

ISBN 978-85-61990-17-6

# 25

## ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA COMEMORAÇÃO CRÍTICA

---

RENÉ MARC DA COSTA SILVA



**René Marc da Costa Silva**

**25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:  
UMA COMEMORAÇÃO CRÍTICA**



**Brasília - 2013**

## **REITORIA**

### **Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

### **Vice-Reitor**

Edevaldo Alves da Silva

### **Pró-Reitora Acadêmica**

### **Presidente do Conselho Editorial**

Elizabeth Lopes Manzur

### **Pró-Reitor Administrativo-Financeiro**

Edson Elias Alves da Silva

### **Secretário-Geral**

Maurício de Sousa Neves Filho

## **DIRETORIA**

### **Diretor Acadêmico**

Carlos Alberto da Cruz

### **Diretor Administrativo-Financeiro**

Geraldo Rabelo

### **Organização**

Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. 3966-1335 / 3966-1336

### **Projeto Gráfico**

UniCEUB/ACC

### **Diagramação**

Renovacio Criação

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

Silva, René Marc da Costa (Org.)

25 anos da Constituição Federal de 1988: uma comemoração crítica /  
Organização René Marc da Costa Silva. – Brasília: UniCEUB, 2013.

240 p.

ISBN 978-85-61990-17-6

1. Constituição. 2. Ordenamento Jurídico. 3. Democracia.

CDU 342.4(81)"1988"

**Roberto Freitas**

Possui graduação em Direito pela Universidade Católica de Santos (1993), mestrado em Direito pela Universidade de São Paulo (2002), doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (2006) e Pós-Doutorado pela Universidade de Wisconsin - Madison - EUA (2006). Atualmente é coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCeub, onde é também professor dos Programas de Doutorado e Mestrado. Foi professor convidado na University of Wisconsin - Madison (EUA), na Universidad Nacional del Litoral (Argentina) e na Universidad de Granada (Espanha).

**René Marc**

Possui doutorado e mestrado em História pela Universidade de Brasília - UnB e graduação em Antropologia e História pela mesma Universidade. É professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Ensino Unificado de Brasília - UniCeub e Coordenador do PADÊ - Grupo de Pesquisa em Filosofia, Raça, Gênero e Direitos Humanos. Tem experiência na área de História Regional do Brasil e História Contemporânea, atuando principalmente nos seguintes temas: raça, gênero, cidadania, identidade, desigualdade, direitos humanos e ética.

**Inocência Mártires Coelho**

Inocência Mártires Coelho é bacharel em direito, formado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará e doutor em direito pela Universidade de Brasília. É professor titular (aposentado) da UnB e Subprocurador-Geral da República (aposentado), tendo sido Procurador-Geral da República de 1981 a 1984. Foi membro titular do Conselho Diretor da FUB, por dois mandatos consecutivos. Atualmente, é professor do programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB. Publicou, como autor exclusivo, as obras *Interpretação Constitucional e Da Hermenêutica filosófica à Hermenêutica jurídica*, pela Editora Saraiva, e *A "questão" Roberto Lyra Filho*, pela Sergio Antonio Fabris Editor.

## **Paulo Roberto de Almeida**

Doutor em Ciências Sociais (Universidade de Bruxelas, 1984), mestre em Planejamento Econômico (Universidade de Antuérpia, 1977), diplomata de carreira desde 1977. Professor nos programas de mestrado e doutorado em Direito do Uniceub. Ministro-conselheiro na Embaixada em Washington (1999-2003), chefe da Divisão de Política Financeira e de Desenvolvimento do MRE (1996-1999), conselheiro econômico em Paris (1993-1995) e representante altermo na Delegação junto à ALADI (1990-1992); atualmente no Consulado-Geral do Brasil em Hartford. Seleção de livros: Integração Regional: uma introdução (2013)

## **Aline Stela Xavier**

Aline Stela Xavier de Ázara Santos. Advogada, consultora nas áreas de gestão pública e direitos humanos, especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários IBET e mestranda em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília Uniceub. (email: alinestela@yahoo.com.br)

## **Graciela Renata Ribeiro**

Graciela Renata Ribeiro. Advogada da Companhia de Saneamento Ambiental do Distrito Federal-CAESB, pós graduada em Direito, Estado e Constituição pela Uniplac e mestranda em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília- Uniceub. (email: ribeirogr@yahoo.com.br)

## **Hector Valverde Santana**

Hector Valverde Santana. Doutor e Mestre em Direito. Professor de Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito do UniCEUB. Juiz de Direito do Distrito Federal.

## **Ilimane Oliveira Fonseca**

Ilimane Oliveira Fonseca. Mestrando em Direito. Professor de Direito Civil. Analista Judiciário do Superior Tribunal de Justiça.

## **André Pires Gontijo**

Doutorando e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Professor da Graduação em Relações Internacionais, da Graduação e da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do UniCEUB. Membro do Grupo de Pesquisa Internacionalização dos Direitos. Líder do Grupo de Estudo e Pesquisa Debatendo com o STF. Pesquisador Associado e Secretário Executivo do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais.

## **Paulo Roberto de Almeida**

É doutor em Ciências Sociais pela Universidade de Bruxelas (1984), mestre em Planejamento Econômico pela Universidade de Antuérpia (1976), diplomata de carreira desde 1977 e professor dos programas de mestrado e doutorado em Direito do Uniceub desde 2004. Atualmente serve no Consulado Geral do Brasil em Hartford, CT, EUA. Tem muitos livros e artigos publicados nas áreas de relações econômicas internacionais, integração regional e história diplomática ([www.pralmeida.org](http://www.pralmeida.org)).





<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>O PROBLEMA DO TEMPO DECISÓRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>13</b>
<i>Roberto Freitas Filho</i>	
<b>NOTAS SOBRE A HISTÓRIA DOS TRABALHADORES(AS) NEGROS(AS) NO BRASIL .....</b>	<b>35</b>
<i>René Marc da Costa Silva</i>	
<b>A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA CONTRA O BRASIL: DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS QUE DIFICULTAM O SEU CRESCIMENTO ECONÔMICO.....</b>	<b>55</b>
<i>Paulo Roberto de Almeida</i>	
<b>A HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO TEORIA DO CONHECIMENTO DO DIREITO .....</b>	<b>83</b>
<i>Inocência Mártires Coelho</i>	
<b>CONSTITUIÇÃO, CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO: PERSPECTIVA HISTÓRICA E SIGNIFICADO ATUAL .....</b>	<b>115</b>
<i>Aline Stela Xavier de Ázara Santos</i>	
<i>Graciela Renata Ribeiro</i>	
<b>O PAPEL DO AMICUS CURIAE NO ESTADO CONSTITUCIONAL: O EXAME CRÍTICO DE UMA VISÃO CONCRETISTA ABERTA .....</b>	<b>133</b>
<i>André Pires Gontijo</i>	
<b>O PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1981 .....</b>	<b>169</b>
<i>Luís Carlos Martins Alves Jr.</i>	
<b>RESPONSABILIDADE CIVIL DO INCAPAZ.....</b>	<b>201</b>
<i>Hector Valverde Santana</i>	
<i>Ilimane Oliveira Fonseca</i>	



## APRESENTAÇÃO

**H**á vinte e cinco anos promulgava-se então aquela que ficou conhecida como a Constituição mais democrática da vida republicana brasileira. Desde então muitas coisas mudaram, tanto no corpo original daquele documento quanto, mas, sobretudo, na sociedade brasileira de um modo geral.

Os artigos reunidos nessa publicação celebram, cada um a seu modo, os vinte e cinco anos de existência da Constituição Federal de 1988. Se, divergem amplamente no que diz respeito à temática particular escolhida, à abordagem teórica desenvolvida e às expectativas quanto ao potencial transformador da sociedade brasileira inscrito em suas páginas, convergem na medida em que, em sua maioria, apresentam uma fecunda perspectiva crítica da Carta magna de 1988, avaliando, dimensionando os descaminhos e descompassos desta com os objetivos, anseios, demandas e reivindicações de diversos setores da sociedade brasileira.

Se por *crise*, como quando dizia o velho Joel Rufino dos Santos, podemos entender o descompasso entre as expectativas e a realidade tal como ela se apresenta, a Constituição de 1988 está irremediavelmente em crise. Entretanto e por outro lado, a fenda que se abre, a ferida que a crise expõe é, sem dúvida, o momento propício para o exercício que aqui nesse livro se propôs. É o que se pode, e é o que se deve esperar das inteligências interessadas e comprometidas com a reflexão crítica, mas também e, sobretudo, com os melhores destinos da nação.

É precisamente isso que oferecemos nessas páginas ao leitor que nelas mergulhar. Se não trouxer, leitor, do fundo, uma qualquer inspiração; não voltará certamente de mãos vazias, voltará certamente com esperanças nas possibilidades de um pensamento reflexivo, crítico, criador.

René Marc da Costa Silva  
21 de Agosto de 2013.



# O PROBLEMA DO TEMPO DECISÓRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Roberto Freitas Filho<sup>1</sup>

## Introdução

O presente trabalho enfoca o problema do controle judicial da atividade parlamentar, com enfoque sócio-jurídico e com viés político. A variável destacada para a análise é o *tempo* na questão da legiferação e seus impactos no dogma da separação dos poderes.

O fato socioeconômico em relevo na presente análise é a globalização econômica, tendo em vista a atuação dos poderes na complexa atividade de dar forma a determinações diretivas para a realização (implementação e execução) de políticas públicas estabelecidas na Carta Constitucional. Nos últimos vinte anos o processo contínuo de incremento da tecnologia de informação e de transportes permitiu o aumento da velocidade das transações comerciais em escala global. Sugerimos que essa importante mudança no ritmo das transações comerciais e do fluxo de capitais no âmbito do mercado global “coloniza” outros campos da experiência humana, entre elas a política, tendo implicação nas relações entre os três Poderes da República. O Poder Executivo funciona em uma lógica temporal diversa daquela na qual funcionam o Legislativo e o Judiciário, o que gera discrepância de atuação entre eles. Por conta da lentidão do processo legislativo, Executivo e Judiciário acabam por legislar, adentrando área própria do Poder Legislativo, o que resulta na dificuldade dele se afirmar como um Poder relevante e necessário aos olhos da sociedade, por conta do déficit de legitimidade gerado.

Em síntese, no presente artigo procuramos refletir sobre o fenômeno da globalização, especificamente em relação à variável tempo, e suas implicações para as relações funcionais entre os Poderes, sem supor um estudo à exaustão,

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela USP e Coordenador do Curso de Direito do Centro.

mas com a modesta pretensão de apresentar alguns pontos que nos parecem relevantes sobre essas questões.

### **1. Bens coletivos e distribuição**

Nas duas últimas décadas tem havido crescente movimento no sentido da judicialização da política. Isto se deve, em grande parte, à cristalização no texto constitucional de 88 de uma série de diretrizes para a realização de políticas públicas. A Constituição de 1988 previu um longo rol de direitos individuais e sociais e um título específico é dedicado à ordem social. A história de negligência em relação à implementação dos direitos sociais, associada á demanda reprimida pela sua efetivação durante o período de exceção criou a situação de uma massa cidadã a exigir políticas e serviços públicos, ao mesmo tempo em que o Estado não era capaz de dar respostas satisfatórias.<sup>2</sup>

O que está em jogo nas políticas públicas constitucionais que dizem respeito aos direitos individuais e sociais é fundamentalmente a alocação equânime dos resultados do esforço coletivo de produção de riqueza e o acesso aos bens culturais, simbólicos e da estrutura básica da sociedade, que permitem o exercício das condições de dignidade da pessoa humana. São as políticas públicas o principal meio de efetivação dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. Nos direitos sociais e nos demais direitos fundamentais encontram-se os objetivos finais de algumas das políticas públicas executadas pelo Estado.

Os bens a serem alocados apropriadamente são, em grande medida, indivisíveis, de fruição coletiva e têm relação com a dimensão distributiva da justiça. Justiça distributiva é a regra segundo a qual os interesses particulares são articulados para que uma forma de produção de vida com liberdade seja possível. A distribuição, na perspectiva das políticas públicas em que se alocam recursos coletivos, deve ocorrer em relação a coisas comuns (não produzidas por ninguém), coisas produzidas em comum, autoridade e poder e, por fim, incentivos a talentos individuais socialmente relevantes.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> FONTE, Felipe de Melo. *A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas* in **Revista brasileira de direito público RBDP**, v. 6., n. 20, p. 91-126, jan/mar., 2008.

<sup>3</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição*. in **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006, p. 127

Os bens coletivos são relativos ao conjunto de recursos compartilháveis por todos os indivíduos, a exemplo do meio ambiente. A redação do artigo 225 da CF dá a medida da dificuldade de alocação dos bens coletivos. Quando se diz que *todos* têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao mesmo tempo o dever de prover e manter o equilíbrio ecológico são de *todos* (Poder Público e coletividade), aparentemente há uma confusão (no sentido técnico do termo) das posições de “credor” e “devedor”, o que no limite inviabilizaria a dedução de pretensão. Uma política pública que tenha por objetivo regular o exercício da propriedade privada em consonância ao direito de todos ao meio ambiente equilibrado tem de lidar com os limites da apropriação individual dos recursos ambientais, tanto em termos econômicos quanto em termos de fruição pessoal, considerando variada gama de princípios, regras e valores, tendo em vista uma boa e digna qualidade de vida e com o compromisso intergeracional.

<sup>4</sup> Uma primeira distinção se faz importante nesse momento. A noção de política pública implica necessariamente em pensar a ação governamental na escala coletiva. Distintamente do processo judicial, em que as decisões são, no mais das vezes, proferidas em chave individual, ou seja, elas aparecem como problema de um indivíduo, em realidade são decisões que têm impacto em uma coletividade destinatária de políticas públicas financiadas por recursos orçamentários, coletivos, portanto. A escala é, assim, uma variável que distingue as lógicas do Judiciário, do Legislativo e do Executivo. Os dois últimos funcionam na escala coletiva e o primeiro, via de regra, na escala individual.

Do ponto de vista econômico, a complexidade de dar concretude às determinações constitucionais sobre os direitos sociais não é pequena. Direitos à saúde, à educação e a um sistema de previdência social, por exemplo, pressupõem cálculos intrincados e um sistema distributivo sofisticado para a sua implementação.

Um pressuposto da atividade legiferante em relação à alocação equânime de bens coletivos é a necessária definição dos *critérios* de distribuição, ou seja, quem deve fazer o quê para que alguém tenha acesso ao recurso. A relevância do

---

<sup>4</sup> LEUZINGER, Márcia Dieguez e CUREAU, Sandra **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 19

tema aparece na obra de influentes autores como John Rawls<sup>5</sup> e Amartya Sen<sup>6</sup> os quais se ocuparam da tarefa de, com base em uma concepção de justiça, tentar propor tais critérios.

As constituições sociais, ao consagrarem direitos que necessitam de ação direta do Estado para a sua instrumentalização, impõem ao executor da norma o dever de envidar uma série de ações que têm por objetivo a realização da política constitucionalmente determinada. Ocorre que, como já afirmamos, por conta das transformações tecnológicas que impactaram na economia, a dinâmica da governabilidade não se coaduna com a da legiferação por meio do tradicional processo legislativo.

## Políticas públicas e direitos fundamentais

A força normativa da Constituição Federal vincula-se à possibilidade de que os direitos nela previstos sejam concretizados por meio do controle judicial. A Constituição prevê direitos individuais e sociais a serem, em grande medida, implementados por meio de políticas públicas. As cortes constitucionais têm, assim, função garantidora da realização das prescrições normativas que consagram direitos, fazendo com que o texto constitucional supere a função simbólica de reconhecimento de demandas sociais e passe a ser um real programa de atuação das instituições.

---

<sup>5</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta, Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, passim, e **O liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Brasília; Instituto Teotônio Vilela; São Paulo: Atica, 2000, passim. Rawls, autor da mais influente teoria da justiça do século XX, propõe dois princípios de distribuição: (1) Liberdades iguais e (2) tratamento diferente para promover maior benefício aos que se encontram em situação de menor bem-estar.

<sup>6</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade** tradução de Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, passim, e **Desigualdade Reexaminada**; tradução e apresentação de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001. Sen, ao trabalhar com o tema do desenvolvimento, ataca a questão da desigualdade, que para ele é explicada pela falta de oportunidades e pela privação de liberdades básicas, na desigualdade do indivíduo isolado, na ausência de condições iguais básicas de existência (acesso à saúde, educação, saneamento básico, alimentos, etc.), elementos capazes de serem proximoamente iguados entre os indivíduos empiricamente tão diversos, como afirma Sen. A igualdade a ser buscada é uma igualdade substantiva e o Estado deve agir para prover os indivíduos com as capacidades de funcionamentos que lhes permitam agir em liberdade. A constituição das 'liberdades' (por exemplo, liberar o indivíduo da fome) capazes de dar às pessoas sua "condição de agentes" para atuarem livremente e construir seu futuro como queiram.



O constitucionalismo decorrente do paradigma vinculado à instituição de tribunais constitucionais, como é o caso da Alemanha após 1950 enseja a introdução de um modelo político de assunção da dimensão dos conflitos difusos na vida institucional, especialmente a jurídica. Os conflitos sociais não são mais, de forma mistificada, desarticulados sob o discurso ideológico da igualdade formal.<sup>7</sup> Legislativo e Judiciário são, assim, chamados a responder pelo por um papel protagonista nas questões de políticas públicas de natureza prestacional.

Uma observação importante a ser feita é que a noção de eficácia normativa utilizada no paradigma liberal e em relação aos direitos individuais não pode ser aplicada sem alguma qualificação ao paradigma do Estado intervencionista, já que eles devem ser implementados sempre progressivamente, levando-se em conta aspectos contextuais de possibilidade concreta de serem efetivados. O que pode confundir a análise do problema é a adoção do conceito atribuível ao paradigma liberal segundo o qual somente normas aptas a produzirem efeitos concretos e dedutíveis subjetivamente em juízo são, verdadeiramente, normas jurídicas válidas. Kelsen defende que a validade de uma norma está, dentre outros requisitos, condicionada à eficácia da mesma. Lida sem qualquer mediação ou qualificação essa passagem da Teoria Pura pode dar a entender que a validade de uma norma depende da apropriação<sup>8</sup> de sua potencialidade de produção de efeitos pelos sujeitos individuais. Há que se considerar que as normas que consagram os direitos sociais não apreciáveis, quanto à sua eficácia, da mesma forma que aquelas que consagram os individuais de matriz liberal, como a propriedade ou a liberdade de locomoção, por exemplo. Elas estabelecem, em grande medida, diretrizes de ação estatal.

A ideia há normas que devem estabelecer diretrizes para a atuação estatal, mais do que garantir os direitos sociais como direitos subjetivos, está presente no artigo 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, no qual se lê:

Artigo 2º - 1. Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmen-

<sup>7</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. 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. 6

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 231.

te nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”(grifos nossos)

É nesse contexto normativo marcado pelo reconhecimento de que a eficácia da implementação das políticas públicas passa pela consideração de limites materiais e temporais que a condicionam que os tribunais passam a atuar como agentes de tutela positiva na realização das prescrições jurídicas relativas às políticas públicas por meio das quais são implementados os direitos constitucionais. O ponto fundamental em relação à análise das políticas públicas é a questão decisória, ou seja, o que e como fazer para atingir os resultados esperados.

Há referência, na bibliografia especializada, a que o estudo das políticas públicas é um fato recente na teoria brasileira.<sup>9</sup> A definição do que sejam políticas públicas é, portanto, problemática. Dedicaram-se a ele, dentre outros, Maria Paula Dallari Bucci<sup>10</sup>, Fábio Konder Comparato<sup>11</sup> e Eros Roberto Grau<sup>12</sup>.

Os Poderes são agentes de implementação de políticas públicas. Adotando a definição<sup>13</sup> de Bucci, tem-se que políticas públicas são “arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias formalizadas ou programas de ação governamental, visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, e resultam de processos conformados juridicamente.”<sup>14</sup> Pode-se entender também que políticas públicas são “diretrizes, princípios norteadores da ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediação entre atores da sociedade e do Estado. São esses

<sup>9</sup> FONTE, Felipe de Melo. *A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas* in **Revista brasileira de direito público RBDP**, v. 6., n. 20, p. 91-126, jan/mar., 2008.

<sup>10</sup> Além das outras obras aqui referidas, BUCCI, Maria Paula Dallari. *As políticas públicas e o direito administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público, 13, 1996.

<sup>11</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. **Revista dos Tribunais**, 737, 1997.

<sup>12</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25.

<sup>13</sup> A autora reconhece a dificuldade de propor um conceito jurídico de *políticas públicas*, entendendo que a dificuldade decorre em grande medida da natureza interdisciplinar do problema. De toda sorte, para os fins de nosso argumento adotamos uma proposta conceitual. BUCCI, Maria Paula Dallari - **Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas**. Texto em meio eletrônico cedido pela autora, p. 2

<sup>14</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari - **Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites**. Texto em meio eletrônico cedido pela autora, p. 10

casos, de políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos, que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos.”<sup>15</sup> A definição do que sejam políticas públicas permite verificar que há necessariamente a atuação do Estado por meio de instituições que têm de agir em sintonia para a sua implementação e que elas envolvem a distribuição dos recursos coletivos, ou seja, pressupõem decisões políticas, que deve se dar segundo marcos normativos estabelecidos na legislação.<sup>16</sup>

A elaboração das políticas públicas implica em definir quem decide o quê, com que consequências, para quem, sendo as definições relacionadas ao contexto político em que se vive. As políticas públicas são atividades próprias da ação governamental, mas não é tudo o que é produzido pelo Estado.<sup>17</sup> É insito ao conceito de políticas públicas que elas agreguem elementos políticos, econômicos, sociais, organizacionais, relativos à gestão pública, na forma de processos juridicamente disciplinados. São implementadoras dos direitos constitucionalmente previstos, especialmente econômicos, sociais e sociais. A implementação desses direitos depende, portanto, da realização de políticas públicas.

## **O contexto: a globalização.**

O contexto em que os direitos previstos na CF devem ser garantidos é o do mundo em que o mercado é globalizado.

As mudanças econômicas e sociais ocorridas nos últimos vinte anos decorrentes da globalização trouxeram o agravamento da exclusão social e aumentaram as desigualdades de oportunidades de acesso aos bens materiais, culturais e simbólicos necessários ao exercício digno da cidadania. Nesse cenário as dificuldades de concretização dos objetivos de justiça social consagrados na

---

<sup>15</sup> TEIXEIRA, E. C. *Movimentos sociais urbanos em Salvador: um mapeamento*. in LUZ, Ana Maria Carvalho (Org.). **Quem faz Salvador?** Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2002.

<sup>16</sup> Cristiane Derani propõe interessante definição, dizendo que são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais, atuando sobre campos institucionais diversos, em função do interesse público, destinando-se a alterar as relações sociais estabelecidas. DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002. p. 239

<sup>17</sup> SANTOS, R. S. ; RIBEIRO, E. M. ; GUEDES, F. ; SANTOS, Leidimar Cândida ; RIBEIRO, M. M. ; SANTOS, Thiago Chagas S. ; CARIBE, D. A. ; SOUTO, I. M. I. ; JUNIOR, Cleber Dias da Silva . *Compreendendo a Natureza das Políticas do Estado Capitalista*. RAP. Revista Brasileira de Administração Pública, v. 41, p. 819-834, 2007.

Constituição são crescentes, na medida em que o modelo de produção é, por essência, concentrador.<sup>18</sup>

Embora o conceito de globalização seja de difícil precisão, tomaremos aqui no sentido mais usualmente referido na literatura especializada.<sup>19</sup> A partir da década de 80 houve uma intensificação do processo de internacionalização das economias capitalistas a qual se convencionou chamar de *globalização*. Decorrente desse processo, há enorme integração dos mercados financeiros mundiais e aumento do comércio internacional com intensidade jamais vista, com a criação de empresas transnacionais que operam em rede.<sup>20</sup> O poder das empresas transnacionais em um mundo globalizado é rival do poder do Estado de realizar autonomamente a tomada de decisões em relação à economia, e à política.

Outro aspecto importante da globalização é a repercussão das mudanças econômicas na dimensão temporal dos acontecimentos. Como fenômeno decorrente da constante evolução tecnológica ela resultou, ressaltava Castells, na compressão do tempo e do espaço de tal forma que os limites geográficos não são mais barreira às relações econômicas.<sup>21</sup> Assim, a informação, o transporte e o fluxo do capital se dão em escala global de forma corriqueira, o que não ocorria em outros momentos da história. É um mercado global onde tudo acontece de forma imediata.

Como o poder econômico das empresas transnacionais, pela sua dimensão e pela repercussão social das suas decisões de investimento, é competidor do poder político dos Estados, a autonomia soberana na condução da aplicação de políticas públicas dos agentes políticos internos fica sensivelmente comprometida. A conversão das economias nacionais num sistema mundial único está, portanto, conduzindo ao redimensionamento do princípio da soberania nacional, assim como o primado do equilíbrio entre os poderes.

---

<sup>18</sup> DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 13.

<sup>19</sup> “Convertida numa das chaves interpretativas do mundo contemporâneo, *globalização* não é um conceito unívoco. Pelo contrário, é um conceito plurívoco, comumente associado à ênfase dada pela literatura anglo-saxônica dos anos 80 a uma nova economia política das relações internacionais.” FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 59.

<sup>20</sup> DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 14.

<sup>21</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venâncio Majer. (A era da informação: economia, sociedade e cultura; V. 1) São Paulo: Paz e terra, 1999, p. 457/496.

A tripartição de poderes foi originariamente destinada a conter o absolutismo dos primeiros tempos do Estado moderno e disciplinou o monopólio do uso legítimo da violência por parte do despotismo esclarecido, estabelecendo que a atribuição da titularidade da iniciativa legislativa é dos parlamentos soberanos. Tal configuração institucional do poder restringe o campo de ação do Executivo aos limites estritos da lei, confere ao Judiciário a competência exclusiva para julgar e dirimir conflitos e atribui ao Legislativo as funções legiferante e fiscalizatória.

Nesta formulação o constitucionalismo deu conta das dificuldades engendradas pelas mudanças ocorridas durante o século XIX, garantindo legitimidade política e segurança jurídica necessárias à realidade do mercado capitalista. O constitucionalismo construiu, assim, uma engenharia institucional jurídico-política de garantia das liberdades públicas e de direitos fundamentais, moldando a democracia representativa.

No século XX, com o declínio do primado do equilíbrio entre os poderes por conta da crise econômica estrutural da década de vinte e da crescente complexidade das relações sociais, o Executivo viu-se obrigado a dar respostas cada vez mais rápidas e eficazes a questões econômicas, administrativas e comerciais não previstas pela teoria liberal clássica. Assume, assim, funções até então do Legislativo e do Judiciário. O Executivo passa, assim, a induzir, controlar e coordenar o mercado. O Estado liberal converte-se em Estado-Providência, promovendo crescimento econômico e assegurando distribuição dos recursos coletivos e proteção dos cidadãos menos favorecidos.

A função do Estado passa de “ordenadora” para “reguladora”, intervindo efetivamente no campo da economia. No mundo contemporâneo da globalização, a intervenção do mercado tem de ser combinada com a intervenção do Estado atuante e catalizador, que facilite, encoraje e regule os negócios.<sup>22</sup>

Os efeitos da globalização econômica promovem impacto no modelo do Estado-Providência, especialmente na década de 1970, quando as inovações tecnológicas ganham grande escala de utilização. Os choques do petróleo de 1973 e 1979 resultam na crise de sustentabilidade das políticas welfaristas e levam à recessão diversos países desenvolvidos. Um novo salto tecnológico é dado, com

---

<sup>22</sup> DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 113

o objetivo de reduzir o impacto do custo do trabalho e da energia no preço final dos produtos e serviços. O sistema decisório e regulatório inspirado no modelo político-jurídico liberal, cujos elementos ainda estavam presentes no Estado-Providência, acaba por ruir.<sup>23</sup>

O resultado do aumento da complexidade social e econômica e o ineditismo das questões que surgiram levaram o Executivo a editar normas de organização, de comportamento e programáticas. As constituições dirigentes<sup>24</sup> consistem, neste cenário, num estatuto organizatório definidor de competências e regulador de processos e conformam um marco político dos Estados intervencionistas, estabelecendo um programa para o Legislador e para os governantes concretizarem as diretrizes programáticas constitucionais.

A partir da década de 80 surgem outros pontos de ruptura, notadamente a desconcentração do aparelho estatal a privatização de empresas públicas, a “flexibilização” da legislação social, a internacionalização do Estado, com processos de integração de blocos regionais e tratados de livre comércio, mecanismos de incentivos e subsídios fiscais e a expansão da *Lex Mercatória*<sup>25</sup> como um direito paralelo ao do Estado, com foros de negociação estabelecidos por grandes grupos empresariais.

Como as instituições internas tem seus componentes formados num paradigma liberal, as decisões são tomadas de forma a observar a soberania interna do Estado, mas desconsideram as implicações mercadológicas globais. A questão é que o conceito de soberania adstrito aos limites geopolíticos do Estado é insuficiente para dar conta de explicar o fenômeno jurídico e operar um sistema de resolução de conflitos inserto no mercado mundializado. A *Lex mercatoria* se impõe assim como a mais importante *ratio* da lógica econômica dos atores globais.

---

<sup>23</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 70.

<sup>24</sup> A constituição dirigente é caracterizada por um texto constitucional que, além de consistir num estatuto organizatório definidor de competências e regulador de processos no âmbito de um determinado Estado nacional, atua também com uma espécie de estatuto político. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição-dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais e programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 11. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito de Coimbra.

<sup>25</sup> A globalização econômica e a crescente expansão de um direito paralelo ao dos Estados leva ao reconhecimento da “*Lex mercatoria*” que se impõe pela necessidade de velocidade nas decisões que tenham impacto na vida econômica das empresas, principalmente as que operam em escala transnacional.

Posta esta breve descrição do contexto da globalização, no qual os Poderes atuam, três aspectos importantes do prisma dos resultados da globalização para os cidadãos merecem ser sinteticamente destacados. Primeiro, a implementação de mercados livres globalizados trouxe consigo uma dramática acentuação das desigualdades econômicas e sociais no interior das nações e entre elas. Segundo, o impacto da globalização é mais significativo para os que menos dela se beneficiam. Terceiro, o impacto político e cultural da globalização é crescentemente importante, se comparado à escala real dos problemas sociais já existentes.<sup>26</sup> O avanço da economia global não garante no futuro, unicamente por mecanismos de mercado, que haja postos de trabalho, mesmo os flexíveis, compatíveis com as necessidades mínimas dos cidadãos. A lógica do fracionamento da cadeia produtiva incorpora a adoção de bolsões de trabalho barato ao redor do mundo, não aumentando necessariamente o nível dos salários.<sup>27</sup> Implementar políticas públicas e realizar a governabilidade nessa situação é tarefa de difícil consecução, especialmente em relação a uma variável do problema, que agora discutiremos: o tempo.

### **O tempo**

O conceito de tempo tem importância fundamental nos debates atuais da teoria social. O tempo, desde esta perspectiva, contrariamente ao que se imagina no senso comum, é um conceito contextual, ou seja, o tempo é local, circunstante.<sup>28</sup> François Ost aborda a complexidade da apreensão do conceito de tempo ao recusar tanto a sujeição a uma medida quantitativa, de acordo com o relógio, por assim dizer, e outra de uma subjetividade individual de absoluta relativização. Não é, pois, nem a vivência individual nem um dado físico que podem abarcar o conceito de tempo. O tempo é, para ele, um conceito sociocultural, em que se nomina o fenômeno e são convencionados instrumentos de sua verificação. O tempo é radicalmente cultural, construído coletivamente e essencialmente historicizado.<sup>29</sup>

A noção de tempo é, portanto, social, e não propriamente cronológica. Isto é visível, por exemplo, em relação à produção fordista, que forjava o tempo

---

<sup>26</sup> HOBBSAWN, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007 p. 11-13

<sup>27</sup> DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 166

<sup>28</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venâncio Majer. (A era da informação: economia, sociedade e cultura; V. 1) São Paulo: Paz e terra, 1999, p. 557

<sup>29</sup> OST, François. **O Tempo do Direito**. Bauru: Edusc, 2005, p.23

como aceleração do trabalho associada ao dinheiro com aumento de pagamento. Já o stalinismo acelerava o tempo por um motivo ideológico.

O tempo, diz Manuel Castells, como uma categoria linear, irreversível, mensurável, e previsível, vem sendo modificado de forma nunca antes vista, dada a necessidade do capitalismo se libertar de todas as amarras e restrições, incluída aí a barreira cronológica às possibilidades de acumulação.

Ao perder sua essencialidade como conceito explicativo e operativo, o tempo, no sentido cronológico, perde também sua capacidade organizativa das relações sociais. Um novo conceito de tempo substitui aquele tempo linear, o *tempo intemporal*. O conceito de tempo intemporal é usado por Castells com a advertência que a transformação do tempo não diz respeito a todos os processos, agrupamentos sociais e territórios de nossas sociedades, embora afete todo o planeta. Ele é “uma forma *dominante* emergente do tempo social na sociedade em rede porque o espaço de fluxos não anula a existência de lugares.”<sup>30</sup>

A ideia de tempo está presente de forma constituinte, no conceito de globalização. Tanto é assim que Giddens descreve a globalização como sendo a intensificação das relações sociais em nível mundial que ligam localidades distantes de tal forma que acontecimentos locais são conformados por eventos que ocorrem a muitas milhas de distancia e vice-versa, revelando a ideia de imediatidade.<sup>31</sup> Harvey se refere à globalização como a mudança de percepção do tempo e do espaço, ou ainda a compressão do tempo-espaço.<sup>32</sup>

Da perspectiva econômica, com a globalização, pela primeira vez na história surgiu um mercado de capitais unificado funcionando em *tempo real*. Como os lucros são maiores quanto maior é a velocidade das transações econômicas, a derrubada do obstáculo temporal à circulação do capital na dimensão global permite aumentar significativamente a possibilidade de acumulação. Além do aumento da velocidade em si das transações, a possibilidade de multiplicá-las é, também, um outro instrumento de ganhos. A capacidade de executar uma infinidade de transações em tempo reduzido, implementando circularidade ao trânsito do capital, é o que caracteriza o sistema. A projeção de ganhos no tempo futuro e imediatizada no presente comprime o tempo, de forma que tudo na

<sup>30</sup> OST, François. **O Tempo do Direito**. Bauru: Edusc, 2005, p. 461.

<sup>31</sup> GIDDENS, Anthony. **The consequences of modernity**. Cambridge: Polity, 1990, p. 64

<sup>32</sup> HARVEY, David. **The condition of postmodernity**. Oxford: Blackwell, p. 240



economia acontece no “agora”, mesmo os prognósticos futuros, que são imediatizados incessantemente.

O capital comprime e dissolve o tempo. As consequências deste fenômeno são extremamente relevantes para o direito. Os efeitos da globalização prescindem de regulação normativa. Dentre os mais importantes, vemos crises monetárias recorrentes, dificuldades do capital prever o futuro, a potencial destruição de empresas e postos de trabalho decorrentes de mudanças constantes de cenários econômicos, transferência da poupança para o investimento de risco, riscos para fundos de pensão, dependência de economias periféricas de movimentos de capital especulativo, e, mais importante, a “destruição, na esfera coletiva, das sociedades, do padrão de comportamento de satisfação adiada, em benefício da ideologia comum do ‘dinheiro fácil’ que enfatiza o jogo individual com a vida e a economia; e o prejuízo basilar à percepção social da correspondência entre produção e recompensa, trabalho e significado, ética e riqueza.”<sup>33</sup> O tempo econômico é, portanto, gerenciado como um recurso, como um fator diferencial em relação aos atores econômicos. O tempo é, portanto, comprimido e processado.<sup>34</sup>

Para os fins do presente argumento, é importante salientar que *há uma fragmentação e potencial contradição no conceito de tempo*. O tempo não é mais uma noção cronológica, mas uma noção operativa, com a qual é possível realizar diferentes performances, dependendo de como se lhe opera em um determinado processo.

Por influência da globalização o tempo da economia acaba por ser o mais importante e mais utilizado conceito de tempo, revelando-se presente de forma

---

<sup>33</sup> HARVEY, David. **The condition of postmodernity**. Oxford: Blackwell, p. 463.

<sup>34</sup> A reflexão sobre o processo de globalização econômica e seu impacto no bem-estar dos indivíduos está longe de atingir consenso. Por outra, importantes e acalorados debates encontram-se em plena efervescência, o que revela a forte dimensão ideológica das abordagens. Um exemplo de defesa aguerrida da globalização e do liberalismo de mercado é o trabalho de LAL, Deepak. **O elogio dos impérios: globalização e ordem**. Portugal: Publicações Europa-América, 2007, p. 165/194. Para uma visão crítica SANTOS, Boaventura de Sousa e GARAVITO, Cesar A. Rodríguez (Eds.) y otros. **El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita** Cuajimalpa: Anthropos Editorial, 2007.

hegemônica de vários campos da experiência social.<sup>35</sup> Nossa hipótese é que o imediatismo do tempo econômico acaba por se estabelecer como a referência em outros campos da experiência humana, como é o caso do exercício do governo pelo poder executivo. A governabilidade pressupõe a tomada de decisões em tempo imediato, enquanto o tempo da tomada de decisões nos âmbitos do Legislativo e do Judiciário é outro. Podemos falar, assim, em dois tempos diferentes, o *tempo econômico* e o *tempo jurídico*, que funcionam em duas dimensões distintas.

Embora o tempo econômico esteja presente em vários campos da experiência social, não é assim com todos. Assim ocorre com as relações entre direito e economia. Embora direito e economia sejam disciplinas políticas, no sentido de que pressupõem a aplicação do raciocínio prático, há uma diferença fundamental nas lógicas das duas disciplinas. Tomado o direito no momento da legislação (excluídas, portanto, as dimensões da norma posta como objeto da chamada “ciência do direito” e a norma no momento de sua aplicação), constata-se que o ritmo das discussões e debates parlamentares é lento ao contrário do tempo econômico. É próprio do processo legislativo que haja pouca velocidade na confecção de leis. Isto decorre do fato de que as normas devem programar o futuro, o que torna a confecção de leis um processo de especulação sobre os resultados e impactos futuros da norma na realidade fática. Normas têm de ser capazes de regular um campo de condutas e, ao mesmo tempo, de controlar retrospectivamente os desvios. Daí falar-se em funções didática e repressiva das normas. As normas jurídicas têm, assim, pretensão de estabilidade e durabilidade, pois são, em certo sentido, estruturantes do “jogo” social, assim como econômico.

A economia, por sua vez, trabalha com um princípio que enseja o arrojo dos comportamentos, o princípio da liberdade de iniciativa. As regras econômicas em um mercado livre devem permitir algum grau de previsibilidade e segu-

---

<sup>35</sup> Um dos exemplos da proeminência do tempo econômico (o imediatismo) nos demais campos é a linguagem visual da MTV, a linguagem MTV, em que sucessão de imagens, mensagens, músicas e informações são apresentadas ao telespectador de forma superficial e imediata. “Imbuídos da lógica do consumo, os videocliques podem ser analisados pelo ponto de vista de uma onírica manipulação de signos, operada dentro dos novos horizontes abertos pela tecnologia, não necessariamente por videoartistas, mas por ‘homens de mercado’, os publicitários. Baseados na exterioridade da orquestração de mensagens audiovisuais que provocam sensações efêmeras, os videocliques são a representação simbólica do *star system* (o mundo das estrelas do rock e do pop) que o público quer consumir mesmo que virtualmente. Eles são mensagens operativas produzidas pelo processo tecnológico das comunicações de massas; são portanto, mensagens de consumo” PEDROSO, Maria Goretti e MARTINS, Rosana. **Admirável Mundo MTV Brasil**. São paulo:Saraiva, 2006, p.5.

rança, mas devem, por conceito, permitir abertura para a adaptabilidade própria às nuances dos contextos competitivos.

Por conta da distinção entre os objetivos das duas disciplinas, é possível se postular que os *tempos* do direito são o *ontem* e o *amanhã* e o *tempo* da economia é o *hoje*.

As demandas por soluções de governo para problemas normativos com impacto social são operadas com a lógica do tempo econômico, pois a velocidade dos fatos políticos e econômicos torna a expectativa de exercício do governo imediata. O Poder Executivo tem, assim, um dilema constante na realização e implementação das políticas públicas. Ou submete a produção de normas ao processo legislativo regular e corre o risco de não conseguir responder a tempo às demandas da lógica de mercado ou produz normas por meio de processo legislativo abreviado e perde politicamente em termos de legitimidade de sua atuação como autoridade. A resposta normativa resolve o problema da dimensão da governabilidade econômica do governo, mas gera um déficit de legitimidade democrática na medida em que legisla sem amplo debate e enfraquece o papel do Legislativo.

Reconhecendo que o processo legislativo tem, pela sua própria natureza, um ritmo lento e que a demora dele decorrente pode ser um entrave insuperável à governabilidade, o constituinte previu a possibilidade de um processo legislativo abreviado, as medidas provisórias, previstas no artigo 62 da Constituição Federal. O requisito da urgência constitucional para a edição de medidas provisórias cumpre politicamente a função retórico-simbólica de abrir uma válvula de escape excepcional para permitir ao Executivo o exercício da legiferação. O problema se coloca quando a excepcionalidade se torna a regra, como é o caso brasileiro.<sup>36</sup>

O Judiciário, por sua vez, enfrenta a questão de dar respostas normativas às demandas de concreção de políticas públicas por meio de decisões em conflitos individuais e coletivos que lhe são apresentados. Ao fazê-lo, acaba por determinar conteúdos normativos concretos aos princípios e direitos genericamente enunciados na Constituição. De forma geral as decisões judiciais que dizem respeito a direitos decorrentes de políticas públicas anunciadas na Constituição são

---

<sup>36</sup> Somente de 19 de setembro de 2001, portanto após a Emenda Constitucional número 32, até o dia de hoje, 16 de julho de 2008, foram editadas 436 MP.

dadas em sede de liminar, na qual o tempo é imediato. A função precípua do Legislativo fica, assim, minorada, porquanto Tanto Executivo quanto Judiciário acabam por invadir o campo da competência legiferante, em tese reservado ao primeiro.

## A visão do Judiciário

Um exemplo interessante que ilustra o argumento da incomensurabilidade entre os tempos da economia e do direito é a edição de medidas provisórias com o objetivo de aprovação de abertura de créditos extraordinários.

A estratégia legítima de obstruir votações de matérias relevantes ao governo faz com que, por exemplo, o orçamento não seja votado a tempo, obstaculizando as ações de governo. O governo, por sua vez, em nome da governabilidade, apela para a edição de medidas provisórias.

Notícia do site G1, de 15 de maio de 2008, informa posição de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal quanto à edição de MPS:

A edição de medidas provisórias pelo governo tem bastante criticada nos últimos tempos. Durante a posse do novo presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Mendes, em abril, **o excesso de MPs foi alvo de críticas** do próprio Gilmar e também do presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Cezar Britto.

As medidas provisórias para a aprovação de créditos extraordinários respondem à necessidade de lidar com o problema gerado pela disjunção entre as lógicas temporais econômica e jurídica.

A lógica da governabilidade econômica é a seguinte: A não aprovação pode gerar ingovernabilidade e, conseqüentemente, a dificuldade ou mesmo impossibilidade de implementação das políticas públicas previstas constitucionalmente. A inação do Congresso gera, como resposta, a edição de uma MP pelo Poder Executivo, que lança mão do processo legislativo abreviado, o que enseja as críticas do Legislativo e do Judiciário à invasão das suas competências pelo Poder Executivo.

A disputa entre o Legislativo e o Executivo acaba por ser arbitrada pelo Judiciário, que entra no jogo político da edição de MPs para responder à alegação de que a legiferação por atalho deve ser excepcional.

A pergunta que se coloca é: em que medida é admissível que o Judiciário determine os limites da governabilidade? Corolário desta primeira pergunta, poderíamos indagar: É papel do Judiciário fazer considerações consequencialistas quando decide sobre questões de impacto nas políticas públicas realizadas pelo governo? O judiciário tem legitimidade democrática para determinar o conteúdo material concreto das políticas públicas?

É possível vislumbrar certo exagero no foco na atuação judicial para concretização dos direitos, em especial os direitos sociais. Entende uma importante administrativista que não se dá conta da insuficiência da prescrição constitucional do catálogo de direitos para as tarefas necessárias à implementação da igualdade social.<sup>37</sup>

No RESP 510.259/SP, relatado pela Ministra Eliana Calmon, vê-se claramente a tendência ao alargamento do poder de intervenção na consecução de políticas públicas. Na ementa do acórdão consta:

O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de **conveniência e oportunidade**, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

Decisões como essa mostram como não mais prevalece a doutrina da imunidade absoluta dos atos discricionários ao controle judicial. Tal fato decorre do dever de motivação previsto no art. 50 da Lei 9.784, de 1999, sucedendo a doutrina dos motivos determinantes e do desvio de finalidade, que assegura, em qualquer circunstância, a possibilidade de cotejo dos fundamentos do ato atacado com a motivação apresentada, além dos aspectos formais, nunca afastados da sindicabilidade judicial. Decorre também da possibilidade de confrontação do mérito administrativo do ato que compõe a política, ainda que de forma excepcional e limitada, em relação aos seus pressupostos.<sup>38</sup> A reflexão sobre a discricionariedade administrativa tem, evidentemente, estreita relação com a separação dos poderes.

---

<sup>37</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari - **Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites**. Texto em meio eletrônico cedido pela autora.

<sup>38</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari - **Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites**. Texto em meio eletrônico cedido pela autora. p. 7.

O argumento da proteção à esfera de discricionariedade administrativa é claramente conexo ao da separação de poderes, na medida em que tradicionalmente as opções de governo eram encaradas como o exercício do poder político, vinculado às razões de conveniência e oportunidade, próprias do âmbito da discricionariedade administrativa. No instrumental teórico do Estado Liberal compete ao administrador decidir como e onde gastar o dinheiro público e ao legislador aprovar os gastos, estabelecer o *quantum* e fiscalizar sua utilização, havendo, portanto, uma clara distinção de atribuições, com o processo de formulação das políticas públicas começava com o legislador determinando a dotação orçamentária e o administrador decidindo como usá-la.<sup>39</sup>

Na doutrina constitucional brasileira, como já observado, é clara a insuficiência da teoria da tripartição dos poderes, bem como se observa a necessidade de se aperfeiçoar a formulação do modelo de democracia puramente representativa, o que fazem multiplicar-se os argumentos de legitimação da jurisdição constitucional.<sup>40</sup>

Ao ser permitido ao Judiciário sindicar os atos do Executivo, a mitigação do poder discricionário, ou sua virtual extinção, Aparentemente o *mito do legislador racional*, tão caro à teoria jurídica do século XIX, exemplarmente consagradas pela Escola da Exegese em França e pelo Pandectismo na Alemanha, é presentemente transposto para o *mito do juiz racional* e plenipotenciário. A legiferação pelo Judiciário ou pelo Executivo apresenta-se duplamente problemática, posto que a percepção do juiz é, via de regra, de que os conflitos jurídicos ocorrem em chave individual, mas de fato muitos dos conflitos que aparecem como interindividuais são apenas a individualização de uma demanda que tem repercussão de um grupo, classe ou categoria detentora dos mesmos direitos. Um segundo problema é que a legiferação por atalho impede o processo legislativo e a discussão parlamentar ampla, cujo tempo é longo.

### **Apontamento final: assincronia de lógicas**

Ao funcionar segundo lógicas distintas, Executivo, Legislativo e Judiciário operam de forma assíncronas funções institucionais dos poderes, que ganha

<sup>39</sup> FONTE, Felipe de Melo. *A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas* in *Revista brasileira de direito público RBDP*, v. 6., n. 20, p. 91-126, jan/mar., 2008.

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 55.

visibilidade como o conflito entre os princípios da legalidade constitucional, expresso no caso pelo respeito aos dogmas do processo legislativo, e da eficiência da implementação das políticas públicas. Há uma incompatibilidade axiológica intrínseca entre os valores da legalidade constitucional e da realização eficiente de políticas públicas, dados os focos formal daquele e consequencialista deste. A consecução eficiente de políticas públicas que materializam as previsões constitucionais sobre direitos sociais depende de uma mínima sincronia entre os Poderes, tendo em vista a complexidade desse objetivo.

