA, no governo do Presidente John Kennedy durante a época das lutas pelos direitos civis, como forma de promover a igualdade social entre os negros e brancos norte-americanos.

O termo ação afirmativa foi empregado pela primeira vez nos Estados Unidos em 1961 quando o

[...] Presidente John F. Kennedy criou a Ordem Executiva nº 10.925, [...] ao estabelecer a Comissão para a Igualdade de Oportunidade no Emprego, garantindo a igualdade de oportunidade nos postos de trabalho de instituições que possuísem contrato com o governo federal a todas as pessoas sem discriminação de raça, credo, cor ou origem nacional. [...] (WEDDER-BURN, 2005, apud SILVA et al 2010).

Na época, John Kennedy passou a convalidar ações que tinham como objetivo auxiliar as pessoas pobres e diminuir a desigualdade entre classes.

## 4.2. Cotas (raciais) no Brasil

Em se tratando da promoção da igualdade racial, vale destacar uma das leis brasileiras pioneiras nesse sentido, qual seja, a **Lei Nº 12.288, de 20 de julho de 2010**, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, objetivando garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica (Art. 1º).

No Brasil, as políticas afirmativas ganharam força nos anos de 2002 a 2008, durante os mandatos do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, com a implementação das cotas de acesso ao ensino superior para estudantes oriundos de escolas públicas e afrodescendentes. Prosseguindo, no ano de 2012, no governo da Presidente Dilma Rousseff, foi decretada pelo Congresso Nacional e por ela sancionada a Lei N. 12.711, a qual dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio.

Priorizando o aspecto social, nos termos da Lei N. 12.711, Art. 1º, as instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham

cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, sendo que, no preenchimento destas vagas 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

Priorizando o aspecto étnico-racial, em seu Art. 3º, com redação dada pela Lei nº 13.409/2016<sup>13</sup>, a referida Lei estabelece que

[...] em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE [...] No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no *caput* deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

### **4.3. Cotas raciais em concursos públicos no Brasil e a crise da autodeclaração**

No que tange às cotas em concursos públicos, uma das medidas adotadas pelo Estado Brasileiro na consecução dos objetivos<sup>14</sup> assentados na Resolução 68/237 da ONU, o Brasil sancionou no ano de 2014, a Lei nº 12.990/2014, promovendo a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito

---

13. Altera a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, para dispor sobre a reserva de vagas para pessoas com deficiência nos cursos técnico de nível médio e superior das instituições federais de ensino.

14. Os principais objetivos da Década Internacional são: promover o respeito, proteção e cumprimento de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas afrodescendentes, como reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos; promover um maior conhecimento e respeito pelo patrimônio

da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Preconiza a Lei de Cotas sob comento que a reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três) (Lei n. 12.990/2014) e poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pelo IBGE (Lei n. 12.990/2014).

Um dos pontos mais relevantes e de maior polêmica insculpidos na referida Lei (além do critério racial) está inscrito no parágrafo único do citado Art. 2º, onde consta consignado que na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Relevante e polêmico em razão de, no auge das políticas afirmativas de reconhecimento e valorização da etnia e cultura afro, não terem sido poucos os incentivos das Universidades Públicas, da instituições de promoção da igualdade racial e do Estado para que as pessoas se autodeclarassem pretas e pardas. Agora, com a priorização dos mais pretos em detrimento do todo desfavorecido, vem a contradição, pois que há um desincentivo à autodeclaração/autoidentificação. Quem lhe reconhece preto, pardo, negro é a alteridade.

Naquele momento, de incentivo à autodeclaração, importando dos EUA a teoria da gota de sangue<sup>15</sup> no intento de fortalecer a

---

diversificado, a cultura e a contribuição de afrodescendentes para o desenvolvimento das sociedades; adotar e reforçar os quadros jurídicos nacionais, regionais e internacionais de acordo com a **Declaração e Programa de Ação de Durban** e da **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**, bem como assegurar a sua plena e efetiva implementação.

15. A *One-drop rule* ("regra de uma gota", em inglês) é uma lei anti-miscigenação e segregacionista que foi usada em diversas regiões dos **Estados Unidos**. De acordo

cultura afro, era promovida a desracialização, onde se afirmava que pela formação do Brasil (colonizado por diversos povos) e da própria humanidade (oriunda da África) não havia que se falar em branco (puro) ou raça pura no Brasil. Éramos todos afrodescendentes, conforme assinala MAGNOLI (2010).

Outro ponto crítico tem sido a implementação do Art. 5º, que estabelece se o órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica de que trata o **§ 1º do art. 49 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010**, a incumbência pelo acompanhamento e avaliação anual do disposto nesta Lei, quando os certames tem formado comissão formada por servidores para aferir sobre a veracidade/falsidade da autodeclaração feita por cada candidato, o que tem sido chamado, não sem um fundo de razão, de “tribunais raciais”.

Como podem os mesmos tribunais que advogavam pela auto-declaração baseada na positivação da *one-drop rule*, agora, fenotipicamente, querer desconstituir mais de 10 (dez) anos de políticas de incentivo à autodeclaração? Sigamos.

A Lei n. 12.711/2012 vinha trazendo resultados bastante positivos, carecendo apenas de uma nova lei que lhe sucedesse na proteção dos seus tutelados com base no critério renda-etnia, o que não ocorreu, vindo a Lei n. 12.990/2014, que, louvável a seu intento e essência reparadora de desigualdades, quando exclui a renda de sua base, acaba por tutelar a manutenção de velhas desigualdades e a criação de novas desigualdades e injustiças. Especialmente quando a autodeclaração vem, apenas através da heteroidentificação, sendo aquebrantada.

---

com ela, qualquer americano que tivesse algum grau de ancestralidade **africana, ameríndia, asiática**, ou qualquer outra não-européia (“uma gota”) não era considerado *white* (branco), mas *colored* (“pessoa de cor”, “colorido” ou não-branco) e portanto, proibido de se casar ou fazer sexo com brancos. Esse conceito surgiu no século XIX e tornou-se lei no século XX e durou até 1968. Foi associado com o princípio da “negritude invisível” e é um exemplo de hipodescendencia (MAGNOLI, 2009)



## 5. REPRESENTATIVIDADE, AFRODESCENDÊNCIA, AUTODECLARAÇÃO E HETEROIDENTIFICAÇÃO NO BRASIL

Não é preciso ser um estudioso das políticas de afirmação social para negros e afrodescendentes para entender que o objetivo dos militantes desta causa sempre foram representatividade, isto é, serem visibilizados a partir da assunção de postos nas sociedade que historicamente lhes foram negados. Assim sendo, não é demais destacar que com a política de cotas raciais o que se busca, de fato, é que as pessoas mais pretas ou manifestamente pretas alcancem tais postos.

Na busca dessa representatividade, nos anos anteriores à Lei de Cotas raciais sob comento, a autodeclaração foi um meio que os militantes dos movimentos *prol* negros e afrodescendentes empregaram para fortalecer questões que lhes eram fragilizadas, como identidade, pertença, educação, cultura.

Prova do incentivo à autodeclaração, trazemos trecho do livro *Caminhadas de universitários de origem popular* (CRUZ et al, 2009, p.36), onde queda manifesta a autodeclaração como um meio de combate às fragilidades enfrentadas pelos negros na nossa sociedade.