A perda de confiança nas soluções normativas é a expressão mais clara da perda de legitimidade do Direito, já que as condições apresentadas pela realidade são muito diversas daquelas em face das quais o repertório normativo vigente foi concebido. A legitimidade condiciona o funcionamento do Direito enquanto sistema decisório, porquanto calibra o sistema, conferindo-lhe segurança, por meio da aquiescência generalizada.

Dentre as várias acepções da crise do direito, tão explorada nas décadas de oitenta e noventa, a institucional é de grande importância. Segundo essa crítica, ao não produzir respostas adequadas aos problemas que são apresentados, as instituições encarregadas de operar o direito fazem agravar os níveis de conflituosidade e perdem legitimidade enquanto *locus* de solução de problemas normativos.

O rol de argumentos apontados como limites ao controle de políticas públicas por via judicial são sumariados por Bucci em duas linhas, uma político-institucional e outra econômica:

I) Argumentos de ordem político-institucional: a) separação de poderes, com base no art. 2º da Constituição Federal; b) déficit democrático do Poder Judiciário; c) limitações técnicas do Poder Judiciário para apreciação das políticas públicas em toda sua complexidade; d) discricionariedade administrativa;

II) Argumentos de ordem econômico-financeira: “reserva do possível”: a) Questão da iniciativa das políticas públicas: Poder Executivo (CF, art.61, § 1º, II, a e b) e Poder Legislativo. <sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

As políticas públicas são, assim, processos decisórios multidisciplinares, que são levados a cabo em ambiente de ação governamental, cuja natureza é fragmentária. Os processos realizados no âmbito das políticas públicas são dependentes de um grau básico de sinergia institucional para que se atinja um mínimo de efetividade de resultado.

A demarcação normativa do quadro em que as políticas públicas devem ser implementadas deve ser realizada precipuamente no Parlamento, que é o espaço público das discussões políticas por excelência. O embate de visões de mundo entre maioria e minoria, governo e oposição, deve, em uma situação ideal, levar a que a legislação consagre uma visão de mundo que permita a concretização dos direitos previstos na Constituição. As leis e o controle das leis orçamentárias permitiriam ao Legislativo estabelecer linhas gerais das políticas públicas devendo o Executivo realizar os programas, as ações e os projetos necessários à concretização das políticas públicas. Ocorre que isso não acontece, pois o Parlamento é tímido ao legislar de forma efetiva, entenda-se *no tempo da economia*, e perde espaço nessa função específica para o Executivo e, menos intensamente, para o Judiciário, quando esse decide em sede de liminar ou antecipação de tutela.

Se o Legislativo funciona na lógica do tempo diferido, acaba por ser atropelado pelas decisões de caráter imediato do Executivo, que faz uso do processo legislativo abreviado. O risco do legislativo é, ao ter suas funções esvaziadas, perder legitimidade como instituição legiferante, transformando-se em mero *locus* de vocalização simbólica de demandas sociais e regionais, bem como em um foro de discussões éticas mais voltadas para o embate político da contingência do que para a formação dos valores que conformam o “cimento social”.

### **Referências Bibliográficas:**

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004

BUCCI, Maria Paula Dallari - **Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites**. Texto em meio eletrônico cedido pela autora.

BUCCI, Maria Paula Dallari - **Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas**. Texto em meio eletrônico cedido pela autora.



BUCCI, Maria Paula Dallari. **As políticas públicas e o direito administrativo.** Revista Trimestral de Direito Público, 13, 1996

BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (org) **Políticas Públicas: Reflexões Sobre o Conceito Jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição-dirigente e Vinculação do Legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais e programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. Tradução: Roneide Venâncio Majer. **A era da informação: economia, sociedade e cultura; V. 1.** São Paulo: Paz e terra, 1999

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, 737, 1997

DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica.** São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002

DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo.** São Paulo: Paz e Terra, 1999

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros Editores, 1999

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. **Revista brasileira de direito público RBDP**, v. 6., n. 20, p. 91-126, jan/mar., 2008

GIDDENS, Anthony. **The consequences of modernity.** Cambridge: Polity, 1990

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 2003

HARVEY, David. **The condition of postmodernity.** Oxford: Blackwell, 1990

HOBBSBAWN, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo.** Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1991

LAL, Deepak. **O elogio dos impérios: globalização e ordem.** Portugal: Publicações Europa-América, 2007

LEUZINGER, Márcia Dieguez e CUREAU, Sandra. **Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. In:**Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006

OST, François. **O Tempo do Direito**. Bauru: Edusc, 2005

PEDROSO, Maria Goretti e MARTINS, Rosana. **Admirável Mundo MTV Brasil**. São paulo:Saraiva, 2006

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta, Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Brasília; Instituto Teotônio Vilela; São Paulo: Ática, 2000

SANTOS, Boaventura de Sousa e GARAVITO, Cesar A. Rodríguez (Eds.) y otros. **El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita** Cuajimalpa: Anthropos Editorial, 2007

SANTOS, R. S. ; RIBEIRO, E. M. ; GUEDES, F. ; SANTOS, Leidimar Cândida ; RIBEIRO, M. M. ; SANTOS, Thiago Chagas S. ; CARIBE, D. A. ; SOUTO, I. M. I. ; JUNIOR, Cleber Dias da Silva . Compreendendo a Natureza das Políticas do Estado Capitalista. RAP. **Revista Brasileira de Administração Pública**, v. 41, p. 819-834, 2007

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade** tradução de Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2002

SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**; tradução e apresentação de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001

TEIXEIRA, E. C. Movimentos sociais urbanos em Salvador: um mapeamento. In:LUZ, Ana Maria Carvalho (Org.). **Quem faz Salvador?** Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2002

# NOTAS SOBRE A HISTÓRIA DOS TRABALHADORES(AS) NEGROS(AS) NO BRASIL

René Marc da Costa Silva<sup>1</sup>

## PÓS-ABOLICIONISMO E TRABALHO NEGRO

O processo de transição do trabalho escravo para o trabalho livre já pode ser identificado ao longo de todo o século XIX<sup>2</sup>. É certo que o processo de coarções e alforrias existiu durante toda a história da escravidão, porém as diversas formas de liberação da mão-de-obra negra se intensifica visivelmente em seu último período. Esta situação de convivência de uma força de trabalho livre com uma estrutura de trabalho escravo, criou algumas dificuldades à própria valorização, diversificação e expansão do trabalho livre no Brasil, como também ao próprio desenvolvimento pleno do mercado de trabalho capitalista no Brasil.

No século XIX, era cada vez mais evidente para as elites políticas que seria indispensável à manutenção e reprodução de sua própria condição de proeminência e poder, a necessidade de repensarem, não apenas um projeto de desenvolvimento para o país e para o Estado, como também um projeto de construção de nação brasileira. Projeto este que, certamente já não passava pela mais pela perpetuação do trabalho escravo, mas tampouco seria compatível com a própria ordem social e política do antigo regime. O que estava em disputa então era fundamentalmente o que se imaginava que o Brasil seria ou deveria ser, em termos econômicos e também nas dimensões política e social<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Doutor em História pela Universidade de Brasília - UnB, Antropólogo e Professor do Programa de Mestrado e da Graduação do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. E-mail: renecostasilva@gmail.com

<sup>2</sup> COSTA, Emília Viotti da. *Da Senzala à Colônia*. São Paulo: Unesp, 1998.

<sup>3</sup> Mesmo antes de decretado o fim do tráfico de escravos para o Brasil, revoltas crescentes nos campos e plantações e a disseminação do medo entre as elites brancas - que, além disso, testemunharam a revolução anticolonial Haitiana apertar os brancos do controle do país - colocavam no centro da pauta de discussões não só o fim do trabalho escravo e a transição para uma forma completa de trabalho livre como a composição racial mais adequada da população (AZEVEDO, 1987).

Diante de um Estado precariamente organizado, com uma administração incipiente e uma industrialização em estágio inicial o que se colocava na mesa de discussões como pauta essencial era, a modernização, desenvolvimento e progresso de uma jovem nação capitalista. Por outro lado também era fundamental no interior desse campo de objetivos, a preocupação com a composição étnica particular do povo, elemento a ser considerado como central no interior de um projeto de nação viável – bem entendido aqui como “viável” a manutenção particular das relações assimétricas de classe, raça e poder político vigentes – para o país<sup>4</sup>.

É, portanto, em função disso que ganha sentido pensar não apenas ações privadas voltadas para atrair e trazer efetivamente mão-de-obra imigrante etnicamente marcada para o país, mas também implementar políticas de Estado capazes de viabilizar tais afluxos<sup>5</sup>.

Em função dos novos objetivos traçados para o país e para a nação pelas classes dominantes era mister resignificar não apenas o trabalho como também o trabalhador. O trabalho que durante quase quatro séculos de escravidão foi percebido como a mais vil das atividades, inscrita no corpo do mais indigno dos trabalhadores (o trabalhador negro escravizado) precisava mudar de sentido. Trabalho e trabalhador precisavam significar agora uma nova etapa constituidora do desenvolvimento, do progresso e da modernização, mas também um outro modelo político.

O pensamento social brasileiro de fins do século XIX, entrincheirado em supostas teorias acadêmicas evolucionistas e positivistas refletiam e sustentavam a ideia da superioridade civilizatória branca e a consequente inviabilidade da constituição de uma nação desenvolvida e próspera pelo concurso de uma população majoritariamente mestiça e negra<sup>6</sup>.

A solução tanto para o problema emergencial da constituição de um mercado de trabalho livre e progressista quanto da formação de um povo capaz de

---

<sup>4</sup> LIMA, Nísia Trindade & HOCHMAN, Gilberto. Condenado pela raça, absolvido pela medicina: o Brasil descoberto pelo movimento sanitário da primeira República. In: MAIO, Marcos Chor & SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.) **Raça, Ciência e Sociedade**. Rio Janeiro: Fiocruz, 1996.

<sup>5</sup> MONTEIRO, John Manuel. As ‘raças’ indígenas no pensamento brasileiro do império. In: MAIO, Marcos Chor & SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.) **Raça, Ciência e Sociedade**. Rio Janeiro: Fiocruz, 1996.

<sup>6</sup> GEBARA, Ademir. **O mercado de trabalho livre no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

<sup>6</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. **O espetáculo das raças: Cientistas, instituições e questão racial no Brasil, 1870-1930**. São Paulo: Cia. das Letras, 1993. P. 177

capitanear o projeto desenvolvimentista, foi a imigração europeia. A moderna fundação da nação brasileira e da formação do mercado de trabalho capitalista no Brasil nasce, portanto, sob a égide de um nacionalismo étnico em torno da ideia de raça como conceito central para pensar o desenvolvimento e o futuro do país.

Neste sentido, as escolhas em relação às fontes provedoras de mão-de-obra imigrante eram fatalmente feitas em função das características “negativas” ou “positivas” dos diversos grupos raciais.

Esse conjunto de ideias de desenvolvimento, progresso e modernização do país e formação da nação apresenta-se etnicamente marcado e materializa-se nas políticas imigrantistas que produziram um modelo de hierarquização racial que via o elemento negro da população destituído de quase todo valor ou papel positivo no processo de construção do país e da nação. Caracterizados como incapazes de contribuir para o sistema de livre iniciativa por insuficiência intelectual, incapacidade técnica ou debilidade moral; vistos como parte e irremediavelmente presos um passado de atraso econômico e incivilidade, além de peso de retardo das novas energias progressistas da sociedade, pouco se fez em termos de políticas públicas de proteção à população negra. Tudo se passava como se esta população estivesse a caminho ou destinada a simplesmente desaparecer numa sociedade não escravista.

Assim foi que, nas primeiras décadas do século, quanto maior era a ênfase e as energias dispendidas na promoção e implementação bem sucedida da política imigratória, tanto menos importância se conferia ao elemento negro como formador do tipo humano brasileiro desejado. A mestiçagem (aproveitando o influxo crescente da imigração europeia) como ideologia oficial de embranquecimento da população em função da produção a médio prazo de um tipo humano mais claro, mais próximo do branco, surgiu neste contexto. Colocava-se sobre a mestiçagem as expectativas sobre a viabilidade ou não da nação.

## **INDUSTRIALIZAÇÃO E MUDANÇA (1940 e 1950)**

A força de trabalho brasileira até 1940 constitui-se ainda majoritariamente rural, predominando de forma clara o setor primário em relação aos setores secundário e terciário. As atividades econômicas tipicamente urbanas eram pouco diversificadas e o próprio ambiente citadino ainda não se havia imposto na quase

totalidade do país. Ainda assim é inequívoca a estrutura das diferenças raciais configuradas no mercado de trabalho, em decorrência da situação espacial e econômica herdada do momento abolicionista anteriormente assinalado, a população não-branca concentrava-se predominantemente no setor agrícola enquanto a população branca era majoritária nos setores de transformação e serviços.

A partir dos anos 1950, nova dinâmica das desigualdades sociais e raciais foram percebidas, especialmente com o deslocamento da economia do campo para as cidades, da transferência de renda, da redução da população rural de modo geral, da prevalência do ambiente urbano e do significativo aumento das indústrias. A participação do elemento branco na força de trabalho rural encolhia mais rapidamente que a mão-de-obra negra. Em 1940, 77,4% da força de trabalho não-branca se encontrava no setor primário contra 65,9% de brancos. Entretanto, em 1950, os percentuais registram 68,7% de participação no setor primário da força de trabalho não-branca em relação a 55,8% da mão-de-obra branca. A força de trabalho branca reduziu sua participação no setor primário durante este período em 10,1%, enquanto que os não-brancos se deslocavam menos para os setores dinâmicos da economia nacional em apenas 8,7 pontos percentuais.

Movimento similar ocorria no setor industrial urbano, onde os brancos verificavam um incremento de 3,7 pontos percentuais contra apenas 2% dos não-brancos. Mesmo no terciário, setor em que os não-brancos registraram maior crescimento percentual que os brancos, 6,7 contra 6,4 pontos percentuais, respectivamente, a diferença de participação total, porém, continuava expressiva; 29,6% de brancos contra 20,7% de não-brancos em 1950<sup>7</sup>.

Assim, partir de 1950, quando significativas transformações sociais e políticas produziram profundo impacto na estrutura do mercado de trabalho do país, o avassalador desenvolvimento industrial e urbano provocou também um não-desprezível crescimento da população economicamente ativa nos setores secundário e terciário, tendo como desdobramento um novo perfil da estrutura de emprego no país. Entre os anos 1960 e 1980, o intenso deslocamento do rural para o urbano, o crescimento do setor secundário e terciário permitiu a emergência de novos perfis de emprego e de outros atores sociais, tal como a presença maior e mais significativa das mulheres no mercado de trabalho.

---

<sup>7</sup> LIMA, Márcia; SILVA, Marcos Rodrigues da & NOGUEIRA, João Carlos. **História do trabalho e dos trabalhadores negros no Brasil**. São Paulo: CUT, 2001. P. 62

Entretanto, a reprodução das desigualdades raciais permaneceu atuante como mecanismo cumulativo de desigualdade, sendo peça central de entrave de uma melhor mobilidade social da população negra o acesso assimétrico à educação formal.

## **ATUALIDADES DO MERCADO DE TRABALHO E DESIGUALDADES**

No século XXI as desigualdades raciais ainda continuam persistentes, mesmo com todos os avanços da Constituição de 1988, os mecanismos de discriminação permanecem operando de maneira sutil, mas eficiente.

O quadro das desigualdades continua seguindo as mesmas linhas de força indicadas anteriormente. Os dados apresentados pela pesquisa de Emprego e Desemprego – PED realizada pelo DIEESE em 1999 mostram que das seis regiões metropolitanas pesquisadas, levando-se em conta pessoas com idade igual ou superior a dez anos, no que tange à população em idade ativa – PIA, os negros correspondem a 41% do total. Todavia, participam com 82,4% na região metropolitana de Salvador e apenas 10,9% na área metropolitana de Porto Alegre. Este quadro se completa com o dado relativo à proporção de pessoas em idade ativa que ingressam mais cedo no mercado de trabalho e são obrigadas a permanecer nele mais tempo, tanto ocupadas como desocupadas. Estando a população negra localizada basicamente nas áreas menos desenvolvidas do país, a parcela dela ocupada em atividades informais, sem direito a benefícios ou proteção social, inclusive renda previdenciária é muito grande.

Mesmo aqueles empregados formalmente, o lugar subalterno que ocupam na estrutura de distribuição de renda inviabiliza o abandono do mercado. Mais do que isso, o ingresso precoce no mercado de trabalho dificulta uma formação escolar plena ou mesmo razoável, contribuindo para acumular prejuízos futuros, tanto para o desenvolvimento da qualificação da mão-de-obra quanto para a capacidade de mobilidade social ascendente, mesmo nas situações em que os anos de escolaridade estão equiparados, mostram que os mecanismos raciais de produção da desigualdade são fluídos, variados e complexos. Os dados da

PED/PIA apresentam taxas de participação muito mais elevadas para os negros do que para os não-negros<sup>8</sup>.

Adiciona-se ainda a estas estruturas de desigualdades raciais uma outra, o acesso assimétrico ao sistema educacional e às oportunidades de escolarização. A substantiva importância da dimensão educacional se coloca na medida em que a educação formal se mostra essencial para os não-brancos (mais do que para os brancos, proporcionalmente) como mecanismo disparador de chances maiores de mobilidade social ascendente. As taxas de alfabetização das pessoas de 5 anos ou mais, segundo a cor, de 1950 a 1976 indicam que as diferenças entre os dois grupos raciais diminuam sensivelmente. Entretanto, se as distâncias diminuam consideravelmente no âmbito do ensino fundamental e discretamente no ensino médio, o núcleo central das desigualdades se deslocou massivamente para o ensino universitário<sup>9</sup>.

A dinâmica de produção e reprodução das estruturas históricas responsáveis pelas desigualdades raciais, não surpreende, portanto, que os dados apresentados pela PNAD-1998, relativos à educação acompanhem o mesmo compasso. Parece ser uma evidência para os melhores estudiosos da questão racial no mercado de trabalho que estas desigualdades no acesso à educação e às oportunidades de escolarização se desdobram imediata e diretamente numa alocação mais consistente desses grupos raciais no mercado de trabalho e nas possibilidades de obtenção de um emprego de melhor qualidade e remuneração. Neste sentido, mais difícil ainda se torna a situação do elemento negro num mercado de trabalho como o brasileiro em que profundas e significativas transformações, a partir de 1950, ocorreram no mundo da produção. O surgimento da microeletrônica e a revolução da informática, a exigência do domínio de uma língua estrangeira,

---

<sup>8</sup> Vários fatores podem interferir ou explicar o comportamento desse indicador, todavia, alguns não podem ser negligenciados. "Este é o caso da pressão por entrar no mercado de trabalho devido às necessidades individuais de sobrevivência ou às responsabilidades com o sustento familiar. Também os fatores culturais e a demanda particular do mercado de trabalho por determinado segmento populacional determinam facilidades ou obstáculos para o ingresso no mercado de trabalho. No caso da parcela negra, a existência, por longos períodos, de taxas de participação em patamar elevado (...) autoriza a considerar-se a maior necessidade da população negra em participar do mercado de trabalho. (...) No caso dos negros, também é relativamente maior a permanência no mercado de trabalho de pessoas com idade igual ou superior a 40 anos. Esta característica sugere que as dificuldades de arregimentar as condições para o afastamento da vida produtiva são sentidas com mais intensidade pelos trabalhadores negros." ((DIEESE, 2001, p. 130 e 132).

<sup>9</sup> HASENBALG & SILVA, 1988, p. 170, 200.



cada vez mais intensa no mercado e outras novas demandas vem alterando substancialmente o perfil do trabalhador, aumentando as exigências de escolaridade da força de trabalho.

A ponta mais visível e incontestável do racismo revela-se quando são analisados os rendimentos do trabalho. Os(as) trabalhadores(as) negros(as) têm remunerações substancialmente mais baixas, no conjunto das regiões analisadas, mesmo levando em consideração que os patamares de rendimentos da população em geral são baixos<sup>10</sup>. É dentro desse quadro que se pode melhor compreender a posição e participação do negro no mercado de trabalho e de consumo de bens culturais.

## **HOMENS E MULHERES NEGRAS NO MERCADO DE TRABALHO**

Se, até agora refletimos na perspectiva dos trabalhadores desde a categoria raça, faz-se necessário realizar algumas reflexões acerca da outra categoria estruturante das reflexões aqui desenvolvidas: o gênero. De acordo com Teresa de Lauretis, esta ‘tecnologia’ coordena, estabelece e distribui papéis sociais e poder entre os gêneros, permitindo-nos compreender masculinidade e feminilidade, ser homem e ser mulher enquanto construtos sociais/discursivos. As delimitações de feminino/masculino instauram relações sociais de controle e poder, de hierarquia e assimetria, que De Lauretis denomina “sex-gender system”; construto sociocultural e representação de cada indivíduo em termos de relações sociais anteriores ao próprio indivíduo, cujos contornos revelam-se normativos e valorativos. Estas relações são construídas e reconstruídas desde uma leitura fisiopsicológica que reduz as mulheres à biologia mantendo-as prisioneiras de seus corpos. Mais próximas à natureza porque cíclicas e instintivas, as mulheres encontram-se – na perspectiva tradicional ou clássica – menos capacitadas para atuar no mundo social, o mundo construído pela cultura; daí sua maior presença em atividades e setores que impliquem cuidado/auxílio, exposição do corpo ou seu oposto, a invisibilidade, os bastidores<sup>11</sup>.

Se, as mulheres brancas sentem todo o peso das representações de gênero, as mulheres negras o sentem multiplicado. É, portanto, no sentido dessa brutal

<sup>10</sup> DIEESE. **A situação do trabalho no Brasil**. São Paulo: DIEESE, 2001. P. 142 e 144

<sup>11</sup> DE LAURETIS, Teresa. A tecnologia do gênero, in: Buarque de Holanda, Heloisa (org), **Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura**. Rio de Janeiro, Rocco, 1994. P. 208

submissão generizada que Helena Theodoro não deixa escapar todo o peso incidente da perversa articulação de poderes e dominação, particularmente sobre a mulher negra: “Como escrava, a mulher negra foi o grande esteio da mulher branca, pois, além de levar os recados amorosos da sinhá, criou em suas casas condições de vida amena, fácil e até mesmo ociosa. Cozinhava, lavava, passava a ferro, esfregava, de joelhos, o chão das salas e dos quartos, cuidava dos filhos da senhora branca e satisfazia as exigências do senhor.(...) Contribuiu eficazmente para o desenvolvimento harmônico das famílias brancas e para a economia do país, pois, também trabalhava na lavoura<sup>12</sup>.

Se, durante a escravidão, as mulheres negras foram centrais para a organização familiar branca e para a economia, não menos importante foi o papel ocupado por estas mulheres para o povo negro. Helena Theodoro assinala que as negras foram “na escravidão e nos primeiros tempos de *liberdade*, a viga mestra da família e da comunidade negras”, isto porque, as inúmeras restrições que os homens negros enfrentaram no período pós-abolição para ingressar no mercado de trabalho (conforme visto anteriormente), fizeram das mulheres negras a mão que ordenava o mundo privado negro, assim como intervia eficientemente no espaço doméstico-branco. É incontornável, portanto, que a mulher negra foi o alicerce que estruturou o mundo doméstico branco e o mundo privado negro:

(...) a evolução cultural brasileira e o empobrecimento gradativo das antigas famílias tradicionais levou a mulher de classe média aos bancos escolares, às universidades, bem como às repartições públicas e aos cargos políticos. A mulher negra – empregada doméstica ou babá – possibilitou e possibilita hoje ainda a emancipação econômica e cultural da patroa, em cidades como as nossas, onde a organização dos serviços coletivos de creches é deficiente. E conclui; “... até mesmo nas famílias que mantiveram a divisão de serviços entre marido e mulher, quem, em geral, executa as tarefas que caberiam à dona-de-casa é a mulher negra”<sup>13</sup>.

A análise dos dados do IPEA-2002 retrata não apenas as desigualdades que marcam a presença das pessoas negras no mercado de trabalho cultural.

---

<sup>12</sup> THEODORO. Helena. **Mito e espiritualidade : mulheres negras**. Rio de Janeiro: Pallas,1996. P. 33

<sup>13</sup> THEODORO. Helena. **Mito e espiritualidade : mulheres negras**. Rio de Janeiro: Pallas,1996. P.36

Mas, sobretudo, como esse elemento de desigualdade se mostra articulado não apenas com a categoria raça, mas também com a categoria gênero (mulheres negras, especialmente). Desta forma, a pesquisa permite sustentar que, no quadro geral, as mulheres negras recebem majoritariamente os menores salários, ainda que não tenham suas horas de trabalho reduzidas na mesma proporção.

Na grande maioria dos setores analisados<sup>14</sup> (15 entre 19) as mulheres (brancas e negras) possuem mais Anos de Estudo (AE) que os homens. No setor *Comunicação de Massas*, por exemplo, esta diferença corresponde a 8,5 anos para mulheres de ambas as raças, entretanto são os homens (brancos e negros) que detêm a maior Renda Média (RM) e o maior número de Horas Médias de Trabalho (HMT)<sup>15</sup>.

Escolhemos como referencial absoluto para a realização da presente análise, a maior RM presente no setor ou subsetores observados, uma vez que a renda é inegavelmente determinante das condições de vida dos (as) trabalhadores (as) e daqueles (as) que dependem dos rendimentos advindos da atividade principal exercida pelo sujeito no mercado de trabalho.

À guisa de informação, o homem branco afere as maiores RM em 13 dos 19 setores objetos de análise neste trabalho, além de encontrarem-se no topo do mercado de trabalho não cultural e, obviamente também do mercado de trabalho total (soma dos mercados cultural e não cultural).

A dramaticidade da desigualdade expressa nos números analisados é gritante quando observamos as condições nas quais se encontram as mulheres negras na quase totalidade dos itens analisados no mercado de trabalho cultural (de 19 itens, em apenas 01 as mulheres negras possuem RM superior aos demais).

O gênero aparece como determinante também, quando a comparação é feita entre os não-brancos. Apesar de ter 1,7 AE a mais que o homem negro, a mulher negra trabalha 92,2% das HMT dele e recebe apenas 72,1% da RM aferido.

---

<sup>14</sup> O IPEA segmentou a pesquisa em 9 (nove) grandes setores que foram divididos em subsetores, a saber: Comunicação de massas( Rádio e TV, Indústria gráfica e comércio de jornais, Serviços e indústria de equipamentos), sistemas restritos de informação, artes e cultura de elite (arquiteto, desenhista/designer, artes plásticas, fotógrafo, ourives e joalheiros, escritor crítico de arte e jornal), patrimônio e cultura popular (arquivo e biblioteca, serviços religiosos, artesanato), espetáculo vivo e atividades artísticas ( músico instrumentista, artes e espetáculos, circo, direção e produção artística, cinema e áudio-visual, técnico de apoio), Educação, Esporte, não cultura e total.

<sup>15</sup> Neste artigo, utilizaremos as siglas hora indicadas objetivando tornar a leitura dos dados o menos cansativa e o mais eficiente possível.

Em números gerais, a diferença entre a RM de homens e mulheres (sem distinção racial) é de 69,5% para as mulheres em relação aos homens, embora tenham em média HMT equivalente a 90,8% daquela dos homens e uma média de 1,1 AE a mais.

Já as comparações entre mulheres negras e brancas não deixam dúvidas da força operativa da categoria raça, inclusive no interior do mesmo gênero. Neste caso, os números indicam que a RM das negras corresponde a somente 60,5% das brancas, com HMT de 99,1% das mesmas. A superioridade dos AE das brancas (7,4) pode ser entendida como indicativo da presença das negras em funções subalternas, logo, de menor remuneração. As diferenças nas HMT expressam facetas das práticas machistas e racistas presentes no mercado de trabalho brasileiro. Se na maioria das vezes as negras têm HMT iguais as das mulheres brancas, e se os dados indicam para as negras uma menor RM, a lacuna manifesta aponta para algumas possibilidades: a maior dificuldade de inserção das negras, sua presença em funções que exijam menor qualificação ou, porque não, exigências maiores para que tal inserção ocorra.

Ao nos debruçarmos sobre a situação do homem negro, é fácil constatar a atuação do racismo, na medida em que sua RM corresponde a 31,2%, suas HMT a 84,3%, com apenas 0,5 AE a menos, se o referencial for o homem branco. Todavia, quando o comparamos às mulheres brancas verificamos que a RM dela equivale a 69%, com HMT de 82,% e ainda que ele tenha 6,2 AE a menos que elas. Estes dados indicam também as implicações do machismo no mercado de trabalho: mesmo os homens negros possuindo menos AE, têm, ainda assim, RM de quase 30% superior daquela das mulheres brancas.

A escolaridade é inegavelmente disparadora de maiores oportunidades aos não-brancos no mercado de trabalho; entretanto é também evidente que, possuí-la, por si só, é visivelmente incapaz de garantir igualdade de rendimentos. A razão disso é inegavelmente a persistência de práticas como o racismo e o machismo, práticas que, refletidas com clareza no mercado de trabalho cultural, desafiam o discurso da “qualificação da mão-de-obra” pura e simples como garantia de inserção mais igualitária ou mesmo permanência neste mercado. Junte-se a isso, as incontáveis barreiras ao ingresso e permanência de negros e negras no ensino superior, condições que, juntamente a outras aqui desenvolvidas, nos permite perceber os obstáculos encontrados por negros e negras para reunirem

melhores chances e oportunidades de galgarem melhores postos no mercado de trabalho e melhores remunerações.

Alguns setores especificamente apresentam, entretanto, essa sobrediscriminação mais claramente. No setor *Espetáculo vivo e atividades artísticas*, por exemplo, a referência absoluta é a mulher branca, a RM da mulher negra é de 60,6%, com uma HMT de 96,3% e AE de 2,1 a menos; a RM do homem branco é de 84,5% daquela da mulher branca, as HMT dele correspondem a 89,3%, com 0,2 AE a mais que ela; o homem negro tem uma RM de 48,2% da renda média da mulher branca, HMT de 85,3% e 3,6 anos AE a menos. Ao desprezarmos a categoria raça, vemos que a RM dos homens equivale a 81,2% daquela das mulheres, que a HMT deles corresponde a 87,2% e que eles têm, em media, 0,7 AE a menos.

Acreditamos que estes dados apontem para a prevalência de um padrão estético-racial que, ou impede que as mulheres negras desempenhem papéis mais bem remunerados, ou faz com que recebam menos no desempenho dos mesmos papéis. Em quaisquer dos casos, vê-se a desvalorização da presença das negras, percebidas – na sociedade brasileira – como mais expostas e mais acessíveis. Pequena é a diferença entre as horas trabalhadas por homens brancos e negros (4 horas a mais para os brancos), no entanto, a renda dos brancos é 36% acima daquela dos negros, mais uma vez cabe perguntar sobre a distribuição de funções/papéis, a desigualdade na remuneração e nas oportunidades tendo como viés a categoria raça.

A comparação entre os subsetores *Artes e espetáculos* e *Direção e produção artística* permite algumas reflexões interessantes também ao levarmos em conta as categorias raça e gênero. No primeiro, predominam com maior visibilidade as mulheres brancas, as mulheres negras, por outro lado, têm maior HMT ainda que a renda maior pertença às mulheres brancas seguidas de perto pelos homens brancos. Neste subsetor, os homens negros ficam com a pior renda. Por sua vez, as negras são as que ganham mais no subsetor *Direção e produção artística*, os negros que trabalham mais ficam em terceiro lugar quando consideramos a RM, trata-se de uma das poucas atividades onde os anos de estudo proporcionam as negras os melhores salários. Considerando a justeza desta última observação, podemos ainda questionar quais mecanismos atuam na delimitação destes lugares “invisíveis”, numa atividade essencialmente espetacular, para homens e mulheres negras.

Não temos dúvida que as separações público/privado, visível/invisível, atuam desde uma perspectiva racializada que define o que é desejável aos olhos, o que é belo, sadio, interessante e modelar e arrasta para as funções técnicas de dirigir/produzir, ou seja, criar as condições para que o espetáculo ocorra, uma população racialmente marcada e historicamente reservada para funções subalternas e/ou auxiliares – que em última instância - são invisíveis. De acordo com Hannah Arendt:

Para o indivíduo, viver uma vida inteiramente privada significa, acima de tudo, ser destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana: ser privado da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido por outros, privado de uma relação “objetiva” com eles decorrente do fato de ligar-se e separar-se deles mediante um mundo comum de coisas, e privado da possibilidade de realizar algo mais permanente que a própria vida. A privação da privatividade reside na ausência de outros; para estes, o homem privado não se dá a conhecer, e, portanto é como se não existisse. O que quer que ele faça permanece sem importância ou consequência para os outros, e o que tem importância para ele é desprovido de interesse para os outros<sup>167</sup>.

A histórica privação das mulheres negras, se as torna invisíveis também às desumaniza, daí a naturalização de sua pobreza e exploração, daí também sua presença majoritária nas funções de pior remuneração.

O setor *Educação* também é particularmente relevante e revelador. Neste, a maior RM pertence ao homem branco. Assim, comparando-o a mulher branca, esta tem uma RM de 53,7%, a HMT dos homens brancos corresponde a 88,4% daquela das brancas que têm 0,7 AE a menos que eles; quando o defrontamos com o homem negro, vemos que este tem uma RM de pouco mais da metade (54,7%), HMT semelhante (99,4%) e 1,9 AE a menos que os brancos. A RM das mulheres negras corresponde a 33,8% (brancos), 63% (brancas) e 63,05% (negros), a HMT das negras equivale a 84% (brancos), 86% (negros) e 95% (brancas), são as que têm menor numero de AE : 0,1 (brancos), 1,8 (brancas) e 1,7 (negros). A RM das mulheres equivale a 55,2% daquela dos homens, HMT de 86,9% com 1,3 AE a mais que eles.

---

<sup>16</sup> ARENDT. Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. P. 68

Alguns aspectos chamam a atenção: ainda que a educação seja uma área predominantemente feminina (15,8% de homens em 2001 para 84,2% de mulheres) as mulheres negras recebem ainda menos que todos os outros, chegando a um terço daquilo que recebe um homem branco. A educação dessa forma modulada parece incapaz de combater as desigualdades de raça e gênero. As barreiras mentais erguidas pelo racismo e pelo machismo manifestam-se na absurda subordinação presente na educação. Mais ainda – e isto é, sem dúvida – o mais grave, o sistema educacional é o lugar, por excelência, promotor de mudanças nas percepções e olhares que destinamos aos outros, porém, a presença de um curriculum machista e racista somado à ausência ou em pequeno número de negros e mulheres com formação superior ou em cargos e funções de poder nas escolas e universidades apenas reforça e alimenta aquelas práticas que, subliminarmente, mesmo o discurso hegemônico insiste em condenar.

O setor *Esportes*, é lugar que ressalta também essa sobrediscriminação. Aqui, a dinâmica discriminatória apresentada pelos dados acima comentados se intensifica ainda mais. Principalmente porque os dados referentes ao setor *Esporte* remetem a uma série de representações sociais de raça que associam as pessoas negras ao corpo e as brancas ao espírito. Assim as pessoas negras seriam mais aptas ao exercício de atividades que exigissem força física que, ao menos em tese, dispensariam o uso de uma racionalidade mais elaborada. Esta perspectiva quando aplicada às mulheres negras, as aprisiona em uma sexualidade incivilizada e anti-higiênica, logo ameaçadora a ordem familiar burguesa. De acordo com Gloria Steinem:

Tudo o que for característico de um grupo 'superior' será sempre usado como justificativa para sua superioridade e tudo o que for característico de um grupo 'inferior' será usado para justificar suas provações. Homens negros eram recrutados para empregos mal pagos por serem, segundo diziam, mais fortes que os brancos, enquanto as mulheres eram relegadas a empregos mal pagos por serem mais 'fracas' (...) a lógica nada tem a ver com a opressão<sup>17</sup>.

Todos os setores e subsetores analisados apontam para a permanência de um quadro de desigualdades raciais persistente no Brasil. Assinalam também, a

---

<sup>17</sup> STEINEM, Gloria . **Memórias da transgressão**: momentos da história da mulher do século XX. Rio de Janeiro: Record-Rosa dos Tempos, 1997.P. 416

permanência de desigualdades de gênero e de raça que inviabilizam o ingresso, permanência, ascensão e igualdade das mulheres, especialmente as negras no mercado de trabalho, embora devamos reconhecer as inúmeras conquistas derivadas da ação dos movimentos feministas.

Alguns avanços, entretanto, foram feitos na redução das enormes desigualdades encontradas entre brancos e não-brancos no Brasil. Isto é o que mostra recente pesquisa publicada pelo Sistema PED (novembro de 2012) e realizada em parceria com o DIEESE, a Fundação SEADE e o Ministério do Trabalho (MTE/FAT) para as regiões metropolitanas do Distrito Federal, de Porto Alegre, Belo Horizonte, São Paulo, Fortaleza e Salvador. Contudo, consolidou-se, por outro lado, e ao mesmo tempo, um conjunto de dados que continua apontando a persistência de significativas desigualdades nas condições de trabalho, acesso e mobilidade social de brancos e não brancos na sociedade brasileira.

Na referida pesquisa, os negros ou não brancos eram em torno de dois terços da População em Idade Ativa (PIA) e da População Economicamente Ativa (PEA), constituindo maioria em relação aos brancos. No caso específico de Salvador, a participação de negros na PIA e na PEA é ainda a mais elevada e alcança 88,8 e 89,0% respectivamente. Apesar disso, a inserção produtiva do segmento não branco se faz mais presente nas ocupações mais subalternas, caracterizadas, sobretudo, pela ausência de proteção social, menores remunerações e jornadas de trabalho mais extensas.

Assim mesmo, com forte presença no mercado de trabalho nas metrópoles, o segmento negro ou não-branco ainda apresenta patamares de desemprego mais elevado que o de brancos. Para o ano de 2012, a proporção de negros (as) no contingente de desempregados, para a maioria das regiões pesquisadas, foi superior a 60%. Propriamente em relação a isso, diz a pesquisa: “em todas as regiões, independentemente do peso relativo da população negra, observa-se um padrão de inserção desse segmento na condição de desempregados, ou seja, a proporção entre negros entre os desempregados é sempre superior à parcela de negros entre os ocupados e no conjunto da população economicamente ativa (PEA)”.

No que tange às taxas de participação por cor e sexo os dados revelados pela pesquisa continuam apontando taxas de participação no mercado de trabalho, para ambos, homens brancos e não brancos maiores que as verificadas para as mulheres. No caso específico das mulheres negras, sua inserção produtiva foi



superior á das mulheres brancas, todavia, sua participação é maior em ocupações onde a exigência de qualificação é menor. Aliás, esse é também o caso dos homens negros. Para eles, o setor de ocupação que apresenta taxas mais elevadas é o da construção civil, para as mulheres negras o trabalho doméstico. A propósito disso, no sentido que viemos assinalando acima a respeito da importância dos anos de ensino, sempre e generalizadamente entendido como fundamentais para abertura de oportunidades para os não-brancos, cumpre não esquecer, como ficou claro também ao longo de todo o artigo, que a educação e os anos de estudo para negros e, sobretudo para negras, não nunca foram nem são tampouco suficientes para sobrepujar os obstáculos que o racismo e suas práticas discriminatórias impõem.

Sobrepõem-se a isso e fica evidenciado também, a menor penetração de negras e negros no âmbito do ensino superior (elemento de seleção e dispositivo de poder e oportunidades, que no Brasil atua como estreito gargalo daqueles que alcançam os melhores cargos, postos de trabalho e remuneração), quando a pesquisa enfoca as taxas de ocupação nos setores público. Cruzando esses dois diacríticos, o que se nos revela e a mencionada pesquisa assinala é que, nesse setor “onde o ingresso ocorre principalmente através do concurso público, é notável a menor presença entre os ocupados negros em relação aos não negros em todas as regiões investigadas pelo SistemaPED. A explicação para essa diferença possivelmente tem origem no fato de que cerca da metade dos assalariados públicos possuem nível de escolaridade superior”. Acrescenta ainda a pesquisa que, “... a maior distância entre as participações de negros e não-negros assalariados no setor público foi observada no Distrito Federal, 19,8% contra 28,7%, em 2011”.

## **MARCOS JURÍDICOS NA LUTA ANTIDISCRIMINATÓRIA NO MERCADO DE TRABALHO NO BRASIL**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um marco na transição democrática e na institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Como marco jurídico de uma nova etapa da vida jurídica e política da República brasileira, a Constituição de 1988 consagrou o primado do respeito aos direitos humanos, propugnado pela ordem internacional, como verdadeiro paradigma balizador do ordenamento jurídico nacional e, por consequência, orientador das relações de trabalhos, inclusive as pautadas neste artigo. Orientado por esse conjunto principiológico, necessário foi que se abrisse a ordem jurídica brasileira ao sis-

tema internacional de proteção dos direitos humanos, o que, por consequência, obrigou a toda uma nova interpretação de princípios tradicionais, tais como a soberania nacional na dimensão política, mas também no próprio âmbito das relações de trabalho, impondo a reorientação e relativização de valores implícitos.

Nos moldes dessa abertura ao ordenamento jurídico internacional, o Brasil ratificou diversos instrumentos internacionais. No âmbito das relações de trabalho, destaca-se a Convenção 111 da OIT que estabelece parâmetros jurídicos para matérias relativas a ausência de igualdade ou, especificamente e propriamente, relativas à discriminação nas relações de trabalho. Nos termos do artigo 1º da Convenção discriminação significa:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em Raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão; b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidades, ou tratamento no emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo país membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados (OIT, Artigo 1º).

Todavia, com um escopo ainda mais amplo do que o de meramente sincronizar a agenda jurídica nacional às orientações hegemônicas da ordem jurídica e política internacional, mesmo que lastreado nele, o legislador constituinte, já no pórtico da Carta Magna, no art. 1, inciso III, determinava também como basilar à nova ordem jurídica inaugurada pela nova Constituição e coetânea aos novos valores de uma sociedade em processo de democratização, a dignidade da pessoa humana. Inovava mais uma vez nossa carta jurídico-política maior, revertendo a lógica liberal; posto que tendo a noção de dignidade da pessoa humana um caráter universal, inseri-la no ordenamento jurídico constitucional significava vinculá-la irremediavelmente não somente às normas infraconstitucionais, como também atrelá-la inexoravelmente à experiência social concreta.

O significado maior dessa articulação jurídico-política certamente seria então permitir agora, tanto ao poder público quanto à própria sociedade organizada lutar, não somente pela efetivação dos seus direitos já consolidados como também ampliá-los. Constituía-se fortemente aqui e disseminava-se, por conse-

quência, a consciência de que o formalismo natural do processo de positivação das leis poderia sim articular-se à realidade social, facultando ações, intervenções e implementações. Tornava possível, a partir de então, a implementação pelo poder público de políticas públicas de combate às desigualdades, como também aos movimentos sociais, por seu turno, desenvolver ações de combate à discriminação racial e de gênero. Não é demais dizer, contudo, que essa nova perspectiva jurídico-política apontava também não apenas para a mera igualdade abstrata dos cidadãos perante a lei mas, sobretudo, para a necessidade de se buscar sua igualdade material. A busca por esse ideal, facultada agora pela nova Constituição, não somente entrelaçava a noção de dignidade humana com os princípios da igualdade e liberdade, como também recomendava a isonomia destes últimos como possibilidade concreta de trazer para a prática cotidiana uma igualdade material teoricamente ambicionada.

O mesmo Legislador Constituinte, que no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, estabelecia como objetivo da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; e, no artigo 4º, estipulava o princípio da prevalência dos direitos humanos, podia, fortalecido pela nova dimensão de um Estado-Social fornecedor de prestações positivas, construir condições para a consolidação do corolário do comando normativo da igualdade ou isonomia.

Foi por conta dos desdobramentos dessas concepções acima explicitadas que se tornou possível o aperfeiçoamento das leis infraconstitucionais. A Lei 7.716 do deputado Carlos Alberto de Oliveira - Lei Caó -, não apenas tipificava o racismo como delito, mas também vedava toda e qualquer forma de discriminação racial no acesso ao emprego tanto na iniciativa privada quanto na administração pública. Em 13 de abril de 1995 seria, por sua vez, promulgada a Lei 9.029 proibindo a exigência de atestados de gravidez ou de esterilização no acesso ou permanência no emprego. Mais do que isso, essa Lei tipificava práticas discriminatórias em razão de raça e gênero, estipulando não só sanções civis como multas aos infratores.

No final da década de 1990, precisamente em 26 de maio de 1999, por meio da Lei 9.799, introduzia-se na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) regras claras no acesso e manutenção da mulher, especialmente da mulher negra no mercado de trabalho. Os objetivos almejados nessa Lei era construir garan-

tias da promoção de igualdade de oportunidades na luta pelos postos de trabalho como salvaguardas contra a discriminação.

Esses esforços encetados pelo legislador, decididamente engajado na luta pela erradicação da discriminação racial no ambiente e no mercado de trabalho culminaria; pela reforma do judiciário e através da edição da Emenda Constitucional No. 45/2004, na ampliação da competência da Justiça do Trabalho, possibilitando a esta Justiça Especializada julgar questões criminais referente ao trabalho.

Especificamente no Art. 114. está disposto ali que, “compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; [...] VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; [...] IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

A Constituição Federal de 1988 constituiu, concluímos; um marco da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Viabilizou jurídica e politicamente a construção e desenvolvimento de um Estado-social que, através de políticas de prestações positivas, possibilitou conferir materialidade e concretude aos princípios abstratos de liberdade e igualdade. Possibilitou, sobretudo, levar a incansável luta dos movimentos sociais e da sociedade civil organizada a outras dimensões e outros campos de batalha. Viabilizou, especialmente, a luta antidiscriminatória no âmbito do mercado de trabalho brasileiro, onde tradicionalmente o preconceito se manifesta ainda, lamentavelmente, silenciosa e sutilmente.

O quadro desenhado pelos dados levantados, tanto em relação aos estudos produzidos pelo IPEA para o início da década passada quanto os do DIEESE, configurados para o início da atual, remetem à necessidade, todavia, exaustivamente demonstrada neste artigo, de percorrer outros tantos caminhos no sentido de agudizar a luta contra as forças ainda atuantes e hegemônicas que produziram uma sociedade brasileira erigida sobre desigualdades (que muitos

de nós ainda insistimos em naturalizar), e outrossim atuarmos, intervindo com ações, posicionamentos firmes e decididos que permitam-nos ultrapassá-las.

O combate a essa dinâmica de desigualdades historicamente construídas entre nós carecia, entretanto, de instrumentos jurídicos e políticos que viabilizassem, nesse sentido, maiores avanços. Parece-me, contudo, que essa lacuna vem sendo gradual, parcial e imperfeitamente preenchida, oferecendo efetivamente algumas boas oportunidades à sociedade organizada (movimentos sociais, ONGS, sindicatos e associações) de se apropriar de instrumentos jurídicos e políticos que viabilizem maiores avanços.

## REFERÊNCIAS

ANDREWS, George R. **Negros e Brancos em São Paulo**. São Paulo: Edusc, 1998.

ARENDT, Hannah, *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

AZEVEDO, Célia Maria Marinho. **Onda negra, medo Branco**: o negro no imaginário das elites, século XIX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 20 de maio de 2013.

BRASIL. **Lei 7716**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, 1989.

BRASIL. **Lei 9029**. Proíbe práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. Brasília, 1995.

BRASIL. **Lei 9799**. Insere na CLT regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho. Brasília, 1999.

BRASIL. **Emenda Constitucional 45**. Altera dispositivos da Constituição Federal. Brasília, 2004.

COSTA, Emília Viotti da. *Da Senzala à Colônia*. São Paulo: Unesp, 1998.

DE LAURETIS, Teresa. A tecnologia do gênero, in: Buarque de Holanda, Heloisa (org), **Tendências e impasses**: o feminismo como crítica da cultura. Rio de Janeiro, Rocco, 1994.

DIEESE. **A situação do trabalho no Brasil**. São Paulo: DIEESE, 2001.

DIEESE . **A inserção dos negros nos mercados de trabalho metropolitanos**. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/analiseped/2012/2012pednegrosmet.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2013.

GEBARA, Ademir. **O mercado de trabalho livre no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

HASENBALG, Carlos & SILVA, Nelson Valle. **Estrutura social, mobilidade e raça**. Rio de Janeiro: Iuperj, 1988.

LIMA, Márcia; SILVA, Marcos Rodrigues da & NOGUEIRA, João Carlos. “História do trabalho e dos trabalhadores negros no Brasil”. São Paulo: CUT, 2001.