No programa de políticas afirmativas, que visa não só a permanência qualificada do estudante na graduação, mas prioriza a valorização e o reconhecimento étnico e racial como um dos fundamentos do Programa de Permanência da Pró-Reitoria de Políticas Afirmativas e Assuntos Estudantis. O Programa Conexões de Saberes não oferece apenas um auxílio financeiro. Antes de tudo, é uma oportunidade de um encontro mais profundo, verdadeiro e sincero consigo e sua história. Muitos chegaram confusos: “eu coloquei na inscrição que sou pardo, mas que cor tu achas que sou?” Ou: “sou afrodescendente, mas visivelmente parda!” Assim, a confusão de pensamentos propagou-se, as discussões foram dando margens para que o reconhecimento étnico-racial começasse a acontecer, já que eles vão muito além da cor da pele. Como um indivíduo pode desenvolver-se sem reconhecer sua etnia? Porque a vergonha de ser preto? Porque o medo das consequências que ser negro traz?

Afrodescendência, naquele contexto, consoante antedito, era um conceito que dava abertura a todo encaixe, uma vez que o comum no Brasil é, realmente, ser descendente de africanos. Atualmente, busca-se combater a afrodescendência autodeclarada, não para todos os fins, mas apenas para os fins de concorrência em concurso público. Assim, quem não é pardo o suficiente para dar representatividade/visibilidade à pele escura nos cargos públicos, deve ser desclassificado enquanto afrodescendente. Ao sair na rua, todavia, encontrando com os mesmos avaliadores, é provável receber uma advertência de olhar se se disser branco(a).

No momento que se coloca nos concursos públicos negros-pretos<sup>16</sup> em condições superiores às dos pardos e brancos pobres se está ferindo de morte o princípio da isonomia pois que é injusto, conforme já percorrido, colocar pessoas em condições de conhecimentos iguais em situação de distinção. Aos índios, caso mantidos na sua cultura originária, ainda se justificaria (exceto se inseridos no contexto urbano) a discriminação positiva perante todos os demais, mas negros-pretos pobres sempre conviveram e compartilharam mazelas sociais com negros-pardos pobres, ciganos pobres, brancos pobres.

A sociedade que clama por justiça racial quer ver negros-pretos em todos os quadros, mas é razoável que para tanto concorram em condições de igualdade formal com os que materialmente lhes foram iguais. Isso é a isonomia preconizada pela Constituição Federal de 1988 sendo respeitada de fato e de direito.

### **5.1. As contradições nos discursos dos militantes e a predileção pelo sistema da “colorimetria”**

O que antes se dava por uma identificação simples, na maioria das vezes, verbal, inclusive, e de fácil aceitação (como ainda é) pelos órgãos, pessoas e instituições, quando o assunto são os concursos públicos, ser afrodescendente tem carecido de comprovação, muitas vezes via laudo médico.

---

16. Atualmente são estes que estão sendo realmente priorizados.

Em fundamentação do decidido no PCA 000106042201720000 00<sup>17</sup>, o CNJ consignou que

[...] As fotografias apresentadas [...] e laudos médicos que atestam a cor da pele do requerente como “categoria IV da Escala de Fitzpatrick de fototipos de pele, coincidindo com a noção de pele parda usualmente utilizada no Brasil” [...].

Até poucos anos atrás, não era de bom tom se identificar como branco no seio desse país negro chamado Brasil. Aquí todos eram todos pretos, tendo todos sido originados no Lago Vitória, na África. Sendo todos primordialmente negros, com melanina acentuada, não havia quem preto ou afrodescendente não fosse.

O pardo? Não era cor e nem raça. Procurasse no dicionário o que significa pardo e veria se tratar de qualquer cor entre o preto e o branco propalavam os principais centros de militância negra e afrodescendente do Brasil, especialmente das Universidades Públicas, onde ingressavam a partir da maior abertura das Instituições Públicas de Ensino Superior, por intermédio do ganho de força das Políticas Afirmativas ‘sociorraciais’.

Assentou-se, então o fenômeno da autodeclaração (que na verdade era uma heteroidentificação, uma vez que pessoas eram tenazmente “consientizadas” de que eran negras/pretas) como o criterio de definição de cor/raça/etnia. A autodeclaração étnica, consoante consabido se dá quando a própria pessoa diz sobre si de que cor/raça/etnia se julga pertencente.

Atualmente, num movimento totalmente inverso, principalmente no âmbito das concorrências para concursos públicos, quando e onde, os mesmos grupos que apregoavam, propalavam, militavam pela autodeclaração, agora encourados pelos que já militavam contrários às políticas de afirmação, apregoam, propalam e militam pela heteroidentificação. A heteroidentificação étnica, de seu turno,

---

17 “Trata-se de Procedimento de Controle Administrativo, com pedido de liminar, proposto por Marcelo Cruz de Oliveira contra decisão proferida pela Comissão Organizadora do Concurso Público para o cargo de Juiz substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas que, deixando se considerá-lo como negro, o eliminou do certame[...] (PCA-10604220172000000)

se perfaz quando o outro diz sobre a pessoa, através daquilo que visualiza, fenotípicamente, de sua aparência física.

Nesse contexto, litígios étnico-raciais vem se acentuando e a contradição tem tomado conta dos discursos “autodeclaratistas” de outrora, quando pessoas autodeclaradas pretas e pardas, não fenotípicamente gritante de cor preta acentuada, são consideradas pretas e pardas para qualquer fim, exceto para os fins de aprovação em concurso público por intermédio das cotas raciais.

Eis aí que se acirra no seio social o embate entre negros pardos e brancos, sendo os discursos mais contraditórios oriundos das bancadas de representantes dos negros, tendo em vista que estes foram os precursores no Brasil das políticas afirmativas em favor de pretos e pardos a partir da autodeclaração e neste momento saem em busca e em defesa da cor da pele mais escura, heterodeclarando brancos (para fins de concursos via cotas) todos os demais.

No referido embate, com as ressalvas sempre registradas, uma veia dos “brancos ricos” dizem que o Ensino Superior igualou a todos e que é injusta qualquer tipo de cota, outra, diz que seriam até justas cotas sociais. Os mais pretos, pobres, dizem ser justo apenas os negros e não os mais brancos, pois é uma cota para pretos. Outros que os pretos ricos não deveriam fazer *jus*, devendo se somar à cor a renda, o histórico de vida. Muitos negros ricos, que se as cotas existem, as utilizarão.

Em entrevista da Carta Capital (2012), Kabengele Munanga, quando perguntado se afirma que é difícil definir quem é negro no Brasil e o porquê, disse que é sim difícil, pois

[...] por causa do modelo racista brasileiro, muitos afrodescendentes têm dificuldade em se aceitar como negros. Muitas vezes, você encontra uma pessoa com todo o fenótipo africano, mas que se identifica como morena-escura.

Salienta MUNANGA (2012), contudo, que [...] os policiais sabem, no entanto, quem é negro. Os zeladores de prédios também[...].

Ademais, perguntado se quem não assume a descendência negra introjeta o racismo, diz que

Isso tem a ver com o que chamamos de alienação. Por causa da ideologia racista, da inferiorização do negro, há aqueles que alienaram sua personalidade negra e tentam buscar a salvação no branqueamento. Isso não significa que elas sejam racistas, mas que incorporaram a inferioridade e alienaram a sua natureza humana. (MUNANGA, 2017).