LIMA, Nísia Trindade & HOCHMAN, Gilberto. Condenado pela raça, absolvido pela medicina: o Brasil descoberto pelo movimento sanitarista da primeira República. In: MAIO, Marcos Chor & SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.) **Raça, Ciência e Sociedade**. Rio Janeiro: Fiocruz, 1996.

MONTEIRO, John Manuel. As ‘raças’ indígenas no pensamento brasileiro do império. In: MAIO, Marcos Chor & SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.) **Raça, Ciência e Sociedade**. Rio Janeiro: Fiocruz, 1996.

OIT. **Convenção 111**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/472>. Acesso em 20 de maio de 2013.

ORTIZ, Renato. Da raça à cultura: a mestiçagem e o nacional. In. **Cultura brasileira e identidade nacional**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

QUEIROZ, Delcele Mascarenhas. Trabalho, educação e ações afirmativas para negros no Brasil. In: **O negro no mercado de trabalho**. Brasília: Ministério da Cultura/Fundação Cultural Palmares, 2004.

SCHWARCZ, Lília Moritz. **O espetáculo das raças: Cientistas, instituições e questão racial no Brasil, 1870-1930**. São Paulo: Cia. das Letras, 1993.

STEINEM, Gloria . **Memórias da transgressão: momentos da história da mulher do século XX**. Rio de Janeiro: Record-Rosa dos Tempos, 1997.

THEODORO. Helena. **Mito e espiritualidade : mulheres negras**. Rio de Janeiro: Pallas,1996.

# **A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA CONTRA O BRASIL: DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS QUE DIFICULTAM O SEU CRESCIMENTO ECONÔMICO**

Paulo Roberto de Almeida<sup>1</sup>

## **Introdução**

### ***A Constituição de 1988 como um novo contrato social***

O contexto que presidiu à elaboração de uma nova Constituição para o Brasil foi, no plano internacional, o da crise final dos regimes socialistas na Europa oriental, embora os processos não tinham ainda sido consumados no momento dos debates constituintes; no plano doméstico, se registrava uma nítida aceleração do processo inflacionário e o início de uma série de planos tentativos de estabilização – Cruzado e Cruzado II, plano Bresser, seguidos, depois da promulgação da Carta, dos planos Verão, Collor e Collor II – que redundaram, finalmente, no Plano Real, em 1994, desenvolvido em várias etapas, não isentas de percalços e de ameaças de descontrole econômico. No momento dos debates constitucionais – feitos não sob a forma de uma Constituinte exclusiva, mas de um Congresso que também assumiu esse papel –, a situação econômica se deteriorou rapidamente, tanto no plano interno, quanto no plano externo, com uma erosão tão profunda das transações correntes e das reservas internacionais, que o governo Sarney foi levado a declarar moratória sobre os pagamentos externos.

Naquela conjuntura política, o Brasil não dispunha, efetivamente, de partidos conservadores, ou numa aceção mais comum, de direita, ou ainda algum que fosse realmente liberal, no sentido clássico da palavra, apenas compromete-

---

<sup>1</sup> É doutor em Ciências Sociais pela Universidade de Bruxelas (1984), mestre em Planejamento Econômico pela Universidade de Antuérpia (1976), diplomata de carreira desde 1977 e professor dos programas de mestrado e doutorado em Direito do Uniceub desde 2004. Atualmente serve no Consulado Geral do Brasil em Hartford, CT, EUA. Tem muitos livros e artigos publicados nas áreas de relações econômicas internacionais, integração regional e história diplomática ([www.pralmeida.org](http://www.pralmeida.org)).

tido com princípios conhecidos nesse meio, quais sejam, o da liberdade dos mercados, o de um papel reduzido para o Estado no terreno econômico e uma abertura econômica real, tanto para fluxos de capitais e de investimentos diretos, quanto para câmbio e contratos externos. A maior parte dos partidos estava comprometida com “causas sociais”, sendo que o partido dissidente do regime – e que contribuiu para a transição política do regime autoritário para a chamada “nova República” – o PFL, Partido da Frente Liberal, se pretendia também social em seus propósitos de redução de desigualdades e de correção dos desequilíbrios dos mercados. Não surpreende, assim, que ocorreria, como ocorreu, uma grande pressão para a aprovação de forte conteúdo social em diversos capítulos do novo texto constitucional.

Num ambiente exacerbado pela crise econômica, pelo baixo crescimento e pelo estrangulamento externo, manifestou-se entre os congressistas constituintes a reação esperada no sentido de encontrar bodes expiatórios externos, o que aliás correspondia a anos de acusações infundadas sobre a responsabilidade internacional – credores, investidores, FMI – pela crise brasileira. Outro fator a influenciar qualitativamente a disposição dos constituintes foi a mobilização de meios políticos em torno de teses antagônicas às que tinham vigorado durante o regime militar, independentemente de sua racionalidade intrínseca, ou de uma análise de custo-benefício de cada uma das medidas então cogitadas para liberar o Brasil do chamado “entulho autoritário”. Finalmente, o congresso constituinte abriu-se ao recebimento de “sugestões” por parte da sociedade, o que gerou número significativo de propostas, todas elas tendentes a conceder benefícios a grupos específicos ou à população geral, sem que se cogitasse exatamente dos meios existentes, ou a serem criados, para o seu atendimento pela via estatal.

O resultado, como não poderia deixar de ser, foi a promulgação de uma carta constitucional eivada de peculiaridades e de detalhamentos jamais encontrados em outros documentos do gênero, fazendo dela um verdadeiro contrato social, prometendo benefícios sem fim a uma sociedade que não se questionou, e não foi questionada, sobre os meios e fundos para atender a generosa lista de direitos autoconcedidos. O processo não foi filosoficamente muito diferente dos ambiciosos programas que tinham sido elaborados, duas décadas atrás, pelo chamado nacional-desenvolvimentismo, um vasto leque de medidas em benefício da população a serem fornecidas pela mão do Estado.



A assim chamada “Constituição-cidadã” constitui, na verdade, um dos mais formidáveis ataques à racionalidade econômica jamais perpetrados na história constitucional brasileira – embora eles não tenham sido poucos, desde o início da República, sobretudo a partir da de 1934, que pela primeira vez tabelou os juros na carta, assim como a fez a de 1988 – numa amplitude igualmente nunca antes vista nos anais das reorganizações institucionais brasileiras (e elas foram muitas, somando-se às seis cartas anteriormente promulgadas e suas muitas emendas e atos adicionais). No momento das discussões constituintes em relação aos capítulos econômicos da carta em preparação duas vezes se destacaram solitariamente nos alertas antecipados aos graves problemas que as redações propostas trariam para a economia brasileira: o deputado Roberto Campos, diplomata e economista, contra os absurdos econômicos que estavam sendo cometidos contra a simples lei da oferta e da procura, e o então ministro da Fazenda Mailson da Nóbrega, contra o sistema tributário em especial, já que este carregava uma vingança contra a União, como resposta à centralização excessiva registrada durante o regime militar em detrimento das outras unidades federadas.

Todas as advertências feitas por economistas sensatos, inclusive contra os aspectos mais discriminatórios e xenófobos em relação ao capital estrangeiro – que depois foram em grande medida eliminados pelas emendas constitucionais aprovadas no início do primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso – foram negligenciadas, e a Carta foi aprovada na euforia geral em outubro de 1988. Um novo regime econômico nascia ali, e com ele uma decorrência automática das generosas promessas feitas pelos constituintes ao povo brasileiro em geral, e a grupos de interesse organizados em particular: o aumento contínuo, constante, ainda que gradual, da carga tributária em todos os níveis da federação, em função, justamente, da imensa agenda de bondades criadas pelos constituintes, aplaudidas pela vasta maioria da população. Foi como se os constituintes, antecipando-se inclusive à criação das agências nacionais durante o governo de FHC, tivessem criado uma Agência Nacional da Felicidade Coletiva.

Registre-se, por relevante, que a Constituição provocou efeitos imediatos – que não serão abordados em detalhe neste ensaio – e outras consequências de médio e longo prazo, que devem merecer nossa atenção, já que seus dispositivos econômicos estão justamente na origem dos atuais problemas de baixo crescimento e de inflação persistente, com tendências à perda de competitivida-

de externa e agravamento dos desequilíbrios nas contas nacionais, que também acarretam problemas na frente externa.

A característica mais marcante da Constituição, no plano econômico, foi a pretensão de ter inaugurado uma era de distribuição administrada pelo Estado, depois de tantos anos, ou décadas, de “iniquidades” perpetradas pela colusão entre as classes dominantes e os interesses do capital estrangeiro. Havia uma crença, infundada mas generalizada, de que mecanismos distributivos centralmente aplicados seriam capazes de superar certas constantes da história econômica do Brasil, quais sejam, os superlucros do setor privado, o “arrocho salarial”, a concentração de renda nas camadas já ricas e de terras pelos latifundiários, ou, de forma geral, a falta de investimentos públicos com foco em serviços coletivos.

Essa crença, derivada de uma interpretação distributiva da organização social – bastante forte em todos os estratos sociais e particularmente na área educacional – alimentou a outra crença, também infundada mas igualmente forte e disseminada, de que cabia ao Estado aplicar e monitorar mecanismos de distribuição da renda em favor dos desprovidos, independentemente de qualquer cálculo de custo-benefício das medidas implementadas e sem estudos técnicos bem embasados sobre os desvios que sofreriam esses mecanismos pela ação corporativa dos “representantes do povo” e de toda a burocracia organizada no Estado, ademais dos grupos de interesses setoriais.

A suposição implícita na aprovação do texto constitucional – e de toda a legislação infraconstitucional encarregada de materializar as promessas da Carta – era a de que o povo brasileiro estava fazendo uma espécie de “new deal”, um novo contrato social que permitiria inaugurar uma nova era de prosperidade compartilhada e de resultados sempre benéficos para a maioria da população. Estabelecidas essas considerações de caráter geral, a tarefa de identificar esses mecanismos e seus efeitos deletérios sobre o sistema econômico pode agora ser empreendida com base no próprio texto constitucional.<sup>2</sup>

## **O que a Constituição promete, e o que ela produz, na realidade?**

<sup>2</sup> O texto da Constituição, na versão utilizada para este ensaio, pode ser consultado no seguinte link: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm); acesso: 30/07/2013.

Cabe agora examinar – deixando de lado os aspectos mais irracionais da paranoia coletiva, já eliminados durante o primeiro mandato de FHC – quais aspectos da Constituição, em seus capítulos econômicos conformam o que se poderia chamar de agenda anti-crescimento e de mandato para socializar a pobreza. O conteúdo econômico da Constituição perpassa cada um dos seus títulos e seções, seja indiretamente – como expressão de determinadas posturas valorativas, ou até filosóficas – seja diretamente, sob a forma de dispositivos específicos e relativos à ordem econômica do país. Uma análise sistemática do ordenamento econômico na Constituição recomendaria transcrever, linearmente, todos esses dispositivos, seguidos de comentários gerais ou específicos a suas determinações, permitindo, assim, uma reflexão global, sobre o conteúdo econômico do texto constitucional e seus efeitos, mediatos e imediatos sobre o desenvolvimento econômico e social do país, e sua inserção internacional.

Já o Preâmbulo da Carta, é revelador do compromisso dos constituintes com a instituição de “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...”. Ainda que anódinos, genéricos ou simplesmente de bom-senso, tais princípios são reveladores do espírito e da mentalidade dos constituintes, e que se reflete também no que se poderia chamar de “consciência coletiva” da maioria da população. Ao colocar a “igualdade” como valor supremo do país, ainda que no seguimento da liberdade, a sociedade expressa seu comprometimento com um objetivo que não é autorrealizável, ou básico, como o da liberdade, já que, tendo em conta a realidade objetiva das desigualdades estruturais e inerentes às relações sociais entre as pessoas, a “igualdade” como valor supremo teria de ser construída por algum tipo de pacto social. Esta é uma velha questão que divide a humanidade, e as escolas filosóficas, desde o Iluminismo, pelo menos, ao colocar de um lado a tradição liberal clássica, privilegiando as liberdades individuais, que teriam de ser sacrificadas, parcialmente em todo caso, se a segunda tradição, a da engenharia social – ou do socialismo igualitário – tivesse de ser efetivada, do outro lado. Não se trata de questão trivial, uma vez que ela perpassa todo o texto constitucional e se revela num sem número de dispositivos da própria Carta, e das políticas públicas de maneira geral, no sentido de criar essa “igualdade”.

A mesma visão igualitarista e promotora de direitos coletivos, mais do que direitos individuais, perpassa o conjunto das propostas que o corpo político

ofereceu à comunidade brasileira como orientadoras da vida nacional, como se pode constatar desde o Título I, relativos aos Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil. Esta tem como fundamentos, entre outros princípios, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (Art. 1º, IV), e seus objetivos fundamentais (Art. 3º) são, pela ordem: “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.”

Em outros termos, não basta a sociedade *ser livre*, o que deveria ser uma condição básica, inerente ao ser humano, para cada um possa buscar sua felicidade e sua prosperidade, nos seus próprios termos, ou seja, em total liberdade (respeitada a liberdade dos demais membros da comunidade), mas se proclama a intenção de *construir* – o verbo não é inocente – uma sociedade *justa e solidária*. Ora, ambos os termos são inerentemente subjetivos, uma vez que a sociedade justa para alguns – digamos, os que amealharam propriedades ou ativos, por seu próprio esforço, sem prejudicar a intenção de quaisquer outros de também o fazerem – pode não o ser para outros, que não tiveram possibilidades ou oportunidades de também adquirir ou obter ativos de qualquer espécie. Desde logo se revela certo ativismo constitucional, e princípios de engenharia social, que perpassam o conjunto dos dispositivos constitucionais, sempre privilegiando uma visão mais social do que individual de direitos e obrigações. A esse respeito, já se observou que a atual Constituição brasileira é pródiga em direitos e menos enfática quanto às suas contrapartidas, que existem em muito menor número do que os primeiros: ela se apresenta como um imenso manancial de direitos, favores e benefícios, em favor de indivíduos ou de grupos inteiros, com um número menor de deveres, mas estes geralmente vinculados a encargos que o Estado deve cumprir em relação aos primeiros.

Essas características gerais permitem afirmar que a Constituição consolidou um tipo de “contrato social” no qual os cidadãos possuem imensas expectativas de direitos, e a partir do qual o Estado deve atuar como agente redistributivo desses benefícios, sem qualquer correspondência entre a concessão desses direitos e os custos incorridos para o seu fornecimento. Numa linguagem messiânica, se poderia dizer que a Constituição foi construída, na grande utopia dos constituintes, como uma cornucópia imensa, da qual deveriam jorrar, indefini-

damente, rios de leite e mel, ou seja, bondades infinitas cuja origem eles não se preocuparam em especificar. Esse caráter utópico, redistributivo, inconsequente ou silente quanto às fontes de riqueza social que deveriam financiar o manancial de benefícios sociais, está precisamente na origem da consciência coletiva, totalmente fantasiosa, mas que se consolidou no Brasil, de que tudo, ou quase tudo, pode ser assegurado pela via legislativa, bastando haver “vontade política” e boa disposição do Estado e de seus representantes.<sup>3</sup>

É precisamente essa utopia que vem obstruindo o processo de desenvolvimento brasileiro – ao restringir as possibilidades de crescimento pela via da atividade privada – que cabe agora desvendar por meio do exame dos dispositivos constitucionais mais importantes com incidência direta, precisamente, sobre as fontes de criação de riqueza e de prosperidade na vida social. Para realizar esse exercício, o restante do ensaio será organizado em tópicos lineares, com a transcrição desses dispositivos “econômicos” – diretos e indiretos – e a análise correspondente ao seu impacto na vida econômica do país. A premissa básica, de simples lógica elementar, que deve ser respeitada nesse tipo de exercício é o axioma fundamental que o Estado não é, na quase totalidade dos casos, um produtor de riquezas, e sim um simples distribuidor das riquezas criadas por empresários e trabalhadores. A consequência lógica dessa premissa é a de que tudo o que Estado distribui, em favor de grupos ou indivíduos, tem origem na riqueza criada no setor privada, da qual ele se apropria por meio de tributos ou obrigações diversas incidindo sobre os agentes econômicos diretos. A extrema utopia dos constituintes parece ter descurado ou ignorado completamente essas lições de lógica elementar.

## **A Constituição “cidadã”: distribuindo bondades para todos**

Não é preciso ressaltar, mais uma vez, a prolixidade do texto constitucional, bem como sua extensão, provavelmente inédita nos anais constitucionais mundiais. Pode-se no entanto observar que esse detalhamento excessivo, essa obsessão – geral no Brasil, mas dos legisladores em particular – com a constitucio-

---

<sup>3</sup> A defesa de um papel ativo para o Estado na vida econômica, e de forma geral na organização social, é, reconhecidamente, uma das características mais notórias das concepções gerais que orientam a definição das políticas públicas no Brasil, no contexto da qual se admite, e até se incentiva, que o Estado assuma, não apenas um papel de corretor de eventuais falhas de mercado (*market fixer*), mas também como um orientador dos principais setores da economia (*market shaper*) e, em vários casos, diretamente como um empreendedor (*market maker*).

nalização de cada aspecto, por vezes o mais anódino possível, da vida nacional, obriga, necessária e conseqüentemente a um trabalho infundável de revisão do texto constitucional a cada etapa de discussão em torno de políticas públicas. Não estranha, assim, que as emendas constitucionais – e também novas disposições transitórias – venham se acumulando a cada ano, à razão de quase três emendas para cada um dos 25 anos desde a sua promulgação. Uma consulta à base de dados do Senado Federal, em 4/08/2013, revela a existência de 73 emendas constitucionais, várias delas alterando emendas anteriores, sendo que a última aprovada no Congresso, relativa à criação de tribunais regionais federais, à revelia do próprio texto constitucional, pode ainda ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>4</sup> Vejamos, em todo caso, os dispositivos “econômicos”, ou com incidência na vida econômica, constantes do texto constitucional.

A primeira seção substantiva da Constituição, Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, apresenta, em seu capítulo I, os “direitos e deveres individuais e coletivos”, mas curiosamente, ele contempla muitos direitos, mas nenhum dever, o que pode ser um indicativo do mencionado desequilíbrio conceitual apontado acima. Em todo caso, esse capítulo contém o Art. 5º, que trata das garantias individuais, entre elas o “direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, mas “nos termos seguintes”:

“XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

Em outros termos, impõe-se à propriedade uma não definida “função social”, o que pode abrigar vários tipos de interpretação, sempre a cargo do Estado ou de seus representantes. Contraditoriamente, o inciso XX desse mesmo artigo, diz que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”, mas tal dispositivo não parece coadunar-se com o recolhimento compulsório, pelo Estado, do valor da remuneração de um dia de trabalho de cada assalariado em favor de um sindicato ao qual ele não está obrigado a associar-se.

---

<sup>4</sup> As emendas aprovadas constituem uma pequena parte do manancial legislativo que alcança status constitucional. Segundo informações de 25/06/2013, encontravam-se em tramitação na Câmara dos Deputados 1.234 PECs (ou seja, propostas de emenda constitucional), às quais se agregam mais 443 no Senado, num total de 1.677 projetos. Somando-se às 73 emendas já aprovadas seis outras, da revisão programada da Constituição de 1994, chega-se ao número de 79 modificações introduzidas na Constituição em menos de 25 anos, ou seja, mais de 3 por ano. Comparativamente, os EUA possuem a mesma constituição há 224 anos, desde 1788, com apenas 27 emendas introduzidas.

Existem, na Constituição, diversas obrigações compulsórias desse tipo, que restringem a liberdade individual de cada um, assim como impõem restrições ao usufruto da propriedade ou ativos legitimamente adquiridos.

O artigo Art. 6º, Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, foi emendado duas vezes, em 2000 e em 2010, sempre para acrescentar novos direitos aos originalmente inscritos pelos constituintes: ademais daqueles relativos à “educação, saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”, como constante do texto inicial, foram acrescentados, nas duas emendas (26 e 64), os relativos à *alimentação* e à *moradia*, presumivelmente criando mais uma obrigação para o Estado, que terá de contemplar esses direitos dos cidadãos, sem que se especifique sua forma de prestação e, sobretudo, sobre os custos incorridos. Seria interessante conhecer quantos Estados no mundo garantem, em sua legislação suprema, tais tipos de direitos, e se eles os fazem seguir de medidas ativas visando garantir na prática esses direitos elementares pela via das políticas públicas.

O Art. 7º, relativo aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, estipula uma relação generosa de benefícios sociais e laborais, impingindo sobre o contratualismo direto que poderia ser estabelecido entre os agentes econômicos primários, acarretando, como é de se esperar, uma série de custos efetivos ao empregador que não existem em outros países, ou que são deixados para livre negociação, individual ou coletiva. Dentre esses direitos, que representam encargos por vezes excessivos para as empresas – sejam elas pequenas ou grandes – e que consequentemente diminuem sua competitividade no confronto com ofertantes de outros países, mas que também podem estar sob responsabilidade do Estado, estão os seguintes incisos: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa (I); seguro-desemprego (II); fundo de garantia do tempo de serviço (III); salário mínimo, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo (IV); piso salarial (V); irredutibilidade do salário (VI); garantia de salário, nunca inferior ao mínimo (VII); décimo terceiro salário (VIII); participação nos lucros (XI); remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal (XVI); férias anuais remuneradas (XVII); licença à gestante (XVIII); licença-paternidade (XIX); proteção do mercado de trabalho da mulher (XX); proteção em face da automação (XXVII); seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização (XXVIII); proibição de diferença de salários (XXX); proibição de qual-

quer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (XXXI) e proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (XXXII).

Todos esses direitos, em seu conjunto, fazem com que a folha salarial de uma empresa, correspondente aos vencimentos pagos efetivamente aos trabalhadores, seja acompanhada de uma outra série de encargos, praticamente em montante equivalente, que onera excessivamente o sistema produtivo nacional, tornando-o pouco competitivo em relação a similares de outros países. Muitos desses dispositivos não precisariam figurar na carta constitucional, podendo ser inscritos na legislação infraconstitucional, ou até serem deixados ao livre arbítrio e à negociação direta entre as partes. No caso do Brasil, existe uma tendência excessiva à regulação compulsória das relações sociais, o que, ademais de seus efeitos econômicos imediatos, como os aqui evidenciados, traduz uma indisfarçável compulsão à restrição das liberdades individuais em favor de regras compulsórias emitidas pelo Estado, numa aproximação clara aos modelos corporativos, ou formalmente fascistas, já descartados pela história e pela racionalidade econômica.

A mais recente emenda constitucional em vigor, a de n. 72 (2013), incorpora nos mesmos direitos laborais dos trabalhadores do setor privado, os trabalhadores domésticos, com peculiaridades a serem estabelecidas em lei. Ainda nesse mesmo capítulo, as centrais sindicais, e os principais sindicatos de trabalhadores, vêm fazendo campanha para a mudança de um dos incisos, relativo à duração do trabalho – “XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais...” – no sentido de que a redução para 40 horas semanais se faça sem redução do salário, o que significaria um aumento correspondente de custos.

De forma geral, todos e cada um dos dispositivos acima listados representam uma carga reconhecidamente excessiva no que tange os custos do fator trabalho e redundam na diminuição da empregabilidade de forma geral. Ademais, o dispositivo que comanda a “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo” também atua para impedir a necessária adequação das despesas com esse tipo de insumo aos momentos de recessão ou diminuição da dinâmica da demanda, fazendo com que a empresa tenha de despedir funcionários (mas aí também incorrendo em outras despesas, sob a forma de indenizações e multas relativamente importantes). De fato, a legislação



laboral no Brasil interfere na capacidade do empresário determinar livremente, em negociações diretas, o volume e o preço do fator trabalho, um dos insumos mais relevantes do processo produtivo. O mesmo impedimento vale, aliás, para o setor público, obstado constitucionalmente de regular seus gastos com pessoal, independentemente da situação das contas públicas: é a “prisão constitucional”.

### **A Constituição “estatal”: reduzindo o espaço da livre iniciativa**

Um dos defeitos mais habituais da Constituição é o de garantir direitos sem se preocupar com os custos associados de sua prestação. Assim, por exemplo, o § 3 do Art. 17, no capítulo sobre os partidos políticos, diz que os “partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.” Ora, é evidente que tanto o fundo partidário quanto esse “acesso gratuito” aos meios de comunicação são cobertos pelos impostos pagos por todos os cidadãos, quando na maior parte dos países os partidos políticos, associações de direito privado, devem responder eles mesmos por suas despesas, com base nas contribuições de seus associados ou quaisquer outras fontes, segundo regras legais. No Brasil, por exemplo, um partido não pode receber recursos de fontes estrangeiras, um resquício dos velhos tempos do “ouro de Moscou”, quando o Partido Comunista era sustentado pela União Soviética.

O Título III está dedicado à organização do Estado, sendo que o capítulo da organização político-administrativa admite, em seu Art. 18, a criação de novos estados e municípios através de plebiscito e de lei complementar federal. Ora, tendo ocorrido, logo depois de promulgada a Constituição, a criação de número excessivo de municípios sem qualquer viabilidade econômica,<sup>5</sup> o assunto teve de ser regulado pela emenda constitucional n. 15 (1996), dada a absoluta dependência das novas unidades de transferências federais, em vista de sua total incapacidade em dispor de recursos próprios. Mesmo com essa limitação, estima-se que praticamente a metade das unidades primárias da federação não consegue fazer funcionar seus serviços essenciais (saúde e educação, por exemplo, mas crescentemente segurança e mesmo o quadro funcional) com base unicamente

---

<sup>5</sup> Estima-se que, entre 1988 e 2000, tenham sido criados 1.400 novos municípios; o número ultrapassa hoje 5.600, com todos os encargos e atributos criados para lotar prefeituras, câmaras de vereadores, secretarias municipais e outros órgãos públicos de funcionários próprios ou terceirizados, que passam a dividir o mesmo bolo federal de repartição de recursos.

em seus próprios recursos, dependendo, por conseguinte, da redistribuição de verbas federais, o que sempre constitui foco de tensões políticas, de barganhas, quando não de chantagens recíprocas por ocasião de projetos importantes para o Executivo, que é quem controla a maior parte dos recursos públicos.

Mais adiante, em dispositivos do Título III, relativos à organização política, a Constituição abriu caminho para o aumento constante dos gastos públicos nos estados, ao fazer corresponder o número de deputados estaduais ao triplo da representação federal (Art. 27) e ao fixar ao máximo de 75% sua remuneração com respeito à dos federais; ora é sabido que no Brasil qualquer limitação pelo teto de salários, subsídios, vencimentos ou quaisquer outros tipos de prebendas acaba sendo também um piso, além do qual várias categorias insistem em subir mediante expedientes de duvidosa validade legal, de escassa legitimidade e quase nenhuma moralidade (mas que ainda assim subsistem durante anos a fio de batalhas judiciais até as altas instâncias desse poder).

Outros dispositivos abusivos existiam no capítulo IV (Dos Municípios), cujo artigo 29 estipulava, na redação original, um número de nove até um máximo de vinte e um vereadores nas localidades de até um milhão de habitantes; esse número podia ir até cinquenta e cinco vereadores nos municípios de mais de 5 milhões de habitantes. Conhecendo-se o espírito perdulário da classe política nos mais diferentes rincões do país, é evidente que ocorreu uma ocupação pelo teto dos limites constitucionais, com o decorrente aumento extraordinário dos gastos com a vereança e serviços associados. O assunto teve de ser regulado pela emenda 58 (2009), impondo limites mais estritos a vencimentos e despesas – nove vereadores nos municípios de até 15 mil habitantes e, gradativamente, até os mesmos cinquenta e cinco nos de mais de 8 milhões de habitantes –, o que não quer dizer que os gastos tenham sido notavelmente reduzidos com a expansão e consolidação da profissão de político profissional nas última décadas.

Da mesma forma como ocorre, aliás, com os deputados estaduais (e em diversas outras categorias de servidores públicos igualmente), os vereadores têm seus subsídios fixados numa determinada proporção dos ganhos daqueles, o que certamente se traduz num alinhamento pelo teto de todos esses vencimentos cobertos com recursos públicos. Estudos comparativos de remunerações costumam colocar os ganhos dos servidores públicos numa proporção seis vezes superior aos dos seus equivalentes funcionais do setor privado, o que permite

indagar se a produtividade dos primeiros corresponde a tal distanciamento em relação aos segundos.

A remuneração dos servidores públicos tem sido, desde sempre, um dos maiores problemas do Estado brasileiro, constantemente dominado por práticas patrimonialistas, nepotistas e fisiológicas, de forma geral, que fazem da grade salarial estatal uma selva indescritível de regulamentos e disposições, chegando até mesmo a esse outro ridículo constitucional de se ter de fixar numa Carta Magna até quanto podem ganhar diferentes categorias de funcionários públicos. Registre-se que o assunto do teto constitucional foi objeto de longos anos de tergiversações e delongas, por parte de representantes dos três poderes, até que se chegou à fórmula – constantemente desrespeitada, registre-se desde logo – do limite correspondente ao subsídio mensal de um ministro do STF, aplicando-se a partir daí proporções correspondentes numa escala decrescente (emenda 41, 2003).

Aplica-se igualmente aos funcionários públicos a irredutibilidade dos subsídios e vencimentos (inciso XV do Art. 37), o que significa que, mesmo em situação de grave comprometimento das contas públicas, ou de crise econômica, o setor público, à diferença de qualquer outro setor da economia privada, terá de continuar arcando com as mesmas despesas, como se nada estivesse ocorrendo; ou seja, todos os brasileiros, mesmo aqueles eventualmente desempregados, são chamados a cobrir os custos de um serviço público privilegiado em relação a todos os demais trabalhadores, dispondo, como se sabe, do benefício da estabilidade. Registre-se, também, que a isonomia de vencimentos entre os funcionários dos três poderes, assegurada no Art. 39, é em grande medida uma obra de ficção, tendo em vista a enorme disparidade entre eles, com o judiciário exibindo uma média salarial que corresponde aproximadamente a três vezes à do executivo. Para fins de aposentadoria, finalmente, emenda constitucional (20, 1998) teve de estabelecer que os proventos não poderão exceder a remuneração do servidor no cargo efetivo, em vista dos inúmeros abusos que vinham ocorrendo até então.

### **A Constituição “parlamentar”: muitos privilégios, baixa produtividade**

Os maiores problemas “econômicos” – de fato fundamentalmente políticos – do processo legislativo não são decorrentes, explicitamente, de disposições constitucionais, mas de certas interpretações especiosas, quando não fantasiosas,

quanto ao sentido que se deve dar às medidas executivas aprovadas em caráter terminativo pelo Congresso, em primeiro lugar, o orçamento, a peça básica da governança em qualquer democracia consolidada. Subsiste uma interpretação, jamais explicitada no texto constitucional, de que a peça orçamentária anual, aprovada sob formato de lei pelo Congresso, é apenas “autorizativa”, e não impositiva, cabendo então ao Executivo, segundo seu próprio arbítrio, realizar “contingenciamentos” dos montantes de despesas autorizados, segundo as receitas efetivas que são materializadas no exercício orçamentário seguinte.

Este é um tipo de interpretação não previsto na Constituição, e portanto não suscetível desse tipo de prática que viola o sentido fundamental da peça orçamentária e da autoridade congressual. Tentativas parlamentares para tornar explícita e obrigatória a característica “impositiva” do orçamento anual, por meio de emenda constitucional, também precisariam ser confrontadas à prática dos próprios congressistas de aumentar, arbitrariamente, a receita prevista no projeto original do executivo para então acomodar emendas parlamentares que excedem claramente o total de recursos. Ao fim e ao cabo, se trata de uma chantagem recíproca exercida entre um poder – nem sempre homogêneo em suas prioridades de gastos – e um conjunto indefinido de agentes parlamentares, atuando geralmente em torno de causas paroquiais, que degrada profundamente todo o exercício de discussão e de aprovação do mais importante instrumento da vida econômica do país, uma vez que a intermediação pelo Estado (nos seus três níveis, alcança dois quintos da produção anula de riquezas).

É sabido, por outro lado, que o custo dos parlamentares brasileiros excede, e muito, ao de seus congêneres em países dispendo inclusive de renda per capita cinco ou seis vezes mais elevada do que a do Brasil. Tal deformação tampouco decorre de disposições constitucionais explícitas, embora sejam facilitadas pela capacidade que têm os membros do Congresso de pressionar o executivo para obter vantagens pessoais, diretas e indiretas, que excedem em muito o que seria razoável num país como o Brasil.

Registre-se, desde logo, para a Câmara, que o princípio constitucional da proporcionalidade da representação não é de fato assegurado, uma vez que se impõe um piso e um teto para o número de deputados, o que redundará numa total desproporção de número de votos requeridos entre os eleitos nos menores estados e nos maiores. Esse diferencial também tem efeitos econômicos, ao

conceder um poder decisório bem maior a estados e regiões que, proporcionalmente, contribuem com uma base fiscal reduzida para os recursos da federação, sendo de fato recebedores líquidos de verbas federais.

A deformação da representação parlamentar – não derivada exatamente da última elaboração constitucional, mas de um ato institucional imposto durante o regime militar, em 1977 – torna extremamente difícil alcançar-se uma administração racional dos recursos públicos, uma vez que coloca em campos opostos, de um lado, estados e regiões dependentes de transferências federais e, de outro, os pagadores líquidos do sistema de compensações. Assim, regimes especiais – zonas francas, ou fundos de desenvolvimento – são aprovados sem qualquer base técnica ou justificativa econômica mais sofisticada, apenas com o apoio de determinadas coalizões políticas que se revelam dominantes. Este é um dos principais problemas da governança brasileira, uma vez que o congelamento constitucional de desequilíbrios políticos – supostamente para corrigir desigualdades espaciais e diferenças socioeconômicas regionais – introduz novos focos de distorção econômica num edifício que não pode, verdadeiramente, ser chamado de federal ou democrático, já que alimentando desigualdades de tratamento que dificultam ainda mais o planejamento e a implementação de programas de governo com base numa análise econômica de tipo custo-benefício.

Tais situações de impasse, são criadas por uma situação de funcionamento deficiente do congresso, que deveria estar no centro das deliberações mais importantes na vida do país. Uma das características da representação parlamentar é a distância enorme entre as plataformas partidárias e a atuação real dos eleitos em cada Casa, com uma extrema maleabilidade das fidelidades individuais em função de interesses corporativos e até pessoais dos parlamentares, o que se soma a outras peculiaridades do corpo político. É certo, por exemplo, que pelo Art. 54, os deputados e senadores não podem manter relações contratuais com “pessoas jurídicas de direito público” ou exercer cargos nessas entidades, mas é sabido, também, que número significativo de parlamentares tem interesses em organizações não governamentais – muitas delas organizadas como fundações entregues a familiares – em benefício das quais conseguem canalizar recursos advindos de emendas parlamentares, de convênios com agências públicas e por diversos outros meios administrativos.

Esse tipo de prática constitui um exercício muito comum no Brasil, conhecido na literatura econômica como *rent-seeking*, ou seja, a exploração de

possibilidades de ganhos privados a partir da regulação pública, ou, no sentido inverso, a concessão pelo Estado de favores seletivos a setores favorecidos; a disseminação dessa prática fez com que o Brasil passasse a ser identificado como a “República da meia-entrada”. Até mesmo a instituição do suplente de senador, “eleito” sem qualquer voto, pode ser considerado um desses expedientes de distorção econômica do jogo político, uma vez que se trata ou de um financiador de campanha, ou de um membro do clã familiar.

### **A Constituição “econômica”: equívocos em cadeia**

Depois da relativa liberalidade federalista da Constituição de 1891, e da sua baixa intrusão na vida econômica, a Constituição “corporativa” de 1934 deu a partida para a progressiva interferência do Estado na vida econômica, bem como para a tendência à monopolização estatal de um número crescente de atividades produtivas e de serviços públicos, até então fornecidos em bases privadas e, em grande medida, por investimentos diretos estrangeiros. O nacionalismo econômico dos anos 1930 cresceu significativamente nas décadas seguintes, com alguma contenção no regime de 1946, tendo voltado com redobrado vigor a partir do regime militar de 1964.<sup>6</sup>

A Constituição de 1988, discutida e aprovada numa fase de socialismo declinante, mas ainda não completamente derrocado, foi vítima do velho espírito estatizante de que sempre esteve imbuído o Brasil. Mesmo se o estatismo exacerbado que havia caracterizado países europeus no decorrer do pós-guerra estava em reversão, naquela década, ele continuou sua marcha gloriosa no Brasil, apenas parcialmente revertido pelas reformas liberalizantes do primeiro mandato do governo Fernando Henrique Cardoso. A despeito de não terem sido revertidas as privatizações da segunda metade da década de 90, o estatismo recrudescceu, inclusive com redobrado vigor, a partir da mudança de orientação política em 2003, com a nova ênfase do governo Lula dada à reversão do que foi chamado de “neoliberalismo”, que teria procedido a um fantasioso processo de “desmantelamento do Estado”.

---

<sup>6</sup> Para seguir a evolução histórica desse processo, ver o livro de Alberto Venâncio Filho. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966.

Independente da má-fé contida nesse tipo de pronunciamento político, é claro que as novas orientações de governo foram facilitadas pelo espírito dirigista, ou mesmo centralizador, da carta constitucional. O Art. 170, inaugurando o Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, repete a mesma orientação já contida no inciso XXIII do Art. 5, segundo a qual a propriedade deve atender à “sua função social”, o que constitui, obviamente, uma abertura a vários tipos de interpretações especiosas. Alguns dos dispositivos econômicos mais deletérios para o pleno desenvolvimento da iniciativa privada no país, e para uma ampla inserção da economia nacional nos circuitos internacionais tinham sido oportunamente corrigidos no primeiro mandato do governo Fernando Henrique Cardoso, mas nada, ou muito pouco, se fez ulteriormente nesse sentido. Cabe, então, fazer, mais uma vez, a revisão de alguns dos dispositivos reveladores da mentalidade estatizante dos constituintes, bem como mencionar as poucas reformas efetuadas no texto promulgado em 1988.

O Art. 21, do Capítulo II (Da União) do mesmo Título III, dizia, na sua formulação original, que compete à União, “XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas *sob controle acionário estatal*, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União”, o que estava justamente na origem da falta crônica de telefones, no atraso e nos altos custos dos serviços de telecomunicações, bem como no hábito perfeitamente ridículo de se listar a posse de uma linha telefônica entre os bens arrolados na declaração anual de imposto de renda. Pelo menos a emenda 8 (1985) abriu esse tipo de serviço à iniciativa privada, embora a lei o tenha feito de forma claramente cartelizada, o que ainda responde pelos preços abusivos praticados no setor.

Se esse inciso foi reformado, o anterior permanece inteiramente válido: “X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional”, o que pode explicar a total falta de opção dos usuários ante o monopólio estatal no setor, ou o recurso aos poucos serviços autorizados por ofertantes privados a preços geralmente proibitivos para grande parte da população. A produção de energia, a navegação aérea, os serviços de transportes nacionais, bem como os portos de qualquer tipo também figuram sob a competência da União, no mesmo artigo 21 (inciso XII), embora eles possam ser explorados mediante autorização, concessão ou permis-

são, o que não garante que essas transações possam ser feitas em ambiente de perfeita concorrência, de regulação transparente ou com a rapidez e a qualidade adequados, o que também explica a notória má qualidade e os altos preços da infraestrutura brasileira de forma geral.

Dentre os fatores mais comumente apontados pelo setor privado como responsáveis pela sua falta de competitividade internacional (e, de certa forma, no próprio mercado interno) estão, depois dos altos impostos, a falta de infraestrutura e de serviços de transportes e de comunicações comensuráveis com as necessidades do país, pateticamente indicado como uma das dez maiores economias do mundo; comprovadamente, o Estado brasileiro não fez o seu dever de casa nesta área. Os dez anos de governo Lula não conheceram nenhuma mudança sensível nessa área, a não ser a aprovação delongada, tardia, problemática, de uma lei relativa às parcerias público-privadas, que aliás permanece subutilizada, com alguma utilização parcial do regime de concessões, em processos improvisados e mal administrados. De forma geral, o estatismo militante desse período redundou, entre outras consequências nefastas para diversos setores de atividades reguladas pelo Estado, num nítido esvaziamento, pelo governo, das agências reguladoras de Estado, o retorno ou transferência de várias de suas atribuições aos ministérios setoriais, bem como designações políticas (e sindicais) nas instâncias diretivas desses órgãos, com claros prejuízos para a dinâmica econômica.

O governo Fernando Henrique Cardos tinha se empenhado em corrigir algumas das distorções mais relevantes mediante uma série de emendas constitucionais que foram votadas logo ao início de seu primeiro mandato, como evidenciado a seguir. O Capítulo III (Dos Estados Federados) do Título III (Da Organização do Estado), por exemplo, também reservava a *empresas estatais*, consoante o ânimo estatizante dos constituintes, a exploração dos serviços de gás canalizado (Art. 25, § 2), o que foi oportunamente aberto a regimes de concessão pela emenda 5 (1995).

Um outro bloco de disposições nacionalistas, estatizantes ou xenófobas, também reformadas no mesmo processo, comparecia no Título VII, relativo à “Ordem Econômica e Financeira”. O Art. 170, em seu inciso IX, estabelecia, dentre os Princípios a serem observados na atividade econômica o “tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”; por discriminatória, a nova Redação dada pela emenda 6 (1995), determinou



que o tratamento favorecido é “para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”, ou seja eliminou-se o qualificativo do “capital nacional”. O Art. 176, por sua vez, estipulava que as “jazidas e demais recursos minerais e potenciais de energia hidráulica pertencem à União e somente podiam ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, “no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional...”; a mesma emenda fulminou o conceito de “capital nacional”. Já o Art. 171, que concedia benefícios e favores às empresas nacionais, com discriminação explícita, foi revogado em sua totalidade, desmantelando, assim, o tratamento desigual concedido às empresas registradas no País, mas cujo controle pertencesse a residentes e domiciliados estrangeiros.

Dotados de impacto ainda mais importante sobre a capacidade do país de atrair investimentos eram os dispositivos discriminatórios contidos nos artigos 177, sobre a exploração de petróleo, e 178, sobre a predominância de armadores e navios de bandeira brasileira; eles foram modificados no mesmo sentido pelas emendas 9 e 7, respectivamente, ambas de 1995, eliminando igualmente a interdição feita aos investidores estrangeiros. Finalmente, o Art. 122, vedando a participação do capital estrangeiro na propriedade de empresas de comunicação, foi flexibilizado pela emenda 26, de 2002, remetendo o assunto à legislação complementar. Estes são alguns exemplos – não considerando a legislação infraconstitucional dotada de vários outros requisitos de tipo discriminatório – de como o constituinte original continuava a exibir uma das características mais tradicionais do brasileiro médio: amar o capital estrangeiro, mas detestar o capitalista estrangeiro. Como observou certa vez o economista e diplomata Roberto Campos, o Brasil sempre demonstrou as maiores desconfianças em relação ao investimento direto estrangeiro, preferindo fiar-se no capital de empréstimo, até o limite do endividamento.

### **A Constituição dos “direitos sociais”: sem qualquer análise dos custos**

O Título VIII (Da Ordem Social), encerra, como se sabe, a visão generosa, e totalmente antieconômica, dos constituintes, ao determinar a prestação universal, não discriminatória, de diversos serviços públicos coletivos, sem que jamais tenha sido efetuada alguma avaliação sobre os diferentes modos de prestação desses serviços, seus custos associados, os modos de gestão ou os ganhos

de eficiência e de produtividade que poderiam resultar de uma administração alternativa à prestação diretamente estatal. Esse título já tem como abertura uma reafirmação da mesma ideologia igualitarista que perpassa indistintamente em diversos capítulos constitucionais, como revelado em seu Art. 193: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.” Em outros termos, ainda que não expresso formalmente, resta entendido que o Estado é chamado a cumprir encargos que, em outros sistemas constitucionais, são deixados ao arbítrio da própria sociedade, ou de pessoas livres, buscando sua felicidade e prosperidade individuais através de suas atividades privadas.

Os destaques mais relevantes, clássicos em sua inconsciência econômica, se referem à saúde e educação. O Art. 196, por exemplo, diz que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” O Art. 205, repete a mesma cantilena, ao afirmar que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” Não sem surpresa, propostas se sucedem, se alternam e se repetem, ao longo do último quarto de século, no sentido de tentar garantir um naco privilegiado dos recursos públicos para esses dois setores, mediante a imposição de um percentual garantido do orçamento para essas alocações setoriais (sendo que o Brasil já aplica uma proporção das receitas públicas comparável à observada em outros países como percentual do PIB dirigido a esses dois serviços coletivos).

O problema do seu financiamento estava, aliás, identificado desde a origem, em ambos os casos. O capítulo dedicado à saúde, por exemplo, estipula, em seu Art. 198, emendado em 2000 (n. 29), que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos”, a serem estabelecidos em Lei complementar. A tendência, como esperado, foi a vinculação de parcelas constantes do orçamento, vinculadas ao crescimento do PIB, sem qualquer critério quanto aos ganhos de produtividade a serem eventualmente obtidos com aperfeiçoamentos da gestão setorial, o que redundava, obviamente, em gastos constantes, até crescentes, independentemente de outros fatores incidentes, que não o próprio orçamento se-

torial. No caso da educação, o Art. 212 diz que “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.” Como no caso anterior, tanto quanto na questão de atribuição de um percentual fixo do PIB, imediato ou progressivo – como, por exemplo, 10% para a educação – são medidas irracionais do ponto de vista econômico, incompatíveis com princípios sólidos de gestão pública, que devem sempre visar resultados, não obrigar a gastos carimbados.

A seguridade social, objeto do Capítulo II desse mesmo título, contém outros exemplos de descompasso entre a realidade econômica e as bondades constitucionais, na verdade, neste caso, maldades cometidas contra o setor privado e a criação de riqueza e emprego. Como em outros capítulos e dispositivos já enunciados aqui, a Carta também garante, no inciso IV do Art. 194, a “irredutibilidade do valor dos benefícios”, o que, portanto, congela os gastos públicos em montantes pré-fixados (constantes, se não crescentes), independentemente das flutuações das receitas governamentais. O mais relevante, porém, se refere ao financiamento desse instrumento de política pública.

As fontes de financiamento da seguridade social são as mais amplas possíveis, cabendo essa responsabilidade a toda a sociedade, como estabelecido no Art. 195. As contribuições sociais incluem: a “folha de salários”, a “receita ou o faturamento das empresas” e o “lucro” (o que, no seguimento do anterior, já implica bitributação, ou seja, duplicação da base tributável). Mais ainda, segundo o inciso IV desse artigo, são também chamados a contribuir o “importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar”, o que é propriamente extraordinário, se considerarmos que no bem importado não houve nenhuma prestação de bens ou serviços coletivos para o seu fornecimento à sociedade. Essa inclusão foi feita pela emenda constitucional 42, de 2003, e se revela como mais uma das imposições cumulativas, arbitrárias – no limite, ilegal – impostas contra toda a sociedade por um Estado famélico por recursos. Não contentes com todas as possibilidades de arrecadação, os constituintes, possivelmente já prevendo que estavam criando um ogro insaciável, fizeram inscrever no § 4º ao mesmo artigo a seguinte disposição: “A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social...”, ou seja, se trata de uma porta aberta a novos e contínuos avanços do sistema público sobre a riqueza privada, ou social.

Independentemente, porém, do volume corrente e de quais sejam as fontes de financiamento do sistema previdenciário – geral e do setor público –, o fato é que a arrecadação tem de ser necessariamente crescente, tendo em vista a rápida transição demográfica já em curso no Brasil. Os mecanismos deficientes em vigor nessa área – um sistema baseado na repartição e não na capitalização de contas individuais e sua administração por fundos setoriais – acarretam a diluição das receitas no caixa geral do Tesouro, dificultando a correta contabilização das diversas rubricas de entradas e dispêndios. Essa incorporação unificada também não permite que esses recursos sejam usados para fins de investimentos produtivos, por exemplo, o que poderia aumentar o capital dos fundos para pagamentos a futuros aposentados e pensionistas, quando a relação de dependência deve inevitavelmente aumentar.