Assim como os policiais e zeladores sabem que é ou não negro, os médicos, aos desembargadores, os sulistas e paulistas também sabem quem é ou não branco.

Diante da criação de tribunais raciais, o movimento e os representantes dos movimentos negros não só contradizem o discurso acima entoado por MUNANGA, pois que há uma tendência às pessoas se repensarem se são ou não afrodescendentes ou se disserem afrodescendentes brancos, mas também se calam como se antes não defendessem a autodeclaração como se quem se autodeclara hoje negro ou pardo no país estivesse agindo à margem da Lei, fossem brancos tentando usurpar prerrogativas dos negros, quando sabem que esta política foi por eles mesmos defendidas ao longo dos anos de 2004 a 2014 e todos os anteriores.

Vale destacar, inclusive, que a política de cotas para negros no Brasil resulta do empenho não só dos movimentos negros, mas, sobretudo, dos afrodescendentes.

Permanecendo a heteroafirmação “nua e crua” dos candidatos autoidentificados como pardos/pretos, embasada no que o outro sobre ele vê, a violação de dignidades será inevitável, e, sendo o critério determinante a fenotipicidade, que seja empregado com todos os seus princípios sustentadores. Os mesmos que justificavam a auto-declaração quando do incentivo desta.

## **6. OS COM PRERROGATIVAS HISTÓRICAS, OS COM PRERROGATIVAS LEGAIS E A CONTINUIDADE DA SUBJUGAÇÃO: O QUE ACONTECE COM OS SOCIALMENTE DESFAVORECIDOS?**

Reiterando a razoabilidade de se querer ver negros em posições destacadas na sociedade, inclusive para fortalecer a comunidade

negra, contudo da irrazoabilidade de que não concorram com pessoas em situação definidora de estudos igualmente partilhada, voltamos ao arar do campo, a partir dos casos reais (nomes fictícios) de Janaína, Maria, José, Carolina e Rafael (nomes fictícios)

Rafael, negro, é filho único. Sempre estudou em escolas particulares e graduou-se sem necessidade de políticas afirmativas. Trabalha quatro horas por dia, por opção. Dedicar-se a concursos. Viaja para vários Estados para prestar exames, contando com todo o Amparo econômico dos pais. Janaína, branca, sempre estudou em escolas particulares e graduou-se sem necessidade de políticas afirmativas, somente estuda para concursos, viajando para prestar exames em vários Estados.

Maria, negra de pele preta, viveu/vive vida semelhante à de Janaína. José, oriundo de escolas públicas e ingresso na graduação pelo sistema de cotas, negro de pele preta, trabalha doze horas por dia, por necessidade, vindo enfrentando os concursos com “força, a cara e coragem”, como ele mesmo diz. Realiza concursos locais, pois viajar para prestar exames lhe é inviável. Carolina, parda de pele clara, vive a mesma situação de José.

Manifesto é que Rafael (preto), Janaína (branca), Maria (preta), independentemente da cor da pele, concorrem em condições mais vantajosas em relação a José e Carolina, não sendo nada razoável que o Estado Brasileiro, sob o argumento de reparar dívidas históricas, criem novas dívidas no presente, ignorando a realidade que grita no presente e que clama a sua intervenção, onde, a despeito de intervir com bom senso, entende que Rafael, Maria e José disputam em condições de igualdade, os colocando no mesmo patamar.

Ora, sem esforços incomuns por parte de José, Rafael e Maria estarão sempre em vantagem em relação a ele. Carolina, assim como todos aqueles que experimentarem a sua condição de parda clara ou branca pobre, será forçada a disputar vagas com Janaína e os que da realidade desta compartilhem, na ampla concorrência e, não abrangida pela política fenotípica de cotas, sem esforços incomuns, estará em situação de desvantagem tanto por concorrer

nesta modalidade, que desconsidera sua realidade, quanto por ser colocada nas ultimas posições, atrás dos intitulados brancos e dos heterodeclarados pretos.

Os brancos brasileiros são mais ricos. Os pretos e pardos brasileiros mais empobrecidos. Nesta quadra, as cotas sociais não acabariam por abranger de forma mais adequada os desfavorecidos que as cotas raciais? Não é o que tudo indica? Prosseguirão, então, os brancos com prerrogativas históricas, os negros com prerrogativas legais e um grande grupo ao desamparo?

Vê-se, se assim for, que a afirmação defendida por cada grupo é ensimesmada, não voltada a alteridade.

### **6.1. Ausência de representatividade dos negros e pardos nos cargos: a razão é a cor ou o histórico de desfavorecimento econômico?**

A cor da pele não é a determinante, neste momento, para a significativa ausência de pardos e pretos nos quadros do serviço público de nível superior, conforme já consignado, mas a condição social, uma vez que, consoante dicção de AZEREDO (2012), essa desigualdade decorre, dentre diversos fatores, da

[...] falta de experiência, de escolarização e de formação de grande parte da população de cor preta ou parda. Isso é um processo histórico, que vem desde a época da colonização. Claro que se avançou muito, mais ainda tem que se avançar bastante, no sentido de dar a população de cor preta ou parda igualdade em relação ao que temos hoje na população de cor branca.

Mesmo após galgar o patamar de graduado, continuam a experimentar os problemas inerentes a sua condição social, uma vez que, no atual modelo de degraus movediços (desvalorização dos diplomas), onde cada graduação requer uma nova, o poder aumentar o poder aquisitivo através do estudo não é uma garantia.

## 7. A FALÁCIA DA EQUIPARAÇÃO NA GRADUAÇÃO

Enquanto as frentes dos movimentos negros advogam pela cor, brigando entre si com pardos e brancos sob alegação de que tem mais direitos as cotas quem mais preto se mostrar na sociedade, pois teriam sido aquelas as pessoas que mais teriam sofrido os preconceitos, os que não se enquadram nesta categoria e até mesmo um grupo de pretos e pardos insistem em dizer que o Ensino Superior igualou/a em conhecimento todos aqueles que nele ingressaram, não sendo razoável a implementação de políticas de cotas para que negros e pardos adentrem nos concursos públicos.

Ora, isso é uma falácia! Consoante trazido na introdução, um ensino superior não iguala as pessoas em conhecimentos, especialmente nos conhecimentos exigidos para os aprovação nos concursos atualmente, inclusive, é provável que muitos dos ingressos oriundos de etnias historicamente oprimidas superem muitos das etnias historicamente privilegiadas, contudo, isso não se evidencia como uma regra na aprovação. Para equiparar conhecimentos, fatores externos que ocorrem concomitantemente ao curso de graduação influenciarão sobremaneira.

Afora o quesito dedicação, que faz toda diferença, mas que necessitará de fatores como tempo, meios de locomoção, moradia de acesso fácil e que viabilize ambientes de estudos etc, é manifesto que a cor não será um determinante na aquisição de maior ou menor conhecimento, mas assim as condições socioeconômicas experimentadas pelo graduado.

Portanto, se o estudante tem maior condição econômica, ele estará em melhores condições de aproveitamento do curso, não só nas bancas e nos bancos das faculdades mas no tempo de estudo paralelo ao meio acadêmico. Negros e pardos com poder aquisitivo têm chances idênticas nesse aspecto. Os socialmente desfavorecidos estão em situação de desigualdade.