Cabe também chamar a atenção para a manipulação de alguns grandes fundos de empresas estatais segundo os interesses do governo, o que também pode acarretar perdas para os contribuintes, uma vez que as decisões governamentais são tomadas fundamentalmente em função de critérios políticos, por vezes com uma base técnica extremamente deficiente quanto à rentabilidade das aplicações. Em qualquer hipótese, o Brasil já teria de estar discutindo, no Congresso e fora dele, a questão da extensão do período de contribuições em função do aumento da esperança de vida, bem como eventual redução de benefícios para categorias atualmente privilegiados do setor público, em relação ao regime geral, uma vez que é previsível o aumento dos desequilíbrios contábeis do sistema em seu conjunto. Nas circunstâncias atuais, com uma influência excessiva das corporações sindicais sobre as políticas de governo, parece pouco provável que um debate desse tipo, de redução de benefícios e ampliação dos requerimentos de aposentadoria, ganhe espaço no debate público.

Ademais dos “direitos sociais”, os constituintes se preocuparam com os direitos culturais, atribuindo ao Estado medidas gerais de provimento desses bens intangíveis, que deveriam estar à disposição da sociedade segundo suas preferências individuais, não dirigidas por um corpo de burocratas públicos. Não é o que prevê, porém, a seção relativa à cultura do mesmo título, uma vez que seu Art. 215 estabelece que “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.” Seu primeiro parágrafo também compromete o Estado com diversas outras políticas ativas: “O Estado

protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.”

Não contentes com esses encargos genéricos, os novos tutelares da cultura brasileira que, consoante sua vocação estatizante, assumiram o dever de cuidar de todos os brasileiros como se fossem seres incapazes de suas próprias expressões culturais, incluíram um parágrafo inédito, pela emenda 45 (2005), que prevê não apenas um “Plano Nacional de Cultura”, como todos os seus derivativos culturais, inclusive com a “valorização da diversidade étnica e regional”. O Art. 216 define, de forma redundante, diversos bens do patrimônio cultural brasileiro e torna o Poder Público responsável pela proteção, promoção e a concessão de incentivos para a produção dos valores culturais. Nova emenda constitucional (71, 2012), criou um “Sistema Nacional de Cultura”, que se rege, entre outros princípios, pela “diversidade das expressões culturais” e que pretende realizar a “integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações” na área, atendendo à “transversalidade das políticas culturais”. Ainda pouco satisfeitos com todo esse ativismo governamental em torno de bens intangíveis, os militantes da cultura querem a “ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura” (inciso XII do § 1º), o que promete, para não variar, o estabelecimento de “sistemas de financiamento à cultura” (inciso VI do § 2º). Não é surpreendente, assim, que logo se tenha sugerido uma “bolsa-cultura”, previsivelmente oferecida sob a forma de vale-cinema, vale-teatro ou qualquer outra medida do gênero.

Mas o Estado-babá não permite que qualquer outro setor da vida pública ou privada dos cidadãos escape a seus cuidados abrangentes e sempre bem intencionados. O Art. 217, por exemplo, estabelece que “É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um”; seu § 3º promete que “O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social”, o que significa que o Estado não pretende abandonar os cidadãos nem mesmo em seus momentos de lazer. O zelo perfeccionista dos constituintes de 1987-88 não deixou, como se vê, nenhum campo ao desabrigo da proteção benévola do Estado, muito embora eles não se tenham preocupado da mesma maneira em acelerar o crescimento econômico e expandir a riqueza social, como forma de sustentar o extremo ativismo dos poderes públicos em todas as áreas de interesse social, coletivo ou privado, sem o que parece difícil cobrir os custos da onipresença e onipotência do Estado brasileiro na vida dos brasileiros.

Em algumas passagens, os dispositivos constitucionais se tornam tautológicos, ou francamente ridículos, como em algumas passagens do Capítulo IV (Da Ciência e Tecnologia), cujo Art. 218 também promete que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”. O dirigismo irrefreável dos constituintes comparece já no § 2º, alertando que “A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional”, como se os cientistas não pudessem se dedicar a trabalhos puramente especulativos.

Mais ridículo ainda é o Art. 219, que nos ensina que “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.” Na mesma linha, também ficamos sabendo, pelo Art. 225, que “A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional...”

O mesmo patriotismo entranhado se manifestava na redação original do Art. 222, que reservava a brasileiros natos a propriedade de empresas jornalísticas e de comunicações, mas uma emenda (36) de 2002 estendeu a faculdade a empresas constituídas sob as leis nacionais, diminuindo o grau exacerbado de discriminação dos constituintes de 1987-88. Mas a mesma emenda não escapou do patriotismo simplório no mesmo artigo, uma vez que o § 3º do mesmo Art. 222 estabelece que uma lei específica “também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais”. Todas essas manifestações de nacionalismo são prejudiciais ao crescimento e expansão das indústrias culturais – ou quaisquer outras – no sistema econômico nacional, uma vez que reduzindo a possibilidade de aportes e investimentos estrangeiros numa ampla gama de atividades que poderiam tornar mais dinâmica vários aspectos da vida brasileira. Países mais abertos são, por definição, sempre mais avançados do que aqueles introvertidos e temerosos de qualquer influência estrangeira.

O Estado-babá retorna com furor redobrado no Art. 227, que em sua nova redação, revista, ampliada e acrescida pela emenda 65 (2010), assegura que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à

liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Não se duvide que o Estado se encarregará de cuidar integralmente de todos esses seres frágeis, sem descuidar, obviamente, do idoso, que merece vários capítulos, e políticas inteiras, de defesa, de proteção, de promoção, em diversos tipos de atividades enriquecedoras.

Compatíveis com esse espírito são todas as medidas que asseguram prestação gratuita (pelo Estado) ou a preços reduzidos, pelo setor privado, de diversos serviços culturais ou de transportes – ou de todos aqueles que a imaginação sempre fértil dos militantes da fraternidade e da justiça social assim determinar – e que redundam na distribuição de benefícios demagógicos sempre em detrimento do cidadão-contribuinte e de empresários privados. Os custos, diretos e indiretos – e os desvios e a corrupção associados a quaisquer tipos de prestações públicas de favores com recursos arrancados da sociedade – não são jamais considerados pelos legisladores e pelos militantes do Estado-providência nessa extensão infinita de bondades atribuídas pelo alto. Poucos líderes políticos, poucos planejadores governamentais parecem se preocupar com o ambiente insuportável que o manancial de generosidades públicas cria para o setor privado, ou, de resto, para todos os cidadãos-trabalhadores e contribuintes, uma vez que todas essas medidas, sem exceção, exigirão constantes aportes de recursos em favor do Estado (ou em diminuição do faturamento das empresas) e agravarão os níveis já exageradamente elevados de carga fiscal.

## **Uma Constituição economicamente esquizofrênica**

Não cabe estender ainda mais as demonstrações de irracionalidade econômica contidas na maior parte dos dispositivos constitucionais que pretendem assegurar a todos os brasileiros sua cota de felicidade terrena, se possível assessorados, assistidos, ajudados e financiados por um Estado generoso, concebido pelos constituintes como sendo capaz de pensar em tudo que o que poderia contribuir para a construção de uma sociedade justa, fraterna e igualitária. Que a Constituição tenha sido elaborada de forma improvisada, sem estudos de impacto suficientes, é prova, por um lado, o número exageradamente elevado de emendas constitucionais, aliás, um processo interminável, em todos os campos de sua indiscutivelmente ampla abrangência. Um estudo específico sobre a natureza, a

motivação e, sobretudo, a duvidosa perenidade dessas emendas – já que constantemente corrigidas por novas emendas –, bem como sobre as inúmeras disposições transitórias – as originais e aquelas acrescidas ao longo do tempo – revelaria, por outro lado, o caráter verdadeiramente esquizofrênico do texto constitucional, aliás essencialmente mutável em todos os seus termos, exceção feita às chamadas cláusulas pétreas (algumas até sujeitas a dúvidas interpretativas).

A concepção básica da Constituição, seu espírito indisfarçável é a vontade de se corrigir limitações materiais da sociedade mediante um simples fiat legislativo. Parecem apenas ter se esquecido, os constituintes originais e todos aqueles que militam, desde então, por ampliar ainda mais a cornucópia de generosidades estatais, de que todas essas intervenções públicas, todas as medidas tomadas em favor de indivíduos ou de grupos, todos os programas de desenvolvimento e de promoção de bondades estatais requerem, como é natural no mundo real, alguma provisão, incontornável, de ativos reais (de tipo financeiro ou outro), que precisam ser extraídos de alguma atividade concreta. Esta não é, obviamente, nem pode ser, o processo de elaboração de leis pelas duas casas do poder legislativo, ou o ambiente algo surrealista dos escritórios da burocracia estatal, domínios nos quais parece reinar o moto perpétuo dos recursos infinitos e sempre disponíveis.

A exposição aqui conduzida sobre os dispositivos possuindo algum impacto direto ou indireto sobre a vida econômica do país permitiu revelar que os constituintes originais, assim como seus sucessores, atuaram e continuam atuando com uma visão grandiosa da felicidade da sociedade e do aperfeiçoamento social do país, mas numa ignorância tão crassa dos efeitos econômicos das medidas e dispositivos aprovados que só cabe culpá-los por ingenuidade, embora alguma incultura elementar também possa explicar a falta de lógica e de consistência econômica no curso adotado até aqui. Trata de uma espécie de corrida desenfreada em direção do bem-estar e da prosperidade, apenas que desprovida das bases materiais indispensáveis a esse empreendimento.

O equívoco elementar é obviamente o de pretender assegurar por via legislativa o aumento e a distribuição de riquezas unicamente produzidas pelo setor privado, o menos protegido ou incentivado num documento maciço, destinado a criar felicidade por meio de leis e decretos governamentais, num desconhecimento surpreendente de quais são as fontes de recursos com que devem trabalhar todos os legisladores e os burocratas estatais. O viés distributivista, anti-proprie-



dade privada, dirigista e intervencionista é evidente em praticamente todos os títulos e capítulos da Constituição e não resta dúvida de que as mesmas concepções que animaram os constituintes de 1987-88 na sua vasta obra de correção de desigualdades e de injustiças permanecem intactas, talvez até mais desenvolvidas, nos legisladores que teoricamente seguem o espírito da Carta que já cumpriu o seu primeiro quarto de século com um número de emendas e de disposições transitórias provavelmente superior ao de artigos completos de diversas outras constituições estrangeiras.

Um dos erros, entre muitos, dos constituintes – desculpável, talvez, pela sua generosidade intrínseca, e de boa-fé – foi a de pretender construir um regime de bem-estar social, um sistema social-democrático avançado, característico de países da Europa ocidental, antes que o Brasil tivesse galgado patamares mais elevados de acumulação de riquezas e graus igualmente elevados de produtividade do trabalho. A maior parte dos países avançados criou uma rede – por vezes excessivamente generosa – de benefícios sociais, depois de terem alcançado níveis satisfatórios de renda e riqueza; o Brasil pretendeu fazê-lo num patamar ainda baixo de acumulação de fontes sustentáveis de criação de riquezas. O Estado distributivista – e intervencionista, cabe lembrar igualmente – é incapaz de fazê-lo nas condições atuais do contrato social criado pela Constituição de 1988; o próprio Estado, que no passado foi um indutor razoável do crescimento econômico e do desenvolvimento tecnológico, tornou-se, atualmente, até por força dos muitos interesses corporativos surgidos no bojo da Constituição, um obstrutor desses mesmos processos de crescimento e de desenvolvimento.

Tais erros podem ter sido cometidos pelos constituintes na crença ingênua de que estavam distribuindo o bem e repartindo uma riqueza desigualmente distribuída na sociedade. A constatação de que a via escolhida leva a impasses estruturais como os aqui constatados deveria promover uma conscientização e a adoção de uma outra rota. Persistir nos equívocos cometidos numa época de redenção do autoritarismo e de afirmação de direitos sociais não seria mais ingenuidade ou simples ignorância. Representaria uma demonstração de estupidéz econômica incompatível com o nível de educação política – mas talvez não econômica – já alcançado pela sociedade brasileira.

**Paulo Roberto de Almeida**

Hartford, 12 de agosto de 2013



# A HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO TEORIA DO CONHECIMENTO DO DIREITO

Inocêncio Mártires Coelho<sup>1</sup>

O texto só responde a quem o interroga corretamente.  
(Karl Larenz)

## Introdução

Diversamente da forma, em texto corrido, como normalmente se compõem os trabalhos acadêmicos, sejam livros, artigos ou simples comunicações científicas, resolvemos compor este pequeno ensaio com dois curtos subtítulos iniciais no modelo tradicional, e uma sequência de setenta e quatro tópicos numerados – *pressupostos hermenêuticos gerais* –, onde se contêm informações, nos seja permitido chamá-las de *lapidares*, as quais constituem o núcleo essencial do trabalho. Convencidos, pelos ensinamentos da hermenêutica filosófica, de que o acesso a qualquer área do conhecimento, tanto das coisas físicas como das coisas do espírito, depende de uma *noção prévia*, mesmo vaga e imprecisa, sobre aquilo que se deseja conhecer melhor, isto é, de uma *presciência* da “coisa” de que se fala e que se intenta apreender, utilizamos esse modelo de fórmulas sintéticas para transmitir o conceito de pré-compreensão, porque sendo esse pré-conceito a primeira e fundamental *condição de possibilidade do compreender*, funciona como passo inicial em qualquer caminhada no mundo do conhecimento.<sup>2</sup>

Ilustrando essa ideia, com base em sua vasta experiência como professor de direito constitucional, Gomes Canotilho nos diz que os estudantes chegam à escola carregados de “memórias constitucionais”, isto é, de noções difusas acerca de muitos dos temas cujo conhecimento eles só irão aprofundar ao longo do

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito. Professor Titular (Aposentado) da Universidade de Brasília. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB; Subprocurador-Geral da República (Aposentado); ex-Procurador-Geral da República.

<sup>2</sup> Martin Heidegger. **Ser e Tempo**. Petrópolis-RJ: Vozes, Parte I, 1988, p. 206/207; Hans-Georg Gadamer. **Verdade e Método**. Petrópolis-RJ: Vozes, vol.1, 1997, p. 440.

curso, como as questões relativas à pena de morte e ao aborto, por exemplo, que sabidamente são de grande repercussão social e, por isso, em certa medida, todas as pessoas minimamente instruídas têm alguma noção a respeito.<sup>3</sup> Nesse mesmo sentido, João Baptista Machado, outro grande pensador lusitano, destaca a importância do estudo dos *pressupostos da compreensão* para os profissionais do direito, porque a experiência jurídica se manifesta, essencialmente, em textos ou enunciados significativos, cujo sentido normativo há de ser apreendido e tornado obrigatório, sob pena de não se atingirem os seus objetivos. Eis o que nos diz esse ilustre mestre português:

Após os desenvolvimentos e aprofundamentos que a teoria hermenêutica sofreu nos últimos decênios em trabalhos da especialidade, (designadamente, nos trabalhos de Heidegger, do teólogo Barth e, sobretudo, Gadamer) e bem assim sob a influência de estudos levados a efeito nos domínios da linguística moderna, o jurista, ao enfrentar o problema da interpretação das leis não pode ignorar que, antes mesmo de pôr a funcionar as suas diretivas interpretativo-metodológicas, precisa de tomar em conta os pressupostos gerais da interpretação de todo e qualquer texto ou enunciado linguístico. Por outras palavras, precisa de ter em conta o próprio ponto de partida de toda a interpretação e, portanto, enfrentar o problema mais geral da “compreensão” do sentido de um texto. [...]

É também ponto assente que a compreensão do sentido do enunciado linguístico pressupõe um pré-conhecimento (presciência) do *referente* (do *quid* ou “coisa” extralinguística significada). Esta tese costuma ser assim enunciada: condição da própria possibilidade da compreensão de um texto é uma “pré-compreensão” do *quid*, chamado “referente”, que está “fora” desse texto (e para que este aponta). Daí que se afirme existir sempre um “subentendido” em todo o “entendido”. Gadamer fala a este propósito da pré-estrutura do compreender e da sua fundamental referência à coisa (compreender o texto é compreender a “coisa” para que ele remete).<sup>4</sup>

<sup>3</sup> J.J. Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7ª edição, 2003, p. 27/28.

<sup>4</sup> J. Baptista Machado. **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**. Coimbra: Almedina, 1989, p. 205/206.

Explicando o entrelaçamento, inseparável, entre a pré-compreensão e a compreensão no evento cognitivo, Karl Larenz nos fornece uma descrição das mais simples e precisas sobre essa relação, a qual transcrevemos a seguir, para nos dispensar de outras citações sobre o assunto.

No início do processo do compreender – afirma Larenz – existe, por regra, uma conjectura de sentido, mesmo que por vezes ainda vaga, que ocorre a inserir-se numa primeira perspectiva, ainda fugidia. O intérprete está munido de uma “pré-compreensão”, com que acede ao texto. Esta pré-compreensão refere-se à coisa de que o texto trata e à linguagem em que se fala dela. Sem tal pré-compreensão, tanto num como noutra aspecto, seria difícil, ou de todo impossível, formar-se uma “conjectura de sentido”. O intérprete necessita da sua para se entranhar no processo do compreender. Pode surgir como insuficiente no decurso deste processo e então terá de ser retificada por ele de modo adequado. Quanto mais longa e pormenorizadamente alguém se ocupa de uma coisa, quanto mais profundamente nela tenha penetrado, tanto mais rica será a sua pré-compreensão, tanto mais cedo se formará nele uma adequada conjectura de sentido e tanto mais rapidamente se concluirá o processo do compreender.<sup>5</sup>

Portanto e resumindo – agora quem nos adverte é Kaufmann – a hermenêutica concebe o “prejuízo” (ou a pré-compreensão) como condição de possibilidade de todo o compreender, mas isso não pode ser confundido, como frequentemente acontece, com o juízo antecipado, possivelmente falso, em sentido psicológico-descritivo. Ao contrário, o “prejuízo” também se entende transcendentalmente: quem quer compreender um texto, sempre chega “equipado”<sup>6</sup> ou leva consigo uma *expectativa* de sentido do que espera encontrar ali, uma *esperança* de significado que faz o texto falar; se, depois, esse texto mostra um *outro* sentido, que surpreende o intérprete, então este elabora um novo projeto, por meio do qual interroga novamente o texto, numa pergunta que se modifica e se revisa sempre através do texto, e assim sucessivamente. Um processo que, no fundo, não termina nunca, ainda que, de fato, venha a se interromper nalgum ponto, se e quando o intérprete se considerar satisfeito com a compre-

<sup>5</sup> Karl Larenz. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 5ª edição, 2009, p. 288.

<sup>6</sup> Hannah Arendt. **A Vida do Espírito**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993, p.19.

ensão obtida, à vista do objetivo que, então, pretenda ou precise alcançar. Algo semelhante ao processo de decisão judicial, que é interrompido pelo julgador quando este chega a uma conclusão, que lhe pareça correta e justa para justificar/fundamentar seu veredicto. Compreender um texto é um processo de produção ambivalente: na medida em que, ao entrar no processo com os seus pré-projetos o intérprete altera o texto, tornando-o diferente do que era antes, o texto, por sua vez, atua sobre o intérprete, modificando a sua compreensão inicial. Nisto consiste o famoso *círculo hermenêutico*: um “movimento do texto”, que em cada interpretação é novamente compreendido, e um “movimento do intérprete”, que enquanto compreende, modifica-se e ganha experiência do texto. Ao fim e ao cabo, todo compreender é, portanto, um autocompreender.<sup>7</sup>

Com estas observações preliminares, indispensáveis à formação de qualquer jurista, acreditamos justificada a estruturação deste texto com os *pressupostos hermenêuticos* elencados mais adiante, na medida em que, a nosso ver, para ser consistente, essa *formação* deve assentar-se nos ensinamentos da hermenêutica contemporânea, notadamente nas obras de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, sem que se desprezem desprezados pensadores da estatura de Karl-Otto Apel, Jürgen Habermas, Arthur Kaufmann e Paul Ricoeur, entre outros. Em síntese, lembrando Ortega y Gasset, dir-se-ia que essa formação deve ser filosoficamente *radical*, porque “solo hay una actividad en que el hombre puede ser radical. Se trata de una actividad en que el hombre, quiera o no, no tiene más remedio que ser radical: es la filosofía. La filosofía es formalmente radicalismo porque es el esfuerzo para descubrir las raíces de lo demás, que por sí no las manifiesta, y en este sentido no las tiene. La filosofía proporciona a hombre y mundo sus defectivas raíces”<sup>8</sup>

## Universalidade da hermenêutica

O achado básico da hermenêutica é que a linguisticidade subjaz a todo fenômeno de compreensão, que, por sua vez, é o marco dentro do qual, necessariamente, insere-se todo conhecimento, seja de que tipo for. Daí que se possa falar de uma *hermenêutica universal* na medida em que se é consciente da universal

<sup>7</sup> Arthur Kaufmann. *Hermenêutica y Derecho*. Granada; Editorial Comares, 2007, p. 116/117; Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método*. Petrópolis-RJ: Vozes, vol.1, 1997, p. 394.

<sup>8</sup> José Ortega y Gasset. El nivel de nuestro radicalismo. In.: *Obras Completas*. Madrid: Revista de Occidente, Tomo VIII, 1965, p. 282.

imediatidade da linguagem. Esta característica se concretiza no tratamento textual dos fenômenos dos quais o homem se aproxima para “apreendê-los”. Compreender e interpretar textos é a função paradigmática da hermenêutica – “uma interpretação contínua dos textos”, no dizer de Ricoeur<sup>9</sup> –, mas o conceito de “texto” é aqui ampliado ao máximo, dotando-se-lhe de um significado universal. Tudo o que o homem faz, diz, pensa, fala etc., é “texto”, que há de ser compreendido e interpretado. A compreensão subjaz a todo o humano e, nesse sentido, a hermenêutica erige-se em plataforma necessária dos processos cognitivos e valorativos. Estes processos não têm por que reconduzi-los necessariamente ao âmbito da ciência, porque pertencem também à “experiência humana do mundo”.<sup>10</sup> Aplicada à realidade jurídica e entendida como uma teoria da interpretação de *tudo* o que seja portador de significado, a hermenêutica assume a condição de *teoria do conhecimento do direito* pela simples razão de que a *coisa jurídica* é um objeto cultural, ou seja, uma forma ou realidade que – insista-se – usualmente se manifesta sob a forma de textos ou enunciados significativos.<sup>11</sup>

## Pressupostos hermenêuticos gerais

1. Não podemos começar do nada, temos de abordar nossa tarefa equipados com um sistema de pressupostos que sustentamos sem os haver comprovado pelos métodos empíricos da ciência; tal sistema pode ser chamado um “aparelho categórico”.<sup>12</sup>
2. Podereis perguntar como é possível começarmos por problemas e como é possível haver problemas na ausência de conhecimento prévio – por exemplo, sob a forma de expectativas. Essa questão vai muito direta ao assunto. E a minha resposta é que nós nunca começamos de novo, do nada, por assim dizer, com um espírito totalmente inocente. O aumento do conhecimento consiste sempre em corrigir o

<sup>9</sup> Paul Ricoeur. **O único e o singular**. São Paulo: Editora UNESP; Belém: Editora UEPA, 2002, p. 54.

<sup>10</sup> Gregorio Robles. **Introducción a la teoría del derecho**. Barcelona: Debate, 2003, p. 190/191.

<sup>11</sup> Jerzy Wroblewski. L'interprétation en droit. In: **L'Interprétation dans le Droit**. Paris: Archives de Philosophie du Droit, tomo XVII, 1972, p. 53; Thomas Mautner. **Dicionário de Filosofia**. Lisboa: Edições 70, 2010, verbete *Hermenêutica*, p. 364; Emilio Betti. **Interpretación de la ley y de los actos jurídicos**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975, p. 32/33; Luís Recaséns Siches. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. México: Porrúa, 1965, p. 110.

<sup>12</sup> Kant, *apud* Karl Popper. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia/São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2º volume, 1974, p. 221.

conhecimento anterior. Em termos históricos, a ciência começa com o conhecimento pré-científico, com mitos e expectativas pré-científicos. E esses, por seu turno, não têm “começos”. “Começam” quando a vida começa.<sup>13</sup>

3. Também a filosofia começa do meio, como a poesia épica: seu começo não é absoluto porque ela não está desvinculada de certa tradição; como a hermenêutica do *Dasein* (ser-aí), a filosofia já pressupõe uma situação de fato, a *faticidade*, que a precede e por onde ela deve começar.<sup>14</sup>
4. Noutros termos, embora tenha a pretensão de se constituir como *saber primeiro*, a filosofia não parte do nada, porque quando começa a refletir, já está investida na compreensão do ser por intermédio do *Dasein* que a *Analítica*, enquanto Ontologia Fundamental, investiga e revela como um ente ou *ser-no-mundo*, um ser que independentemente da sua vontade é “jogado” no *aí* – como os filhotes da gata são “dados à luz” ou atirados no mundo –, mundo onde este ser resstará “imerso” por todo o curso da sua *existência*. Destarte, por força de suas próprias reflexões *radicais*, mesmo a filosofia, que “vaidosamente” se considera um saber *autônomo* e *pantônomo* em relação às demais ordens de conhecimento – um conhecimento que se auto-compreende como *antes* do conhecimento, na irônica observação de Habermas –, mesmo essa “sabichona”, que se considera um *saber primeiro*, acaba sendo obrigada a repelir fundamentos inconcussos ou razões primeiras, porque descobre, ela mesma, que *não existe conhecimento absoluto no ponto de partida*.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Karl Popper. **O Mito do Contexto**. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 125 e 191.

<sup>14</sup> Friedrich Schlegel. **O Dialeto dos Fragmentos**. São Paulo: Iluminuras, 1997, p. 60; Benedito Nunes. **A Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Ática, 1991, p. 100/101, e **Hermenêutica e Poesia**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p. 40, 55 e 58

<sup>15</sup> José Ortega y Gasset. El nivel de nuestro radicalismo, in: **Obras Completas**. Madrid: Revista de Occidente, Tomo VIII, 1965, p. 282: “Solo hay una actividad en que el hombre puede ser radical. Se trata de una actividad en que el hombre, quiera o no, no tiene más remedio que ser radical: es la filosofía. La filosofía es formalmente radicalismo porque es el esfuerzo para descubrir las raíces de lo demás, que por sí no las manifiesta, y en este sentido no las tiene. La filosofía proporciona a hombre y mundo sus defectivas raíces”, e Que es Filosofía?, in: **Obras Completas**. Madrid: Revista de Occidente, Tomo VII, 1964, p. 335/336; Luis Recaséns Siches. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. México: Porrúa, 1965, p. 18; Hans-Georg Gadamer. **Hermenêutica em retrospectiva. A virada hermenêutica**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2007, p. 24; Jürgen Habermas A Filosofia como guardador de lugar e como intérprete, in: **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 17/35.



5. Não existem fatos, mas apenas *interpretações* de fatos, assim como não existe experiência de verdade a não ser como *ato interpretativo*. Por isso, se for verdade dizer-se que *o que não está nos autos não está no mundo*, será igualmente verdadeiro afirmar-se que *aquilo que está no mundo não está nos autos*, pois o que vai para os autos é apenas a versão (=interpretação) que deram aos fatos os agentes da instrução processual. Em termos absolutos, é impossível ao juiz um pleno e cabal conhecimento dos fatos.<sup>16</sup>
6. Só à luz da interpretação algo se converte em “fato” e uma observação possui caráter informativo.<sup>17</sup>
7. Se não existem fatos, mas apenas fatos interpretados, pode-se dizer, igualmente, que não existem normas, mas apenas normas interpretadas, o que, além de evidenciar a correlação essencial entre ato normativo e ato hermenêutico, entre ato legislativo e ato judicial, enfim, entre criação e interpretação do direito, permite considerar-se que a interpretação/aplicação dos enunciados jurídicos constitui a última fase do processo legislativo.<sup>18</sup>
8. No processo só estão presentes descrições de fatos ocorridos fora dele, não os próprios fatos. E essas descrições levam em conta as provas trazidas pelas partes, devendo ajustar-se às normas que regulam a sua produção e valoração.<sup>19</sup>
9. Ao falar de fatos temos em vista acontecimentos, circunstâncias, relações, objetos e estados, todos eles situados no passado, espaço-temporalmente ou mesmo só temporalmente determinados, pertencen-

---

<sup>16</sup> Friedrich Nietzsche. **Fragmentos finais**. Brasília: Editora da UnB, 2002, p. 157; Duda Machado. **Friedrich Nietzsche – Breviário de Citações, Fragmentos e Aforismos ou Para Conhecer Nietzsche**. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 84; Gianni Vattimo. **A tentação do realismo**. Rio de Janeiro: Lacerda Editores e Instituto Italiano di Cultura, 2001, p. 17, e **Más allá de la interpretación**. Barcelona: Paidós, 1995, p.41; Jürgen Habermas. **Verdade e Justificação**. São Paulo: Loyola, 2004, p. 38 e 45, e **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 55/58; Michel Foucault. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: PUC/NAU, 1996, p. 71/72; Luis Díez Picazo. **Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho**. Barcelona: Ariel, 1973, p. 219.

<sup>17</sup> Hans-Georg Gadamer. Texto e interpretación, in: **Verdad y Método**. Salamanca: Sígueme, vol. 2, 1994, p. 328.

<sup>18</sup> Miguel Reale. **Estudos de Filosofia e Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 72/82; ; C.A. Lúcio Bittencourt. A interpretação como parte integrante do processo legislativo, in: **Revista do Serviço Público**, ano 5, dez. 1942, v. IV, n. 3, p. 121-127

<sup>19</sup> J.J. Moreso & J.M. Vilajosana. **Introducción a la teoría del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 180.

tes ao domínio da percepção externa ou interna e ordenados segundo leis naturais. Como a maioria das ações puníveis, no momento do processo, é apreensível pelo tribunal apenas através de diferentes manifestações (ou efeitos) posteriores, são principalmente as regras de experiência e conclusões logicamente muito complexas que tornam possível a verificação dos fatos.<sup>20</sup>

10. Porque as verdades históricas são apenas probabilidades e, precisamente por isso, o juiz não terá nunca completa certeza, ele jamais poderá jactar-se de conhecer perfeitamente a verdade.<sup>21</sup>
11. Tanto o discurso científico quanto o judicial são discursos lingüísticos, nos quais se pretende afirmar a verdade não de fatos, mas de *enunciados* sobre fatos. No discurso judicial, em particular, os chamados “fatos provados” não são mais do que enunciados que se reputam verdadeiros, se conformes com o critério de veracidade adotado. Por isso, diz-se que um enunciado não está justificado porque seja verdadeiro, mas que é verdadeiro porque está justificado, ou, mais exatamente, porque o critério para aceitá-lo como verdadeiro (o critério de verificação) está justificado.<sup>22</sup>
12. Querer que o acontecido, o perdido no tempo passado, volte a se apresentar perante o Tribunal com todos os seus detalhes significativos, é realmente ilusório. No entanto, o fato de que não seja fácil alcançar-se uma solução perfeita não é motivo para nos contentarmos com uma solução pior que outra possível. Não há que renunciar, portanto, a uma possível melhora. Esse problema é resumido da seguinte maneira: já que é inevitável que o ato de julgar esteja afeto a seres humanos falíveis, como poderemos garantir que haverá uma correspondência razoável entre os fatos reais do mundo exterior, que originaram a controvérsia, e a imagem mental que deles formará o Tribunal encarregado da prova, e à qual se aplicarão as normas do Direito substantivo? Portanto, é necessário reconhecer que se administra justiça à base de aplicar as regras substantivas, não aos fatos

<sup>20</sup> Karl Engisch. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Gulbenkian, 1988, p.87.

<sup>21</sup> Voltaire, apud Marina Gascón Abellán. **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 31.

<sup>22</sup> Marina Gascón Abellán. **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba**, cit., p. 50/51.

- que efetivamente tenham ocorrido, mas apenas à imagem que deles se forme na mente do julgador, através das diligências probatórias.<sup>23</sup>
13. Nesse contexto, convém recordar, por exemplo, que o *Inquérito* surgiu para substituir e generalizar o flagrante delito, trazendo para o presente fatos que ocorreram no passado, mas que, não tendo sido presenciados pelos procuradores do rei, estes não poderiam levar a julgamento perante as instâncias judiciais que detinham o poder. Graças a essa concepção do *Inquérito* e, nele, à aceitação do depoimento de pessoas que, sob juramento, podiam garantir que viram, que sabiam, que estavam a par dos fatos objeto de apuração – fatos cuja atualidade se prorrogava por essa forma –, tornava-se presente, sensível, imediato e verdadeiro aquilo que já se passara, como se estivesse sendo assistido naquele momento.<sup>24</sup>
  14. É fácil, mas talvez fácil demais, adotar a visão cínica. É óbvio, de fato, que raramente podemos ter prova absolutamente certa sobre qualquer evento passado; ainda mais difícil é estabelecer com confiança a verdade sobre alguma série ou concatenação complexa de eventos humanos. Na mesma medida, obviamente, podemos agir tendo em vista diminuir a incerteza, por meio de cuidadosa manutenção de registros, de modo que mais tarde possamos verificar os registros e ver o que aconteceu. [...]. Vale a pena, nesse sentido, mencionar dois truísmos: nem todas as memórias são falsas; e nem todos os registros são imprecisos ou equivocados. A esses, pode ser adicionado um terceiro, de alguma importância: nem todas as afirmações são desonestas ou insinceras.<sup>25</sup>
  15. A verificação de um fato científico depende de uma *interpretação*, mas de uma interpretação ordenada, no interior de uma teoria explícita.<sup>26</sup>
  16. Qualquer observação está impregnada de teoria; não existe observação pura, desinteressada, isenta de teoria, porque toda observação – inclusive as nossas observações – é uma *interpretação* dos fatos à

---

<sup>23</sup> José Puig Brutau. **La jurisprudencia como fuente del derecho**. Barcelona: Bosch, s/d, p. 62/63; Marina Gascón Abellán. **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 49/50..

<sup>24</sup> Michel Foucault. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: PUC, 1996, p. 71/72.

<sup>25</sup> Neil MacCormick. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Campus, 2008, p. 289.

<sup>26</sup> Gilles-Gaston Granger. **A Ciência e as Ciências**. São Paulo: Unesp, 1994, p. 48.

luz do nosso conhecimento teórico. O puro conhecimento observacional, não adulterado pela teoria, caso se revelasse possível, seria estéril e inútil.<sup>27</sup>

17. Não existe um *ponto arquimediano*, fora do tempo e do espaço – uma espécie de “olhar de Deus”, estranho à história –, de onde possamos apreender os fatos com *isenção e objetividade*; por isso, no âmbito das coisas e/ou das ciências do espírito, todo *objetivismo* é ilusório e ingenuamente neutro, porque não existem caminhos que contornem o mundo nem a história, senão caminhos através do mundo e através da história. A própria atividade hermenêutica, também ela, é um evento histórico, sujeito, portanto, a todas as vicissitudes espaço-temporais da condição humana.<sup>28</sup>
18. Por mais que se esforce para ser objetivo, o juiz sempre estará condicionado pelas circunstâncias ambientais em que atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos. Em suma, em todo juízo sempre estará presente alguma dose de prejuízo.<sup>29</sup>
19. O juiz que acredita extrair decisão “sódalei” não também da sua pessoa, com suas características peculiares, incorre num erro certamente funesto, pois acabará sendo, inconscientemente, dependente de si mesmo.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Karl Popper. **O Mito do Contexto**. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 114; **Conhecimento Objetivo**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999, p.75, **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1980, p. 120, e **La miseria del historicismo**. Madrid: Taurus/Alianza, 1961 e 1973, p.111, e **Popper – Textos escolhidos**. David Miller (Org.). Rio de Janeiro: Contraponto/Editora PUC, 2010, p. 47 e 83.

<sup>28</sup> Richard Rorty. **Objetivismo, relativismo e verdade**. Rio de Janeiro: Dumará, 2002, p. 41; Hans-Georg Gadamer. **Verdad y Método**. Salamanca: Sígueme, 1993, p. 454, e **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p.57; Hans-Georg Gadamer. **Le Problème de la Conscience Historique**. Paris, Éditions du Seuil, 1996, p.74. Karl Jaspers. **Origen y Meta de la Historia**. Madrid: Revista de Occidente, 3ª ed., 1965, p.348 e 352. Karl-Otto Apel. **Teoría de la verdad y ética del discurso**. Barcelona, Ediciones Paidós - I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, p. 47; Konrad Hesse. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 61/62.

<sup>29</sup> Ferrajoli, *apud* Marina Gascón Abellán. **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 36.

<sup>30</sup> Arthur Kaufmann. **Filosofía del Derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 101 e 181; e **Hermenêutica y Derecho**. Granada: Comares, 2007, p. 16, Nota 48.

20. Nenhum juiz se encaminha virgem nem impermeabilizado para a decisão de um caso.<sup>31</sup>
21. Nesse sentido, afirma-se que o juiz asséptico, objetivo e imparcial não passa de uma *impossibilidade antropológica*, porque não existe neutralidade ideológica, a não ser sob a forma de apatia, irracionalidade ou decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém e muito menos de um juiz.<sup>32</sup>
22. A “imparcialidade” do juiz consiste, apenas, em que, nos conflitos interindividuais, ele não pode “tomar partido”, devendo, antes, por força de sua posição institucional de “terceiro sobre as partes”, arbitrar essas disputas com a maior isenção possível.
23. Nesse contexto de uma “liberdade de opinião” vigiada, em que o debate precede e fomenta o consenso, mas não pode obtê-lo à força, sob pena de contradição, o órgão de decisão é um terceiro imparcial, de uma institucional instância autoritária – o juiz ou o tribunal –, a quem a sociedade investe de plenos poderes para, independentemente das opiniões de eventuais contendores, estabelecer o entendimento “correto”, e, por essa forma, encerrar quaisquer conflitos de interpretação.<sup>33</sup>
24. Os pré-juízos de um indivíduo são – muito mais do que os seus juízos –, a realidade histórica do seu ser e, por isso, nenhum olhar sobre o mundo ou sobre nós mesmos estará imune à *lente deformadora da subjetividade*.<sup>34</sup>
25. O olho que vê não é um mero órgão físico, mas uma forma de percepção condicionada pela tradição na qual seu possuidor foi criado.<sup>35</sup>
26. O ponto de vista *individual* é o único ponto de vista a partir do qual nós podemos verdadeiramente olhar o mundo, porque a realidade –

---

<sup>31</sup> Arthur Kaufmann. **Hermenéutica y Derecho**. Granada: Comares, 2007, p. 12; Hannah Arendt. **A Vida do Espírito**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993, p.19; Miguel Reale. **Teoria Tridimensional do Direito – Situação Atual**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 123.

<sup>32</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni. **Estructuras judiciales**. Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 109.

<sup>33</sup> A. Castanheira Neves. **O actual problema metodológico da realização do Direito**, in Digesta. Coimbra: Coimbra Editora, vol. 2º, 1995, p. 275.

<sup>34</sup> Hans-Georg Gadamer. **Verdad y Método**. Salamanca: Sígueme, vol. 1, 1993; **Verdade e Método**. Petrópolis-RJ: Vozes, vol. 1, 1997, p. 416.

<sup>35</sup> Ruth Benedict, apud Leonard Mlodinov, in: **Subliminar**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 39.

precisamente por ser realidade e se achar fora das nossas mentes individuais –, se nos apresenta tão somente em *perspectivas* e só pode chegar até nós multiplicando-se em mil faces.<sup>36</sup>

27. Não existe verdade objetiva em parte nenhuma; não há ninguém que veja a verdade sem ser com os olhos, e os olhos são sempre os olhos de alguém. Se eu quiser arrancar os olhos para ver as coisas como realmente são, não verei mais nada.<sup>37</sup>
28. Minha vista, seja forte ou fraca, enxerga apenas a certa distância, e neste espaço eu vivo e ajo, a linha deste horizonte é o meu destino imediato, pequeno ou grande, a que não posso escapar. Assim, em torno a cada ser há um círculo concêntrico, que lhe é peculiar. De modo semelhante, o ouvido nos encerra num pequeno espaço, e assim também o tato. É de acordo com esses horizontes, nos quais, como em muros de prisão, nossos sentidos encerram cada um de nós, que *medimos* o mundo, que chamamos a isso perto e àquilo longe, a isso grande e àquilo pequeno, a isso duro e àquilo macio: a esse medir nós chamamos “perceber” – e tudo, tudo em si é erro!<sup>38</sup>
29. Tudo o que nós vemos e/ou apreciamos ocorre sempre a partir de uma *posição prévia* – o *lugar* que, efetivamente, estamos ocupando no *instante* do evento cognitivo –, do que nos resultam uma *visão prévia* e uma *concepção prévia* sobre a *coisa* objeto do nosso conhecimento. Rigorosamente, não vemos a *coisa em si* (*nômeno*), mas apenas como essa coisa *aparece* ou se mostra para nós ou diante de nós (*fenômeno*), enfim, como nós a percebemos ou captamos.<sup>39</sup>
30. Em razão desse *perspectivismo* – um conceito proveniente da ótica, mas apropriado, fecundamente, pela hermenêutica filosófica –, embora *o verdadeiro seja o todo*, jamais captamos a coisa na sua totalidade, mas apenas em parte ou “desse ou daquele modo”, o que aponta, desde logo, para a necessidade de integração de *outras perspectivas*,

<sup>36</sup> José Ortega y Gasset. Verdad y Perspectiva, in: El Espectador. **Obras Completas**. Madrid: Revista de Occidente, Tomo II, 1963, p.18/19.

<sup>37</sup> Gianni Vattimo. **Entrevista publicada no Caderno Mais!**, do jornal "Folha de S. Paulo", edição de 2/6/2002.

<sup>38</sup> Friedrich Nietzsche. Na prisão, in: **Aurora**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, Livro II, p. 117.

<sup>39</sup> Martin Heidegger. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 2ª ed., 1988, Parte I, p. 206/207; Nota Explicativa 51, p. 323.

que, embora igualmente parciais, nem por isso podemos dispensar se quisermos ampliar nosso horizonte visual e captar um pouco mais da realidade. É evidente que um objeto visual sempre aparece apenas a partir do seu “lado da frente”, restando obscurecidos os demais aspectos; assim como é intuitivo que o *ponto cego* que eu não vejo outro observador pode enxergar.<sup>40</sup>

31. Toda compreensão implica sempre uma *pré-compreensão* que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos. A *pré-compreensão* constitui-se, aleatoriamente, pela integração de múltiplos fatores – biológicos, psicológicos, sociais e culturais – que, em conjunto, compõem a personalidade concreta de cada indivíduo, como unidade complexa e dinâmica, em permanente configuração. Nesse sentido, o homem não é, ele *vai sendo* isto e aquilo, porque está sujeito a constantes transformações, uma realidade que é, precisamente, nosso privilégio ontológico. *Ninguém se banha duas vezes no mesmo rio.*<sup>41</sup>
32. A compreensão do sentido de qualquer enunciado linguístico pressupõe um pré-conhecimento, um pré-conceito ou uma presciência da “coisa” extralinguística a que esse enunciado se refere; por isso, a compreensão dos preceitos jurídicos pressupõe, igualmente, uma *pré-compreensão* da “coisa” Direito, da *juridicidade*, como algo que está *fora* do texto e para o que esse texto nos remete.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> G.W.F. Hegel. **Fenomenologia do Espírito**. Petrópolis-RJ: Vozes, Parte 1, 1992, p. 31; Reinhold Zippelius. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2010, p. 38/39; Hans-Georg Gadamer. **Verdad y Método**. Salamanca: Sígueme, vol. I, 1993, p. 235, e **Hermenêutica em retrospectiva. A virada hermenêutica**. Petrópolis-RJ, 2007, p. 310; Marcelo Neves. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 298.

<sup>41</sup> José Ortega y Gasset. **Obras Completas**. Madrid: Revista de Occidente, vol. VI, 1964, p. 39 e 42; Luis Recaséns Siches. **Tratado General de Filosofia del Derecho**. México: Porrúa, 1965, p. 127/130 e 257/259, e **Tratado de Sociología**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1965, vol. I, p. 143/150. Heráclito de Éfeso, *apud* Giovanni Reale & Dario Antiseri. **História da Filosofia**. São Paulo, Edições Paulinas, vol. I, 1990, p. 35/38; Julián Marías. **Historia de la Filosofía**. Madrid: Revista de Occidente, 1968, p. 26/28; e Rodolfo Mondolfo. **O Pensamento Antigo**. São Paulo: Mestre Jou, vol. I, 1964, p. 46/47; Hans-Georg Gadamer. **Verdade e Método**. Petrópolis-RJ: Vozes, vol. 1, 1997, p. 441, e **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 13.

<sup>42</sup> J. Baptista Machado. **Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador**. Coimbra: Almedina, 1989, p.205/218; Inocêncio Mártires Coelho. Constituição: Conceito, Objeto e Elementos, in: **Revista de Informação Legislativa** n.º 116, out./dez.1992, p.. 5/20

33. A pré-compreensão do jurista – com a qual ele penetra o texto a interpretar/aplicar –, é o resultado de um longo processo de aprendizagem, em que se incluem tanto os conhecimentos adquiridos na sua formação quanto posteriormente, com as últimas experiências profissionais e extraprofissionais, mormente as que dizem respeito a fatos e contextos sociais.<sup>43</sup>
34. Destarte, o intérprete/aplicador do direito, como qualquer sujeito do conhecimento, apreende as coisas apenas sob suas condições pessoais e da perspectiva em que se encontra em dado momento e lugar – necessariamente parcial e limitante da sua visão da *juridicidade* –, em decorrência dos seus preconceitos, sejam eles “positivos” ou “negativos”, como os veem, respectivamente, a Hermenêutica Filosófica e a Sociologia do Conhecimento.<sup>44</sup>
35. Lançada sem maior reflexão, essa assertiva configura mera banalidade, para a qual a resposta adequada não é simplesmente “não, não é assim”, mas, antes, “sim, é verdade; mas, e depois? Que alternativas às correntes práticas interpretativas devemos assumir?” Por isso, o primordial objetivo de grande parte da ciência jurídica do século XX – e isto tanto no domínio continental como na cena jurídica especificamente anglo-americana –, foi justamente o de fugir à banalidade do perspectivismo e de apresentar propostas úteis e profícuas para lidar com a realidade existente.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Karl Larenz. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 4ª ed., 2005, p. 288/289.

<sup>44</sup> Hans-Georg Gadamer. **Verdad y Método**. Salamanca: Sígueme, vol. I, 1993, p. 337/308 e 344/360; **Verdade e Método**. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997, p. 407/408 e 416//436. Sobre as origens sociais do pensamento, ver Karl Mannheim. **Ideologia e Utopia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1968; Karl Mannheim, Wright Mills e Robert Merton. **Sociologia do Conhecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967; Robert Merton. La Sociología del Conocimiento, in: **Sociologia del Siglo XX**. Georges Gurvitch & Wilbert E. Moore. Barcelona: El Ateneo, 2ª ed., 1965, tomo I, p. 337/373; Franco Crespi & Fabrizio Fornari. **Introdução à Sociologia do Conhecimento**. Bauru-SP: EDUSC, 2000, e Adam Schaff. **História e Verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 4ª ed., 1987. Sobre os diversos sentidos e funções de ideologia, ver Luis Villoro. **El concepto de ideología**. México: Fondo de Cultura Económica, 1985. Sobre o papel da pré-compreensão na experiência hermenêutica, ver Hans-Georg Gadamer. **Verdad y Método**. Salamanca: Sígueme, 1993, p. 331/377. Para um estudo multidisciplinar sobre a presença e o papel dos elementos inatos e dos adquiridos na formação e desenvolvimento dos indivíduos, ver Jean-François Skrzypczak. **O Inato e o Adquirido – Desigualdades “Naturais” e Desigualdades Sociais**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. Roger Garaudy. **Para conhecer o pensamento de Hegel**. Porto Alegre: L & PM, 1983, p. 47.

<sup>45</sup> Joana Aguiar e Silva. **A prática judiciária entre direito e literatura**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 99/100.



36. No procedimento judicial, um pré-juízo é uma pré-decisão (=liminar), que se adota antes da sentença definitiva, com base na pré-compreensão de que, aparentemente (= *fumus boni iuris*), existe um direito e que esse direito deve ser imediatamente resguardado (*periculum in mora*). *Pre-conceito* não significa, portanto, de modo algum, falso juízo, pois está em seu conceito que ele possa ser valorado positiva ou negativamente.<sup>46</sup>
37. Nessa linha, não é de causar espanto dizer-se que todo juiz – levado pela sua pré-compreensão do justo na causa a decidir –, sentencie antes e, só depois, trabalhando “para trás”, saia em busca de fundamentos que sustentem as suas decisões.<sup>47</sup>
38. Em razão disso, também no âmbito da experiência jurídica impõe-se assumirmos o *pluralismo* e a *integração de perspectivas*, se não como *critério de verdade*, ao menos como fórmula de *redução de equívocos*, para não tomarmos o todo pela parte – a parte que apreendemos do ponto de vista em que nos encontramos no momento da percepção – e, assim, bloquearmos o nosso entendimento. *Intersubjetivismo*, portanto, é o lema dos que desconfiam das suas certezas e se dispõem ao *diálogo* e à *busca cooperativa* da verdade.<sup>48</sup>
39. “Aqueles que confiam demais em suas ideias não estão preparados para fazer descobertas”.<sup>49</sup>
40. “O homem que tivesse a impressão de *nunca* se enganar estaria enganado para sempre”.<sup>50</sup>
41. Assim vistas as coisas, toda interpretação será apenas *uma* interpretação, entre muitas outras, igualmente possíveis e/ou aceitáveis, desde que se observem critérios mínimos de racionalidade, a cuja luz não se avalizam interpretações que se considerem manifestamente absurdas, até porque mesmo as valorações “pessoais” do aplicador do direito

---

<sup>46</sup> Hans-Georg Gadamer. **Verdad y Método**. Salamanca: Sígueme, vol. 1, 1993, p. 337, e **Verdade e Método**. Petrópolis-RJ: Vozes, vol. 1, 1997, p. 407.

<sup>47</sup> Jerome Frank, **Derecho e incertidumbre**. México: Fontamara, 2001, p. 92.

<sup>48</sup> Arthur Kaufmann. **Filosofía del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1999, p. 104 e 519/521; Jürgen Habermas, **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1988, Tomo I, p. 46; Karl Popper. **O Mito do Contexto**. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 177; Karl Popper. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: EDUSP/Itatiaia, vol. 2, 1974, p. 224, 225 e 227; Hans-Georg Gadamer. **Verdad y método**. Salamanca: Sígueme, vol. 1, 1993, p. 335 e 463; Jean Grondin. **Hans-Georg Gadamer. Una biografía**. Barcelona: Herder, 2000, p. 363, Nota 46, e p. 435, Nota 43.

<sup>49</sup> Claude Bernard, apud Karl Popper, in: **Popper – Textos escolhidos**, cit., p. 83.

<sup>50</sup> Gaston Bachelard. **A formação do espírito científico**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 295,

- devem ter alguma penetração na comunidade a que são endereçadas e perante a qual ele deve justificar os seus critérios de valoração.<sup>51</sup>
42. Só quando tiver esgotado todas as possibilidades de alcançar um julgamento metodicamente assegurado, sem que isto dê resultado, pode o juiz achar uma resolução de que dê contas apenas perante si próprio. Mas então deverá esclarecer enquanto tal a valoração que pessoalmente ele achou, pois mesmo tendo liberdade para decidir de conformidade com a sua *consciência jurídica individual*, esta há de ser formada com base em critérios comunitariamente compartilhados – a chamada *consciência jurídica geral*.<sup>52</sup>
43. Por isso, quando o legislador editar normas incompreensíveis ou contraditórias, caberá ao intérprete/aplicador reconduzi-las à racionalidade, no momento da sua concretização, com base nos métodos e princípios da hermenêutica jurídica e na comunicação mútua entre a sua *consciência jurídica individual* e a *consciência jurídica geral*. Se a lei deve ser mais racional do que o legislador, cabe ao intérprete/aplicador ser mais racional do que a lei.<sup>53</sup>
44. A hermenêutica é racional, só que ela se ocupa com processos total ou parcialmente irracionais – como o processo da aplicação do direito –, conforme o seguinte lema: “tratar o irracional da forma mais racional possível”.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Martin Golding. **Filosofia e Teoria do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 32 e 54/55.

<sup>52</sup> Karl Larenz. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 2ª ed., 1989, p. 272/273 e 418, Nota 70.

<sup>53</sup> Manuel Calvo García: "Frente a uno de los postulados más característicos de la concepción metodológica tradicional, las teorías de la argumentación defienden que *el legislador real no es racional* o, lo que es igual, que no hace leyes perfectas que prevean soluciones claras y no contradictorias para cualquier caso hipotético que pueda producirse, y que, por lo tanto, quines tienen que ser racionales son los juristas, quienes interpretan y aplican la ley". **Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica**. Madrid: Tecnos, 1994, p. 217; Manuel Atienza. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997, p.95/100; Miguel Reale. **Estudios de Filosofía e Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1978, p.72/82. Com o objetivo, entre outros, de racionalizar a produção das leis em nosso sistema jurídico, foi editada a Lei Complementar 95, de 26/12/98, alterada pela Lei Complementar 107, de 26/4/01, contendo regras de técnica legislativa que, se obedecidas, facilitarão a compreensão dos comandos legais e, conseqüentemente, a sua interpretação/aplicação; Giuseppe Zaccaria. **Razão jurídica e interpretação**. Madrid: Civitas, 2004, p.98; Arthur Kaufmann. **Filosofia del Derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 169, e **Hermenêutica y Derecho**. Granada: Comares, 2007, p. 98.

<sup>54</sup> Arthur Kaufmann. **Filosofia del Derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 88 e 103.

45. Todo enunciado jurídico, em tese, é *plurinormativo*, porque a sua linguagem é naturalmente *aberta* e não existe coincidência entre texto e norma, como evidenciam as *mutações normativas*, aquelas viragens de jurisprudência por via das quais, a partir de um mesmo texto, que se mantém inalterado ao longo do tempo, vão sendo extraídos significados distintos, mas igualmente dotados de normatividade. O *excesso de significados é a matéria prima com que trabalha o intérprete/aplicador*.<sup>55</sup>
46. Perante os tribunais, essa plurivocidade de sentidos – comum aos textos e às ações –, é trazida à luz do dia sob a forma de *conflitos de interpretações*, cujo deslinde aparece como um veredicto, um *dito verdadeiro*, imposto pela força do poder público, observado, é claro, o devido processo legal em sentido amplo.<sup>56</sup>
47. No começo da atividade hermenêutica está o texto da lei – só aparentemente claro e fácil de aplicar – e no final, se este existe entretecida em torno do texto, uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula a sua *aplicação* no caso singular e que transmutou amplamente o seu conteúdo, a ponto de, em casos extremos, tornar esse texto quase irreconhecível. Um estranho resultado daquilo que o jurista se habituou a denominar simplesmente de *aplicação das normas*.<sup>57</sup>
48. Por isso se afirma, no âmbito do direito, que a norma, como um *posterius* extraído do texto da lei, não é o pressuposto, mas o resultado da interpretação – *o resultado do seu resultado* –, ou seja, aquela *regra de decisão* que, afinal, vem a ser produzida pelo operador do direito, *depois de trabalhar* os enunciados jurídicos à luz das exigências do caso concreto, exigências essas que funcionam como vetores

---

<sup>55</sup> Herbert L. A. Hart. **El concepto de Derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p.155/169; Helmut Coing. **Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 329; Friedrich Müller. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.45/46 e 48; Umberto Eco. **Semiótica e Filosofia da Linguagem**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 29; Miguel Reale. *Gênese e Vida dos Modelos Jurídicos - Problemas de Semântica Jurídica*, in: **O Direito Como Experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 209/218.

<sup>56</sup> Paul Ricoeur. **Do Texto à Ação**. Porto-Portugal: RÊS-Editora, s/d, p. 206.

<sup>57</sup> Karl Larenz. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p.250.

hermenêuticos guiados pela ideia de justiça em constante atualização. Afinal de contas, “todo Direito *positivo* é um intento de Direito *justo*”.<sup>58</sup>

49. A compreensão, em geral, desenvolve-se de forma circular, o chamado *círculo hermenêutico*, em razão do que o significado antecipado em um todo se compreende por suas partes, mas é à luz do todo que as partes adquirem a sua função esclarecedora. Noutros termos, o significado do todo depende do sentido das partes, cujo significado, por sua vez, só se manifesta corretamente no todo de que participa. Palavras soltas ou em *estado de dicionário* pouco ou nada significam até se integrarem em frases ou expressões – “não pensamos palavras, só pensamos frases” –, onde elas adquirem e, simultaneamente, transmitem significados. Por isso os dicionaristas – sabedores de que “um dicionário sem exemplos é um esqueleto” –, para mostrar os diversos significados de um vocábulo, citam proposições que ilustram essa pluralidade semântica.<sup>59</sup>
50. No âmbito do conhecimento jurídico, o *círculo hermenêutico* manifesta-se, pelo menos, sob três formas básicas. A primeira, na relação entre a pré-compreensão, como hipótese de interpretação, e o texto a ser interpretado; a segunda, na vinculação entre a norma e o sistema a que ela pertence; a terceira, finalmente, na implicação entre as normas, como fórmulas gerais e abstratas, e os fatos, como dados singulares e concretos.<sup>60</sup>
51. A regra da interpretação *sistemática* comprova a presença do círculo hermenêutico no âmbito da experiência jurídica, onde, por for-

<sup>58</sup> Rudolf Stammeler. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Madrid: Réus, 1930, p. 241, Nota 4; Luis Recaséns Siches. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1965, p. 70; Luis Legaz y Lacambra. *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1972, p. 354; Gustav Radbruch. *Arbitrariedad Legal y Drecho Supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, p. 38; e Josef Esser. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961, p.149/150 e Nota 108.

<sup>59</sup> Friedrich D.E.Schleiermacher. *Herméneutique*. Alençon: CERF/PUL, 1989, p.173 e segs.; **Hermenêutica**. Petrópolis-RJ: Vozes, 1999, p. 46 e segs.; Hans-Georg Gadamer. **Verdad y Método**. Salamanca: Sígueme, vol. 1, 1993, p. 227 e segs.; **Verdade e Método**. Petrópolis-RJ: Vozes, vol. 1, 1997, p. 275 e segs; Emilia Steurman. **Os limites da razão**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 94; e **Nouveau Petit Larousse Illustré, Epigrafe**. Paris: Librairie Larousse, 1926; Roland Barthes. **O prazer do texto**. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 95.

<sup>60</sup> Robert Alexy. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 39/44.

ça desse cânone hermenêutico, a fixação do sentido de uma norma, isoladamente considerada, exige a sua integração no conjunto de que participa – o *ordenamento jurídico* –, cujo sentido, por sua vez, depende da conjugação do significado das partes que o constituem. É que, afinal, as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si, formando um *sistema normativo*.<sup>61</sup>

52. Os textos constitucionais, pela sua estrutura normativo-material aberta e pelos seus objetivos macroinstitucionais, são os mais afeitos a interpretações expansivas e criadoras, sem que isso signifique liberdade para *usá-los* em vez de simplesmente *aplicá-los*, por mais amplo que seja o sentido que se possa atribuir ao verbo aplicar.<sup>62</sup>
53. Em sede de direitos fundamentais, cujas normas, extremamente abstratas, possuem múltiplos significados, mais do que de *interpretação* o de que se trata é de *concretização* dos respectivos enunciados, à luz dos métodos e princípios da chamada hermenêutica especificamente constitucional.<sup>63</sup>
54. Superadas as controvérsias em torno dos *melhores* cânones hermenêuticos, firmou-se o entendimento de que, pela sua complexidade – sobretudo no âmbito constitucional –, a interpretação/aplicação dos modelos jurídicos exige que se *conjuguem* os diferentes métodos e princípios, num *jogo concertado* de complementações e restrições recíprocas, à luz das ideias de *coerência* do ordenamento e de *unidade* da Constituição.<sup>64</sup>
55. Como proposições gerais não resolvem casos particulares e as decisões dependem de juízos ou intuições mais sutis do que qualquer articulada premissa maior, torna-se necessário formular *normas individuais*, *normas de decisão* ou *normas do caso*, para que se realize

---

<sup>61</sup> Norberto Bobbio. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis, 1987, 13.

<sup>62</sup> Umberto Eco. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1995, p. 14/15; Hans-Georg Gadamer. *Estética y hermenéutica*. Madrid: Tecnos, 2006, p. 60/61; e Eric Buyssens. *Semiologia & Comunicação Lingüística*. São Paulo: Cultrix/EDUSP, 1972, p. 55.

<sup>63</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, págs. 126/127.

<sup>64</sup> J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1998, p. 1084; Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa, Gulbenkian, 1989, p. 88/99; Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 579: “É decisivo, por outro lado, que o pensamento não procede aqui ‘linearmente’, só num sentido: o princípio esclarece-se pelas suas concretizações e estas pela sua união perfeita com o princípio”.

a justiça em sentido material, que outra coisa não é senão *dar a cada um o que é seu*. A essa luz, o Direito objetivo é a soma de todas as normas do caso.<sup>65</sup>

56. Em certo sentido, na sua formulação legal, a norma jurídica, alheia às circunstâncias de cada caso, há de ser, por princípio, abstrata e geral e, não raro, por isso mesmo, necessariamente injusta. *Quem semeia normas não pode colher justiça*.<sup>66</sup>
57. Os textos não saem prontos das mãos do legislador; antes contêm apenas *critérios gerais de justiça*, a serem particularizados e complementados pelos seus intérpretes/aplicadores, à luz do caso concreto. Por isso é que, modernamente, afirma-se que o direito compõe-se não apenas de normas, mas também do trabalho dos seus operadores, do que eles fazem com os enunciados normativos, uma concepção que repousa na distinção entre *texto e norma* e *interpretação-atividade* e *interpretação-produto*.<sup>67</sup>
58. A essência do jurídico se revela no âmbito de um processo dialético, em que o *ser* do direito é o seu *vir a ser*, mas apenas na forma em que, afinal, ele *vem a ser*, e não *antes* disso; um *ser devindo*, portanto, em desenvolvimento e configuração permanentes.<sup>68</sup>
59. Uma interpretação *definitiva* parece encerrar uma contradição em si mesma, pois qualquer interpretação é algo que está sempre a caminho, que nunca se conclui, seja porque uma *leitura*, que até então se consi-

<sup>65</sup> César Arjona Sebastià. **Los votos discrepantes del juez O.W. Holmes**. Madrid: Iustel, 2006, p. 80; Henri De Page. **De l'interprétation des lois**. Bruxelas: Swinne (reimp, 1978, p. 65; Hans Kelsen. **Teoría General del Derecho y del Estado**. México: UNAM, 1969, p. 159, e **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, vol. II, 1962, p.105; Eugen Ehrlich. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: Editora da UnB, 1986, p. 135/149, e Wolfgang Fikentscher, apud António Cortês. **Jurisprudência dos princípios**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 69.

<sup>66</sup> Aurelio Menéndez Menéndez. Sobre lo jurídico y lo justo, in Eduardo García de Enterría & Aurelio Menéndez Menéndez. **El Derecho, la Ley e el Juez. Dos estudios**. Madrid: Civitas, 2000, p. 76; Max Ernst Mayer. **Filosofía del Derecho**. Barcelona: Labor, 1937, p. 181.

<sup>67</sup> Elias Díaz. **Curso de Filosofía del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 22; Francesco Viola & Giuseppe Zaccaria. **Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho**. Madrid: Dykinson, 2007, p. 121.

<sup>68</sup> Roberto Lyra Filho, *Desordem e Processo: um posfácio explicativo*, in: **Desordem e Processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 289/315; Hans-Georg Gadamer. A idéia do bem entre Platão e Aristóteles. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 115; Friedrich Nietzsche. **Más Allá Del Bien y del Mal**. Madrid: M.E. Editores, 1993, p.193: "O alemão não é, ele devém, 'desenvolve-se'. Esta é a razão pela qual o termo 'desenvolvimento' constitui o achado certo que caracteriza os alemães dentro do amplo campo das fórmulas filosóficas".

derava adequada, mais adiante poderá vir a se mostrar *incorreta*, seja porque de acordo com a época em que vive o novo intérprete e com base no que então ele conhece, não se excluem *outras* interpretações, que, precisamente para aquela época e para o que nela se sabe, serão *melhores* ou *mais adequadas* do que as anteriores, sem que essas novas formas de compreensão signifiquem a condenação, como *erradas*, de quantas se produziram anteriormente. A hermenêutica não chega nem pode chegar nunca a seu fim, porque o sentido é ilimitado e a sua compreensão tende ao infinito. *A interpretação não tem ponto de chegada.*<sup>69</sup>

60. O sentido supra-histórico de uma obra do espírito é recriado a cada geração; a história de uma ideia jurídica não chega ao seu fim pelo fato de ter sido concretizada em uma lei; a história ulterior de suas diversas interpretações não é somente a história dos equívocos em torno do seu significado ou das errôneas maneiras de compreendê-la. Não existe ultima palavra ou coisa julgada em nenhum domínio do conhecimento.<sup>70</sup>
61. Por isso é que se diz, igualmente, que na sua concreta forma de existir, o direito é aquele que vai sendo “declarado” pelos juízes e tribunais, no curso de um *processo de realização* e que, sem o problema suscitado *a partir do intérprete/aplicador*, em *situações hermenêuti-*

<sup>69</sup> Hans-Georg Gadamer. **A razão na época da ciência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 71; Gregorio Robles. **Introducción a la teoría del derecho**. Barcelona: Debate, 2003, p. 192; Giovanni Reale & Dario Antiseri. *Hans-Georg Gadamer e a Teoria da Hermenêutica*, in: **História da Filosofia**. São Paulo: Edições Paulinas, vol. III, 1991, p. 630; Umberto Eco. **Semiótica e Filosofia da Linguagem**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 243; José Lamago. **Hermenêutica e Jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 2000, p. 182 e Nota 12. Sobre abertura/mudança/controvérsias/conflitos/correções de entendimento, no âmbito da hermenêutica jurídica, ver, por exemplo, a **Súmula 343 do STF**: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de *interpretação controvertida* nos tribunais”. “Ainda que a jurisprudência do STF venha a fixar-se em sentido contrário, não cabe a ação rescisória (RE 91.369)”. Roberto Rosas. **Direito Sumular**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 146/147.

<sup>70</sup> Gustav Radbruch. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 216/218; **Filosofia del Derecho**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 3ª ed., 1952, p. 147/148; **Filosofia do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, vol. 1, 1961, p. 271/274. Josef Esser. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961, p. 329, Nota 96. Manuel A. Domingues de Andrade. **Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis**. Coimbra: Arménio Amado, 1963, p. 16/22. Hannah Arendt. **A Vida do Espírito**. Rio de Janeiro: Relume Dumara, 1993, p. 43 e 48; Chaim Perelman. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 386; Karl Popper. **Conhecimento Objetivo**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999, p. 63.



- cas concretas*, as normas jurídicas permanecem genéricas e estáticas, aguardando que se reconheça ter ocorrido a sua hipótese de incidência para que, aí sim, elas entrem efetivamente em vigor.<sup>71</sup>
62. Rigorosamente, portanto, “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”, ou seja, somente preceito formalmente criado e materialmente concretizado por todos quantos integram as estruturas básicas constituintes de qualquer sociedade pluralista.<sup>72</sup>
63. A escrita é apenas uma forma que produz uma diferença entre o corpo do texto e a interpretação, entre a literalidade do escrito e o espírito da lei. Não existe nenhuma fixação por escrito do direito vigente que não origine uma interpretação. Ambas são produzidas, simultaneamente, como uma forma de dois lados. No instante mesmo em que se escrevem os textos origina-se, daí, um problema de interpretação.<sup>73</sup>
64. O teor literal de uma disposição é apenas a “ponta do *iceberg*”; todo o resto, talvez o mais importante, é constituído por fatores extralinguísticos, sociais e estatais, que mesmo se o quiséssemos não poderíamos fixar nos textos jurídicos, no sentido da garantia da sua pertinência.<sup>74</sup>
65. Diante da abertura/abstração dos enunciados jurídicos, a rigor não se pode, *a priori*, falar em norma aplicável; esta será sempre aquela que, afinal, for construída e aplicada, pelos intérpretes/aplicadores – como *regra de decisão* – à luz das exigências do caso.<sup>75</sup>
66. Essa liberdade de elaboração de normas, entretanto, não autoriza os seus intérpretes/aplicadores a *desconstruir* o texto, seja porque a *presença física da palavra* é inultrapassável, seja porque o texto é o *portador do significado*, seja, enfim, porque o texto não é “um piquenique para onde o autor leva as palavras, e os leitores, o sentido”. Afinal, se “é necessário que alguma coisa seja para que alguma coisa seja dita”, então, parece óbvio que sem um texto como *objeto e ponto de partida*

<sup>71</sup> Arthur Kaufmann & Winfried Hassemer. **El pensamiento jurídico contemporáneo**. Madrid: Debate, 1992, p. 49.

<sup>72</sup> Peter Häberle. **Pluralismo y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2002, p. 86/98.

<sup>73</sup> Niklas Luhmann. **El derecho de la sociedad**. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005, p. 425/426.

<sup>74</sup> Friedrich Müller. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 45.

<sup>75</sup> A. Castanheira Neves. *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993, p. 166/176.



da interpretação, não há o que se interpretar e, por via de consequência, tampouco o que se apresentar como resultado ou *produto* da atividade hermenêutica.<sup>76</sup>

67. Por isso, aqueles – e não poucos – que se comprazem em identificar o direito constitucional dos Estados Unidos com a jurisprudência da sua Corte Suprema, ficam na obrigação de explicar se a vida jurídica norte-americana teria sido a mesma caso tivesse existido apenas aquele tribunal e não, também, a Constituição, o texto sobre o qual a corte *construiu* a sua jurisprudência. Então, apesar de óbvia, mostra-se oportuna a advertência de que “sem autor não chegam a existir nem texto nem leitor”.<sup>77</sup>
68. Pela mesma razão, parece mais sensato dizer-se que, à luz da experiência judicante, o Direito Constitucional é tanto aquilo que prescreve o texto da Lei Maior, quanto a *bagagem de padrões hermenêuticos* desse bloco normativo, que vai se incorporando na jurisprudência constitucional.<sup>78</sup>
69. No mesmo contexto, diz-se, igualmente, que o Direito Constitucional é um conjunto de *materiais de construção*, mas que o edifício concreto, que daí resulta, não é obra da Constituição em si mesma – até porque também ela está em permanente (*re*) *construção* –, mas de uma política constitucional que verse a respeito das possíveis combinações desses materiais.<sup>79</sup>
70. A Constituição aparece, no atual constitucionalismo, como um “núcleo de princípios” e não apenas como um somatório de preceitos ou disposições, ou seja, ela aparece como uma Constituição *constituenda*, uma Constituição que dogmática e jurisprudencialmente se descobre e se constrói, por contraposição a uma Constituição tex-

---

<sup>76</sup> Paul Ricoeur. **Ensaio de Interpretação Bíblica**. São Paulo: Novo Século, 2004, p. 63; Joana Aguiar e Silva. **A prática judiciária entre direito e literatura**. Almedina: Coimbra, 2001, p. 128; Umberto Eco. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 33; e Castanheira Neves. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica - I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 272.

<sup>77</sup> Sebastián Soler. **Interpretación de la ley**. Barcelona: Ariel, 1962, p. 89/90; Joana Aguiar e Silva. **A prática judiciária entre direito e literatura**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 90, Nota 202.

<sup>78</sup> Juan Fernando López Aguilar. **Lo constitucional en el Derecho: sobre la idea e ideas de Constitución y Orden Jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 60.

<sup>79</sup> Gustavo Zagrebelsky. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 1999, p. 13.

tualmente cristalizada/acabada. A Constituição – entendida como ordem jurídica fundamental do Estado e da Sociedade –, é obra necessariamente inconclusa, em permanente elaboração, no âmbito de uma sociedade aberta e de um processo público, de que participam todos os que se disponham a viver constitucionalmente.<sup>80</sup>

71. As constituições, como documentos vivos e abertos à ação do tempo, estão sujeitas ao *panta rhei*, à lei da eterna transformação, seja formalmente, através de emendas, reformas ou revisões, seja materialmente, mediante *mutações normativas* ou *novas leituras* dos seus enunciados. Na medida da sua força normativa – por sua própria natureza e função, todas as constituições possuem esse atributo em alguma medida –, ao mesmo tempo em que se modificam, elas vão modificando a realidade em que emergem e sobre a qual atuam, numa fecunda interação dialética entre a realidade constitucional e o texto constitucional, entre o âmbito normativo e o programa normativo.<sup>81</sup>
72. Reconhecido e proclamado, no âmbito da filosofia, o caráter paradigmático da hermenêutica jurídica para as ciências do espírito, e, nos domínios do direito, o caráter nuclear e seminal do conhecimento da Constituição para todos os saberes jurídicos, parece lícito dizer-se que a *hermenêutica constitucional* transformou-se na *teoria do conhecimento jurídico* ou, se preferirmos, no *conhecimento do conhecimento do direito*, porque incumbe a ela – *ciência de si mesma* – a supertarefa de interpretar as diferentes interpretações do fenômeno jurídico, a partir da análise crítica das múltiplas leituras da lei fundamental e dos *vários mundos constitucionais* que podem emergir dessas leituras.<sup>82</sup> *Guardar* a Constituição, portanto, não é protegê-la contra a ação do tempo – o que a faria definhando e morrer –, mas fazê-la reagir e fun-

<sup>80</sup> António Cortês. **Jurisprudência dos princípios**, cit., p. 73/74; Peter Häberle. El concepto de Constitución. Concepción mixta de Constitución, in: **El Estado constitucional**. México: UNAM, 2001, p. 3; e José Adércio Leite Sampaio. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 208/217.

<sup>81</sup> Karl Loewenstein. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1976, p. 164, 216/222.

<sup>82</sup> Hans-Georg Gadamer. **Verdad y método**. Salamanca: Sígueme, v. I, p. 396/414; **Verdade e método**. Petrópolis-RJ, v. 1, 1997. p. 482/505; Edgar Morin. **O método 3: O conhecimento do conhecimento**. Porto Alegre: Editora Sulina, 2005; Andrés Ortiz-Osés. *Antropología hermenéutica*. Andrés Ortiz-Osés. *Antropología hermenéutica*. Lisboa: Escher, 1989, p. 67; Gustavo Just. **Interpréter les théories de l'interprétation**. Paris: L'Harmattan, 2005; José Juan Moreso. **La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997. p. 167/171.

cionar diante das *provocações sociais*, testando ao limite a sua força normativa, para ver se os seus comandos ordenam, efetivamente, o processo político ou não passam de simulacros de constituição.

### Referências Bibliográficas:

ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2010.

AGUILAR, Juan Fernando López. **Lo constitucional en el Derecho: sobre la idea e ideas de Constitución y Orden Jurídico.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis.** Coimbra: Arménio Amado, 1963.

APEL, Karl-Otto. **Teoría de la verdad y ética del discurso.** Barcelona, Ediciones Paidós - I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1995.

ARENDT, Hannah. **A Vida do Espírito.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación.** Madrid: Civitas, 1997.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BARTHES, Roland. **O prazer do texto.** Lisboa: Edições 70, 1997.

BETTI, Emilio. **Interpretación de la ley y de los actos jurídicos.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. A interpretação como parte integrante do processo legislativo, in: **Revista do Serviço Público**, ano 5, dez. 1942, v. IV, n. 3.

BOBBIO, Norberto. **Teoría General del Derecho.** Bogotá: Temis, 1987.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BUYSENS, Eric. **Semiologia & Comunicação Lingüística.** São Paulo: Cultrix/EDUSP, 1972.

BRUTAU, José Puig. **La jurisprudencia como fuente del derecho**. Barcelona: Bosch, s/d.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa, Gulbenkian, 1989.

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

COELHO, Inocêncio. Constituição: Conceito, Objeto e Elementos, in: **Revista de Informação Legislativa** n.º 116, out./dez.1992.

CORTÊS, António. **Jurisprudência dos princípios**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

COING, Helmut. **Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CRESPI, Franco & FORNARI, Fabrizio. **Introdução à Sociologia do Conhecimento**. Bauru-SP: EDUSC, 2000.

DE PAGE, Henri. **De l'interprétation des lois**. Bruxelas: Swinne, 1978.

DÍAZ ,Elias. **Curso de Filosofía del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 1998.

ECO, Umberto. **Semiótica e Filosofia da Linguagem**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1995.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Gulbenkian, 1988.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: Editora da UnB, 1986.

FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. México: Fontamara, 2001.

FOUCAULT Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: PUC/NAU, 1996.

GARAUDY, Roger. **Para conhecer o pensamento de Hegel**. Porto Alegre: L & PM, 1983.

GARCÍA, Manuel Calvo. **Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica**. Madrid: Tecnos, 1994.

GADAMER, Hans-Georg. Texto e interpretación. In: **Verdad y Método**. Salamanca: Sígueme, vol. 2, 1994, p. 328.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva. A virada hermenêutica**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **Le Problème de la Conscience Historique**. Paris, Éditions du Seuil, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. **Estética y hermenéutica**. Madrid: Tecnos, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **A razão na época da ciência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GADAMER, Hans-Georg. **Una biografía**. Barcelona: Herder, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **ideia do bem entre Platão e Aristóteles**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

GASSET, José Ortega y. El nivel de nuestro radicalismo. In: **Obras Completas**. Madrid: Revista de Occidente, Tomo VIII, 1965.

GASSET, José Ortega y. Que es Filosofía? In: **Obras Completas**. Madrid: Revista de Occidente, Tomo VII, 1964.

GRANGER, Gilles-Gaston. **A Ciência e as Ciências**. São Paulo: Unesp, 1994.

GOLDING, Martin. **Filosofia e Teoria do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1988, Tomo I

HABERMAS, Jürgen. A Filosofia como guardador de lugar e como intérprete. In: **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2002.

HÄBERLE, Peter. El concepto de Constitución. Concepción mixta de Constitución. In: **El Estado constitucional**. México: UNAM, 2001

- HART, Herbert L. A. **El concepto de Derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.
- HEGEL, G.W.F. **Fenomenologia do Espírito**. Petrópolis-RJ: Vozes, Parte 1, 1992.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis-RJ: Vozes, Parte I, 1988.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- JASPERS, Karl. **Origen y Meta de la Historia**. Madrid: Revista de Occidente, 3ª ed., 1965.
- JUST, Gustavo. **Interpréter les théories de l'interprétation**. Paris: L'Harmattan. 2005.
- KAUFMANN, Arthur. **Hermenêutica y Derecho**. Granada; Editorial Comares, 2007.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del Derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. **El pensamiento jurídico contemporáneo**. Madrid: Debate, 1992.
- KELSEN, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado**. México: UNAM, 1969.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, vol. II, 1962.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 5ª edição, 2009.
- LACAMBRA, Luis Legaz y. **Filosofía del Derecho**. Barcelona: Bosch, 1972.
- LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 2000
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1976.
- LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Campus, 2008, p.
- MACHADO, J. Baptista Machado. **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**. Coimbra: Almedina, 1989.
- MACHADO, Duda. **Friedrich Nietzsche – Breviário de Citações, Fragmentos e Aforismos ou Para Conhecer Nietzsche**. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- MAYER, Max Ernst. **Filosofía del Derecho**. Barcelona: Labor, 1937, p. 181.

- MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.
- MANNHEIM, Karl, MILLS, Wright E MERTON, Robert. **Sociologia do Conhecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MAUTNER, Thomas. **Dicionário de Filosofia**. Lisboa: Edições 70, 2010.
- MARÍAS, Julián. **Historia de la Filosofía**. Madrid: Revista de Occidente, 1968.
- MENÉNDEZ, Aurelio M. Sobre lo jurídico y lo justo. In: ENTERRÍA, García de Enterría & MENÉNDEZ, Aurelio M. **El Derecho, la Ley e el Juez. Dos estudios**. Madrid: Civitas, 2000.
- MERTON, Robert. La Sociologia del Conocimiento, in: **Sociologia del Siglo XX**. Georges Gurvitch & Wilbert E. Moore. Barcelona: El Ateneo, 2ª ed., 1965, tomo I.
- MONDOLFO, Rodolfo. **O Pensamento Antigo**. São Paulo: Mestre Jou, vol. I, 1964.
- MORIN, Edgar. **O método 3: O conhecimento do conhecimento**. Porto Alegre: Editora Sulina, 2005.
- MORESO, José Juan. **La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997.
- MORESO, J.J. & VILAJOSANA, J.M. **Introducción a la teoría del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- MLODINOV, Leonard. **Subliminar**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993.
- NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da realização do Direito**. In: Digesta. Coimbra: Coimbra Editora, vol. 2º, 1995.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 298.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Fragmentos finais**. Brasília: Editora da UnB, 2002.
- NIETZSCHE, Friedrich. Na prisão. In: **Aurora**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, Livro II, p. 117.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Más Allá Del Bien y del Mal**. Madrid: M.E. Editores, 1993.
- NUNES, Benedito. **A Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Ática.

- NUNES, Benedito. **Hermenêutica e Poesia**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.
- ORTIZ-OSÉS, Andrés. **Antropologia hermenêutica**. Lisboa: Escher, 1989.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 386; Karl Popper. **Conhecimento Objetivo**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.
- PICAZO, Luis Díez. **Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho**. Barcelona: Ariel, 1973.
- POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1980.
- POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia/ São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2º volume, 1974.
- POPPER, Karl. **Conhecimento Objetivo**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.
- POPPER, Karl. **O Mito do Contexto**. Lisboa: Edições 70, 1999.
- POPPER, Karl. **La miseria del historicismo**. Madrid: Taurus/Alianza, 1961
- POPPER, Karl. **Textos escolhidos**. David Miller (Org.). Rio de Janeiro: Contraponto/ Editora PUC, 2010.
- RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Drecho Supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.
- RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia del Derecho**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 3ª ed., 1952.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, vol. 1, 1961.
- REALE, Miguel. **Estudos de Filosofia e Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1978.
- REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito – Situação Atual**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REALE, Miguel. Gênese e Vida dos Modelos Jurídicos - Problemas de Semântica Jurídica. In: **O Direito Como Experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 209/218.
- REALE, Giovanni & ANTISERI Dario. **História da Filosofia**. São Paulo, Edições Paulinas, vol. I, 1990.
- RICOEUR, Paul. **Do Texto à Acção**. Porto-Portugal: RÉS-Editora, s/d



RICOEUR, Paul. **O único e o singular**. São Paulo: Editora UNESP; Belém: Editora UEPA, 2002.

ROBLES, Gregorio. **Introducción a la teoría del derecho**. Barcelona: Debate, 2003.

ROSAS, Roberto. **Direito Sumular**. São Paulo: Malheiros, 2002.

RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade**. Rio de Janeiro: Dumará, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SCHAFF, Adam. **História e Verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 4ª ed., 1987.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. Herméneutique. Alençon: CERF/PUL, 1989.

1SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. **Hermenêutica**. Petrópolis-RJ: Vozes, 1999.

STEUERMAN, Emilia. **Os limites da razão**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

STEUERMAN, Emilia. **Nouveau Petit Larousse Illustré, Epigrafe**. Paris: Librairie Larousse, 1926.

SEBASTIÀ, César Arjona. **Los votos discrepantes del juez O.W. Holmes**. Madrid: Iustel, 2006.

SILVA, Joana Aguiar. **A prática judiciária entre direito e literatura**. Coimbra: Almedina, 2001.

SICHES, Luís Recaséns. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. México: Porrúa, 1965.

SICHES, Luís Recaséns. **Tratado de Sociologia**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1965, vol. I

SCHLEGEL, Friedrich. **O Dialeto dos Fragmentos**. São Paulo: Iluminuras, 1997.

SKRZYPCZAK, Jean-François. **O Inato e o Adquirido – Desigualdades “Naturais” e Desigualdades Sociais**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

SOLER, Sebastián. **Interpretación de la ley**. Barcelona: Ariel, 1962.

STAMMLER, Rudolf. **Tratado de Filosofia del Derecho**. Madrid: Réus, 1930.

VATTIMO, Gianni. **Entrevista publicada no Caderno Mais!**, do jornal “Folha de S. Paulo”, edição de 2/6/2002.

VATTIMO, Gianni. **A tentação do realismo**. Rio de Janeiro: Lacerda Editores e Instituto Italiano di Cultura, 2001.

- VATTIMO, Gianni. **Más allá de la interpretación.** Barcelona: Paidós, 1995.
- VIOLA, Francesco & ZACCARIA, Giuseppe. **Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho.** Madrid: Dykinson, 2007.
- VILLORO, Luis. **El concepto de ideología.** México: Fondo de Cultura Económica, 1985.
- ZACCARIA, Giuseppe. **Razão jurídica e interpretação.** Madrid: Civitas, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Estructuras judiciales.** Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 109.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** Madrid: Trotta, 1999.
- ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do Direito.** Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2010.
- WROBLEWSKI, Jerzy. L'interprétation en droit, In: **L'Interprétation dans le Droit.** Paris: Archives de Philosophie du Droit, tomo XVII, 1972.

# CONSTITUIÇÃO, CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO: PERSPECTIVA HISTÓRICA E SIGNIFICADO ATUAL

Aline Stela Xavier de Ázara Santos<sup>1</sup>

Graciela Renata Ribeiro<sup>2</sup>

Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentaneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.<sup>3</sup>

## Introdução

O presente trabalho aborda perspectivas históricas e busca traçar linhas definidoras do significado atual dos termos constituição, constitucionalismo, e neoconstitucionalismo no Brasil.

Assim, através da escolha de alguns autores e abordagens sobre os referidos termos busca-se situar sobre a relevância do debate e da busca de compreensões

e adequações das noções de constituição, constitucionalismo, e neoconstitucionalismo à realidade brasileira.

---

<sup>1</sup> Advogada, consultora nas áreas de gestão pública e direitos humanos, especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários IBET e mestranda em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília Uniceub. (email: [alinstela@yahoo.com.br](mailto:alinstela@yahoo.com.br))

<sup>2</sup> Advogada da Companhia de Saneamento Ambiental do Distrito Federal-CAESB, pós graduada em Direito, Estado e Constituição pela Uniplac e mestranda em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília- Uniceub. (email: [ribeirogrr@yahoo.com.br](mailto:ribeirogrr@yahoo.com.br))

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 107.

## Constituição

Inicia-se esta abordagem pela busca de uma compreensão da noção de constituição.

Carl Schmitt inicia sua obra “Teoria da Constituição”<sup>4</sup> tratando das diversas acepções do termo Constituição e pondera que Constituição é a maneira concreta de ser resultante de qualquer unidade política existente.

Gustavo Zagrebelsky define que a principal função da Constituição é fixar os pressupostos da convivência, princípios e votos sobre os quais não se vota porque situados fora e acima da batalha política. A Constituição fixa o *pactum societatis* com o qual se acordam as regras de convivência e sobre este acordo pode ser estipulado um implícito *pactum subjectionis* com o qual nos comprometemos a obedecer.

Ponto importante destacado pelo autor é que a Constituição é garantia de um mínimo denominador comum de homogeneidade política e isso é a uma condição indispensável para governar sem conflitos destrutivos.<sup>5</sup>

O direito constitucional, no entendimento de Gustavo Zagrebelsky enquanto direito, é estabilidade, ponderação e equilíbrio entre os fatores principais da vida social e política. Os juízes contra o risco de se converterem em transmissores da força, e na democracia da força do número, só podem utilizar a força das razões jurídicas.

A justiça constitucional protege a república e por isso limita a democracia,

---

<sup>4</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de La constitución**. Madri: Alianza Editorial, S. A. 2011. p. 36.

<sup>5</sup> Conforme Gustavo Zagrebelsky “Em democracia, los gobernantes, qua han aprendido de la experiencia, sabe que El respecto Del pactum societatis, es decir, de La Constitución, es garantía de un mínimo común denominador de homogeneidad política y que ésa es La condición indispensable para gobernar sin conflictos desctrutivos. La primera tarea de Constitución, La integraciónen este mínimo de unidad, está antes de aquella, también esencial pero segunda, de organizar lãs instituciones y lós procedimientos de gobierno.

(...)

Por ello, en contra de lãs apariencias- siendo realistas- se puede decir que La Constitución, com sus vínculos y sus limites-, dessorolando una imprescindible función de integración, es instrumento de gobernabilidad, no obstáculo o dificultad para El gobierno. Donde prevalezca la opinión opuesta, existen La incoscienza y el espíritu de aventura de quien maneja materias que no conoce, dos características muy difundidas entre los seres humanos que aspiran a gobernar a sus semelhantes. El resultado, si no inmediatamente, al poço tiempo, no es Gobierno fuerte sino El Gobierno que deviene factor de conflictividad, gérmen de destrucción y, por consiguiente, de no gobierno. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios e votos. El Tribunal Constitucional y la política**. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: MinimaTrotta, 2008, p. 30-32).

porque serve para preservar o caráter de especificação da república, ou seja, é uma função republicana.

Lo que no quiere decir que lãs instituciones judiciales Sean antidemocráticas; quiere decir, por el contrario, que son límites y garantías previstas contra el poder que se extralimita, lãs de generaciones de la democracia como puro régimen de La mayoría, de La mayoría omnipotente, de La mayoría omnívora. La razón de ser de La justicia constitucional es su función antimayoría, ejerciendo La cual limita, por así decirlo, La cantidad de democracia para preservar sua calidad, para evitar que se transforme em unrégimenciago, rendido al mero número que puede todo lo que quiere, que cambia derechos, igualdad y principios de justiciaproclamados para todos por La Constitución y, actuando de esta manera, al final, destruye sus presupuestos e instaura lós presupuestos de cualquier autocracia (por ejemplo, em La actualidad, la plutocracia o incluso la cleptocracia). Por eso podemos afirmar que la justicia constitucional no forma parte de democracia pero sirve a la democracia<sup>6</sup>

Assim, Gustavo Zagrebelsky nos traz a reflexão de que os juízes que pretendem se manter fiéis a sua função só tem como saída aceitar o desafio, utilizando-se tão somente de sua cultura constitucional, da “vontade de Constituição” que nasce da vontade de viver não no reino da força, mas no reino do direito que regula a força<sup>7</sup>.

Luis Roberto Barroso destaca que no Direito Constitucional se expressa a tensão entre norma e realidade social:

A Constituição é um instrumento do processo civilizatório. Ela tem por finalidade conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados. Como qualquer ramo do Direito, o direito constitucional tem possibilidades e limites. Mais do que em outros domínios, nele se expressa a tensão entre norma e realidade social.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios e votos. El Tribunal Constitucional y la política.** Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: MinimaTrotta, 2008, p. 102.

<sup>7</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principiose votos. El Tribunal Constitucional y la política.** Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: MinimaTrotta, 2008.

<sup>8</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 46.

Quando trata da Constituição no direito constitucional contemporâneo Luis Roberto Barroso discorre que este *é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas de supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica.*<sup>9</sup> e assim sintetiza a ideia de que todos os outros ramos do direito também sofrem a influência do texto constitucional:

Compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional. Esse fenômeno tem sido designado como constitucionalização do Direito, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do Direito, como o civil, o administrativo, o penal e o processual.<sup>10</sup>

Especificamente no tocante a realidade brasileira o autor traz que:

A Constituição de 1988, o mais bem sucedido empreendimento institucional da história brasileira, demarcou, de forma nítida, alguns espaços privados merecedores de proteção especial. Estabeleceu, assim, a inviolabilidade da casa, o sigilo da correspondência e das comunicações, a livre iniciativa, a garantia do direito de propriedade, além de prometer a proteção da família. Seu esforço mais notável, contudo, é o de procurar resguardar o espaço público da apropriação privada (...).<sup>11</sup>

Assim, a noção de Constituição no direito constitucional contemporâneo está relacionado com seu papel de *“centro do sistema jurídico”*<sup>12</sup> e de sua influência nos demais ramos do direito que devem também ser interpretados de acordo com os preceitos constitucionais.

A questão não é desprovida de desdobramentos e questionamentos visto que conforme será a seguir exposto em muitos casos a pretexto de se atender a

<sup>9</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Cursode Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 86-87.

<sup>10</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 86-87.

<sup>11</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

<sup>12</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Cursode Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 86-87.

um princípio constitucional algumas decisões administrativas e judiciais afrontam legislação vigente em nosso país.

## Constitucionalismo

Conforme Luis Roberto Barroso o direito constitucional e a teoria da Constituição passaram por uma revolução nas últimas décadas, declarando que “*Passamos da desimportância ao apogeu em menos de uma geração.*”<sup>13</sup> e assim define constitucionalismo:

Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of the Law*, *Rechtsstaat*). O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira. (...) Não basta, portanto, a existência de uma ordem jurídica qualquer. É preciso que ela seja dotada de determinados atributos e que tenha legitimidade, a adesão voluntária e espontânea de seus destinatários.<sup>14</sup>

Segundo o autor as três ordens de limitação de poder seriam materiais (valores básicos e direitos fundamentais), de estrutura orgânica (funções de legislar, administrar e julgar atribuídas a órgãos distintos e independentes e que se controlem reciprocamente) e limitações processuais (órgãos devem agir com fundamento na lei e observando o devido processo legal).

Ao tratar do constitucionalismo no século XXI pondera que “(...) *ainda se debate com as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais. Entre governo da maioria e vida digna e em liberdade para todos, em um ambiente de justiça, pluralismo e diversidade. Este continua a ser, ainda, um bom projeto para o milênio.*”<sup>15</sup>

No tocante as origens do direito constitucional em síntese o autor destaca que este somente se desenvolveu na Europa como disciplina autônoma nas úl-

<sup>13</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. XIX-XX.

<sup>14</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5.

<sup>15</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.42.

timas décadas do século XIX<sup>16</sup> e a essa recente formação estariam associadas a “*efervescência teórica e complexidades práticas na sua realização*”.<sup>17</sup> Pondera quem seu processo evolutivo o direito constitucional:

(...) Progressivamente, o direito constitucional foi deixando de ser um instrumento de proteção da sociedade em face do Estado para se tornar um meio de atuação da sociedade e de conformação do poder político aos seus desígnios. Superasse, assim, a função puramente conservadora do Direito, que passa a ser, também mecanismo de transformação social. O direito constitucional já não é apenas o Direito que está por trás da realidade social, cristalizando-a, mas o que tem a pretensão de ir a frente da realidade, prefigurando-a na conformidade dos impulsos democráticos.<sup>18</sup>

Para o autor em seu estágio atual o direito constitucional assumiu, na Europa e no Brasil, uma dimensão normativa “(...) *O direito constitucional moderno, investido de força normativa, ordena e conforma a realidade social e política, impondo deveres e assegurando direitos*”.<sup>19</sup>

No tocante ao papel do direito constitucional em relação aos demais ramos do Direito o autor expõe que este não é apenas um sistema mas sim “(...) *a forma adequada – de ler e interpretar as normas dos demais ramos do Direito, isto é, todas as normas infraconstitucionais. Além disso, no caso brasileiro, em que vige*

---

<sup>16</sup> “a precedência histórica da Constituição norte-americana não assegurou aos seus comentadores pioneirismo doutrinário no desenvolvimento do direito constitucional. Por força da herança inglesa do common law, fundada em precedentes judiciais e na solução pragmática de problemas concretos, a evolução do direito constitucional nos Estados Unidos se deu menos pela atividade teórica dos tratadistas e mais pela atuação dos tribunais, notadamente da Suprema Corte. Na França ao revés, uma sólida produção doutrinária precedeu a Revolução e sua primeira Constituição.(...) De todo modo o direito constitucional somente se desenvolveu na Europa como disciplina autônoma nas últimas décadas do século XIX, quando regimes constitucionais finalmente se impõem sobre as monarquias absolutas e os governos oligárquicos-aristocráticos.” (BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.44-45)

<sup>17</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 46.

<sup>18</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 46-47.

<sup>19</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.



*uma Constituição especialmente analítica, nela se encontram os grandes princípios dos diferentes domínios jurídicos.*<sup>20</sup>

Questão de singular importância apontada pelo autor é a proximidade entre constitucionalismo e democracia:

Longe de serem conceitos antagônicos, portanto, constitucionalismo e democracia são fenômenos que se complementam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo. Ambos se destinam, em última análise, a prover justiça, segurança jurídica e bem-estar social. Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia a dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo. No mundo moderno, sem embargo dos múltiplos modelos constitucionais que podem ser adotados, os objetivos últimos da Constituição podem ser assim sistematizados:

(...)

Democracia, direitos fundamentais, desenvolvimento econômico, justiça social e boa administração são algumas das principais promessas da modernidade.<sup>21</sup>

Nessa linha, no sentido de constitucionalismo proposto por Luis Roberto BARROSO, de “limitação do poder e supremacia da lei”<sup>22</sup> este se relaciona com a democracia no Estado contemporâneo o confere grande responsabilidade ao seus intérpretes.

## **Neoconstitucionalismo(s)**

Intitulamos esse item do trabalho com o nome da obra de Miguel Carbonell *Neoconstitucionalismo(s)* com o objetivo de demonstrar que o termo “neoconstitucionalismo” abrange diversas teorias.