## 7.1. Considerações acerca do tempo (necessário para uma aprovação)

É clássica a afirmação de que tem mais propensão a desenvolver o intelecto quem mais dispõe de tempo para se dedicar aos livros.

Também é clássica a idéia de que os trabalhos intelectuais se distanciam mais do trabalho-*tripalium* do que aqueles que se dedicam aos trabalhos denominados braçais. Outrossim, manifesto é que estes últimos trabalhos sempre tiveram como desenvolvedores pessoas, quanto à classe social, pobres ou empobrecidas e, quanto à etnia/cor da pele, pretos, pardos e brancos também, sendo os pretos e pardos a maioria.

Nesta esteira, com uma sociedade cada vez mais urbana, os trabalhos intelectuais sendo cada vez mais valorizados (resguardadas as exceções, sempre) e a idéia confuciana<sup>18</sup> de que a escolha de um trabalho ao qual se ame corresponde a não ter que trabalhar um único dia na vida, a não ter que passar a vida num “*tripalium*, não ser submetido a exploração, estudar se mostrou e mostra um caminho para alcançar tal fim(nalidade) e o serviço público, antigamente rejeitado pelos filhos das classes economicamente mais favorecidas e aparentemente (uma aparência bem real) inacessível para os menos favorecidos, passou a figurar como este lugar, onde o ganho do pão (e do vinho) se dá em um ambiente menos desgastante, livre da exploração e que oferece a tão almejada estabilidade no emprego.

Com demandas cada vez mais acirradas por uma vaga no serviço público, que nos termos da redação dada ao Artigo 37<sup>19</sup> da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 19/1998, incisos

---

18. Confúcio, pensador e filósofo chinês, 522 a.C.

19. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (ECn. 19, 1998) I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma

I e II, será acessível aos brasileiros que preencham os requisitos legais e aos estrangeiros, na forma da lei, dependendo de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, com as devidas ressalvas, eis que vem *o tempo* um grande diferencial para e na aprovação para ocupar tal vaga.

Tempo, vale consignar, é aqui adotado na acepção que se iguala a hora/s, mais precisamente, horas de disponibilidade para estudar, tendo em vista que o mercado de concursos sofreu impactos a partir das crises retromencionadas e da demanda exacerbada. Assim, sob a justificativa de *filtrar* os “melhores” candidatos para ocupar as vagas ofertadas, as provas ganharam grau de complexidade enorme, demandando dos seus pretendentes cada vez maior e mais tempo de estudo, no escopo de decifrá-las quando da submissão à avaliação.

Como já se era de esperar, o filtro cada vez mais filtrador, passou a reverberar nos quadros públicos, especialmente nos quadros que requeriam/em maior grau de escolaridade, excetuados casos isolados, servidores oriundos de um contexto de maior tempo disponível para estudar, para a dedicação à decodificação das provas, conforme sobredito. Nessa senda, o trabalhador-estudante/estudante-trabalhador, descendente dos historicamente proletariados, da classe trabalhadora, que, via de regra, ainda superabundam às margens dos trabalhos intelectuais ou ainda carecem conciliá-los com trabalhos a estes marginais, não reverberavam/reverberam suas imagens em tais vagas/cargos/empregos/funções.

Por óbvio, como dizia **Aristóteles**, o homem para ser completo tem que estudar, trabalhar e lutar, contudo, o próprio Aristóteles enfatiza que o que torna o home sábio é o trabalho intelectual e que se quiser, de fato, um homem ser um sábio deverá dedicar-se ao ócio e aos livros. Desta feita, não se está aqui criticando o ato de trabalhar, mas reconhecendo que a necessidade de trabalhar durante toda a vida, leva os filhos dos desfavorecidos dispor de tempo menor para

---

prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...]

dedicar-se aos estudos emancipadores, que seja os acadêmicos ou os para concursos. Estes aqui enfocados.

Assim, figurando em uma concorrência com filhos das classes mais favorecidas, muitos dos quais trabalham simbolicamente (jornadas de 04 horas/dia, p.ex.) ou que, com o suporte da família se dedicam apenas aos estudos para concurso, continua a sociedade a manifestar-se como a sociedade descrita por ARISTÓTELES em *A política* (2017), onde

[...] pertence também ao desígnio da natureza que comande quem pode, por sua inteligência, tudo prover e, pelo contrário, que obedeça quem não possa contribuir para a prosperidade comum a não ser pelo trabalho de seu corpo,

com discursos e posturas ultrapassadas que apregoam, ainda que tacitamente que “esta partilha é salutar para o senhor e para o escravo”.

Portanto – exceto os casos excepcionais, os quais se utilizarmos como regras estaremos negando toda uma realidade que salta aos nossos olhos – o tempo sempre se evidenciou como um dos grande obstáculo para a ascensão intelectual e de posições na sociedade para a denominada classe trabalhadora, pois, como já dito, é mais bem sucedido nos concursos quem mais tem tempo e dinheiro para nesse campo investir. Se o concursando trabalhador trabalhar menos, não terá como investir no caro campo dos concursos, especialmente os de maiores posições e remunerações; se trabalhar mais, faltará o precioso tempo para decodificar as questões das provas.

É razoável ponderar que um concursando que trabalha durante 8h por dia e carece gastar mais duas horas para deslocar-se terá tempo menor para investir no estudo enviesado para concursos. E isso independará da cor de sua pele. Na mesma esteira, aquele que pretende concursos e não tem emprego e familiares que viabilizem inscrições em cursos para/e concursos, quedará aleijado de concorrer em processos seletivos, quiçá de concorrê-los em condição de igualdade.

Consoante consabido, o maior grupo de pessoas das classes baixa e média baixa do nosso país é composto por negros e pardos, mas

também existem os de pele branca, não sendo razoável que as cotas para ingresso em concursos públicos sejam pensadas nos moldes atuais, que consideram a cor da pele como o fator/requisito determinante para o ingresso pelas cotas e não fatores econômicos e sociais.

## **8. AUTODECLARAÇÃO, HETEROIDENTIFICAÇÃO E A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA**

Com toda a crise conceitual e estrutural enfrentada pela auto-declaração, bem como a inquietação com a Lei de Cotas, diversos indivíduos e grupos fossem às portas do Judiciário, no escopo de fazer valer os seus alegados direitos, numa crescente que culminou com o ingresso e julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41 do Distrito Federal pelo Supremo Tribunal Federal – STF, que teve como Relator o Ministro Luis Roberto Barroso.

A ADC n. 41 do DF, julgada em 08 de junho de 2017, foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e teve por objeto a Lei nº 12.990/2014, Lei de Cotas que reserva aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.<sup>20</sup> Até chegar na ADC em tela, desde o a instauração de cotas para afrodescendentes no Ensino Superior, o Judiciário já vinha recebendo abundantes demandas originadas dos confrontos de candidatos autodeclarados pretos e pardos, afrodescendentes, e comissões avaliadoras das Universidades, que os heteroidentificavam de modo/etnia diversa da autodeclarada.