<sup>20</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52.

<sup>21</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 91-92.

<sup>22</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5.

Conforme Daniel Sarmento muito se tem debatido sobre o neoconstitucionalismo no Brasil e os adeptos dessa teoria buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino e nenhum destes se define ou já se definiu, como neoconstitucionalista.”<sup>23</sup>

Nesse contexto, Daniel Sarmento expõe a dificuldade em se definir o neoconstitucionalismo visto que não existe um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, com denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação precisa.

### **a. Neoconstitucionalismo**

No texto “*El neoconstitucionalismo em su laberinto*” Miguel Carbonell<sup>24</sup> expõe que não são poucos os autores que se perguntam se na realidade há algo novo no neoconstitucionalismo ou se trata de uma etiqueta vazia, que traz nova roupagem as questões que antes eram explicadas de outra maneira e o autor conclui que o neoconstitucionalismo traz sim alguma novidade para a teoria e a prática do Estado constitucional de direito.

O autor analisa a questão sob o prisma dos textos constitucionais, das práticas jurisprudenciais e do desenvolvimento teórico e no tocante aos textos constitucionais expõe que o neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que surgiram após a Segunda Guerra Mundial que não se limitavam a estabelecer competências ou a separar os poderes públicos, mas que também contém altos níveis de normas substantivas que condicionam a atuação do Estado trazendo certos fins e objetivos, tais como a Constituição da Espanha de 1978, a do Brasil de 1988 e a da Colômbia de 1991.

<sup>23</sup> Para Daniel Sarmento o termo “neoconstitucionalismo” não é empregado no debate constitucional norte-americano, nem na Alemanha, sendo um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas sido discutido na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada Neoconstitucionalismo(s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003. (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 nov. 2012).

<sup>24</sup> CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría Del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta/UNAM, 2007.

Aponta também relevantes mudanças nas práticas jurisprudenciais de muitos tribunais e cortes constitucionais, como novos parâmetros interpretativos; técnicas interpretativas próprias dos princípios constitucionais, como ponderação, proporcionalidade, razoabilidade, maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais. Além disso, os juízes tem que considerar os “valores” constitucionalizados e que requerem uma tarefa hermenêutica que lhes dê conteúdo normativo.

O terceiro elemento do conjunto de fenômenos que abarca o neoconstitucionalismo seria o desenvolvimento teórico de autores que contribuem para a compreensão e também para a própria criação do fenômeno jurídico.

Sobre a crítica de que esses elementos do neoconstitucionalismo não são novos o autor tece a seguinte ponderação:

No faltará quien diga que ninguno de esos tres elementos es, en rigor, novedoso y que no hacía falta inventar una nueva etiqueta para identificarlos, pues ya estaban bien analizados bajo las coordenadas teóricas tradicionales del positivismo de La primera mitad del siglo xx. Quizá tengan razón quienes así opinan, pero sigo creyendo que La novedad está en el conjunto: tal vez no tanto en uno de los tres elementos si los tomamos por separado, pero si cuando los ponemos en común, compartiendo coordenadas de tiempo y espacio muy parecidas.

(...)

Son elementos que sin Duda alguna se encuentran en La raíz histórica y política del neoconstitucionalismo; pero lo que resulta interesante del cuadro neoconstitucional que tenemos a la vista en los primeros años del siglo XXI es el conjunto, La combinación de los tres elementos que he mencionado. y todavía más que eso: lo novedoso son sus efectos, es decir, La observación del Estado constitucional de Derecho en funcionamiento. En el campo de La práctica son muchas las cuestiones que han cambiado en los últimos cincuenta años, no todas para bien, dicho sea de paso. Muchas de ellas podrían ser explicadas también con las herramientas analíticas que nos proporciona el neoconstitucionalismo.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos**. Madrid: Trotta/UNAM, 2007, p. 11-12.

Para Max Möller<sup>26</sup> tanto o movimento jurídico quanto a própria mudança de paradigma que vem sofrendo o direito, notadamente nos países que adotam o sistema do civil law, acabam por serem conhecidos como neocostitucionalismo.

Max Möller sintetiza que “(...) o neoconstitucionalismo como ideologia apresenta-se como movimento jurídico de oposição à lógica do Estado decimonônico, onde imperava o legalismo, o culto à lei e a concepção de atividade judicial como atividade mecânica de aplicação da lei.”<sup>27</sup> e define que:

É a atitude frente ao texto constitucional, como elemento que vincula os poderes – não apenas formalmente, mas materialmente – que caracteriza o neoconstitucionalismo. É, portanto, nessa mudança de atitude frente às normas constitucionais, bem como diante dos instrumentos constitucionais de controle dos poderes e afirmação das normas constitucionais que se destaca o papel decisivo do neoconstitucionalismo como movimento ideológico.<sup>28</sup>

### **a. Características do neoconstitucionalismo**

Max Möller aponta como traços do neoconstitucionalismo o protagonismo judicial, perda da hegemonia da lei como fonte do direito, aplicação direta da constituição, presença de enunciados normativos abertos ou sem consequências jurídicas preestabelecidas, influencia de conteúdos e discussões morais na aplicação da norma jurídica, violação da separação de poderes, desrespeito às decisões das maiorias por autoridades não democraticamente legitimadas como os juízes, falta de segurança jurídica sobre as amplas possibilidades de interpretação permitida pela aplicação direta das constituições.

Conforme já exposto considerando a diversidade de teorias não há um consenso sobre as características do neoconstitucionalismo.

Max Möller propõe que diante da falta de uma unidade sobre as características principais do neoconstitucionalismo, seja destacado o rol proposto pelo

<sup>26</sup> Möller, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>27</sup> Möller, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 26.

<sup>28</sup> Möller, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 25-26.

italiano Ricardo Guastini, por englobar várias das proposições que se atribui ao neoconstitucionalismo.

A partir da consideração de “graus de constitucionalização material” dos ordenamentos, rompe-se um pouco com o caráter meramente ideológico e faz-se possível uma abordagem mais analítica<sup>29</sup>.

Conforme a classificação de Ricardo Guastini, o constitucionalismo pressupõe as seguintes características: a) constituição rígida; b) garantia jurisdicional da Constituição; c) força vinculante da Constituição; d) a sobreinterpretação da Constituição; e) aplicação direta das normas constitucionais; f) a interpretação conforme as leis e g) a influência da Constituição sobre as relações as públicas.

A **rigidez constitucional**, que pressupõe uma constituição escrita é indispensável para garantir a supremacia hierárquica da constituição, assim como para proteger seus conteúdos materiais.

No tocante a **garantia jurisdicional da Constituição** expõe que “*Nesse caso, como todos os poderes estão sujeitos à constituição, o órgão responsável de sua garantia é, em geral, um tribunal não pertencente a nenhum dos três poderes clássicos: o Tribunal Constitucional.*”<sup>30</sup>

#### Quanto a **força vinculante da Constituição**:

As normas constitucionais, mesmo as diretivas e programáticas, devem orientar a atuação de todos os poderes estatais, permitindo que, em alguns casos ou situações, possam ser aplicadas diretamente, tanto no aspecto negativo – controle de constitucionalidade e outras normas infraconstitucionais –, mas também de forma afirmativa, seja para orientar algum posicionamento imperativo, seja para servir de fundamento para deferimento de uma prestação individual.

(...)

<sup>29</sup> “Nas palavras do próprio Guastini: ‘(...) deseoseñalar que ele concepto de constitucionalización, como yoloentiendo, no es un concepto bipolar (verdadero o falso), de forma que un ordenamiento únicamente puede estar constitucionalizado o no estarlo en absoluto, sin algúmpunto intermedio. Más biensostengo que la constitucionalización es una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en ele seno de laquel ordenamiento. (GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización Del ordenamiento jurídico*, cit. p. 50)” Nota de rodapé da página 30.

<sup>30</sup> Möller, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 32.

O caráter normativo da constituição consiste, na consideração de todos os dispositivos da constituição como verdadeiras normas jurídicas e, portanto, aptas para produzir efeitos jurídicos.<sup>31</sup>

Para Max Möllera necessidade de adequação à realidade reflete o problema de aplicação dessas norma *“que não oferecem uma solução a priori e, por isso, dever ter seu sentido construído dentro do próprio ordenamento para que possam ser aplicadas.”*<sup>32</sup>e daí decorre:

(...) a utilização de uma estrutura aberta para os princípios é quase que uma imposição ao legislador constitucional.

(....)

Nesse processo, o julgador não tem parâmetros de atuação definidos, pelo que inova no ordenamento. Assim surgem críticas relativas ao protagonismo judicial, desequilíbrio das relações entre os poderes, etc.<sup>33</sup>

Com referência a “sobreinterpretação da Constituição” o autor destaca que é uma das mais importantes características propostas pelo neoconstitucionalismo e nesse ponto destaca:

Quando Guastini se refere à sobreinterpretação da constituição está fazendo alusão à extensão da constituição a todos os espaços vazios do ordenamento, de forma que toda matéria regada por uma regra específica, encontre na constituição um mínimo de regulação. Conforme aponta, não há questão de legitimidade constitucional da qual se possa dizer que seja somente uma *politicalquestion*, algo puramente político, alheia ao conhecimento do juiz e da legitimidade constitucional das leis.

(...)

Nos ordenamentos constitucionais modernos, que preveem valores – ainda que, por vezes contraditórios – e normas gerais e abertas, nenhum caso que escape à precisão de uma

<sup>31</sup> Möller, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 34.

<sup>32</sup> Möller, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 35.

<sup>33</sup> Möller, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 35-36.

regra estaria submetida à simples discricionariedade. Ao contrário, dever do juiz nestes casos buscar uma solução de acordo com uma norma constitucional ou, melhor dito de forma a não contrariar nenhum dos valores constitucionais.”

(...)

Assim podemos resumir que o que propõe a sobreinterpretação é o fim da discricionariedade.<sup>34</sup>

Outra característica é aplicação direta das normas constitucionais e nesse ponto trazemos a lição de Pietro Perlingieri:

(...) a norma constitucional pode, também (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a fattispecie em consideração), ser a fonte na disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais - e dos valores por elas expressos - em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos.

(...)

Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra de hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.<sup>35</sup>

A interpretação conforme a lei, que não se confunde com interpretação conforme a constituição refere-se à:

Ante a consideração de que a inclusão de valores e princípios pode viabilizar a mais ampla possibilidade de interpretação, a preferência à solução prevista nas leis se apresenta como orientação interpretativa, com finalidade de limitar um pouco essa ampla gama de possibilidades.

(...)

Outrossim, os princípios geralmente conflitam com outros princípios, o que dificulta sua aplicação direta. Em razão dessas especificidades, a hermenêutica constitucional es

<sup>34</sup> Möller, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 36-37.

<sup>35</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11.

tabelece como máxima a preferencia das regras frete aos princípios.<sup>36</sup>

Outro ponto que mobiliza intensos debates é a característica referente a influência da Constituição sobre as relações políticas:

O argumento democrático neoconstitucionalista, (...), argumento central de toda a teoria, (...). Em razão de seu protagonismo, esta talvez seja, também, a parte da teoria que sofre maiores críticas, principalmente no que se refere à falta de legitimidade dos juízes para construir soluções jurídicas a partir de princípios ou para deixarem de aplicar determinada norma por entende-la conflitiva com um valor constitucionalmente positivado.

(...)

No caso constitucional, sustenta o neoconstitucionalismo como substanciais argumentos, que a atuação do constituinte em eleger determinados parâmetros intocáveis limitadores da decisão das maiorias pode ser considerada uma decisão racional que vise a evitar uma disposição em contrário no futuro.<sup>37</sup>

Por fim, apontamos a ponderação de Max Möller no sentido de ser necessária uma readequação de toda a teoria do direito para se adaptar a essa realidade:

(...) o modelo neconstitucionalista demanda do operador jurídico uma preparação teórica muito maior, assim como a necessidade de uma compreensão do funcionamento do sistema jurídico.

(...)

Enfim, a simples análise dos sistemas jurídicos contemporâneos – principalmente o nacional -, demanda uma readequação de toda a teoria do direito o que nos parece essencial para uma compreensão completa do neoconstitucionalismo, o qual, repetimos, constitui um movimento muito mais complexo do que efetivamente se observa em seu trato.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Möller, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 39-40.

<sup>37</sup> Möller, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.41-42.

<sup>38</sup> Möller, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.22.



### **a. Crítica e ponderações ao neoconstitucionalismo**

Uma das principais críticas refere-se aos exageros cometidos sob o argumento de que se trata de “neoconstitucionalismo”<sup>39</sup>

Atento a esta questão também escreveu o Professor Carlos Bastide Horbach:

Somando-se os três fatores aqui apresentados – nova hermenêutica constitucional, sociedade aberta dos intérpretes e Constituição analítica- uma conclusão alarmante exsurge: a Constituição dispõe sobre tudo e tudo pode ser qualquer coisa, segundo o critério de qualquer um!

(...)

Na verdade, essas decisões mostram como o “neo-constitucionalismo” faz com que o direito constitucional deixe de ser uma ciência objetivamente considerada e passe a ser a expressão emocional das intenções do intérprete, o que é reforçado com a conclusão de que, sob a ótica da dogmática constitucional, as velhas e novas técnicas de interpretação em nada diferem.<sup>40</sup>

### **Conclusão**

A temática ora tratada envolve como já exposto uma série de mudanças na concepção estritamente positivista que defendia que a atividade jurisdicional exercida pelo juiz é meramente aplicação de normas<sup>41</sup>, que não lhe cabe inovar,

---

<sup>39</sup> “Vale lembrar que, principalmente no ordenamento nacional, tem sido comum detectar exageros e abusos cometidos em nome de uma “prática neoconstitucionalista”, que justificaria tudo em nome desse novo movimento, que viria para aliar o direito à justiça. Basta lembrar, nesse âmbito, o caso da aplicação de princípios; onde julgados ou argumentos simplesmente proclamam o afastamento de uma lei porque viola determinado princípio, sem sequer mencionar os outros vários princípios de mesma hierarquia que a amparam” (Möller, Max. Teoria Geral do Neoconstitucionalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 21-22).

<sup>40</sup> HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. Revista dos Tribunais, ano 96, vol. 859, maio de 2007, p.89-90.

<sup>41</sup> Essa maneira de enxergar a atividade do juiz, como atividade exclusiva de aplicação ou não de normas está claramente exposta por Carl Schmitt em O guardião da constituição. (SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007).

interpretar ou usando a expressão de Mauro Cappelletti<sup>42</sup> de “criação de direito”, nesta ceara é importante frisar, que em que pese as discussões e avanços colecionados sobre a temática, a América Latina ainda é vista por muitos como atrasada, neste sentido é a análise feita pelo professor Juan E. Mendez:

Em graus variados, todos os sistemas judiciários na América Latina padecem de grave necessidade de modernização e adaptação aos novos problemas da sociedade.

Apenas a modernização, entretanto, não seria suficiente, mesmo se levada à sério, para resolver o problema.

(...)

Legislações substantivas e processuais que os tribunais aplicam estão ultrapassadas; assim mesmo, raramente são, se é que algum dia serão, emendadas para serem aplicáveis a realidades sociais mudadas. Os juízes são desencorajados consistentemente a fazer experimentos para adaptação criativa das leis antiquadas aos problemas que devem resolver diariamente. A herança da filosofia positivista de direito não permitiu uma evolução, e o resultado é um formalismo estulto que força os fatos da vida para dentro de categorias legais obsoletas ou simplesmente empurram os fatos da vida para fora dos tribunais. Quando o formalismo excessivo não é por si só um obstáculo à Justiça, atrasos

<sup>42</sup> “Em realidade interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e - no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo - reproduzi-los, ‘aplicá-los’ e ‘realizá-los’ em novo e diverso contexto, de tempo e lugar. É obvio toda reprodução e execução varia profundamente entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. (...)”

<sup>E</sup>, na verdade, o interprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa. (...)

Quando se afirma, como fizemos, que não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito torna-se contudo necessário fazer uma distinção, como dissemos acima para evitar sérios equívocos. De fato o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade - ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha - , não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do interprete. Discricionariedade não quer dizer necessáriamentearbitrariedade, e o juiz embora inevitavelmente criador do direito, não necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites a liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais” inCAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 21-24.

exaustivos e reconstituições incessantes acabam tendo o mesmo efeito.<sup>43</sup>

Em que pese a análise acima exposta acreditamos que no Brasil a realidade tem mudado e tende evoluir, pois, nos últimos anos a contribuição da academia na temática de Hermenêutica teve um aumento quantitativo e qualitativo considerável, neste sentido a discussão sobre o neoconstitucionalismo pode ter contribuído para esse fenômeno, ocorre que para além da discussão terminológica sobre o momento atual do constitucionalismo brasileiro, entendemos que as discussões trazidas a baila são importantes para a construção de um sistema mais eficiente e próximo do cidadão.

### Referências Bibliográficas:

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

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría Del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta/UNAM, 2007.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005.

CARBONELL, Miguel & GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Orgs). **El Canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010.

GARCIA, Othon M. **Comunicação em prosa moderna: aprenda a escrever, aprendendo a pensar**. 27 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, ano 96, vol. 859, maio de 2007.

MENDEZ, Juan E. **Reforma Institucional, inclusive acesso à justiça**: Introdução. in

MENDEZ, JUAN E. O'DONNELL, Guilherme. PINHEIRO, Paulo Sérgio. org. **Democracia, violência e injustiça: o Não-Estado de direito na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

<sup>43</sup> MENDEZ, Juan E. Reforma Institucional, inclusive acesso à justiça: Introdução. in MENDEZ, JUAN E. O'DONNELL, Guilherme. PINHEIRO, Paulo Sérgio. org. **Democracia, violência e injustiça: o Não-Estado de direito na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 244.

MOLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 nov. 2012.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoría de La constitución**. Madri: Alianza Editorial, S. A. 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios e votos. El Tribunal Constitucional y la política**. . Manuel Martínez Neira. Madrid: MínimaTrotta, 2008.

# O PAPEL DO AMICUS CURIAE NO ESTADO CONSTITUCIONAL: O EXAME CRÍTICO DE DMA VISÃO CONCRETISTA ABERTA

André Pires Gontijo<sup>1</sup>

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente pesquisa circunscreve-se no âmbito do direito constitucional, cujo objeto é a temática do *amicus curiae*, conferindo um enfoque na sua função no âmbito do Estado Constitucional.

Nos dias atuais, em que os magistrados ganham força pelo exercício da criação do Direito, em virtude da aplicação das normas do ordenamento jurídico aos diversos fatos concretos (realismo jurídico), cujo movimento é presenciado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em razão da interpretação da Constituição e das leis de um sistema *Civil Law* por uma Corte influenciada pelo *Common Law*<sup>2</sup>, observando-se, atualmente, um reflexo desse movimento no Supremo Tribunal Federal, faz-se necessária a participação de forças sociais no processo de tomada de decisão, a fim de exercer com plenitude e efetividade a cidadania e o pluralismo político, protegidos pela Constituição (CF, art. 1º, II, V, e parágrafo único).

Nesse sentido, é preciso observar os diversos aspectos inerentes a institutos que permitem a participação do cidadão (de forma direta ou indireta) no âmbito do processo constitucional. Dentre eles, se encontra o “amigo da Corte”, mecanismo processual previsto no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868, de 10.11.1999, o qual se caracteriza pela manifestação de órgãos ou entidades (de acordo com

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor da Graduação em Relações Internacionais, da Graduação e da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do UniCEUB. Pesquisador dos Grupos de Pesquisa Internacionalização dos Direitos e MERCOSUL. Líder do grupo de pesquisa Debatendo com o Supremo Tribunal Federal. Contato: <andre.gontijo@gmail.com>.

<sup>2</sup> Nesse sentido, confira os argumentos de SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation: federal courts and the law**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997.

a sua representatividade), geralmente no prazo de 30 dias, acerca de determina matéria que se mostre relevante ao interesse social.

Diante disso, apresenta-se a pergunta-chave dessa pesquisa: QUAL O PAPEL DO *AMICUS CURIAE* NO ESTADO CONSTITUCIONAL?

Com efeito, como fazer com que o cidadão, em um contexto de sistemas sociais complexos, participe do processo de tomada e de formação da decisão da Corte Constitucional? Há procedimentos legítimos que possibilitem a participação do cidadão no Estado Constitucional? Qual a maneira mais efetiva de se assegurar esta participação?

Para a resposta dessas perguntas é necessário, primeiramente, identificar a origem e a natureza jurídica do *amicus curiae*, para contextualizá-lo, segundo o procedimento adequado, nas diversas discussões envolvendo o controle de constitucionalidade das normas.

A jurisdição constitucional brasileira teve como primeiro passo para a democratização a promulgação da Constituição de 1988. No entanto, a interpretação do texto constitucional permaneceu restrita a uma “sociedade fechada de intérpretes”<sup>3</sup>, na qual o cidadão é reduzido à condição de mero espectador passivo das decisões proferidas pelos Ministros do STF, pelos pareceres e informações do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União e pelas manifestações propedêuticas dos demais legitimados (no caso de eles proporem determinada ação constitucional).

Com efeito, esse modelo de certa maneira impossibilita a interpretação da Constituição pelo cidadão e por setores mais amplos da sociedade civil, dificultando o desenvolvimento e o fortalecimento da posição do *amicus curiae*. Todavia, com o amadurecimento das instituições e o fomento do debate acerca da democratização da jurisdição constitucional, permite-se o processo de abertura da hermenêutica constitucional, com a evolução de práticas inovadoras, como as diversas formas de manifestação (dentre elas o *amicus curiae*).<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Cf. BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, v. 22, n. 78, p. 141-166, out./dez. 2004, p. 153.

<sup>4</sup> Cf. SILVA, Luiz Fernando Martins da. Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa. **Revista Jurídica. Brasília**, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/index.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm)>. Acesso em: 27.03.2006.

A fim de se evitar que a jurisdição constitucional se torne uma instância autoritária de Poder, Gustavo Binenbojm observa:

(...) há que se fomentar a ideia de sociedade aberta de intérpretes da Constituição, formulada por Peter Häberle, segundo a qual o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser elástico para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional.<sup>5</sup>

Nesse sentido, é importante esclarecer que a interpretação constitucional deve partir de um paradigma democrático, tornando-se possível se existir uma abertura procedimental para viabilizar as intervenções da sociedade civil organizada na formação do intérprete oficial da norma jurídica (a vontade geral).<sup>6</sup>

Dessa forma, o instituto deve participar dos procedimentos que tornam o Estado Constitucional brasileiro, pois ele representa a sociedade, de forma direta, nas discussões que resultam na mudança de procedimento em razão da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade emanadas pelo Poder Público, voltadas para as relações jurídicas do cotidiano dos cidadãos.

Nesse contexto, a importância desse estudo consiste na constatação do *amicus curiae* como um dos pontos de abertura do Estado Constitucional, o qual poderá contribuir com sua argumentação para, mediante a discussão a partir de vários pontos de vista, solucionar as controvérsias inseridas no contexto do controle de constitucionalidade das normas, observando-se o método discursivo de abordagem dogmático, não obstante o espaço para momentos dialético-reflexivos.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Cf. BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. Direito Federal: In: **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, v. 22, n. 78, p. 141-166, out./dez. 2004, p. 149.

<sup>6</sup> Cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. Lei n. 9.868/99: uma proposta hermenêutica democraticamente adequada. In: **Estudos de Direito Público: homenagem aos 25 anos do mestrado em Direito da UnB**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 85.

<sup>7</sup> Acerca dos métodos de abordagem, cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

Assim sendo, as Leis n.(s) 9.868/99 e 9.882/99<sup>8</sup> são meios de racionalizar com transparência os argumentos formadores do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, os quais levarão à conformação desses direitos no contexto social<sup>9</sup>, conferindo um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade.<sup>10</sup>

Mesmo que nessas leis se encontrem a maior e a mais importante abertura do processo de controle abstrato de constitucionalidade, cumpre ressaltar a importância de técnicas de decisões adequadas, a fim de que o STF – ao ser alertado sobre as consequências de suas decisões – adote uma jurisprudência com fundamento no interesse social, para concretizar o caminho da sociedade aberta de intérpretes da Constituição.<sup>11</sup>

Não obstante a efetividade (dessas leis) estar sendo alcançada de maneira progressiva, o que se observa é um avanço para o Estado Constitucional brasileiro, no sentido de se possibilitar a abertura dos julgamentos do controle abstrato a elementos externos que podem contribuir para a análise adequada da verificação de (in)constitucionalidade dos atos normativos, como o pedido de informações aos órgãos que emanaram o ato normativo (Lei n. 9.868/99, art. 6º), as informações adicionais, a solicitação de peritos, a fixação de audiências públicas ou a consulta aos demais tribunais sobre a aplicação do ato normativo no âmbito da respectiva jurisdição (Lei n. 9.868/99, art. 9º, §§ 1º, 2º, 3º)<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Trata-se de uma das tentativas de pluralizar o processo de interpretação constitucional, em que tais leis tentaram permitir que o cidadão pudesse ingressar diretamente com uma ação constitucional perante o Supremo Tribunal Federal.

<sup>9</sup> Cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. Lei n. 9.868/99: uma proposta hermenêutica democraticamente adequada. In: **Estudos de Direito Público: homenagem aos 25 anos do mestrado em Direito da UnB**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 85.

<sup>10</sup> Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**, a. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998, p. 161.

<sup>11</sup> Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**, a. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998, p. 163-164; SILVA, Christine Oliveira Peter da. Lei n. 9.868/99: uma proposta hermenêutica democraticamente adequada. In: **Estudos de Direito Público: homenagem aos 25 anos do mestrado em Direito da UnB**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 89.

<sup>12</sup> Nesse aspecto, importante destacar a atitude do Supremo Tribunal Federal em convocar audiências públicas para a contribuição da sociedade civil no processo de tomada de decisão. Até agora, foram realizadas audiências públicas no caso da ADI 3510 (que versa sobre a lei de biossegurança), na ADPF 101 (que envolve a questão dos pneumáticos usados) e na ADPF 54 (que cuida da antecipação terapêutica dos fetos anencefálicos).



Nesse sentido, inúmeros exemplos de nível procedimental podem expressar as consequências do caráter público processual da interpretação constitucional.<sup>13</sup> Destaca-se, sobretudo no Brasil, o papel do STF nessa função, na medida em que promove a abertura de cunho plural a intérpretes para a construção de sua jurisprudência constitucional, conforme as hipóteses previstas nas Leis n.(s) 9.868/99 e 9.882/99.<sup>14</sup>

Dessa forma, acentua-se que o papel do *amicus curiae* está intimamente ligado à evolução do processo. Logo, ao enunciar a natureza jurídica do *amicus curiae* como uma garantia institucional<sup>15</sup>, o faz em consonância com a alteração do conteúdo teórico do núcleo do processo, que em pleno momento pós-moderno, passa a ter uma nova concepção de jurisdição, definindo-se pelo dever de concretizar os valores da Constituição, cuja decisão parte dos princípios

---

<sup>13</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 97.

<sup>14</sup> A esse respeito, há uma expectativa para a continuação do julgamento da ADPF n. 54. Trata-se de discussão acerca da possibilidade de se efetuar a “antecipação terapêutica do parto” de fetos com má formação ou ausência de cérebro (anencéfalos). Além da contribuição de peritos sobre a questão técnica e conceitual acerca de quando se inicia a vida humana, figuram como *amici curiae* a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família – PRÓ-VIDA-FAMÍLIA, a Associação UNIVIDA, a Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF, a Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos – ADVOCACI, a Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH, a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, a Sociedade Brasileira de Genética Clínica, a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, o Conselho Federal de Medicina – CFM, a Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, a Escola de Gente, a Igreja Universal, o Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero (cf. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. *O instituto do amicus curiae como política pública de acesso à justiça*. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006). Cada uma das entidades contribui para a interpretação constitucional segundo os interesses das categorias que representam. Assim, as entidades religiosas ressaltam o direito à vida e buscam a improcedência do pedido, em razão dos fundamentos jurídico-religiosos que estabelecem o início da vida com a concepção. Outras entidades, como as de direitos humanos, dividem seus pontos de vista entre a vida do feto e o sofrimento dos pais em ter toda uma gestão e ver a criança falecer com pouco tempo de vida. A seu turno, as associações de pesquisadores e trabalhadores da saúde, além de defenderem a isenção dos profissionais na realização desse procedimento terapêutico, buscam viabilizar a possibilidade de utilização dos fetos para pesquisas, a fim de acelerar o encontro da solução desse problema. Por fim, há também as entidades que defendem a liberdade de escolha da mulher em relação à prosperação da gestação. Dentro desse contexto, ressalta-se que os *amici curiae* não irão decidir o tema, mas contribuirão com seus pontos de vista para a construção de uma decisão plural dentro do âmbito normativo do processo constitucional. Recentemente, o Relator – Ministro Marco Aurélio – realizou uma seqüência de audiências públicas, com o fito de reunir elementos levados pelos diversos segmentos da sociedade civil, contribuindo para a construção da decisão no processo de fiscalização abstrata.

<sup>15</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

constitucionais e dos direitos fundamentais<sup>16</sup>, em razão do núcleo do processo (iluminado pela teoria possibilista<sup>17</sup>) conter a dignidade da pessoa humana e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais como valores norteadores.

Portanto, além dessa abertura procedimental (que aos poucos está ganhando efetividade), cingir-se-á ao estudo do *amicus curiae*, verificando-se aspectos inerentes a sua origem, natureza jurídica, ao seu papel nos processos de constitucionalidade de efeitos abstratos, a fim de descobrir sua função no Estado Constitucional brasileiro.

## ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA DO *AMICUS CURIAE* NO BRASIL

### **Origem**

O *amicus curiae* é um instituto que prevê a possibilidade de entidades atuarem no sentido da universalização e realização do Direito<sup>18</sup>, cujo núcleo essencial contém o espírito do princípio democrático.

O professor Cezar Saldanha de Souza Júnior, nos Seminários Avançados realizados pelo Mestrado do UniCEUB, explicou com clareza solar a origem do instituto do *amicus curiae*. Ela transcende a ideia de *stare decisis*, na medida em que o instituto surgiu em virtude da reivindicação dos litigantes que estavam insatisfeitos com a aplicação do “precedente” em seus casos concretos, alegando que o precedente não apresentava as características peculiares que cada lide possuía. Assim, por meio da realização de *lobby* perante os Ministros da Suprema Corte, começou-se a apresentar argumentos para compor, de maneira abstrata, os fundamentos do precedente a ser aplicado de forma geral e vinculante mediante o *stare decisis*. Hoje, observa-se a organização da Suprema Corte dos Estados Unidos, que disciplina o procedimento para a manifestação dos interessados

<sup>16</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado constitucional. IN: **Jus Navigandi**, Teresina, a. 09, n. 635, 04.04.2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 24.05.2005.

<sup>17</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

<sup>18</sup> Cf. SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Ponto final: o *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro. **Correio Brasiliense**, Brasília, 25.03.2002, Caderno Direito e Justiça, n. 14190, p. 12.

e disponibiliza com antecedência os processos que serão julgados no decorrer do ano e a relação dos *amici curiae* que compõe os julgamentos.<sup>19</sup>

Um paralelo interessante a se fazer acerca de sua natureza jurídica é com o instituto perante o TCF alemão. O professor Leonardo Martins, em palestra proferida na UnB sobre o lançamento de seu livro<sup>20</sup>, afirmou que qualquer um (pessoa ou entidade de classe) pode submeter um memorial na qualidade *amicus curiae* perante o TCF. No entanto, há uma “cultura” estabelecida nesse procedimento, no sentido de que o cidadão ou as entidades de classe (associações, igrejas, partidos políticos) precisam submeter seus memoriais à análise de um catedrático de uma universidade, a fim de que ele os proponha perante o TCF<sup>21</sup>.

Ocorre que cada juiz do TCF possui a sua disposição três catedráticos para auxiliar nos julgamentos. Nesse sentido, o que era para ser um acesso plural à Corte Constitucional acaba se tornando um debate dialético entre catedráticos em uma linguagem técnica, segundo o perfil e linha de pensamento, fazendo com que o espírito do cidadão ou da entidade colocado no memorial original se perca em uma discussão teórica.

Nessa perspectiva, observa-se os esforços de Peter Häberle para construir uma teoria constitucional da sociedade aberta (fundada na perspectiva da sociedade popperiana-habermasiana). O próprio autor afirma que a sociedade aberta possui inúmeras acepções e reflexos<sup>22</sup>, e uma delas reflete seu posicionamento

<sup>19</sup> Com efeito, essa preocupação começa a se manifestar no STF, como se observa do trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADI n. 2.777: “(...) Mas entendo urgente que, mediante norma regimental, venhamos a encontrar uma fórmula que, sem comprometer a viabilidade do funcionamento do Tribunal — nesta, que é a sua função mais nobre: o julgamento dos processos objetivos do controle de constitucionalidade —, possamos ouvir, o que me parece extremamente relevante, o *amicus curiae* admitido. Admito, hoje, a sustentação oral e insto o Tribunal a que imaginemos uma fórmula regimental que a discipline, em especial, para as hipóteses em que sejam muitos os admitidos à discussão da causa.” (Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI n. 2777. Relator Ministro Cezar Peluso. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, *Informativo (STF)* n. 349 (26.11.2003). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30.09.2006).

<sup>20</sup> Cf. MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Coletânea original: Jürgen Schwabe. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

<sup>21</sup> Parte dessa constatação já é observada por Peter Häberle, pois o autor coloca que determinados recursos promovidos por associações de “co-gestão” (catedráticos) implementam uma interpretação que subtrai parte do bem comum buscado originalmente (cf. HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 98-99).

<sup>22</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **Antwort** [resposta]. Mensagem enviada por meio eletrônico [Peter. Haeberle@uni-bayreuth.de], recebida por [andre.gontijo@gmail.com] em 09.08.2006.

crítico, no sentido de que seu livro acerca da teoria da sociedade aberta<sup>23</sup> constitui uma crítica a essa “cultura catedrática”, ao estimular a participação de diversas entidades no processo de tomada de decisão.

Dessa forma, Häberle adota uma postura rebelde e evolucionista, porque intenta transformar a sociedade internamente, com a reflexão ético-filosófica própria do Estado-social, convidando para reflexão todos os intérpretes constitucionais, de qualquer parâmetro (social, econômico, jurídico-dogmático, deontológico, sociológico), a fim de poderem fazer releituras contextualizadas dos textos constitucionais – tanto para o cidadão, como para o jurista – e do papel dos magistrados no desempenho da Jurisdição Constitucional, para que a Constituição não se transforme em uma “ciência exotérica” de toda a cidadania. Como afirma o próprio Häberle, ou a Constituição pluralista é de “toda” a cidadania, ou a Constituição não é de nada, pois a compreensão que os cidadãos e suas respectivas associações obtêm de todo o processo será a autêntica Constituição do país.<sup>24</sup>

No Brasil, as previsões iniciais do instituto do *amicus curiae* não remetiam à ideia de pluralidade (CF, art. 1º, V) e de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV). Nesse aspecto, a primeira manifestação (com características semelhantes) foi com a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que oferecia pareceres ou prestava esclarecimentos em processos individuais – em razão de sua função fiscalizadora no mercado de valores mobiliários (Lei n. 6.385/76, art. 31 – acrescentado pela Lei n. 6.616/78) – não necessitando obrigatoriamente de demonstrar interesse no caso a ser julgado.<sup>25</sup>

Por conseguinte, a Lei n. 8.884/94 permite ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) intervir em processos sem a necessidade de se demonstrar o interesse na causa em questão (Lei n. 8.884/94, art. 89).<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

<sup>24</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 21-22, 56, 75 e 94.

<sup>25</sup> Cf. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. **O instituto do amicus curiae como política pública de acesso à justiça**. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006.

<sup>26</sup> Cf. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. **O instituto do amicus curiae como política pública de acesso à justiça**. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006.

Nessa perspectiva, a Lei n. 9.868/99 trouxe a previsão do instituto de forma ampla na ADI e na ADC (art. 7º, § 2º) e nos demais processos de efeito concreto (o art. 29 acrescentou o § 3º ao art. 482 do CPC, cuja redação é muito semelhante ao § 2º do art. 7º). Além disso, outras leis, como a Lei n. 9.882/99 (que institui a ADPF – art. 6º, §§ 1º e 2º)<sup>27</sup> e a Lei n. 10.259/01 (que institui os Juizados Especiais Federais – art. 14, § 7º) prevêm o instituto do *amicus curiae* em seus respectivos textos normativos.<sup>28</sup>

Assim, para ter em mente o *amicus curiae* como uma política pública de acesso à justiça, é preciso conhecer seus poderes e prerrogativas, além de suas possíveis influências na construção do processo de tomada de decisão dos magistrados.<sup>29</sup>

Antes da Lei n. 9.868/99, o *amicus curiae* era como um colaborador informal, o qual apresentava memoriais a serem juntados por linha (ou seja, fora do curso do processo, na capa dos autos), como se observou no contexto do Agravo Regimental da ADI n. 748, cujo relator era o Ministro Celso de Mello.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> O Ministro Marco Aurélio – na apreciação da ADPF-MC n. 54 – entendeu que o art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.882/99 não prevê hipótese de *amicus curiae*, apesar desse dispositivo mencionar que o relator poderá fixar data para a declaração, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (Lei n. 9.882/99, art. 6º, § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria). Todavia, o Ministro Marco Aurélio deixa margem à possibilidade de aplicação por analogia da Lei n. 9.868/99 em sede de ADPF (Cf. TARANTO, Caio Márcio Gutterres. O juiz na qualidade de *amicus curia* em precedentes judiciais aptos a ensejar a produção de súmula com efeito vinculante. *Direito federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, a. 23, n. 82, p. 25-43, out./dez. 2005, p. 30). Nesse ponto, acredita-se que tanto o § 1º (redação acima) quanto o § 2º do art. 6º (Lei n. 9.882/99, art. 6º, § 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo) são instrumentos aptos a demonstrar a pluralidade de idéias que o *amicus curiae* representa, caracterizando-se, portanto, que o *amicus curiae* é um instituto previsto nos dois parágrafos do art. 6º da Lei n. 9.882/99.

<sup>28</sup> Cf. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. **O instituto do *amicus curiae* como política pública de acesso à justiça**. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006.

<sup>29</sup> Cf. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. **O instituto do *amicus curiae* como política pública de acesso à justiça**. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006.

<sup>30</sup> Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Agravo Regimental na ADI n. 748. Relator Ministro Celso de Mello, DJ 18.11.1994. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14.06.2006.

Após o advento da Lei n. 9.868/99, o STF (na QO-ADI n. 2.223) permitiu a integração e manifestação do *amicus curiae* no processo constitucional, com a juntada de documentos, mas sem a autorização para a sustentação oral.<sup>31</sup>

Com efeito, apenas no julgamento das QO-ADI(s) n.(s) 2.675 e 2.777 é que o STF permitiu a sustentação oral dos terceiros admitidos no processo abstrato de constitucionalidade, qualificando-os como *amicus curiae*.<sup>32</sup>

Nos dias atuais, a Regra (*Rule*) n. 37 do Regimento Interno da Suprema Corte disciplina o instituto do *Amicus Curiae* nos Estados Unidos (EUA). O procedimento no sistema jurídico dos EUA é mais complexo, pois para se chegar à condição de *amicus curiae*, o requerente tem o dever de apresentar o consentimento das partes envolvidas na lide acerca de todos os seus atos de participação (memoriais e sustentação oral, por exemplo). No entanto, mesmo não havendo o consentimento das partes, o “candidato a *amicus curiae*” deverá juntar a seu pedido de admissão as razões do não consentimento, porque independentemente do consentimento das partes litigantes, a Suprema Corte ainda pode determinar uma audiência prévia com as partes para solucionar a questão ou ainda admitir de ofício o ingresso do requerente com *amicus curiae* no processo.<sup>33</sup>

Nesse contexto, o Ministro Gilmar Mendes acredita que a prática instituída na Suprema Corte dos Estados Unidos de apresentação de memoriais pelos *amici curiae* (*amicus curiae brief*) é o exemplo cultural a ser estudado, adaptado e seguido, pois permite àquela Corte a conversão de um processo aparentemente subjetivo e de efeitos concretos de controle de constitucionalidade em um processo objetivo, por se interessar a todos, assegurando-se, por essa razão, a participação das mais diversas pessoas e entidades.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. QO-ADI n. 2.223. Relator Ministro Marco Aurélio. **Informativo (STF) n. 246**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14.06.2006. Ressalta-se nesse precedente o debate ocorrido entre os Ministros Marco Aurélio, Moreira Alves, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, juntamente com Luís Roberto Barroso (na qualidade de advogado) acerca da possibilidade de sustentação oral como *amicus curiae* que, na época, não ocorreu.

<sup>32</sup> Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. QO-ADI n. 2.675, Relator Ministro Carlos Velloso; QO-ADI n. 2.777, Relator Ministro Cezar Peluso. **Informativo (STF) n. 331**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14.06.2006.

<sup>33</sup> Cf. SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa*. In: **Revista Jurídica**. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/index.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm)>. Acesso em: 27.03.2006.

<sup>34</sup> Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 2.548. Relator Ministro Gilmar Mendes. **Informativo (STF) n. 406**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02.02.2006.

Nesse sentido, é importante ressaltar a decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes na ADI n. 3.494, cuja admissão de *amicus curiae* “confere ao processo um colorido diferenciado”, dando-lhe um caráter aberto e pluralista para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito. Dessa forma, são imprescindíveis as considerações do Ministro:

Na ADIn n. 2.690-RN (Relator Ministro Gilmar Mendes), o Relator, considerando a conversão da ação para o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99, admitiu a participação do Distrito Federal, dos Estados de Goiás, de Pernambuco, do Rio de Janeiro, da Associação Brasileira de Loterias Estaduais (ABLE) e, ainda, determinou uma nova audiência da Procuradoria-Geral da República. Essa construção jurisprudencial sugere a adoção de um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões. Essa nova realidade pressupõe, além de amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional lançar mão de quaisquer das perspectivas disponíveis para a apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado.<sup>35</sup>

O *amicus curiae* está implementando uma significativa modificação na jurisdição e no processo constitucional brasileiro, cuja consequência é o alargamento para participar e interpretar a Constituição nos processos de controle de constitucionalidade.<sup>36</sup>

Com efeito, a introdução do “amigo da Corte” abriu espaço para novos “atores” do processo constitucional brasileiro<sup>37</sup>, os quais requerem ingresso na discussão da constitucionalidade de atos normativos que ameacem ou violem os

---

<sup>35</sup> Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão monocrática na ADI n. 3.494, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 22.02.2006. ADI, ADC, ADPF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30.09.2006.

<sup>36</sup> Cf. SILVA, Luiz Fernando Martins da. Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa. In: **Revista Jurídica**. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/index.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm)>. Acesso em: 27.03.2006.

<sup>37</sup> Como as associações de magistrados, de advogados, de membros do Ministério Público, das entidades do movimento social, comunidades étnicas e raciais, comunidades e entidades religiosas, ONGs, Ministério Público e outros órgãos e entidades governamentais.



interesses e direitos coletivos dos grupos que representam ou os direitos difusos inerentes à sociedade, podendo, dessa forma, apresentar memoriais, pedidos de sustentação oral ou até mesmo requerer a oitiva de testemunhas e peritos.<sup>38</sup>

Todavia, não se visualiza o *amicus curiae* apenas como o responsável por prestar informações por meio de um memorial ou chamar a atenção da Corte para alguma matéria que lhe escape do processo de tomada de decisão.<sup>39</sup> Encontra-se o *amicus curiae* como uma garantia institucional em defesa do cidadão, o qual, por meio do acesso à justiça, busca iluminar o processo de construção da decisão com seus fundamentos constitucionais.

O *amicus curiae*, nesse contexto, passa a ser o canal da comunicação – entre o “ambiente” sociedade civil organizada (sociedade aberta de intérpretes) e o “sistema social” STF – e, ao mesmo tempo, a garantia institucional que os cidadãos possuem para levar seu ponto de vista ao processo de tomada de decisão da Corte Suprema.

## O *amicus curiae* como uma garantia institucional

Os fundamentos constitucionais do *amicus curiae* podem ser observados em relevantes preceitos normativos da Constituição<sup>40</sup>, como a cidadania (CF, art. 1º, II), o pluralismo político (CF, art. 1º, V), o exercício dos poderes constitucio-

<sup>38</sup> Cf. SILVA, Luiz Fernando Martins da. Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa. In: **Revista Jurídica**. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/index.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm)>. Acesso em: 27.03.2006.

<sup>39</sup> Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**, a. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998, p. 162.

<sup>40</sup> No contexto de um Estado Principiológico, cuja ênfase se observa na construção do sentido e delimitação da função das normas (ou preceitos) constitucionais (no que se refere à sua interpretação e à sua aplicação), Humberto Ávila assevera que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. O autor, segundo as lições de Ricardo Guastini, afirma que o dispositivo é o objeto da interpretação, enquanto a norma é o seu resultado. Nesse sentido, salienta uma importante distinção, assinalando a inexistência de correspondência entre dispositivo e norma. Assim, a atividade do intérprete não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos, mas em construir os sentidos de maneira que a qualificação normativa dependa de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto e nem lhe pertençam, mas que sejam construídas pelo intérprete, de acordo com a realização dos fins e a preservação dos valores estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, mais de um dispositivo pode construir uma norma, como é o caso do *amicus curiae*, em que vários dispositivos constitucionais, somados ao art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, dão ensejo a esta garantia institucional (Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed., aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 15 e 22-26).



nais diretamente pelo povo (CF, art. 1º, parágrafo único), a livre manifestação do pensamento (CF, art. 5º, IV), o direito à livre convicção política e/ou filosófica (CF, art. 5º, VIII), ao acesso à informação (CF, 5ª, XIV), ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), e a representação da legitimidade ativa na propositura de ações constitucionais (CF, art. 1º, parágrafo único, c/c art. 103), todos com os sentidos concatenados por meio do princípio da Unidade da Constituição<sup>41</sup>.

Nessa perspectiva, o fundamento magno e estrutural desse instituto processual está contido nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa, consubstanciado, segundo o professor Peter Häberle, no princípio da esperança, o qual consiste no dever de cada cidadão (o povo) tomar parte dos aspectos políticos decisórios que o circundam, a fim de possuir o *status activus processualis* para possibilitar, dentro desse contexto, a concretização da sociedade aberta de intérpretes da Constituição.<sup>42</sup>

O povo, para Peter Häberle<sup>43</sup>, é concebido como uma “grandeza pluralística”, uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas (partidos, igrejas, associações, pessoas ou grupos formadores de opinião, vontades, correntes políticas) que atuam nos momentos do processo de tomada de decisão. Canotilho, ao mesmo tempo em que adota o conceito do professor Häberle, concebe o povo

---

<sup>41</sup> Este princípio visa integrar normas e princípios dialéticos da Constituição em um sistema coeso, cujo elo de ligação é a própria Constituição. Trata-se de método para fomentar a função do intérprete à luz dos dispositivos constitucionais. Como fonte originária, cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. Ele foi desenvolvido por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1183-184. Para uma abordagem atual e mais combativa do assunto, cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 277-279; e *Hermenêutica Constitucional e os Princípios Norteadores da Concretização das Normas Constitucionais*. In: **Notícias do Direito Brasileiro**. Brasília: UnB, n. 09, p. 155-175, 2002.

<sup>42</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **Libertad, Igualdad, Fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional**. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Minima Trotta, 1998. De maneira atual e combativa, cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Interpretação constitucional no século XXI: o caminhar metodológico para o concretismo constitucional sob a influência de Peter Häberle*. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, a. 02., n. 08, p. 05-39, abr./jun. 2005.

<sup>43</sup> Häberle conceitua povo em um contexto de um catálogo sistemático de intérpretes da esfera pública pluralista. Nesse sentido, cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 19-28; HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 94-97.

em um sentido político, como grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representações de natureza política.<sup>44</sup>

Assim, o povo (em sentido político) não é apenas aquele definido por uma norma ou os participantes do sufrágio, tão pouco os membros da “maioria” do processo decisório. Para Canotilho, “povo real” é todo aquele que pertence à comunidade aberta de sujeitos constituintes<sup>45</sup>, ou na visão de Peter Häberle, os membros da sociedade aberta de intérpretes da Constituição.<sup>46</sup>

Nesse aspecto, o elemento democrático do Estado Constitucional se justifica pela necessidade de legitimar o exercício do poder político, na medida em que se considera a democracia como um valor (e não mais um processo), assegurando-se o direito à participação nos processos de tomada de decisão pela concretização, em procedimentos juridicamente regulados, do princípio da soberania popular.<sup>47</sup>

A garantia dos direitos fundamentais exige a participação do povo no procedimento para a sua realização. Assim sendo, a organização e o procedimento, por um lado, e os direitos fundamentais de outro, desenvolvem uma espécie de eficácia recíproca, na medida em que os direitos fundamentais influenciam na organização e no procedimento, de forma a iluminá-los.<sup>48</sup>

O procedimento torna a Constituição dinâmica, sendo o meio de comunicação entre cidadão-Estado (e vice-versa). A participação em procedimentos justos permite que o intérprete influencie qualitativamente no resultado das decisões, tornando-se um mecanismo de compensação e garantia dos cidadãos perante as tarefas estatais crescentes de conformação política e econômica.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 75.