No campo da Lei n. 12.990/2014, embora muitos juízes adiram à autodeclaração de afrodescendente, os Tribunais brasileiros apresentam maior adesão à heteroidentificação, pontuando como necessária o confronto da autodeclaração, no escopo de evitar o que chamam de fraudes, isto é, um não negros se autodeclarar negro.

---

20. Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Nesse sentido, trazemos julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região TRF-3 (2015) no AI n. 00199062920154030000 MS 0019906-29.2015.4.03.0000<sup>21</sup>. Este Agravo de instrumento foi interposto contra decisão que deferiu pedido de antecipação de tutela para o fim de determinar que a inscrição da autora fosse mantida como cotista (parda) e, nesta condição, fosse convocada para as demais fases do concurso.

*In casu*, a autora se insurgia contra decisão da Comissão Avaliadora, segundo ela composta por três estudiosos das relações raciais no Brasil, com Doutorado em Ciências Sociais e ativistas de movimentos negros organizados, que, em unanimidade, concluiu que a ela não apresentava traço fenótipo de negro/pardo. Nos termos abaixo consignados, o TRF-3 foi *prol* a heteroidentificação confrontada com a autodeclaração, contrário, portanto ao critério da autodeclaração isolada.

É certo que a conclusão da Comissão Avaliadora não pode ser arbitrária, mas obviamente tem um traço ponderável de subjetividade que é próprio do critério do fenótipo (conjunto de caracteres visíveis de um indivíduo ou de um organismo, em relação à sua constituição e às condições do seu meio ambiente, ou seja, aparência) adotado pelo edital e não contrariado pela agravada até sofrer a desclassificação; sendo assim, é invocável recente aresto do STF que ressaltou o não cabimento de revisão judicial de critério subjetivo de resultado de prova, que originariamente cabe à banca.

Defendendo a heteroidentificação casada com a autodeclaração, ponderou o TRF-3 que “as alegações de ancestralidade e consanguinidade não são definidoras de direitos para que os candidatos

---

21. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA AUTODECLARADA PARDA. CONDIÇÃO NECESSÁRIA, MAS NÃO SUFICIENTE, PARA CONCORRER ÀS VAGAS RESERVADAS AOS COTISTAS DE COR NEGRA/PARDA. PREVISÃO NO EDITAL QUE A AUTODECLARAÇÃO SERIA CONFIRMADA POR UMA BANCA JULGADORA SEGUNDO O CRITÉRIO DO FENÓTIPO, QUE É A MANIFESTAÇÃO VISÍVEL OU DETECTÁVEL DA CONSTITUIÇÃO GENÉTICA DE UM DETERMINADO INDIVÍDUO. IMPOSSIBILIDADE DE O JUDICIÁRIO SE SOBREPOR AO CRITÉRIO QUE SE RESERVA À BANCA EXAMINADORA QUE, EM DECISÃO UNÂNIME, CONCLUIU QUE A CANDIDATA NÃO APRESENTAVA TRAÇO FENÓTIPO DE NEGRO/PARDO. RECURSO PROVIDO.

possam figurar nas vagas reservadas, até porque o edital já definiu previamente os critérios orientadores para tanto”. Outrossim manifestou se pela “impossibilidade de o Judiciário se sobrepor ao critério que se reserva à banca examinadora, ressaltando-se que a candidata só se recordou de investir contra o critério do edital depois de não ser favorecida por ele.

Na Apelação Cível Nº 0012052-89.2016.4.03.6000/MS 2016.60.00.012052-8/MS<sup>22</sup>, o TRF-3, do ano de 2016, reforçou o seu posicionamento pela heteroidentificação, frisando que “a autodeclaração pelo candidato é condição necessária, mas não suficiente, para concorrer às vagas reservadas aos cotistas de cor negra/parda”. Ademais, que “a autodeclaração não constitui presunção absoluta de afrodescendência, podendo ser o candidato submetido à análise e verificação por banca designada pelo Poder Público para tal mister”.

Nos termos da Lei de Cotas, frisou, também o TRF-3 que

[...] tal medida se propõe para evitar que a autodeclaração transforme-se em instrumento de fraude à lei, em prejuízo justamente do segmento social que o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) visa a proteger.

Arrematou, portanto que

[...] a conclusão da Comissão Avaliadora não pode ser considerada arbitrária, porquanto afastou o conteúdo da autodeclaração, no exercício de sua legítima função regimental. Assim, o acolhimento da pretensão da parte autora requer a superação da presunção de legitimidade desse ato administrativo, que somente pode ser elidida mediante prova em contrário, a qual não foi de plano produzida na via estreita desses autos de mandado de segurança. [...]Apelação desprovida.

De modo diverso, mas substancialmente igual, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2016). Ali, a Autora impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente da Banca Examinadora do IV Concurso Público para ingresso na carreira de Oficial

---

22. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. COTAS RACIAIS. CRITÉRIO DE AUTODECLARAÇÃO. PRESUNÇÃO RELATIVA. COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO. CRITÉRIO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO BASEADO NO FENÓTIPO. **LEGALIDADE.**

da Defensoria Pública, objetivando garantir permanência na lista de aprovados pela cota de negros e indígenas, na colocação que obteve, denegada a ordem pela sentença, apelou buscando a inversão do resultado, sustentando que seu fenótipo evidencia a condição de parda, sendo ainda mais indiscutível que seu ascendente em primeiro grau é negro

Neste quadrante, a autora trazia a baila a condição indiscutível de ser filha de um negro, afrodescendente por descender de um inquestionavelmente afro, pois de pele escura. Decidiu, nesta esteira, o TJ-SP que

[...] No caso concreto, o exame da prova documental constante dos autos revela que a impetrante foi vítima de evidente abuso de poder, violador de seu direito líquido e certo de permanecer na segunda colocação na lista de aprovados pela cota de negros e indígenas. De acordo com o item 6.7 do edital do certame, a declaração para reserva de vaga no caso de candidato negro será analisada por Comissão Especial levando em consideração em seu parecer os critérios de fenotipia do candidato ou de seu ascendente preto de primeiro grau.

E se é assim, se a manifestação genética visível da impetrante pode suscitar alguma dúvida, o mesmo não ocorre com relação a seu pai, notoriamente preto, consoante fotos de fls. 24/29, de sorte que o não reconhecimento da condição de negro por ela declarada não se sustenta.

Ressaltou o TJ-SP que “a propósito do que consta das informações, é verdade que a Banca Examinadora pode reconhecer a condição de negro, pardo ou indígena com base tão somente na fenotipia do interessado”, contudo asseverou que

[...] ela não pode em hipótese alguma é negar o reconhecimento quando a fenotipia do ascendente de primeiro grau ostentar esta condição, como ocorreu no caso concreto.

Em tais condições, deu provimento ao recurso, para conceder a segurança, determinando a permanência da impetrante na lista de aprovados pela cota de negros e indígenas, na colocação que obteve.

Restou claro que somente foi considerada a condição de preto autodeclarada e “heteroidentificável” de seu genitor por estar

contido no edital do certame que a declaração para reserva de vaga no caso de candidato negro seria analisada por Comissão Especial levando em consideração em seu parecer os critérios de fenotipia do candidato ou de seu ascendente preto de primeiro grau, no caso, o pai. Portanto, acompanhando o TRF-3, o TJ-SP também dá predileção à heteroidentificação.

No Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a jurisprudência sobre as intempéries oriundas das interpretações da Lei de Cotas e da autodeclaração e heteroidentificação não é vasta. Um dos poucos julgados neste sentido é o do Mandado de Segurança n. 0013029-49.2016.8.05.0000<sup>23</sup>, da Comarca de Salvador, que teve como impetrante Alan da Fonseca Sá Barreto de Freitas

In casu, o impetrante foi excluído do concurso público para provimento de vagas e formação de cadastro de reserva no cargo de Procurador do Município, em razão de ter concluído a banca examinadora de que não atendia ao fenótipo adequado para ser considerado preto/pardo. No julgamento, salientou o TJ-BA que a finalidade da banca examinadora é constatar se a assertiva lançada pelo candidato

[...]autodeclarando-se afrodescendente, no momento da inscrição, condiz com a verdade, justamente a fim de evitar que qualquer pessoa utilize-se do sistema de cotas raciais, indistintamente, desvirtuando, desse modo, o espírito do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010).

Outrossim, frisou o TJ-BA que o Ministério Público Estadual aconselhou que fosse instituída Comissão Especial de Verificação da Autodeclaração, que

[...] a partir das características fenotípicas dos candidatos cotistas – decidiu, por maioria de seus membros, sobre a

---

23. Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PROVIMENTO DO CARGO DE PROCURADOR DO MUNICÍPIO – VAGAS RESERVADAS A CANDIDATOS AUTODECLARADOS AFRODESCENDENTES – DEFINIÇÃO ESTABELECIDADA PELO IBGE – PREENCHIMENTO DOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS – AUSÊNCIA REQUISITOS PARA AVALIAÇÃO ADMINISTRATIVA – PRELIMINARES DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO, INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, ILEGITIMIDADE PASSIVA E INCOMPETÊNCIA REJEITADAS – AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO SEGURANÇA CONCEDIDA.



convalidação da autodeclaração étnico-racial, o que deveria ser feito por intermédio de entrevistas presenciais, abertas ao público, possibilitando, inclusive, o comparecimento dos demais concorrentes, cotistas ou não.

Da análise do julgado, depreende-se que há uma tendência do TJ-BA também endossar e aderir à heteroidentificação para fins de cotas raciais em concursos públicos.

Em decisão datada de 2017, o Conselho Nacional de Justiça CNJ, no PCA 00010604220172000000, já referido, enfrentou, também a celeuma entre autodeclaração de pardo/negro por aprovado no concurso da magistratura para o TJ-AM e a sua heteroidentificação como não afrodescendente pela comissão avaliadora. Após explicitar sua fundamentação, o CNJ decidiu por suspender a homologação do certame até resolução sobre a autoidentificação do aprovado ensejador do Procedimento.

Nestes termos, seja pela ausência de procedimento administrativo, seja pela exclusão sumária do concurso, seja pela fundada dúvida quanto ao enquadramento do fenótipo do candidato, o melhor é suspender, ainda que por hora, a homologação do certame, diante da evidente plausibilidade jurídica do pedido. Inquestionável, ainda, a presença do *periculum in mora* no caso em análise, pois consoante demonstrado, o concurso público para ingresso da magistratura no Estado do Amazonas já finalizou, aguardando apenas a publicação da homologação do certame.

Registre-se que eventual procedência do pleito autoral pode influenciar diretamente na classificação dos candidatos aprovados. Por toda a argumentação exposta, concedo a medida liminar para determinar ao Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas que suspenda, de imediato, a homologação do concurso público para ingresso na carreira da magistratura do Estado do Amazonas.

Na hipótese de ter sido homologado, suspendo os efeitos da homologação respectiva até o julgamento final do presente feito. Inclua-se a presente decisão para referendo do Plenário, nos termos do artigo 25, XI, do Regimento Interno deste Conselho. Intime-se o requerente para ciência da presente decisão e o TJAM também para ciência da presente decisão, bem como

para prestar informações complementares que entender necessárias, no prazo de 15 (quinze) dias.

Sobre a constitucionalidade da Lei de Cotas em tela, novamente trazendo a ADC n. 41 do DF, registramos que o STF decidiu por unanimidade a constitucionalidade do sistema de cotas, sendo que existem outras ações sobre o mesmo tema na Corte Suprema tramitando. Nesse sentido, disse o STF que

[...] é constitucional<sup>24</sup> a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta (STF, 2017).

Sobre a heteroidentificação, o STF consigna que

[...] a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos". Outrossim que "[...] é legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso).

---

24. "[...]1.1.1. Em *primeiro lugar*, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente.

1.2. Em *segundo lugar*, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator "raça" como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma "burocracia representativa", capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais.

1.3. Em *terceiro lugar*, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração

Ressalta, todavia, o STF que este procedimento supracitado deve respeitar a dignidade da pessoa humana e garantir o contraditório e a ampla defesa. Neste diapasão, cumpre grifar que há uma predileção tanto do Executivo quanto do Judiciário da heteroidentificação à autodeclaração/autoidentificação, que vem significando um mero ato do candidato, somente lhe assegurando a avaliação fentópica, que é onde será heteroidentificado e permanecerá ou não na concorrência pelas vagas nos certames.

**9. “QUANDO A VARA ESTÁ TORTA, ELA FICA CURVA DE UM LADO E SE VOCÊ QUIZER ENDIREITÁ-LA, NÃO BASTA COLOCÁ-LA NA POSIÇÃO CORRETA. É PRECISO CURVÁ-LA PARA O LADO OPOSTO”. PARA QUE LADO DEVE ENVERGAR-SE AS AÇÕES AFIRMATIVAS LASTREADAS POR COTAS?**

Para GILMAR MENDES (2009), “todas as ações que visem a estabelecer e a aprimorar a igualdade entre nós são dignas de apreço”. Para o retromencionado Ministro, contudo “[...] refletir sobre as possíveis consequências da adoção de políticas públicas que levem em consideração apenas o critério racial (ADPF 186, 2009).” Registra, neste sentido que não podemos deixar que o combate ao preconceito e à discriminação em razão da cor da pele, reforce as crenças perversas do racismo e divida nossa sociedade em dois pólos antagônicos: “brancos” e “não brancos” ou “negros” e “não negros”.

Para entender o percurso e atingir o cume da verdadeira montanha que pretendemos alcançar com o consignado até aqui, ilustramos com o contexto seguinte.

---

pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014[...].”

Suponhamos que em determinada região, onde está assentado um grande grupo de pessoas, o Grupo X, historicamente, possui grande parte das terras, tendo, desta feita, assento próprio. O grupo Y, de seu turno, tem gleba própria, tendo, portanto, embora em menor vastidão, lugar onde assentar-se e às suas respectivas famílias. O Grupo K, não tem terra alguma, assim como não a tem os grupos W, Z, J, S e outros mais.

Em razão desta má distribuição de terras, os grupos K, W, Z, J e S passam por ausência inúmeros conflitos, *prima facie* de representatividade nas decisões mais importantes da região onde moram. Se, por questões internas de cultura e etnia, for priorizada a distribuição de terra apenas para o grupo K, os conflitos perdurarão.