<sup>45</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 76.

<sup>46</sup> Acerca do catálogo sistemático de intérpretes da esfera pública pluralista e do conceito de povo, cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 19-28; HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 94-97.

<sup>47</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 100.

<sup>48</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 599 e 653.

<sup>49</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1036.

O *amicus curiae* é um instituto que visa auxiliar a Corte no processo de tomada de decisão, sustentando (por meio de memoriais e exposições orais) determinada tese jurídica em defesa de interesses público e privados de terceiros (indiretamente afetados pelo desfecho da questão), protegendo, dessa forma, direitos de grupos identificados (direitos coletivos) ou direitos difusos inerentes a toda sociedade.<sup>50</sup>

Com efeito, Luiz Fernando Martins da Silva acentua a importância dos *amici curiae* para a proteção dos direitos fundamentais, no que diz respeito a atos normativos que ameacem o núcleo essencial de direitos humanos fundamentais de caráter civil, político, econômico, social ou cultural<sup>51</sup>, positivados (ou não) nas Constituições e em instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.<sup>52</sup>

O *amicus curiae*, dentro desse contexto, pode ser considerado uma garantia institucional em defesa dos interesses da sociedade aberta e plural de intérpretes. Como nos ensina Paulo Bonavides, garantia remete à ideia de segurança, existindo sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo a ser combatido. No sentido axiológico, político e jurídico, conecta-se aos valores da liberdade e da pessoa humana como instrumento de sua proteção, girando (desde sua concepção) em torno desses dois pólos e, no século XX, contornando o centro gravitacional de um terceiro pólo: a instituição.<sup>53</sup>

Canotilho, por sua vez, confere alcance substancialmente subjetivo às garantias, pois estas “reconduzem-se ao direito de os cidadãos exigirem dos pode-

---

<sup>50</sup> Cf. SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae*, Direito e Ação Afirmativa. *Revista Jurídica*. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/index.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm)>. Acesso em: 27.03.2006.

<sup>51</sup> Como a proteção da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), do direito à vida e da igualdade (CF, art. 5º, *caput*), do direito ao trabalho (CF, art. 5º, XIII c/c art. 6º), do direito à terra (CF, art. 5º, XXII, XXIII c/c art. 184), do direito a um meio ambiente equilibrado (CF, art. 225), do combate à discriminação racial e ao racismo (CF, art. 5º, XLI e XLII), do direito à liberdade de religião e de culto (CF, art. 5º, VI), da liberdade de imprensa (CF, art. 5º, IX e XIV) e da garantia de prerrogativas funcionais e institucionais, dentre outras (Cf. SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae*, Direito e Ação Afirmativa. *Revista Jurídica*. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/index.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm)>. Acesso em: 27.03.2006).

<sup>52</sup> Cf. SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae*, Direito e Ação Afirmativa. *Revista Jurídica*. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/index.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm)>. Acesso em: 27.03.2006.

<sup>53</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 525-526.

res públicos a proteção de seus direitos e o reconhecimento e consagração dos meios processuais adequados a essa finalidade”.<sup>54</sup>

Nesse sentido, a garantia se apresenta como um escudo frente aos desvios de poder do Estado, cuja concretização se tornou tão importante quanto os direitos contidos e enunciados pela Constituição. Portanto, a garantia constitucional é a mais alta das garantias de um ordenamento jurídico, em função de sua superioridade, utilizando-a para estabelecer o respeito às normas que protege, ganhando amplitude e valor instrumental de meio defensivo, vinculado a uma prestação do Estado.<sup>55</sup>

Com o surgimento do Estado social e a ampliação das formas funcionais institucionalizadas, Carl Schmitt foi um dos precursores do estudo dessas garantias, chamando-as de garantias institucionais. Seu conceito converte-se em uma das colunas do Estado social, deslocando o eixo do poder na vida do Estado, trazendo a hegemonia da sociedade para o núcleo das instituições.<sup>56</sup>

Com efeito, a garantia institucional tem sido analisada como um instituto de direito público, não podendo deixar de ser a proteção conferida pela Constituição a algumas instituições, bem como a determinados direitos fundamentais providos de conteúdo institucional, cuja importância é reconhecida pela sociedade.<sup>57</sup>

Por essa razão, Paulo Bonavides alarga o conceito de garantia constitucional para conjugar o conteúdo das garantias institucionais, como se observa: “a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado”.<sup>58</sup>

Carl Schmitt assevera que a garantia institucional possui o sentido de ministrar uma proteção especial a determinadas instituições, caracterizando-se

---

<sup>54</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 970.

<sup>55</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 532-534.

<sup>56</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 534-535.

<sup>57</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 537.

<sup>58</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 537.

como uma proteção qualificada. Seu círculo de atuação foi dilatado pelo constitucionalismo de Weimar em uma dissolução sociológica, variando-se a garantia segundo o valor da instituição.<sup>59</sup>

As garantias institucionais se tornam efetivas mediante pressões sociais das potências públicas pluralistas, visando-se assegurar a permanência da instituição, a fim de evitar o perecimento do conteúdo protegido.<sup>60</sup>

Nesse sentido, a participação do *amicus curiae* no processo constitucional – como uma garantia institucional – deve ser iluminada pelos fundamentos das teorias dos direitos fundamentais que o instituto visa proteger.

A fim de se explicar os vários aspectos inerentes aos direitos e garantias fundamentais, alguns autores<sup>61</sup> criaram tipologias de teorias que explicam a caracterização desses direitos e garantias.

Nesse sentido, uma diferenciação inicial que se pode fazer entre as teorias materiais (de Böckenförde) e as interpretativas (de Alexy) é que as primeiras visam atribuir um sentido, um conteúdo, dar uma explicação determinada aos direitos fundamentais, ao passo que as segundas trabalham com o caráter geral, com as concepções sobre a finalidade e a estrutura dos direitos fundamentais.<sup>62</sup>

Com efeito, para a teoria axiológica dos direitos fundamentais (teoria da integração de Rudolf Smend), o Estado constitui um permanente processo de integração de uma comunidade de valores, colocando os direitos fundamentais como um sistema de valores fundamentais da comunidade, em que a constitucionalização expressa uma decisão axiológica da comunidade.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 540-541.

<sup>60</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 542. No mesmo sentido: HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 28.07.2006.

<sup>61</sup> Cf. SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza, 1998; ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; e BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Teoría e interpretación de los derechos fundamentales**. In: **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Inacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, p. 44-71, 1993.

<sup>62</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 36.

<sup>63</sup> Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Teoría e interpretación de los derechos fundamentales**. In: **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Inacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, p. 44-71, 1993, p. 57.

Por sua vez, a teoria democrático-funcional diz respeito à função pública e política dos direitos fundamentais, de maneira que a funcionalização das liberdades não as transforma apenas em direitos, mas também em um serviço público, propiciando aos direitos fundamentais um alcance de seu sentido e significado como fatores constitutivos de um livre processo de produção democrática de formação da vontade política.<sup>64</sup>

Nessa perspectiva, como caracterizar o *amicus curiae* como uma garantia institucional a serviço de seus representantes (a comunidade), como defensor dos cidadãos em um plano abstrato?<sup>65</sup>

Robert Alexy assevera que uma teoria apenas não é suficiente para explicar a natureza dos direitos fundamentais, sendo necessário (dependendo do caso) apresentar uma teoria combinada, porque a insuficiência das teorias unipontuais é revelada na hipótese de colisão de direitos fundamentais, em razão de cada teoria tentar solucionar a colisão preponderando para o conteúdo do núcleo essencial mais próximo de seu fundamento, estando-se próximo de um “efeito hierarquizante”.<sup>66</sup>

Assim, o próprio Alexy confere à teoria combinada uma terminologia mais adequada, chamando essa necessidade de se compreender os direitos fundamentais como uma teoria integracionista, em virtude da importância de se tomar em conta uma pluralidade de pontos de vista, a fim de se controlar uma colisão de direitos (colisão “jurídica”) e de teorias (colisão “metajurídica”), preservando-se a unidade da Constituição.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: Escritos sobre derechos fundamentales.** Trad. Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, p. 44-71, 1993, p. 60-61.

<sup>65</sup> Dentro desse questionamento, inserem-se outras perguntas importantes para essa pesquisa sobre o amigo da Corte: (a) A função dos direitos fundamentais de promoção da igualdade material (proteção de uma minoria parlamentar, por exemplo, em uma edição de um ato normativo, ou na discussão de uma ADI) e a função de assegurar o pluralismo e a tolerância se aplicam ao *amicus curiae*? (b) A solidariedade ou a fraternidade (fundamento da 3ª dimensão dos direitos fundamentais) que impõe ao papel do Poder Judiciário novas conformações na sociedade (em razão de suas decisões terem reflexos não mais no indivíduo, mas a cada dia em toda a coletividade) implica no direito da sociedade em participar da construção da decisão (dependendo da hipótese como *amicus curiae*)? (c) É direito fundamental do intérprete em, tendo os requisitos legais (Lei n. 9.868/99, art. 7º, § 2º), poder contribuir para a construção da decisão da Corte no âmbito do Estado Constitucional?

<sup>66</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 37-38.

<sup>67</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 38.

Dentro desse contexto de fundamentos constitucionais e estruturantes, tem-se na ideia de *amicus curiae* um direito fundamental do intérprete em contribuir (possuindo os requisitos legais) para a construção da decisão da Corte no âmbito do processo constitucional, a fim de levar ao Judiciário lesão ou ameaça a direitos (CF, art. 5º, XXXV) da categoria de cidadãos que representa.

Nesse sentido, iluminado por uma perspectiva objetiva-institucional<sup>68</sup>, o amigo da Corte constitui-se como um valor<sup>69</sup> de uma sociedade aberta de intérpretes, levando o Poder Judiciário a também se inserir na perspectiva institucional da dimensão difusa dos direitos fundamentais, pois em razão do reflexo de suas decisões na coletividade, esta reivindica o direito de participar do processo de tomada de decisão.

Assim, no contexto dos direitos fundamentais ligados à ideia de democracia, verifica-se a possibilidade de eles serem (ao mesmo tempo) pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo (CF, art. 4º, III), por intermédio de cada cidadão, mediante o reconhecimento de um espaço de liberdade real, outorgando-se o direito à participação na conformação da comunidade e do processo político, no sentido de que a garantia de exercício desses direitos políticos é considerada o fundamento funcional da ordem democrática e, conseqüentemente, parâmetro de sua legitimidade.<sup>70</sup>

Nesse aspecto, nos ensina Paulo Gustavo Medeiros Carvalho:

Para o desenvolvimento da democracia e da cidadania plena são necessárias políticas públicas com o objetivo de garantir o acesso à justiça, não apenas no seu aspecto formal, mas também garantir a efetividade de um processo justo

---

<sup>68</sup> Acerca dos direitos fundamentais sob a perspectiva institucional, cf. HÄBERLE, Peter. **La libertad fundamental en el Estado Constitucional**. Trad. Jürgen Saligmann, César Landa, Carlos Ramos e Antonio Luya. San Miguel, Peru: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997 e LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come istituzione**. Trad. Stefano Magnolo e Rev. Luigi Pannarale. Bari, Itália: Edizioni Dedalo, 2002.

<sup>69</sup> No aspecto filosófico, a reflexão sobre valores tem problemas de difícil solução. Um deles diz respeito à fundamentação, a qual se baseia no consenso. Seria dada pela medida de aceitação dos valores, sujeita à mutação da concepção de natureza humana ao longo das eras. Outro aspecto se relaciona à pluralidade de valores, pois se questiona quais valores valem ou não, ou quais valem mais ou menos para determinada comunidade. Nesse sentido, a pluralidade de valores decorre da pluralidade de orientações filosóficas, políticas e ideológicas, característica marcante da pós-modernidade (Cf. STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 115-116).

<sup>70</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 70-71.

e adequado, uma vez que assim, haverá uma igualdade de condições dos indivíduos pertencentes à comunidade.<sup>71</sup>

Logo, a liberdade de participação política do cidadão, como possibilidade de intervenção no processo de tomada de decisão, exercendo efetivamente atribuições inerentes à soberania (CF, art. 1º, I), constitui complemento das demais liberdades, uma vez que é função decisiva dos direitos fundamentais garantir o poder de voz dos atores sociais, salientando-se, portanto, a importância da liberdade de participação e a garantia da liberdade de autonomia.<sup>72</sup>

### **Atuação Do Amicus Curiae Nos Processos De Controle Abstrato De Constitucionalidade**

A fiscalização judicial da Constituição constitui um dos mais relevantes meios de controle acerca da observância e do cumprimento das normas constitucionais. A fiscalização da constitucionalidade é uma garantia de observância da Constituição, uma vez que assegura a dinamização de sua força normativa, e ao mesmo tempo é uma garantia preventiva por evitar a existência de atos normativos violadores das normas constitucionais.<sup>73</sup>

O controle normativo abstrato implica em uma competência especialmente ampla das Cortes Constitucionais, não entrando de maneira direta no processo político, pois depende sempre das particularidades do Estado Constitucional, caso se queira permitir uma competência tão política. Com efeito, ressalta Häberle que uma democracia jovem deveria proceder com muita cautela na concessão de competências abstratas ao Tribunal Constitucional, porque poderia por em risco a própria autoridade dessa Corte.<sup>74</sup>

Os Tribunais (em especial os constitucionais) estão vinculados à tarefa de defesa dos direitos e interesses constitucionalmente protegidos dos cidadãos, por

<sup>71</sup> Cf. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. **O instituto do amicus curiae como política pública de acesso à justiça**. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006.

<sup>72</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 71.

<sup>73</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 971.

<sup>74</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. In: **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 136.



meio do processo – aplicado no exercício da função jurisdicional – ou mediante a determinação e direção das decisões pelos direitos fundamentais materiais.<sup>75</sup>

Nesse sentido, a participação do cidadão entra em cena, em especial com o “amigo da Corte”, a fim de conferir pluralidade e legitimidade nos argumentos postos no contexto do processo de tomada de decisão.

Observa-se a evolução do papel do *amicus curiae* na sua atuação perante o STF, o qual começou como um “colaborador informal”, com um memorial juntado por linha (ADI n. 748-AgReg); avançou no reconhecimento como *amicus* e de seu papel como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte (enquanto Tribunal Constitucional) demonstrando as razões que tornam desejável e útil a sua atuação na causa por meio de manifestação escrita (ADI n. 2.130); modificou o entendimento do STF, no sentido de proceder a uma leitura sistemática do art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, alterando o marco temporal para o ingresso na qualidade de *amicus*, em prol de uma perspectiva pluralista do controle abstrato das normas (da ADI n. 2.238 para a ADI n. 1.104); outra modificação de entendimento, passando a poder sustentar oralmente (da ADI n. 2.321 para a ADI n. 2.777), em razão da finalidade da norma em democratizar o processo de controle concentrado de constitucionalidade, além de poder suscitar, perante o relator, a adoção de providências instrutórias (Lei n. 9.868/99, art. 9º, §§ 1º, 2º, e 3º).<sup>76</sup>

Cumpra ainda ressaltar a legitimidade do *amicus curiae* na esfera recursal (CF, art. 5º, XXXV e LV, c/c CPC, art. 499), no caso de sua não admissão no feito ou de manifestar sua insurgência contra decisões que não acolherem seus argumentos, podendo propor também agravo regimental contra decisões interlocutórias do relator, embargos de declaração contra acórdãos e cautelares de mérito, ou até mesmo Recurso Extraordinário (RE) das decisões que declarem a (in)constitucionalidade no controle abstrato no âmbito estadual (CF, art. 102, III c/c CPC, art. 512).<sup>77</sup>

<sup>75</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 598.

<sup>76</sup> Cf. BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. In: **Direito Federal: revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil**, v. 22, n. 78, p. 141-166, out./dez. 2004.

<sup>77</sup> Cf. BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. In: **Direito Federal: revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil**, v. 22, n. 78, p. 141-166, out./dez. 2004.

Além de abertura procedimental concedida pela Corte e seu papel em pluralizar o debate constitucional, a fim de conferir legitimidade democrática às decisões do STF, chega o momento em que todos aqueles aptos a ingressar e contribuir na qualidade de *amicus curiae* devem se preparar para o desempenho de uma nova função.

Em razão da evolução do controle de constitucionalidade no âmbito do STF, no que diz respeito à mudança de enfoque na análise das controvérsias constitucionais, o “amigo da Corte” deve se adaptar à modificação paradigmática do conteúdo do núcleo do processo. Antes, se discutia se o núcleo do processo gravitava em torno da lide (doutrina de Carnelutti), ou se estava na atuação da vontade concreta da lei (teoria de Chiovenda). Agora, em pleno momento pós-moderno, é necessário verificar a concepção contemporânea de jurisdição, que se define pelo dever de concretizar os valores da Constituição, cuja decisão parte dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais<sup>78</sup>, em razão do núcleo do processo (iluminado pela teoria possibilista<sup>79</sup>) conter a dignidade da pessoa humana e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais como valores norteadores.

Nessa perspectiva, a ação procedimental do *amicus curiae* não pode ser mais a mesma. Os aptos a atuarem como “amigos da Corte” devem ter consciência desse novo papel, a fim de modificarem a forma de atuação, para não se tornarem “*inimicus curiae*”<sup>80</sup>.

Na apresentação de memoriais, na sustentação oral, no requerimento de diligências, em todas as suas ações, o *amicus* deve ter em mente que exerce o papel de uma garantia institucional em defesa do cidadão e das potências públicas e pluralistas da sociedade, cujo conteúdo de suas ações deve mostrar à Corte o pluralismo e a necessidade de compreensão dos casos em debate, visando con-

<sup>78</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado constitucional. In: **Jus Navigandi**, Teresina, a. 09, n. 635, 04.04.2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 24.05.2005.

<sup>79</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

<sup>80</sup> Tal expressão foi proferida pela Ministra Ellen Gracie, na ADI n. 3.685, em que os Ministros se depararam com um memorial de *amicus curiae* contendo 100 páginas. Na discussão acerca do tema, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou a necessidade de “profissionalização do *amicus curiae*”, a fim de que advogados e consultores se especializem nos procedimentos referentes ao ingresso no processo na qualidade de *amicus*. A própria Suprema Corte dos EUA já passou por situações até piores, em que uma das alternativas foi criar regras específicas de atuação do *amicus*, conforme o teor da Regra n. 37 de seu regimento interno.

tribuir para o balanceamento dos direitos fundamentais diante do controle de constitucionalidade da questão discutida.

Nesse contexto, o amigo da Corte também possui a função de estabelecer uma legitimação social por representar interesses gerais de uma comunidade ou expressar valores essenciais e relevantes de determinado grupo, cuja finalidade consiste no aprimoramento do processo de tomada de decisão do Poder Judiciário, permitindo que novos sujeitos entrem no contexto fechado do processo, com o intuito de debater teses jurídicas que repercutirão em toda a sociedade.<sup>81</sup>

Com efeito, a admissão de *amicus curiae* garante a possibilidade de que o procedimento de instrução das ações constitucionais seja subsidiado por novos argumentos e diferentes alternativas de interpretação da Constituição, emprestando ao processo um caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Constitucional e Democrático de Direito.<sup>82</sup>

Assim sendo, a construção jurisprudencial sugere a adoção de um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões, pressupondo-se – além do amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas – a possibilidade efetiva da Corte Constitucional apreciar a legitimidade de um determinado ato questionado.<sup>83</sup>

Dentro desse contexto, o reconhecimento do instituto do *amicus curiae* abriu espaço para que grupos sociais participem das decisões do STF que possam a vir afetar seus interesses, pois o Pretório Excelso também se beneficia do conhecimento daqueles que vivenciam a realidade constitucional e que sofrem

---

<sup>81</sup> Cf. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. **O instituto do *amicus curiae* como política pública de acesso à justiça**. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006; AGUIAR, Antonio Carlos. As centrais sindicais *amicus curiae*. *Revista LTr*: legislação do trabalho, v. 68, n. 62, p. 155-164, fev. 2004, p. 160; MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 38, n. 153, p. 07-10, jan./mar. 2002, p. 07.

<sup>82</sup> Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 2.548. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Informativo (STF)* n. 406. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02.02.2006.

<sup>83</sup> Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 2.548. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Informativo (STF)* n. 406. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02.02.2006.

a incidência do objeto de controle.<sup>84</sup> Nesse aspecto, Gustavo Binimbojm acen-tua que: “ao menos em termos ideais, o cidadão é elevado de sua condição de destinatário das normas jurídicas para atuar simultaneamente como intérprete da Constituição e das leis, com direito a ter sua opinião ouvida e devidamente considerada pelo Tribunal Constitucional.”<sup>85</sup>

Nessa perspectiva, a adoção pelos Tribunais de um modelo procedimental que permita a verificação de fatos e prognoses legislativos<sup>86</sup> pressupõe não só o subsídio de elementos técnicos para se averiguar a legitimidade do ato questionado, mas também concede um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados, desmitificando-se a concepção de que a questão consti-tucional configura apenas uma “questão jurídica” de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição, pois atualmente não há como negar que o processo de conhecimento envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurí-dicos, constituindo condição da própria interpretação constitucional.<sup>87</sup>

A fórmula procedimental de intervenção do *amicus curiae* no processo constitucional constitui um excelente instrumento de informação para o Supremo Tribunal Federal, na medida em que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma fun-ção de integração de extrema relevância ao Estado Constitucional brasileiro.<sup>88</sup>

Em consonância com esse modelo, o professor Peter Häberle assevera so-bre a necessidade de se ampliar os instrumentos de informação dos juízes cons-titucionais, principalmente no que diz respeito às audiências públicas e às in-tervenções de eventuais interessados, assegurando-se, nessa perspectiva, novas

---

<sup>84</sup> Cf. SILVA, Luiz Fernando Martins da. Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa. *Revista Jurídica*. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/index.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm)>. Acesso em: 27.03.2006.

<sup>85</sup> Cf. BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. In: **Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, v. 22, n. 78, p. 141-166, out./dez. 2004, p. 153.

<sup>86</sup> Sobre o tema, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>87</sup> Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 2.548. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Informativo (STF)* n. 406. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02.02.2006.

<sup>88</sup> Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 2.548. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Informativo (STF)* n. 406. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02.02.2006.

formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição.<sup>89</sup>

Assim, com o acesso a essa pluralidade de contribuições à interpretação constitucional em permanente diálogo, a Corte Constitucional passa a contar com os subsídios técnicos, as implicações político-jurídicas e os elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos intérpretes, contribuindo para a qualidade da prestação jurisdicional e garantindo novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal no contexto de sua função primordial de guardião da Constituição.

### **O *amicus curiae* no Estado Constitucional: seu papel em uma visão concretista aberta**

Um dos papéis do *amicus curiae* consiste na ampliação do círculo de intérpretes que, na visão de Häberle, seria apenas uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação, gerando diversos efeitos para o Estado Constitucional, como (a) a ampliação e o aperfeiçoamento dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais e (b) as formas gradativas de participação, como a interpretação no processo constitucional, por meio de intervenções e audiências. Assim, observa-se um refinamento no âmbito do Estado Constitucional, a medida que se estabelece uma comunicação efetiva entre os cidadãos, conferindo-se o direito de participação democrática.<sup>90</sup>

Assim sendo, observa-se uma movimentação na Suprema Corte brasileira, no sentido de permitir a participação de outros intérpretes nos processos de relevância para a sociedade, definidores de comportamentos de ordem abstrata

---

<sup>89</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.47-48).

<sup>90</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 10, 46-48. Nesse sentido, Peter Häberle confere grande importância à interpretação, pois interpretar um ato normativo é colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. Assim sendo, a norma não pode ser considerada uma decisão prévia, simples e acabada, o que leva à indagação acerca da relevância dos participantes no seu desenvolvimento funcional sobre as forças ativas do *law in public action* (Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 10).

e concreta, não apenas do *amicus curiae*, mas também de peritos e da solicitação de informações aos outros Tribunais acerca da aplicação da norma no âmbito de cada jurisdição.<sup>91</sup>

Dessa forma, demonstra-se a existência de um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, saindo de uma sociedade fechada, de juízes e procedimentos formalizados, para os agentes que vivenciam a realidade constitucional, voltados para métodos de interpretação que atendam ao interesse público e ao bem-estar coletivo.<sup>92</sup>

Como expressa Canotilho, pode-se considerar que a colaboração ativa dos cidadãos – em alguns procedimentos – é um fator de legitimação e democratização, pois assegura a participação dos cidadãos nas tarefas constitucionais, além de evitar as formas autoritárias de poder, por meio da adesão e do consenso do interesse.<sup>93</sup>

Cabe ao STF, portanto, olhar com bons olhos o instrumento legitimador de suas decisões, adotando determinado procedimento pluralista e organizado, a fim de permitir o aproveitamento efetivo das contribuições que o *amicus curiae* tem a oferecer no processo de fiscalização de (in)constitucionalidade dos atos normativos.

Logo, o *amicus curiae* possui o papel de conferir uma democratização da interpretação constitucional, na medida em que cidadãos, grupos, órgãos estatais, sistema público e mídia orientam de forma consciente a compreensão e a exteriorização de um sentido de uma norma, porque é impensável uma interpretação da Constituição sem esses atores ativos, pois aquele que vive no contexto regulado por uma norma é, ao mesmo tempo, elemento resultante e formador da sociedade aberta, sendo um intérprete dessa norma, muito mais ativo do que

---

<sup>91</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Como destacado anteriormente, a movimentação da Corte em torno das audiências públicas realizadas em torno de processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade, como, recentemente, a ADPF 101.

<sup>92</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 11-12.

<sup>93</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 935.

se supõe no processo hermenêutico, em virtude de os critérios de interpretação constitucional serem mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.<sup>94</sup>

Niklas Luhmann aponta que uma “abertura para o futuro” foi concedida a partir da instituição das constituições, uma vez que se cuida de uma forma do Direito se legitimar, passando a prever as condições de sua própria modificabilidade, mediante regras de procedimentalidade.<sup>95</sup>

Com efeito, o constitucionalismo atual vislumbra uma concepção (visão) pós-moderna, no sentido de ser: (a) complexa (em razão de abarcar diversos pontos de vista); (b) dinâmica (por ser um movimento circular e constituir um raciocínio dialético, em que os ideais de Constituição dos EUA e da Revolução Francesa movimentam o constitucionalismo e o constitucionalismo os movimentam, de maneira a serem interdependentes, uma vez que o processo de construção do seu próprio conhecimento é organizado e reorganizado constantemente) e (c) caótica (cuja abertura sistêmica impossibilita um total controle sobre variáveis e resultados).<sup>96</sup>

A consequência mais essencial do movimento constitucionalista se apresenta como essa nova visão do Estado de Direito, cuja interdependência em sua gênese faz com que as relações de poder e as relações sociais estejam conectadas às regras de Direito, tornando a Constituição a regra máxima do Estado Constitucional Democrático de Direito.

<sup>94</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13-18.

<sup>95</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 30-31.

<sup>96</sup> A referência ao conteúdo desse parágrafo foi retirada dos Seminários Avançados do Módulo Temas de Direito Constitucional, proferidos pela professora Christine Peter no grupo de pesquisa Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC, além da leitura das traduções dos Seminários Avançados proferidos pelo professor Horst Dippel na Pós-Graduação da Universidade de Brasília (UnB), todos no ano de 2006 (cf. SILVA, Christine Oliveira Peter. Estado de Direito e (Neo)constitucionalismo. In: **Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC: Seminários Avançados do Módulo Temas de Direito Constitucional**, 2006; DIPPEL, Horst. **The history of Modern Constitutionalism**. Seminários Avançados proferidos na Pós-Graduação da Universidade de Brasília (UnB), 2006; DIPPEL, Horst. **As idéias constitucionais americanas e francesas na Alemanha no final do século XVIII**. Seminários Avançados proferidos na Pós-Graduação da Universidade de Brasília, 2006; DIPPEL, Horst. **O pensamento democrático na América e na França na época revolucionária**: unidade e divergências. Trad. José Emílio Medauar Ommati. Seminários Avançados proferidos na Pós-Graduação da Universidade de Brasília, 2006; DIPPEL, Horst. **Inglaterra, Estados Unidos e França**: constitucionalismo e soberania popular. Trad. José Emílio Medauar Ommati. Seminários Avançados proferidos na Pós-Graduação da Universidade de Brasília, 2006).

O controle de constitucionalidade, nesse contexto, aparece como o instrumento procedimental que garante a Supremacia da Constituição e as ideologias a ela subjacentes. Ademais, a auto-limitação das Funções de Poder, atuando sem a concentração, com independência e harmonia (interdependência), e a proteção de direitos fundamentais complementam o núcleo principiológico do Estado Constitucional Democrático de Direito, em que, imbuído em uma visão republicana, cada agente (público e político) tem a sua responsabilidade, assim como o cidadão possui sua responsabilidade pessoal, individual e coletiva, de acordo com seus papéis sociais, no exercício do pluralismo.

Nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho assevera que a Constituição se revela como a grande responsável pelo diálogo entre os sistemas jurídico e político, “jurisdicizando relações políticas e mediatizando juridicamente interferências da Política no Direito, ao condicionar transformações nas estruturas de poder a procedimentos de mutação previstos constitucionalmente”.<sup>97</sup>

Jürgen Habermas, por sua vez, também atribui um papel central aos procedimentos de realização do Direito com o exame da legitimação via legalidade, mostrando que os campos da Moral, do Direito e da Política se (re)articulam na atualidade (sem perderem sua autonomia), trazendo a mudança da consciência moral a necessidade da diferenciação entre normas, princípios justificadores e procedimentos, a fim de examinar a adequação das primeiras aos últimos. Assim, a legitimidade do Direito e a sua procedimentalização estão intimamente relacionadas, em razão dos valores legitimadores do Direito se encontrarem nos procedimentos, que fundamentam alguns de seus conteúdos.<sup>98</sup>

O Estado Constitucional Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*) reclama uma visão do texto constitucional como uma “obra aberta”, cujo sentido é construído e reconstruído pelos intérpretes, uma vez que esse modelo de Estado almeja conciliar valores de conteúdos opostos, tanto do ponto de vista abstrato, como na concretização desses valores no seio social, de modo que seja necessário constituir a “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” (proposta por Peter Häberle), a fim de se estabelecer um amplo debate entre as diversas concepções (mesmo opostas), sempre respeitando e preservando os valores em

<sup>97</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna:** introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 71.

<sup>98</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna:** introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 31-32.



conflito, resguardando o conteúdo mínimo de cada um e o respeito pela dignidade humana.<sup>99</sup>

Dentro desse contexto, Paulo Gustavo Medeiros Carvalho afirma que a participação do cidadão (no que diz respeito ao acesso à justiça) pode ser efetivada com diversas políticas públicas, como: (a) a implementação e estruturação de defensorias públicas (CF, art. 134); (b) alteração do sistema processual, a fim de reduzir o rigor no acesso ao Poder Judiciário e (c) por institutos jurídicos que possibilitem uma relação mais próxima entre o Poder Judiciário e o cidadão.<sup>100</sup>

Houve sempre posicionamentos na doutrina constitucional e nos julgados do STF de que o processo constitucional seria “objetivo”, não havendo uma “lide” discutindo direitos subjetivos concretos. Luiz Fernando Martins da Silva<sup>101</sup> já não enxerga a ADI como um processo asséptico, formal e sem interesses concretos em jogo. Pelo contrário, concorda com o posicionamento de Gustavo Binbenjón<sup>102</sup>, no sentido de que “nele confluem os maiores conflitos políticos, sociais e econômicos da nação, compondo um quadro representativo de fatores reais de poder”.

Dessa forma, os integrantes da sociedade aberta, formadores das potências públicas e pluralistas de Peter Häberle<sup>103</sup>, como a mídia, as entidades de classe e as associações, as entidades religiosas e o próprio cidadão devem reconhecer no instituto do *amicus curiae* a garantia institucional de acesso legítimo para a participação no debate constitucional em que é discutido o conteúdo essencial de seus direitos fundamentais.

A jurisprudência deve reforçar as opiniões de liberdade e da mídia de tal modo que possam seguir cumprindo suas funções na democracia. As disposi-

---

<sup>99</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 32-33; HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 28 (Estudo Preliminar).

<sup>100</sup> Cf. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. **O instituto do *amicus curiae* como política pública de acesso à justiça**. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006.

<sup>101</sup> Cf. SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae*, Direito e Ação Afirmativa. In: **Revista Jurídica**. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/index.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm)>. Acesso em: 27.03.2006.

<sup>102</sup> Cf. BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Direito Federal*: In: **revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, v. 22, n. 78, p. 141-166, out./dez. 2004, p. 157.

<sup>103</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 28.07.2006.

ções de organização dos direitos fundamentais confluem no sentido de construir um plano democrático submetido a certas tensões como garantia de abertura da própria Constituição, devendo a opinião pública sempre colaborar de forma positiva, contribuindo a legitimar o processo da formação das vontades públicas, as quais podem cair dentro do âmbito de configuração da vontade política.<sup>104</sup>

Nessa perspectiva, o Estado Constitucional se concebe como um modelo, cuja estrutura se configura dentro de um marco em que todas as possíveis variantes aparecem, ostentando uma estrutura aberta tanto para o interior como para o exterior, garantindo-se por meio de vários elementos, como uma democracia pluralista.<sup>105</sup>

Assim, o modelo de Estado Constitucional próprio da sociedade aberta possui um poder social cada vez maior, o qual influencia de maneira direta os institutos e as garantias responsáveis por pluralizar o debate no âmbito institucional.

Dessa forma, os agentes que movimentam procedimentalmente o *amicus curiae* se encontram, nesse contexto de alargamento do poder social e de evolução das instituições democráticas, em especial no processo constitucional de fiscalização abstrata, inseridos na própria sociedade aberta que deve impedir a utilização, por grupos de interesses privados, da garantia institucional do *amicus curiae* para atingir seus propósitos corporativos em detrimento da função pública e plural dessa garantia institucional.

## Considerações Finais

Viver a Constituição nos dias atuais representa captar todo o processo complexo que envolve a sociedade. Participar politicamente de forma democrática pressupõe presumir que o cidadão possua capacidade para refletir sobre questões de interesse da comunidade a qual pertence.<sup>106</sup>

<sup>104</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución**: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 154-157.

<sup>105</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución**: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 256-257.

<sup>106</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 21.

O Estado Constitucional, nesse sentido, está se conformando consoante às exigências impostas pela realidade, propiciando a abertura procedimental ao poder social de entidades e cidadãos, permitindo o acesso deles no processo de tomada de decisão.

Com efeito, nessa reflexão pôde-se notar a organização de grupos de interesse em participar ativamente do processo de tomada de decisão, em que a opinião pública, representada muitas vezes pela mídia, acompanhava de perto o comportamento dos juízes. Tal conjectura deve ser analisada e acompanhada no modelo brasileiro, a fim de se verificar o grau de proximidade e até mesmo a efetividade dessa influência no âmbito do Estado Constitucional brasileiro.

Assim sendo, no contexto dessa pesquisa, a garantia institucional do *amicus curiae* atua como um canal de comunicação entre o sistema social (configurado como o Supremo Tribunal Federal) e o mundo circundante ou ambiente (a sociedade), auxiliando a Corte na resolução das complexidades, dentro dos parâmetros do possível, do real e do necessário.

Portanto, as potências públicas e pluralistas integrantes da sociedade aberta de intérpretes não devem apenas reivindicar a concretização da garantia institucional do *amicus curiae*, mas devem zelar pela preservação do instituto, atuando de forma combativa e opinativa nos assuntos de interesse público de toda a sociedade, pois o amigo da Corte (como instrumento legitimador das decisões do STF e em meio a uma garantia institucional em defesa do cidadão) representa nos dias atuais um “embrião” contido na Lei n. 9.868/99, que pode florescer e se tornar um forte e saudável “fruto” da sociedade aberta.

### Referências Bibliográficas:

AGUIAR, Antonio Carlos. As centrais sindicais *amicus curiae*. **Revista LTr**: legislação do trabalho, v. 68, n. 62, p. 155-164, fev. 2004.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed., aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, v. 22, n. 78, p. 141-166, out./dez. 2004.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Inacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, p. 44-71, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. **O instituto do amicus curiae como política pública de acesso à justiça**. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, a. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998.

DIPPEL, Horst. **As ideias constitucionais americanas e francesas na Alemanha no final do século XVIII**. Seminários Avançados proferidos na Pós-Graduação da Universidade de Brasília, 2006.

DIPPEL, Horst. **Inglaterra, Estados Unidos e França: constitucionalismo e soberania popular**. Trad. José Emílio Medauar Ommati. Seminários Avançados proferidos na Pós-Graduação da Universidade de Brasília, 2006.

DIPPEL, Horst. **O pensamento democrático na América e na França na época revolucionária: unidade e divergências**. Trad. José Emílio Medauar Ommati. Seminários Avançados proferidos na Pós-Graduação da Universidade de Brasília, 2006.

DIPPEL, Horst. **The history of Modern Constitutionalism**. Seminários Avançados proferidos na Pós-Graduação da Universidade de Brasília (UnB), 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Antwort** [resposta]. Mensagem enviada por meio eletrônico [Peter.Haerberle@uni-bayreuth.de], recebida por [andre.gontijo@gmail.com] em 09.08.2006.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 28.07.2006.

HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 09, p. 113-139, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. **La libertad fundamental en el Estado Constitucional**. Trad. Jürgen Saligmann, César Landa, Carlos Ramos e Antonio Luya. San Miguel, Peru: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, Igualdad, Fraternidad**: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Minima Trotta, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución**: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris,

LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come istituzione**. Trad. Stefano Magnolo e Rev. Luigi Pannarale. Bari, Itália: Edizioni Dedalo, 2002.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático. **Revista de Informação Legislativa**, v. 38, n. 153, p. 07-10, jan./mar. 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 09, n. 635, 04.04.2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 24.05.2005.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Coletânea original: Jürgen Schwabe. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation: federal courts and the law**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza, 1998.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Hermenêutica Constitucional e os Princípios Norteadores da Concretização das Normas Constitucionais. **Notícias do Direito Brasileiro**. Brasília: UnB, n. 09, p. 155-175, 2002.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Interpretação constitucional no século XXI: o caminhar metodológico para o concretismo constitucional sob a influência de Peter Häberle. **Direito Público**. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, a. 02., n. 08, p. 05-39, abr./jun. 2005.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Lei n. 9.868/99: uma proposta hermenêutica democraticamente adequada. **Estudos de Direito Público: homenagem aos 25 anos do mestrado em Direito da UnB**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SILVA, Christine Oliveira Peter. Estado de Direito e (Neo)constitucionalismo. **Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC: Seminários Avançados do Módulo Temas de Direito Constitucional**, 2006.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa. **Revista Jurídica**. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/index.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm)>. Acesso em: 27.03.2006.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Ponto final: o *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro. **Correio Brasiliense**, Brasília, 25.03.2002, Caderno Direito e Justiça, n. 14190.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão monocrática na ADI n. 3.494, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 22.02.2006. *ADI, ADC, ADPF*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30.09.2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 2.548. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Informativo (STF)* n. 406. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02.02.2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Agravo Regimental na ADI n. 748. Relator Ministro Celso de Mello, DJ 18.11.1994. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14.06.2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. QO-ADI n. 2.223. Relator Ministro Marco Aurélio. *Informativo (STF)* n. 246. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14.06.2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. QO-ADI n. 2.675, Relator Ministro Carlos Velloso; QO-ADI n. 2.777, Relator Ministro Cezar Peluso. *Informativo (STF)* n. 331. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14.06.2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI n. 2777. Relator Ministro Cezar Peluso. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, *Informativo (STF)* n. 349 (26.11.2003). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30.09.2006.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. O juiz na qualidade de *amicus curia* em precedentes judiciais aptos a ensejar a produção de súmula com efeito vinculante. **Direito federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, a. 23, n. 82, p. 25-43, out./dez. 2005.

VIEIRA, Liliâne dos Santos. **Pesquisa e monografia jurídica na era da informática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.





# O PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988<sup>1</sup>

Luís Carlos Martins Alves Jr.<sup>2</sup>

O Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05.10.1988, tem o seguinte enunciado:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

A Constituição foi promulgada pela Assembléia Nacional Constituinte e publicada no Diário Oficial da União n. 191-A, de 05.10.1988. A promulgação é o procedimento da autoridade competente que atesta o surgimento de um novo provimento normativo com força vinculante e obrigatória. A publicação é o procedimento que dá ciência aos destinatários do conteúdo de um provimento normativo. A publicação pode ser posterior à promulgação. Nessa linha é o magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Processo Legislativo, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 243*):

---

<sup>1</sup> Se houver interesse em aprofundar o estudo sobre o tema, sugere-se: Alexandre Walmott Borges (*Preâmbulo da Constituição e A Ordem Econômica, Curitiba: Juruá, 2003*); Patrícia Fontes Marçal (*Estudo comparado do preâmbulo da Constituição Federal do Brasil, Rio de Janeiro: Forense, 2001*); e Sérgio Luiz Souza Araújo (*Dos Preâmbulos nas Constituições, Dissertação de Mestrado, Belo Horizonte: UFMG, 1989*).

<sup>2</sup> Natural de Campo Maior – PI; Bacharel em Direito, Universidade Federal do Piauí – UFPI; Doutor em Direito Constitucional, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; Professor de Direito Constitucional da Escola da Advocacia-Geral da União – EAGU; Procurador da Fazenda Nacional perante o Supremo Tribunal Federal.

Promulgação e publicação são atos juridicamente distintos. Aquela atesta, autentica a existência de um ato normativo válido, executável e obrigatório. Esta comunica essa existência aos sujeitos a que esse ato normativo se dirige. Esta é a notícia de um fato, que não se confunde com o fato.

Com efeito, a existência da Constituição se deu com a sua promulgação e o conhecimento dessa existência mediante a sua publicação no Diário Oficial da União. No Preâmbulo estão as palavras que inauguram o texto constitucional.

## **O âmbito normativo da Constituição e do Direito brasileiro**

A Constituição da República normatiza (atribui consequências) as condutas e comportamentos de todas as pessoas e corporações em todo o território brasileiro. É obrigatória e vinculante para todos. Os termos “Constituição da República”, “Constituição Federal” e “Constituição Nacional” têm, no presente texto, os mesmos significados: norma jurídica suprema reguladora das condutas e comportamentos de todas as pessoas, órgãos ou corporações sujeitas ao poder estatal brasileiro.

Nada obstante, cada Estado-membro tem a sua Constituição estadual que vale dentro de seu território respectivo. Assim como os Estados, cada Município tem uma “Constituição” local, denominada de Lei Orgânica municipal, que vale dentro de seu território respectivo. O mesmo sucede com o Distrito Federal, que tem sua “Constituição” local, denominada de Lei Orgânica do Distrito Federal. Todas essas outras “Constituições” só valem na medida em que não contrariarem as normas da Constituição Federal.

Por conseguinte, é de se afirmar que no Brasil há “cinco direitos estatais ou públicos ou da República”: o direito nacional, o direito federal, o direito estadual, o direito municipal e o direito distrita.

Entende-se por direito nacional o conjunto de normas jurídicas que regula as condutas e comportamentos das pessoas, dos órgãos e das corporações em todo o território nacional. É o direito que brota dos órgãos nacionais e repercute para todos: União, Estados, Municípios, Distrito Federal e para todas as pessoas físicas ou jurídicas. Exemplos: a Constituição da República, o Código Civil, o Código Penal.

O direito federal é o conjunto de normas jurídicas que regula as condutas e comportamentos das pessoas, dos órgãos e das corporações em relação à

União ou às instituições e organismos federais. É o direito que brota dos órgãos federais. Exemplo: a legislação administrativa do servidor público federal; essa legislação só diz respeito a esse servidor, não se aplica aos servidores públicos estaduais ou aos municipais.

A despeito da distinção entre o direito nacional e o direito federal, convém esclarecer que os órgãos de produção desses dois direitos (o nacional e o federal) são os mesmos. A diferença reside no alcance dos destinatários. O direito nacional alcança a todos. O direito federal apenas os relacionados com a União Federal. Por isso se diz que o Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002) é uma lei nacional, enquanto que o Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União (Lei n. 8.112, de 11.12.1990) é uma lei federal. Essa é a diferença. Na maioria das vezes, no mesmo provimento normativo há normas de direito nacional e normas de direito federal.

O direito estadual é o que brota dos órgãos e instituições estaduais. Exemplo: a legislação do servidor público do Estado do Piauí, só diz respeito ao servidor desse Estado. O direito municipal é o que brota dos órgãos e instituições municipais. Exemplo: a legislação do servidor público do Município de Campo Maior, só diz respeito ao servidor desse Município. O direito distrital é o direito que brota dos órgãos e instituições distritais e repercute dentro do Distrito Federal e serve para essa unidade da Federação. O DF tem uma particularidade: agasalha as atribuições político-administrativas tanto de um Estado quanto de um Município.

Além desses “direitos estatais”, há as normas jurídicas de direito privado. As normas jurídicas de direito privado são aquelas que não brotam das pessoas jurídicas de direito público interno (União Federal, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações públicas), mas que nascem das relações entre os particulares, sejam pessoas físicas ou corporações. Exemplos: contratos de trabalho, contratos de compra-e-venda, regulamentos das empresas, etc. Assim como o “direito estatal”, as normas jurídicas de direito privado somente valem se não contrariarem as normas constitucionais.

Além desses “direitos da República brasileira” (o direito público interno e o direito privado interno), há o direito internacional e o direito estrangeiro. Este – o estrangeiro – é o produzido pelos outros Estados soberanos. Aquele – o internacional – é o produzido pelas instituições internacionais ou mediante acordos

internacionais. O direito internacional válido em território brasileiro passa por um processo de nacionalização. Esse direito se torna “direito da República”.

O direito estrangeiro válido em território nacional não se torna “direito da República”. A depender das circunstâncias, a República brasileira reconhece a validade dessas normas jurídicas, mas sem assimilá-las ao sistema normativo nacional. Um exemplo é o Direito Canônico. Esse é o direito que regula a economia interna da Igreja. As normas canônicas são produzidas pela Santa Sé, na Cidade do Vaticano. Outro exemplo se dá com a disposição constitucional contida no art. 5º, XXXI, que prescreve a possibilidade da lei estrangeira de pessoa falecida (*de cuius*) regular o processo de sucessão de seus bens se essa lei for mais favorável ao cônjuge e filhos brasileiros.

Todos esses direitos, o nacional (incluído o internacional), o estrangeiro, o federal, o estadual, o municipal, o distrital e o privado, somente valem se estiverem em conformidade com o direito da Constituição da República. Isso porque a Constituição é o parâmetro de validade de todas as normas jurídicas vigentes no território brasileiro. Ou seja, só é válida a norma jurídica que não contrariar a norma constitucional.

O sistema jurídico brasileiro somente reconhece a norma jurídica que seja criada (direito estatal) ou autorizada (direito privado) ou reconhecida (direito estrangeiro) pelo Poder Estatal. Essa norma jurídica protegida pelo Poder Estatal recebe o certificado de validade e obrigatoriedade, com força vinculante aos seus destinatários, podendo, inclusive, o seu eventual descumprimento ensejar uma sanção (atribuição de consequência) infligida ou autorizada pelo Poder Estatal.

A convivência desses múltiplos ordenamentos jurídicos ou “direitos parciais” ou “Constituições parciais” induz a denominada “ordem jurídica total ou Constituição total”, expressão utilizada por Hans Kelsen (*Teoria Geral do Direito e do Estado, São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 451 e seguintes*) para explicar a unidade jurídica em um Estado federal, onde há ordens jurídicas parciais, como a ordem jurídica dos Estados federados e a ordem jurídica da União federal, que, em conjunto, formam a ordem jurídica nacional ou total. Ressalva Hans Kelsen que a Constituição federal é simultaneamente a Constituição da União federal e do Estado federal inteiro.