É fato que quando o Legislativo brasileiro viu a necessidade de tutelar as questões étnico-raciais derivadas da escravidão, e assim procede pelas pressões das militâncias e pela demanda da coletividade, em razão de ter percebido serem os afrodescendentes frágeis na relação com o Estado, com a sociedade. Nesta quadra, buscou fortalecê-los, munindo de prerrogativas, dando-lhes, ainda que em tese, paridade de armas para lutarem contra seus óbices raciais e sociais. Ocorre que não são frágeis somente os negros e afrodescendentes brasileiros, existe todo um plexo de frágeis na nossa sociedade.

SAVIANI (2000), a partir do que denomina "Teoria da Curvatura da Vara<sup>25</sup>", propala que"

[...] quando mais se falou em democracia no interior da escola, menos democrática foi a escola; e [...] quando menos se falou em democracia, mais a escola esteve articulada com a construção de uma ordem democrática.

Em consonância com o supracitado, não tem sido diferente no âmbito das ações afirmativas prol cotas raciais para negros, especialmente no setor do sistema jurídico destinado/que se destina a

---

25. De acordo com Althusser (*apud* SAVIANI, 2000, p. 37), a essa Teoria [...] foi enunciada por Lênin ao ser criticado por assumir posições extremistas e radicais. Lênin responde o seguinte: "quando a vara está torta, ela fica curva de um lado e se você quiser endireitá-la, não basta colocá-la na posição correta. É preciso curvá-la para o lado oposto".

dizer o direito, o Judiciário. Observa-se, logo, que quando mais se fala em promoção da igualdade racial via cotas em concursos, legalidade, respeito a princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana, menos democrático, menos justo e menos legal tem sido o seu desdobrar dentro do sistema jurídico.

Frise-se que a política de cotas, por certo atendendo a pressões de “grupos A”, tem previsão para encerramento no ano de 2024, o que ponderamos como desarrazoado. Ora, o Estado Brasileiro é um eterno país em desenvolvimento e, nos moldes em que a sua política educativa e de distribuição de renda vem se dando, não se verifica um horizonte de se extinguirem as desigualdades atualmente experimentadas por nossa sociedade.

Será que a vara, que estava bastante torta, pendendo para o lado dos privilégios, que, em suma, é acessar os Direitos Sociais insculpidos no art. 6º da CF/1988, ganhando, em decorrência voz e vez, representatividade social, já se encontra desentortada ou assim já se encontrará em 2024? Não estará, novamente, curvando-se de forma a não ser desentortada tão cedo?

Fato é que precisa sempre estar sendo forçada ao equilíbrio, à retidão, à envergadura similar para todos os lados e, não sendo isso isonômico, ser curvada de forma a realmente desembocar em isonomia.

Defendendo o fluxo da história e compreendendo as metamorfoses da história como necessárias, ponderamos que a audeclaração carece, como desde o seu nascedouro, ser reavaliada, revalidada, não apenas em bases do físico externalizado. A heteroidentificação, ao mesmo passo, carece ser levada em conta, mas não ser o fator decisivo para se chegar à situação racial de pertença do indivíduo.

As cotas raciais não são as viabilizadoras da supressão das desigualdades de representatividade nos quadros de pessoal dos entes públicos.

## **10.(IN)CONCLUSÕES**

Estamos convivendo em um momento da história humana onde já se verificou o que deu ou não certo na seara das políticas

afirmativas, o que gerou democracia e o que gerou desmando, desigualdades, separação. Não é razoável, pois, sob discursos inconsistentes retroceder, mas, sim, avançar.

Notadamente as políticas afirmativas tem em sua essência a idéia da libertação do outro, compreendendo a alteridade, sendo empática ao *alter*, numa relação de igualdade, “boca mamilo”<sup>26</sup>, “ombro a ombro”, “irmão com irmão” (DUSSEL, 1996). Contudo, diante da grande miscigenação ocorrente no Brasil, eleger prerrogativas a uma cor de pele não seria um libertar oprimindo?

Existem estudos que comprovam que, no setor privado, quanto mais a pele é clara, maior a empregabilidade, sendo os pardos e pretos com menor pigmentação predileção em preterição dos com maior pigmentação; que assinalam que negros com maior poder aquisitivo galgam melhores postos que pardos e pretos de menor poder econômico; que as cotas determinadas pela Lei N. 12.711 concretizaram o acesso de inúmeros pretos e pardos e brancos de classes desfavorecidas ao Ensino Superior; que com as cotas para negros (afrodescendentes) os EUA somente conseguiram beneficiar negros de classe média, não conseguindo influenciar na vida dos negros (afrodescendentes) mais carentes.

Não existem estudos comprobatórios de que a capacidade cognitiva de um negro rico seja inferior a de um branco rico, mas a Lei de Cotas os coloca em condição de superioridade em relação aos da sua mesma condição econômica, bem como aos pardos e pretos de classe mais desfavorecida. Outrossim, não existem estudos comprobatórios de que os mais pretos vem passando menos em concursos públicos que os menos pretos ou brancos que gozaram de seu mesmo histórico socioeconômico desfavorecido, tampouco que os mais pretos vem passando menos em concursos públicos que os menos pretos e brancos que gozaram de histórico socioeconômico favorável, co-tear as vagas pela cor da pele é realmente o caminho?

---

26. Para Dussel (1996), ajudamos na emancipação do outro quando o ajudamos numa relação de troca mútua de benefícios, assim como a mãe como amamenta o filho e de igualdade, sem hierarquia, como se presume uma relação entre irmãos.

Desconstituída a audodeclaração no Brasil na efetivação da representatividade dos mais pretos pela heteroidentificação, não existirá a necessidade de ampliar a Lei de Cotas ou de criar novas leis de cotas para que o segmento afrodescendente e de baixa renda seja tratado com isonomia?

Diante da tamanha complexidade que se agiganta em torno da temática, concluímos com a dicção de GILMAR MENDES (2009) na ADPF 186-2 do Distrito Federal, pois bastante pertinentes os questionamentos ali deixados em abertos e que, abertos, aqui também permanecerão.

Somos ou não um país racista? Qual a forma mais adequada de combatermos o preconceito e a discriminação no Brasil? Desistimos da “Democracia Racial” ou podemos lutar para, por meio da eliminação do preconceito, torná-la uma realidade? Precisamos nos tornar uma “nação bicolor” para vencermos as “chagas” da escravidão? Até que ponto a exclusão social gera preconceito? O preconceito em razão da cor da pele está ligado ou não ao preconceito em razão da renda? Como tornar a Universidade Pública um espaço aberto a todos os brasileiros? Será a educação básica o verdadeiro instrumento apto a realizar a inclusão social que queremos: um país livre e igual, no qual as pessoas não sejam discriminadas pela cor de sua pele, pelo dinheiro em sua conta bancária, pelo seu gênero, pela sua opção sexual, pela sua idade, pela sua opção política, pela sua orientação religiosa, pela região do país onde moram etc.? (MENDES, 2009)

Acrescentamos: a raça não deve se sobrepor à uma situação fática comum, vivenciada por determinado grupo social, ou deve? Solução, então, seria repartir as vagas e coteá-las grupo por grupo, concorrendo os iguais em cada grupo (sendo que seriam sempre distintos também entre si)?

Novamente evocando GILMAR MENDES, no contexto das mudanças que se pretende com as cotas, há que se (in)concluir que

Enquanto essa mudança não vem, como alcançar essa amplitude democrática? Devemos nos perguntar, desde agora, como fazer para aproximar a atuação social, judicial, administrativa e legislativa às determinações constitucionais que concretizam

os direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da fraternidade, nas suas mais diversas concretizações.

Em relação ao ensino superior, o sistema de cotas raciais se apresenta como o mais adequado ao fim pretendido? As ações afirmativas raciais, que conjuguem o critério econômico, serão mais eficazes? Cotas baseadas unicamente na renda familiar ou apenas para os egressos do ensino público atingiriam o mesmo fim de forma mais igualitária? Quais os critérios mais adequados para as peculiaridades da realidade brasileira?

No mesmo quadrante, continuando a política de cotas sendo racial, como neste momento se acirra, em não mais que uma ou duas décadas não teremos um novo grupo de injustiçados perante os quadros de funcionários públicos?

É, então, razoável que o Estado Brasileiro se fie em reparação histórica e não em reparação da história atual, sob pena de, num futuro próximo, ter que empreender novos esforços e políticas afirmativas para reparar as injustiças e desigualdades que neste momento da história está criando? Vale destacar que, abordando as cotas para ingresso no Ensino Superior, Amartya Sen (2012) defende que a educação é uma das raízes da miséria (humana), ressaltando acreditar que com a igualdade de oportunidades educacionais, seria desnecessário implementação de cotas.

Assim, voltamos ao Artigo 6º da CF e ao social que o viabiliza, contudo, evocando Amartya Sen novamente, havemos de concluir que os mais pobres são os menos brancos e, então, adentramos ao campo do qual ainda não saímos, novamente questionando quais as sementes a semear, se raciais ou sociais?

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERTI, Verena; PEREIRA, Amílcar A. **Movimento negro e "democracia racial" no Brasil: entrevistas com lideranças do movimento negro**. Rio de Janeiro: CPDOC, 2005. 15f.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 2.
- ALTHUSSER, L., **Posições**. Lisboa, Livros Horizonte, 1977.



- ADPF-186 <disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf>. Acesso em 28 jan. 2018>
- ARISTÓTELES. **A Política**. introdução de Ivan Lins ; tradução de Nestor Silveira Chaves. – [Ed. Especial] – Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2017. 352 p.
- AI 80.5328 AgR, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09- 10-2012 PUBLIC 10-10-2012
- AI n. 00199062920154030000. Disponível em <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/317284745/agravo-de-instrumento-ai-99062920154030000-ms-0019906-2920154030000>>. Consulta: 28 de janeiro de 2018
- BOLLNOW, O. F., **Pedagogia e filosofia da existência**. Petrópolis, Vozes, 1971.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BOURDIEU, P. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A, 1989.
- BAUMAN. Zygmunt. O Mal-Estar da Pós-Modernidade. Tradução: Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 52.
- Constituição Federal de 1988, Preâmbulo. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.
- Cotas Raciais. Disponível em <<http://sistema-de-cotas.info/cotas-raciais.html>>. Acesso em: 27 jan. 2018.
- Cotas para Negros em Concursos para Juiz são Adotadas em quase todo o país. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84376-cotas-para-negros-em-concursos-para-juiz-sao-adotadas-em-quase-todo-pais>> Acessado em 13 de janeiro/2018.
- CRUZ, Simone Santana et.al. **Caminhadas de universitários de origem popular** : UFRB / organizado por Ana Inês Souza, Jorge Luiz Barbosa, Jailson de Souza e Silva. — Rio de Janeiro : Universidade Federal do Rio de Janeiro, Pró-Reitoria de Extensão, 2009 — Coleção caminhadas de universitários de origem popular.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015 (ou edição mais nova) CURY, C.R.J., Educação e contração: elementos metodológicos para uma teoria crítica do fenômeno educativo. São Paulo, tese de doutoramento, PUC-SP, 1979.
- DUSSEL, Enrique. **Filosofia de la liberación**. Nueva América, Bogotá, 1996.
- FREIRE, P., **Educação como prática da Liberdade**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1967. Goffman, Erving. Estigma: Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada, Rio de Janeiro, Editora LTC, 1988.

- GEMAA, Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa. **Ações afirmativas**. Ibase, 2011. Disponível em: <http://gemaa.iesp.uerj.br/dados/o-que-sao-aco-es-afirmativas.html>.
- IBASE, Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas. **Cotas raciais: por que sim?** Rio de Janeiro, Ibase, 2008.
- IBGE. 10% concentram 43,4% de toda a renda recebida no Brasil. Disponível em <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/11/29/ibge-10-concentram-434-de-toda-a-renda-recebida-no-brasil/>>Acessado em 26 jan. 2018.
- JAIME, Pedro; Lima, Ari (2013). «**Da África ao Brasil – Entrevista com o Prof. Kabengele Munanga**». Revista de Antropologia, São Paulo. 56 (1).
- LEI Nº 12.711, DE 29 DE AGOSTO DE 2012, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/12711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12711.htm). Sistema de Cotas. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cotas/perguntas-frequentes.html>. Acesso em: 26 jan. 2018.
- LOPES JR., **Aury. Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016
- MAGNOLI, Demétrio. **Gota de Sangue, uma história do pensamento racial**. Editora Contexto, 2010.
- MARLI, Mônica. **Pretos ou pardos são 63,7% dos desocupados**, em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18013-pretos-ou-pardos-sao-63-7-dos-desocupados.html>, acessado em 13 de janeiro/2018.
- MELO, Frederico Alcântara de. **John Rawls: Uma Noção de Justiça**. FDUNL N.º9 – 2001.
- MOORE, Carlos. **Racismo & Sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo**. –Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007.
- MUNANGA, Kabengele. **A educação colabora para a perpetuação do racismo**. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/a-educacao-colabora-para-a-perpetuacao-do-racismo>> Acesso em: 13 jan. 2018.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- SILVA, Claudia Rocha et.al. **As Ações Afirmativas e a Universidade Do Estado Da Bahia: Conceito e Práticas na Construção de uma Cultura Universitária Inovadora**.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. 3.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Original Edition. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 197. Disponível em <http://decada-afro-onu.org/index.shtml> <http://decada-afro-onu.org/plan-action.shtml>, acessado em 03 de janeiro de 2018.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**/atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro, 2008, 27ª edição, p. 782.

PCA 10604220172000000. Disponível em <<http://cnj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/459392764/procedimento-de-controle-dministrativo-pca-10604220172000000>> Acesso: 28 de jan. 2018.

A Educação Colabora para a Perpetuação do Racismo. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/politica/a-educacao-colabora-para-a-perpetuacao-do-racismo>> Acessado em 13 de janeiro de 2018.

WEDDERBURN, Carlos Moore. **Do marco histórico das políticas de ação afirmativa**. In: SANTOS, Sales Augusto dos (org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. – Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

\_\_\_\_\_. **O racismo através da história: da antiguidade à modernidade**. [s.l.: s.n], 2007



**Diagramação eletrônica e produção gráfica:**

Couto Coelho / Editora Paginae

E-mails: [coutovsk@yahoo.com.br](mailto:coutovsk@yahoo.com.br) / [editorapaginae@gmail.com](mailto:editorapaginae@gmail.com)

Tels.: (71)3494-4384 / 99915-5969