Isso significa que a Constituição da República Federativa do Brasil é simultaneamente Constituição da União, da Federação e da Nação. No Brasil, além

da tradicional existência da União e dos Estados federados, têm-se também os Municípios e o Distrito Federal como unidades componentes do Estado federal.

## **Noção conceitual de Preâmbulo**

O Preâmbulo é o conjunto de enunciados formulado pelo legislador constituinte originário, situado na parte preliminar do texto constitucional, que veicula a promulgação, a origem, as justificativas, os objetivos, os valores e os ideais de uma Constituição, servindo de vetor interpretativo para a compreensão do significado das suas prescrições normativas e solução dos problemas de natureza constitucional.

O Preâmbulo, segundo Peter Häberle (*El Estado constitucional, Cidade do México: UNAM, pp. 274-285*), é uma “profissão de fé” de uma verdadeira “religião civil” da comunidade política, cujo conteúdo revela as posturas valorativas, os altos ideais, convicções, motivos, em suma, a imagem refletida do próprio legislador constituinte.

Peter Häberle assinala que o Preâmbulo exerce a função de “ponte do tempo”, recordando (ou negando) o passado, demonstrando o presente e perspectivando o futuro, revelando a necessidade dos elementos de identidade que integrem a comunidade política, ao estabelecer vínculos de comprometimento entre as pessoas com a coletividade da qual faz parte.

Nessa função de “ponte do tempo”, continua Peter Häberle, o Preâmbulo expressa desejos e esperanças, contendo um excesso “concreto-utópico”, um “esboço do futuro”, introduzindo um pedaço da tensão entre “desejo” e “realidade” na Constituição (e na política).

Os textos constitucionais são repletos de promessas. Algumas facilmente exeqüíveis. Outras que somente se tornarão realidade se houver uma mudança radical no caráter das pessoas e nos costumes da sociedade, assim como no crescimento econômico, que resultará (ou será consequência?) de um “sentimento constitucional” (*Karl Loewenstein, Teoría de la Constitución, Barcelona: Ariel, p.199*) que implicará no respeito às normas constitucionais (e jurídicas de um modo geral) por parte dos cidadãos (governantes e governados).

No Preâmbulo, assim como nos demais dispositivos constitucionais, vê-se claramente a manifestação do “querer” normativo-constitucional e os desafios

que a realidade impõe inexoravelmente. Os Preâmbulos, como todas as normas, são “catálogos de expectativas” que podem causar enormes frustrações ou imensa felicidade. Isso porque, além das condutas humanas, há fatores externos que independem da vontade (ou do agir) humana, ou que exigem mais do que simples boa vontade. Além de bondade, é preciso viabilidade material para concretizar todas as promessas exaladas no texto constitucional.

## **Natureza do Preâmbulo**

Luiz Pinto Ferreira (*Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 71*) informa a raiz latina da expressão preâmbulo moldada da conexão de dois elementos, o prefixo “pre” (antes, sobre) e o verbo “*ambulare*” (passear, andar, caminhar, marchar). Esse referido autor acolhe a tese de que o Preâmbulo é parte integrante do texto constitucional e tem o mesmo valor que a Constituição, estando acima das normas infraconstitucionais, pois revela a intenção do legislador constituinte originário.

Nada obstante a tese esposada por Luiz Pinto Ferreira, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.076/AC, decidiu que o Preâmbulo não tem valor jurídico-normativo, pois não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da Política, refletindo posição ideológica do constituinte, sem relevância jurídica. Daí que, segundo o STF, o Preâmbulo tem natureza política, mas não jurídica.

Ou seja, para o STF, o Preâmbulo não é norma jurídica, não é norma constitucional, mas um enunciado de princípios políticos, sem força jurídica para obrigar, proibir ou permitir com uma eventual sanção por seu descumprimento. Segundo o STF, conclui-se, o descumprimento ao contido no Preâmbulo não enseja a aplicação de uma sanção jurídica, porquanto o Preâmbulo não seja norma jurídica.

## **Finalidade e significado do Preâmbulo**

Alexandre de Moraes (*Direito Constitucional, São Paulo: Atlas, 2005, p. 15*) define o Preâmbulo como documento de intenções do diploma, e consiste em uma “certidão de origem e legitimidade” do novo texto e uma proclamação de princípios, demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior de um novo Estado constitucional. Informa o referido autor que o preâmbu-

lo é de tradição em nosso direito constitucional e nele devem constar os antecedentes e enquadramento histórico da Constituição, bem como suas justificativas e seus grandes objetivos e finalidades.

Segundo esse aludido autor, apesar de não fazer parte do texto constitucional propriamente dito e, conseqüentemente, não conter normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o Preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como “elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem”.

Nessa senda, continua Alexandre de Moraes, o Preâmbulo, portanto, por não ser norma constitucional, não poderá prevalecer contra texto expresso da Constituição, e tampouco poderá ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade. Porém, por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, será uma de suas linhas mestras interpretativas.

O mencionado magistério de Alexandre de Moraes colide com o de Luiz Pinto Ferreira no tocante ao valor normativo do preâmbulo, mas se encaixa na jurisprudência constitucional do STF. Luiz Pinto Ferreira ensina que o Preâmbulo é parte integrante da Constituição e tem valor normativo superior às normas infraconstitucionais. Todavia, a jurisprudência do STF é no sentido da ausência de valor jurídico-normativo do Preâmbulo.

## **Os Preâmbulos das Constituições decaídas**

A história brasileira é pródiga em Constituições. Ao todo, o País já teve 5 (cinco) Constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967), além da atual de 1988. Eis os respectivos enunciados preambulares:

Constituição de 1824:

DOM PEDRO PRIMEIRO, POR GRAÇA DE DEUS, e Unânime Aclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpétuo do Brasil: Fazemos saber a todos os Nossos Súditos, que tendo-Nos requerido os Povos deste Império, juntos em Câmaras, que Nós quanto antes jurássemos e fizéssemos jurar o Projeto de Constituição, que havíamos oferecido às suas observações para serem depois presentes à nova Assembléia Constituinte; mostrando o grande desejo, que tinham, de que ele se observasse já como Constituição do Império, por lhes merecer a mais

plena aprovação, e dele esperarem a sua individual, e geral e felicidade Política: Nós Juramos o sobredito Projeto para o observarmos e fazermos observar, como Constituição, que d'ora em diante fica sendo deste Império; a qual é do teor seguinte: (...).

#### **Constituição de 1891:**

Nós os Representantes do Povo Brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL.

#### **Constituição de 1934:**

Nós, os representantes do Povo Brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL.

#### **Constituição de 1937:**

O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil:

Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em lutas de classes, e da extremação de conflitos ideológicos; tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; Atendendo ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente;

Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem estar do povo;

Com o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apre-



ensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem estar e à sua prosperidade;

Decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o país: CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL.

#### **Constituição de 1946:**

Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL.

#### **Constituição de 1967:**

O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

#### **Constituição de 1967 – Emenda Constitucional n. 1, de 1969:**

Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o artigo 3º do Ato Institucional n. 16, de 14.10.1969, combinado com o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional n. 5, de 13.12.1968, e,

Considerando que, nos termos do Ato Complementar n. 38, de 13.12.1968, foi decretado, a partir dessa data, o recesso do Congresso Nacional;

Considerando que, decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo Federal fica autorizado a legislar sobre todas as matérias, conforme o disposto no § 1º do artigo 2º do Ato Institucional n. 5, de 13.12.1968;

Considerando que a elaboração de emendas à Constituição, compreendida no processo legislativo, está na atribuição do Poder Executivo Federal;

Considerando que a Constituição de 24.01.1967, na sua maior parte, deve ser mantida, pelo que, salvo emendas de redação, continuam inalterados os seguintes dispositivos: (...);

Considerando as emendas modificativas e supressivas que, por esta forma, são ora adotadas quanto aos demais dispositivos da Constituição, bem como as emendas aditivas que nela são introduzidas;

Considerando que, feitas as modificações mencionadas, todas em caráter de Emenda, a Constituição poderá ser editada de acordo com o texto que adiante se publica;

Promulgam a seguinte Emenda à Constituição de 24.01.1967.

Em todas as Constituições do passado institucional brasileiro havia Preâmbulos que enunciavam as suas origens, os seus objetivos e os valores plasmados nos textos constitucionais que refletiam a ideologia dominante na sociedade coeva.

## **7. Os Preâmbulos das Constituições dos Estados brasileiros**

Os Estados federados e o Distrito Federal organizam-se e regem-se pelas Constituições estaduais e Lei Orgânica distrital, respectivas, que adotarem, observados os princípios da Constituição da República. Eis os seus preâmbulos constitucionais:

### **ACRE:**

A Assembléia Estadual Constituinte, usando poderes que lhe foram outorgados pela Constituição Federal, obedecendo ao ideário democrático, com o pensamento voltado para o Povo e inspirado nos Heróis da Revolução Acreana, promulga a seguinte Constituição do Estado do Acre.

### **ALAGOAS:**

Os representantes do povo alagoano, reunidos em Assembléia Estadual Constituinte, invocando a proteção de Deus e inspirados pelos ideais democráticos

e de justiça social proclamados pela Constituição da República Federativa do Brasil, promulgam esta CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE ALAGOAS.

### **AMAPÁ:**

Nós, os primeiros Deputados Estaduais, representantes do povo amapaense, reunidos em Assembléia Estadual Constituinte para instituir o ordenamento básico e reafirmar os valores que fundamentam os objetivos e princípios da Constituição da República Federativa do Brasil, invocando a proteção de Deus, inspirados no ideal de a todos garantir justiça, liberdade e bem estar, promulgamos a CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAPÁ.

### **AMAZONAS:**

Nós, representantes do povo amazonense, eleitos por sua vontade soberana e investidos de poderes constituintes, com o propósito de assegurar a transparência dos Poderes, a ordem jurídica e social justa, a liberdade, o direito de todos à plena cidadania e à participação popular na defesa intransigente desses princípios e objetivos, consubstanciando as aspirações de um Estado fiel a sua vocação histórica de grandeza, interação humana e valores morais, promulgamos, sob a égide da Justiça e a proteção de Deus, a CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS.

### **BAHIA:**

Nós, Deputados Estaduais Constituintes, investidos no pleno exercício dos poderes conferidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, sob a proteção de Deus e com o apoio do povo baiano, unidos indissolavelmente pelos mais elevados propósitos de preservar o Estado de Direito, o culto perene à liberdade e a igualdade de todos perante a lei, intransigentes no combate a toda forma de opressão, preconceito, exploração do homem pelo homem e velando pela Paz e Justiça sociais, promulgamos a Constituição do Estado da Bahia.

### **CEARÁ:**

Em nome do povo cearense, no exercício da atividade constituinte, derivada da expressa reserva de poder da representação soberana da Nação brasileira, a Assembléia Estadual Constituinte, invocando a proteção de Deus, adota e promulga a presente Constituição, ajustada ao Estado Democrático de Direito, implantado na República Federativa do Brasil.

**DISTRITO FEDERAL (LEI ORGÂNICA):**

Sob a proteção de Deus, nós, Deputados Distritais, legítimos representantes do povo do Distrito Federal, investidos de Poder Constituinte, respeitando os preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgamos a presente Lei Orgânica, que constitui a Lei Fundamental do Distrito Federal, com o objetivo de organizar o exercício do poder, fortalecer as instituições democráticas e os direitos da pessoa humana.

**ESPÍRITO SANTO:**

Nós, os representantes do povo espírito-santense, reunidos sob a proteção de DEUS, em Assembléia Estadual Constituinte, por força do art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal, baseados nos princípios nela contidos, promulgamos a CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, assegurando o bem-estar de todo cidadão mediante a participação do povo no processo político, econômico e social do Estado, repudiando, assim, toda a forma autoritária de governo.

**GOIÁS:**

Sob a proteção de Deus e em nome do povo goiano, nós, Deputados Estaduais, investidos de Poder Constituinte, fiéis às tradições históricas e aos anseios de nosso povo, comprometidos com os ideais democráticos, respeitando os direitos fundamentais da pessoa humana, buscando definir e limitar a ação do Estado em seu papel de construir uma sociedade livre, justa e pluralista, aprovamos e promulgamos a presente Constituição do Estado de Goiás.

**MARANHÃO:**

A Assembléia Constituinte do Estado do Maranhão usando dos poderes que lhe foram conferidos pela Constituição Federal, invocando a proteção de Deus, visando a defesa do regime democrático e a garantia dos direitos do homem e da sociedade, promulga a seguinte CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MARANHÃO.

### **MATO GROSSO:**

Nós, representantes do povo mato-grossense, verdadeiro sujeito da vida política e da história do Estado de Mato Grosso, investidos dos poderes constituintes atribuídos pelo Art. 11 das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, no firme propósito de afirmar no território do Estado os valores que fundamentam a existência e organização da República Federativa do Brasil, objetivando assegurar o pleno exercício dos direitos sociais, individuais e os valores do ser humano, na busca da concretização de uma sociedade fraterna, solidária, justa e digna, invocando a proteção de Deus e o aval de nossas consciências, promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO.

### **MATO GROSSO DO SUL:**

Nós, representantes do povo sulmatogrossense, reunidos em Assembléia Estadual Constituinte para garantir a dignidade do ser humano e o pleno exercício de seus direitos; para reafirmar os valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade; para consolidar o sistema representativo, republicano e democrático; para ratificar os direitos do Estado no contexto da Federação; para assegurar a autonomia municipal e o acesso de todos à justiça, à educação, à saúde e à cultura; e para promover um desenvolvimento econômico subordinado aos interesses humanos, visando à justiça social para o estabelecimento definitivo da democracia, invocando a proteção de Deus, promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL.

### **MINAS GERAIS:**

Nós, representantes do povo do Estado de Minas Gerais, fiéis aos ideais de liberdade de sua tradição, reunidos em Assembléia Constituinte, com o propósito de instituir ordem jurídica autônoma, que, com base nas aspirações dos mineiros, consolide os princípios estabelecidos na Constituição da República, promova a descentralização do Poder e assegure o seu controle pelos cidadãos, garanta o direito de todos à cidadania plena, ao desenvolvimento e à vida,

numa sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, fundada na justiça social, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição do Estado de Minas Gerais.

**PARÁ:**

O POVO DO PARÁ, por seus representantes, reunidos em Assembléia Estadual Constituinte, inspirado nos princípios constitucionais da REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, rejeitando todas as formas de colonialismo e opressão; almejando edificar uma sociedade justa e pluralista; buscando a igualdade econômica, política, cultural, jurídica e social entre todos; reafirmando os direitos e garantias fundamentais e as liberdades inalienáveis de homens e mulheres, sem distinção de qualquer espécie; pugnando por um regime democrático avançado, social e abominando, portanto, os radicalismos de toda origem; consciente de que não pode haver convivência fraternal e solidária dentro de uma ordem econômica injusta e egoísta; confiante em que o valor supremo é a liberdade do ser humano e que devem ser reconhecidos e respeitados os seus direitos elementares e naturais, especialmente, o direito ao trabalho, à livre iniciativa, à saúde, à educação, à alimentação, à segurança, à dignidade; invoca a proteção de DEUS e promulga a seguinte CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ, esperando que ela seja o instrumento eficiente da paz e do progresso, perpetuando as tradições, a cultura, a história, os recursos naturais, os valores materiais e morais dos paraenses.

**PARAÍBA:**

Nós, representantes do povo paraibano, reunidos em Assembléia Estadual Constituinte, conforme os princípios da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, objetivando instituir uma ordem jurídica autônoma para uma democracia social participativa, legitimada pela vontade popular, que assegure o respeito à liberdade e à justiça, o progresso social, econômico e cultural, e o bem-estar de todos os cidadãos, numa sociedade pluralista e sem preconceitos, decretamos e promulgamos, invocando a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA PARAÍBA.

### **PARANÁ:**

Nós, representantes do povo paranaense, reunidos em Assembléia Constituinte para instituir o ordenamento básico do Estado, em consonância com os fundamentos, objetivos e princípios expressos na Constituição Federativa do Brasil, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição do Estado do Paraná.

### **PERNAMBUCO:**

Nós, representantes do povo pernambucano, reunidos sob a proteção de Deus, em Assembléia Estadual Constituinte, tendo presentes as lições de civismo e solidariedade humana do seu patrono Joaquim Nabuco, reconfirmamos a Decisão de preservar os exemplos de pioneirismo e as tradições libertárias desta terra, ao reafirmarmos guardar fidelidade a Constituição da República Federativa do Brasil, em igual Consonância ao permanente serviço a que Pernambuco se dedicou, de respeito e valorização da nacionalidade e reiteramos o compromisso de contribuição na busca da igualdade entre os cidadãos, da acessibilidade aos bens espirituais e materiais, da intocabilidade da democracia, tudo por promover uma sociedade justa, livre e solidária, ao decretarmos e promulgarmos a seguinte Constituição do Estado de Pernambuco.

### **PIAUI:**

Nós, representantes do povo, em Assembléia Constituinte, sob a proteção de Deus, continuadores das tradições de combatividade, firmeza, heroísmo e abnegação dos nossos antepassados, decididos a organizar uma sociedade aberta às formas superiores de convivência, fundada nos valores da liberdade, da igualdade e do trabalho, apta a preservar a sua identidade no contexto geral da nação brasileira, promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PIAUI.

### **RIO DE JANEIRO:**

Nós, Deputados Estaduais Constituintes, no pleno exercício dos poderes outorgados pelo artigo 11 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, reunidos em Assembléia e exercendo nossos mandatos,

em perfeito acordo com a vontade política dos cidadãos deste Estado quanto à necessidade de ser construída uma ordem jurídica democrática, voltada à mais ampla defesa da liberdade e da igualdade de todos os brasileiros, e ainda no intransigente combate à opressão, à discriminação e à exploração do homem pelo homem, dentro dos limites autorizados pelos princípios constitucionais que disciplinam a Federação Brasileira, promulgamos, sob a proteção de Deus, a presente CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

#### **RIO GRANDE DO NORTE:**

Nós, em nome do Povo, reunidos em Assembléia Estadual Constituinte para organizar o Estado indissolúvelmente unido aos demais Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, na República Federativa do Brasil, invocando a proteção de Deus, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição do Rio Grande do Norte.

#### **RIO GRANDE DO SUL:**

Nós, representantes do povo Rio-Grandense, com os poderes constituintes outorgados pela Constituição da República Federativa do Brasil, voltados para a construção de uma sociedade fundada nos princípios da soberania popular, da liberdade, da igualdade, da ética e do pleno exercício da cidadania, em que o trabalho seja fonte de definição das relações sociais e econômicas, e a prática da democracia seja real e constante, em formas representativas e participativas, afirmando nosso compromisso com a unidade nacional, a autonomia política e administrativa, a integração dos povos latino-americanos e os elevados valores da tradição gaúcha, promulgamos, sob a proteção de Deus, esta Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

#### **RONDÔNIA:**

Os Deputados Constituintes do Estado de Rondônia, afirmando o propósito de assegurar os princípios de liberdade e justiça, de favorecer o progresso socioeconômico e cultural, estabelecer o exercício dos direitos sociais e individuais, o império da lei, com fundamento nas tradições nacionais, estimulando os ideais de liberdade, de segurança, bem-estar, igualdade e fraternidade, como valores supremos de



uma sociedade pluralista e sem preconceitos, promulgam, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE RONDÔNIA.

**RORAIMA:**

Nós, representantes do povo roraimense, livre e democraticamente eleitos, reunidos em Assembléia Estadual Constituinte, inspirados nos princípios constitucionais da República e no ideal de a todos servir e a todos assegurar Justiça e Bem-Estar, invocando a Proteção de Deus, promulgamos a CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE RORAIMA

**SANTA CATARINA:**

O povo catarinense, integrado à nação brasileira, sob a proteção de Deus e no exercício do poder constituinte, por seus representantes, livre e democraticamente, eleitos, promulga esta Constituição do Estado de Santa Catarina.

**SÃO PAULO:**

O Povo Paulista, invocando a proteção de Deus, e inspirado nos princípios constitucionais da República e no ideal de a todos assegurar justiça e bem-estar, decreta e promulga, por seus representantes, a Constituição do Estado de São Paulo.

**SERGIPE:**

Nós, representantes do povo sergipano, reunidos em Assembléia Estadual Constituinte, afirmando o propósito de assegurar a autonomia do Estado de Sergipe nos termos federativos, ratificando os imutáveis princípios republicanos da democracia representativa, plena e avançada, crendo na primazia da dignidade humana e no ideal de liberdade, igualdade e fraternidade, invocamos a proteção de Deus, fonte de toda razão e justiça, e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SERGIPE.

**TOCANTINS:**

A Assembléia Estadual Constituinte, representando a Comunidade Tocantinense, refletindo as mudanças operadas com o advento de sua emancipação político-administrativa e fazendo-se instrumento de orientação de seu progresso, com Liberdade, Igualdade e Fraternidade, sob a proteção de Deus, promulga sua primeira Constituição.

Os Preâmbulos das Constituições estaduais não escaparam da influência do Preâmbulo da Constituição Federal. Por seu turno, em cada Preâmbulo, os representantes do povo, do respectivo Estado da federação, demonstram os ânimos que empolgavam a Assembléias Constituintes estaduais, recordam o passado histórico e sinalizam as pretensões futuras.

### **Os Preâmbulos das Leis Orgânicas das Capitais dos Estados brasileiros<sup>3</sup>**

Considerando a existência de 5.563 (cinco mil quinhentos e sessenta e três) Municípios no Brasil, segundo dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 31.12.2007, seria um despautério, para os objetivos imediatos, a transcrição dos Preâmbulos de todas as suas respectivas Leis Orgânicas. Por essa razão, apresentam-se, apenas, os enunciados preambulares das Leis Orgânicas das Capitais dos Estados brasileiros. Contudo, várias delas não têm Preâmbulos. Isso revela a sua natureza facultativa.

#### **BELO HORIZONTE:**

Nós, representantes do povo de Belo Horizonte, investidos pela Constituição da República na atribuição de elaborar a lei basilar da ordem municipal autônoma e democrática, que, fundada no império de justiça social e na participação direta da sociedade civil, instrumentalize a descentralização e a desconcentração do poder político, como forma de assegurar ao cidadão o controle do seu exercício, o acesso de todos à cidadania plena e a convivência em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Lei Orgânica.

#### **CAMPO GRANDE:**

Nós, representantes do povo campo-grandense, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Lei Orgânica do Município de Campo Grande – MS.

---

<sup>3</sup> Foram pesquisadas Leis Orgânicas em páginas virtuais e em Bibliotecas públicas situadas no Distrito Federal. As Cidades que não tiveram os seus preâmbulos divulgados ou não os têm ou não tivemos acesso à respectiva Lei Orgânica. Nada obstante, o leitor pode nos enviar o enunciado preambular da Lei Orgânica de seu Município. Essa colaboração será muito bem vinda.

### **CUIABÁ:**

Nós, representantes do povo cuiabano, auxiliados pela sociedade civil organizada, por determinação constitucional reunidos em Assembléia Municipal Constituinte, para organizar legalmente a Cédula Federativa Democrática, buscando nesse mister assegurar o exercício pleno os preceitos vislumbrados nos textos superiores, assim como dentro do princípio autônomo acelerar reformas e avanços na estrutura municipal, para o desenvolvimento global do homem que aqui vive, e de sua terra, integrando-os as demais unidades do território mato-grossense e do Brasil, promulgamos, sob a proteção de Deus, esta Lei Orgânica do Município de Cuiabá, Capital do Estado de Mato Grosso.

### **CURITIBA:**

Nós, representantes do povo eleitos para a Câmara Municipal, reunidos em Assembléia Municipal Constituinte, com fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 29 e art.11, parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), invocando a proteção de Deus, decretamos e promulgamos a seguinte LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE CURITIBA.

### **FLORIANÓPOLIS:**

O Povo de Florianópolis, por seus representantes reunidos em forma de Câmara Municipal Constituinte, sob a proteção de Deus, pelo ideal de a todos assegurar o progresso, bem-estar e o desenvolvimento, promulga, com o respaldo nas Constituições da República Federativa do Brasil e do Estado de Santa Catarina, a Lei Orgânica do Município de Florianópolis.

### **FORTALEZA:**

Os representantes do povo do Município de Fortaleza, reunidos em Assembléia Municipal Constituinte, buscando a realização do bem-estar comum e as aspirações sociais, econômicas, culturais e históricas, invocando a proteção de Deus, adotam e promulgam a presente Lei Orgânica.

### **GOIÂNIA:**

Nós, representantes do povo, invocando a proteção de Deus e reunidos em Assembléia Constituinte para nos termos da Constituição Federal e Estadual, organizar e fortalecer uma

sociedade livre, pluralista, solidária e fraterna, igualitária e justa, aprovamos e promulgamos a Lei Orgânica do Município de Goiânia.

**MANAUS:**

Nós, representantes do povo do município de Manaus, sob a proteção de Deus, reunidos no Paço da Câmara Municipal de Manaus, respeitando os preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil e do Estado do Amazonas, promulgamos a presente Lei Orgânica, que constituía Lei Fundamental do Município de Manaus, com o objetivo de organizar o exercício do poder e fortalecer as instituições democráticas e os direitos da pessoa humana.

**NATAL:**

Nós, representantes do povo do Município do Natal, constituídos em Assembléia Constituinte, reunidos no Palácio Padre Miguelinho, invocando a proteção de Deus, promulgamos a presente Lei Orgânica do Município, inspirada nos princípios da liberdade política, de justiça social e de dignidade da pessoa humana.

**PORTO ALEGRE:**

O povo do Município de Porto Alegre, por seus representantes, reunidos em Câmara Constituinte, com os poderes outorgados pelas Constituições da República Federativa do Brasil e do Estado do Rio Grande do Sul, e o pensamento voltado para a construção de uma sociedade soberana, livre, igualitária e democrática, fundada nos princípios da justiça, do pleno exercício da cidadania, da ética, da moral e do trabalho, promulga, sob a invocação de Deus, esta LEI ORGÂNICA

**PORTO VELHO:**

O povo do Município de Porto Velho, por seu representante, reunidos em Câmara Constituinte, dentro do espírito da Constituição Federal vigente, de instituir um estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem pre-

conceitos, sob a proteção de Deus, promulga a seguinte LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE PORTO VELHO.

**RECIFE:**

Nós, representantes do povo recifense, investidos em poderes outorgados pela Constituição da República Federativa do Brasil e legitimados pela vontade popular, afirmando o propósito de favorecer o progresso econômico e cultural, estabelecer as bases de uma democracia participativa, proteger e estimular a prática da cidadania, sob o fundamento dos ideais de liberdade e justiça social, em consonância com a construção do estado de direito e de uma Cidade solidária e humana, decretamos e promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Lei Orgânica Municipal.

**RIO BRANCO:**

Os representantes do Povo e do Município de Rio Branco reunidos na forma da Lei, com os poderes outorgados pela Constituição da República Federativa do Brasil e Constituição do Estado do Acre, com o pensamento voltado para a construção de uma sociedade livre, digna, igualitária e democrática, fundada nos princípios de justiça, do pleno exercício da cidadania, moral e trabalho, Promulgam, sob a proteção de “Deus”, a seguinte LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE RIO BRANCO.

**RIO DE JANEIRO:**

Nós, representantes do povo carioca, constituídos em Poder Legislativo Orgânico, reunidos no Palácio Pedro Ernesto, sede da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, dispostos a assegurar à população do Município a fruição dos direitos fundamentais da pessoa humana e o acesso à igualdade, à justiça social, ao desenvolvimento e ao bem-estar, numa sociedade solidária, democrática, policultural, pluriétnica, sem preconceitos nem discriminação, no exercício das atribuições que nos confere o art. 29 da Constituição da República Federativa do Brasil e o art. 342 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, sob a proteção de Deus, promulgamos a seguinte LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO.

**SÃO LUIS:**

Nós, os Vereadores à Câmara Municipal de São Luís, reunidos em Câmara Municipal Constitucional, para organizar o poder político no Município, fortalecer as instituições democráticas, promover os valores de uma sociedade fraterna e pluralista, defender a dignidade da pessoa humana, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Lei Orgânica do Município de São Luís.

**SÃO PAULO:**

Nós, representantes do povo do Município de São Paulo, reunidos em Assembléia Constituinte, respeitando os preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgamos, sob a proteção de Deus, a presente Lei Orgânica, que constitui a Lei Fundamental do Município de São Paulo, com o objetivo de organizar o exercício do poder e fortalecer as instituições democráticas e os direitos da pessoa humana.

**TERESINA:**

Nós, legítimos representantes do povo teresinense, determinados a organizar uma sociedade progressista, democrática e pluralista, invocando os valores supremos do trabalho, da liberdade, do bem-estar, do desenvolvimento e da liberdade, sob a proteção de Deus, promulgamos a seguinte LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE TERESINA.

**VITÓRIA:**

Nós, os representantes do povo de Vitória, reunidos sob a proteção de DEUS, em Câmara Constituinte, por força do art. 11, Parágrafo único do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal, baseados nos princípios nela contidos, promulgamos a LEI ORGÂNICA MUNICIPAL, assegurando o bem-estar de todo cidadão mediante a participação do povo no processo político, econômico e social do Município, repudiando, assim, toda a forma autoritária de governo.

À luz do exposto, percebe-se que o “constituente” municipal ou “legislador orgânico municipal originário”, seguiu a trilha aberta pelos constituintes federais e estaduais ao timbrar nos respectivos Preâmbulos municipais as origens e as aspirações de sua obra legislativa.

## Os Preâmbulos de Constituições estrangeiras

As Constituições e o constitucionalismo brasileiros receberam – e ainda recebem – as influências das experiências constitucionais de outros países. Assim como não comportava a transcrição dos Preâmbulos das Leis Orgânicas municipais, também se apresenta inviável transcrever os enunciados preambulares de todas as Constituições do Mundo, visto que giram em torno de 200 (duzentos) os textos constitucionais.

Por essa razão, serão colacionados os Preâmbulos das Constituições dos Países (Estados soberanos) que, ao nosso sentir, mais influenciaram o constitucionalismo brasileiro: Alemanha, Argentina, Espanha, Estados Unidos, França e Portugal. Nesse rol, faltam a Áustria, a Itália e o México porquanto em suas Constituições não há Preâmbulos. Nada obstante, colacionamos o Preâmbulo do Tratado de uma Constituição Européia.

### **ALEMANHA (1949, Emendada em 1990, após a reunificação):**

Consciente da sua responsabilidade perante Deus e os homens, animado pela vontade de servir à promoção da paz no mundo, em igualdade de condições com os demais países-membros de uma Europa unida, o Povo Alemão, no exercício de seu poder constituinte, adotou esta Lei Fundamental.

Os Alemães dos Estados de Baden-Württemberg, Baviera, Berlim, Brandemburgo, Bremen, Hamburgo, Hesse, Mecklemburgo-Pomerânia Ocidental, Baixa Saxônia, Renânia do Norte-Vestfália, Renânia-Palatinado, Sarre, Saxônia, Saxônia-Anhalt, Schleswig-Holstein e Turingia concretizaram, por livre autodeterminação, a unidade e a liberdade na Alemanha. Assim, esta Lei Fundamental aplica-se a todo o Povo Alemão.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Preâmbulo da Constituição alemã no original:

Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, von dem Willen beseelt, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, hat sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassung(s)gebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben.

Die Deutschen in den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen haben in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands vollendet. Damit gilt dieses Grundgesetz für das gesamte Deutsche Volk.

**ARGENTINA (1853):**

Nós, os representantes do povo da Nação Argentina, reunidos em Congresso Geral Constituinte por vontade e eleição das Províncias que a compõem, em cumprimento dos pactos preexistentes, com o objetivo de constituir a união nacional, afiançar a justiça, consolidar a paz interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e assegurar os benefícios da liberdade, para todos nós, para nossa posteridade, e para todos os homens do mundo que queiram habitar em solo argentino, invocando a proteção de Deus, fonte de toda razão e justiça: ordenamos, decretamos e estabelecemos esta Constituição para a Nação Argentina.<sup>5</sup>

**ESPANHA (1978):**

A Nação espanhola, desejando estabelecer a justiça, a liberdade e a segurança e promover o bem de todos que a integram, em uso de sua soberania, proclama sua vontade de: Garantir a convivência democrática dentro da Constituição e das leis conforme uma ordem econômica e social justa. Consolidar um Estado de Direito que assegure o império da lei como expressão da vontade popular. Proteger todos os espanhóis e povos da Espanha no exercício dos direitos humanos, suas culturas e tradições, línguas e instituições. Promover o progresso da cultura e da economia para assegurar a todos uma digna qualidade de vida. Estabelecer uma sociedade democrática avançada, e Colaborar no fortalecimento das relações pacíficas e de eficaz cooperação entre todos os

---

<sup>5</sup> Preâmbulo da Constituição argentina no original:

Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.



povos da Terra. Por consequência, as Cortes aprovam e o povo espanhol ratifica a seguinte CONSTITUIÇÃO.<sup>6</sup>

**ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE (1787):**

Nós, o povo dos Estados Unidos, visando formar uma União mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a paz interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral e garantir os benefícios da liberdade para nós mesmos e para nossa descendência, organizamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.<sup>7</sup>

**FRANÇA (1958):**

O povo francês proclama solenemente sua adesão aos Direitos Humanos e aos princípios da soberania nacional tal e como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e complementada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946.

Em virtude desses princípios e da livre determinação dos povos, a República oferece aos territórios ultramarinos, que manifestem sua vontade de aderir às novas instituições fundadas no ideal comum de liberdade, igualdade e fraternidade, e concebidas tendo em consideração sua evolução democrática.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Preâmbulo da Constituição espanhola no original:

La Nación española, deseando establecer La justicia, La libertad y La seguridad y promover El bien de cuantos La integran, em uso de SUS soberania, proclama su voluntad de: Garantizar La convivencia democrática dentro de La Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure El imperio de La ley em El ejercicio de los derechos humanos, SUS culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover El progreso de La cultura y de La economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. Establecer una sociedad democrática avanzada, y Colaborar em El fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de La Tierra. Em consecuencia, las Cortes aprueban y El pueblo español ratifica La siguiente CONSTITUCIÓN.

<sup>7</sup> Preâmbulo da Constituição americana no original:

We the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.

<sup>8</sup> Preâmbulo da Constituição francesa no original:

Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946. En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'Outre-Mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique.

**PORTUGAL (1976):**

25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista. Libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo representou uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa. A Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais. No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do país. A Assembléia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno. A Assembléia Constituinte, reunida na sessão plenária de 2 de Abril de 1976, aprova e decreta a seguinte Constituição da República Portuguesa.

**TRATADO DA CONSTITUIÇÃO EUROPÉIA (2004):**

INSPIRANDO-SE no património cultural, religioso e humanista da Europa, de que emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, bem como a liberdade, a democracia, a igualdade e o Estado de Direito, CONVENCIDOS de que a Europa, agora reunida após dolorosas experiências, tenciona progredir na via da civilização, do progresso e da prosperidade a bem de todos os seus habitantes, incluindo os mais frágeis e os mais desprotegidos, quer continuar a ser um continente aberto à cultura, ao saber e ao progresso social, e deseja aprofundar o carácter democrático e transparente da sua vida pública e atuar em prol da paz, da justiça e da solidariedade no mundo, PERSUADIDOS de que os povos da Europa, continuando embora orgulhosos da respectiva identidade e história nacional, estão decididos a ultrapassar as antigas discórdias e, unidos por laços cada vez mais estreitos, a forjar o seu destino comum, CERTOS de que, «Unida na diversida-

de», a Europa lhes oferece as melhores possibilidades de, respeitando os direitos de cada um e estando cientes das suas responsabilidades para com as gerações futuras e para com a Terra, prosseguir a grande aventura que faz dela um espaço privilegiado de esperança humana, DETERMINADOS a prosseguir a obra realizada no âmbito dos Tratados que instituem as Comunidades Europeias e do Tratado da União Europeia, assegurando a continuidade do acervo comunitário, GRATOS aos membros da Convenção Europeia por terem elaborado o projeto da presente Constituição, em nome dos cidadãos e dos Estados da Europa...

Os Preâmbulos dessas outras Constituições refletem que o objetivo principal do preâmbulo é a demonstração das origens e finalidades da Constituição como norma jurídica suprema viabilizadora da convivência humana, dentro de cada respectivo território.

## **O Preâmbulo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da supremacia normativa da Constituição em face de todas as demais normas jurídicas, sejam as internas sejam as internacionais ou as estrangeiras. A palavra definitiva sobre o sentido das normas constitucionais é proferida pelo STF, de sorte que a Constituição da República é, em definitivo, aquilo que o STF diz o que ela é. Os enunciados constitucionais sofrem a última interpretação desse mencionado Tribunal.

Com efeito, em território brasileiro – e na maioria dos países democráticos, onde as pessoas são livres e há respeito pelos direitos fundamentais -, o Direito é aquilo que o Poder Judiciário diz o que é, segundo os graus de competência de cada órgão judicial. Isso porque as “leis” - e a Constituição é uma Lei, a Fundamental – quase sempre dão margem a interpretações diversas, segundo as circunstâncias e os interesses das partes envolvidas. O Direito é circunstancial. O objeto do Direito (as normas jurídicas) pode ser analisado cientificamente, mas a aplicação do Direito (das normas jurídicas) depende das circunstâncias que envolvem “os fatos”, “os valores” e “as partes ou pessoas envolvidas”.

O STF analisou a significação jurídica do Preâmbulo no mencionado julgamento da ADI n. 2.076/AC, sob a relatoria do Ministro Carlos Velloso. A referida Ação foi proposta pelo PSL – Partido Social Liberal em face da Assembléia

Legislativa do Estado do Acre por omissão da expressão “SOB A PROTEÇÃO DE DEUS” no Preâmbulo da Constituição do Estado do Acre.

A ementa do acórdão do aludido julgado está vazada nos seguintes termos: CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre.

I – Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404).

II – Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa.

III – Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Do relatório do Ministro Carlos Velloso passagens que interessam:

Sustenta o autor, em síntese, o seguinte:

(...)

b) ocorrência de ofensa ao Preâmbulo da Constituição Federal, c/c os arts. 25 da mesma Carta e 11 do A.D.C.T., consubstanciada no fato de a Lei Maior estadual omitir a súplica preambular ‘SOB A PROTEÇÃO DE DEUS’, por tratar-se de ‘ATO NORMATIVO DE SUPREMO PRINCÍPIO BÁSICO COM CONTEÚDO PROGRAMÁTICO E DE ABSORÇÃO COMPULSÓRIA PELOS ESTADOS’, mormente porque o Preâmbulo integra o texto constitucional e suas disposições têm verdadeiro valor jurídico;

c) ‘a liturgia da invocação da expressão ‘PROMULGAMOS SOB A PROTEÇÃO DE DEUS, omitida, exclusivamente, no Preâmbulo da Constituição Acreana demonstra, sobretudo, a existência da abstração, pois a Carta Política Estadual não objetivou regular um fato concreto, e muito menos deixar de caracterizar o aspecto da generalidade, pois os destinatários da omissão são fundamentalmente os cidadãos acreanos, únicos no país privados de ficar ‘SOB A PROTEÇÃO DE DEUS’, pela Assembléia Estadual Constituinte;

d) na Assembléia Nacional Constituinte, a emenda que visava a suprimir do texto constitucional a invocação a Deus foi derrotada na Comissão de Sistematização por 74 votos contrários e somente um a favor; (...).

Em seu voto, o Ministro Carlos Velloso analisa a jurisprudência do STF sobre a questão da reprodução na Constituição estadual de norma da Constituição Federal que, reproduzida, ou não, incidirá sobre a ordem local. Após visitar os votos do Ministro Sepúlveda Pertence, nas Reclamações 370 e 383, e surpreender o magistério de Raul Machado Horta sobre a autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro, o Ministro Carlos Velloso indaga: o Preâmbulo constituiria norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro?

Após percorrer o magistério doutrinário de Jorge Miranda, Paulino Jacques, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e de José Wilson Ferreira Sobrinho, o Ministro Carlos Velloso enuncia:

O preâmbulo, ressay das lições transcritas, não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica. O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta: princípio do Estado Democrático de Direito, princípio republicano, princípio dos direitos e garantias, etc. Esses princípios, sim, inscritos na Constituição, constituem normas centrais de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição do Estado-membro dispor de forma contrária, dado que, reproduzidos, ou não, na Constituição estadual, incidirão na ordem local.

No tocante à expressão omissa “SOB A PROTEÇÃO DE DEUS”, o Ministro Carlos Velloso analisa todo o enunciado preambular acreano e afirma que ele não está disposto de forma contrária aos princípios consagrados na Constituição. E diz:

Só não invoca a proteção a proteção de Deus. Essa invocação, todavia, posta no preâmbulo da Constituição Federal, reflete,

simplesmente, um sentimento deísta e religioso, que não se encontra inscrito na Constituição, mesmo porque o Estado brasileiro é laico, consagrando a Constituição a liberdade de consciência e de crença (CF, art. 5º), certo que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (CF, art. 5º, VIII). A Constituição é de todos, não distinguindo entre deístas, agnósticos ou ateístas.

A referência ou a invocação à proteção de Deus não tem maior significação, tanto que Constituições de Estados cuja população pratica, em sua maioria, o teísmo, não contêm essa referência. Menciono, por exemplo, as Constituições dos Estados Unidos da América, da França, da Itália, de Portugal e da Espanha.

Vota o Ministro Velloso pela improcedência da ação, porquanto o Preâmbulo não seja norma jurídica e, por consequência, não se sujeita ao binômio da validade ou invalidade, próprio das normas jurídicas.

Os demais Ministros do Supremo Tribunal Federal acompanharam o voto do Relator. Vale recordar as manifestações dos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. Disse Sepúlveda Pertence:

Senhor Presidente, independentemente da douda análise que o eminente Ministro-Relator procedeu sobre a natureza do preâmbulo das constituições, tomado em seu conjunto, esta locução “sob a proteção de Deus” não é uma norma jurídica, até porque não se teria a pretensão de criar obrigação para a divindade invocada. Ela é uma afirmação de fato – como afirmou Clemente Mariani, em 1946, na observação recordada pelo eminente Ministro Celso de Mello – jactanciosa e pretensiosa, talvez – de que a divindade estivesse preocupada com a Constituição do Brasil. De tal modo, não sendo norma jurídica, nem princípio constitucional, independentemente de onde esteja, não é ela de reprodução compulsória pelos Estados-membros.

O Ministro Marco Aurélio assinalou:

Acompanho, também, o eminente relator, assentando que o preâmbulo, o intróito não integra o corpo da própria Constituição. Portanto, não pode repercutir a ponto de se adentrar o campo da simetria, exigindo-se que haja adoção uniforme em todas as unidades da Federação.

A decisão do STF que julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade n. 2.076 foi acertada. Nada obstante, discordo dos fundamentos da decisão. A meu sentir, o Preâmbulo é parte integrante da Constituição e, conseqüentemente, é norma jurídica, com *status* constitucional. Isso porque todo enunciado do legislador constituinte tem natureza constitucional, sobretudo se proclamado solenemente. Conquanto o Preâmbulo não integre o corpo da Constituição, nem esteja em seus artigos, não o vejo como parte alheia ao texto, mas como integrante do todo constitucional.

Sucedo, todavia, que o Preâmbulo, na minha visão, é norma de natureza facultativa, não sendo, portanto, nem obrigatória nem proibitiva. Ou seja, dentro das três categorias de modais deônticos<sup>9</sup> (proibir, obrigar ou facultar), a norma preambular encarta-se na categoria de norma que é facultativa. Não é, repita-se, obrigatória nem proibitiva. Por isso que a decisão do STF foi correta, mas não porque o Preâmbulo não seja norma constitucional, como entendeu a Suprema Corte, mas porque é norma constitucional facultativa, não sendo de reprodução obrigatória nas Constituições estaduais ou nas Leis Orgânicas municipais ou do Distrito Federal.

A despeito desse entendimento pessoal, que tem a honrosa companhia de eminentes doutrinadores, para o direito constitucional positivo brasileiro o Preâmbulo não tem relevância jurídica, não é norma jurídica nem tem força normativa constitucional. É tão somente uma proclamação de valores políticos e ideológicos que antecedem a Constituição e que estão plasmados no texto constitucional. Isso significa, em termos pragmáticos, que nenhuma norma jurídica pode ser declarada inconstitucional por violação ao Preâmbulo.

### Referências Bibliográficas:

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Processo Legislativo**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Cidade do México: UNAM, 1999.

---

<sup>9</sup> Os modais deônticos, na linha do magistério de Lourival Vilanova (Escritos Jurídicos e Filosóficos, v. 2, 2003, pp. 20 e ss.) dizem respeito ao dever-ser jurídico-normativo. O axiológico está na categoria dos valores. O ontológico diz respeito ao ser. O deôntico do dever-ser. Toda norma jurídica, na perspectiva deontológica, ou proíbe ou obriga ou faculta uma determinada conduta ou comportamento.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1956.

PINTO FERREIRA, Luiz. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

BORGES, Alexandre Walmott. *Preâmbulo da Constituição & A Ordem Econômica*. Curitiba: Juruá, 2003.

MARÇAL, Patrícia Fontes. *Estudo comparado do preâmbulo da Constituição Federal do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. **Dos Preâmbulos nas Constituições**. Dissertação de Mestrado, Belo Horizonte: UFMG, 1989.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Volume 2, São Paulo: IBET, 2003.



# RESPONSABILIDADE CIVIL DO INCAPAZ

Hector Valverde Santana<sup>1</sup>

Ilimane Oliveira Fonseca<sup>2</sup>

## Introdução

Os fundamentos condutores do tema como a teoria da incapacidade e as noções de responsabilidade civil geral, e por fato de outrem, serão sucintamente enfrentados com o propósito de se delinear um processo lógico-jurídico onde o peso destas ideias basilares, apesar de já muito bem estabelecidas na doutrina, possam admitir novas perspectivas à luz da Constituição Federal e que, como observa-se, acabou por redundar em profundas transformações na leitura normativa do tópico no atual Código Civil.

Pretende-se demonstrar como gradualmente evoluiu-se da noção romana clássica da simples desobrigação da responsabilidade do incapaz, passando então para o enfrentamento do tema pelo Código Civil de 1916 até mais recentemente, com o Código Civil de 2002, para alcançar conformações normativas e doutrinárias mais complexas e sofisticadas onde os efeitos do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, corolário da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Civil, ganhou relevo na compreensão da matéria.

O Código Civil de 2002, sob o influxo de princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da solidariedade social, também traduzidos em princípios de linguagem eminentemente civilista como o da reparação integral e da eticidade, suscitaram mudanças sensíveis em relação ao tratamento normativo relativo à responsabilidade civil dos incapazes.

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito. Professor de Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito do UniCEUB. Juiz de Direito do Distrito Federal.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito. Professor de Direito Civil. Analista Judiciário do Superior Tribunal de Justiça.

O diploma legal civilista de 2002 instituiu a responsabilidade *ipso jure* dos responsáveis legais, afastou por derradeiro a culpa *in vigilando* e o ônus probatório da vítima, para tornar objetiva esta forma de responsabilidade civil por ato de terceiro. Em algumas hipóteses o incapaz poderá, inclusive, responder diretamente pelos danos que causar, desde que as pessoas por ele responsáveis não tenham obrigação de fazê-lo ou não disponham de meios suficientes para tanto (patrimônio mínimo). Nesta seção também se registra os diversos motivos que afastam a obrigação de indenizar dos responsáveis legais dos incapazes.

Paralelamente a estes pontos, tratar-se-á ainda da possibilidade de responsabilização do incapaz de forma direta e pessoal no âmbito particular de microssistemas normativos, a exemplo do artigo 116 do Estatuto da Criança e do adolescente.

O curso dos processos supramencionados e seus resultados normativos não estão isentos de sobressaltos e perplexidades. Tanto é assim que, à primeira vista, o artigo 942, parágrafo único, do Código Civil, parece conflitar com o já mencionado artigo 928 do mesmo diploma. Enquanto aquele aponta para uma ideia de responsabilidade solidária dos responsáveis pelos atos praticados pelo incapaz, este cogita, em sua segunda parte do *caput*, da exclusão da responsabilidade dos responsáveis pelo incapaz. Também se afirma que não há contradição entre o artigo 928 e o artigo 932, inciso I, ambos do Código Civil, quando este dispõe que os pais são responsáveis pelos danos causados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

A conclusão reforçará a percepção que tanto a doutrina como o ordenamento jurídico positivo, em seu conjunto, buscam se alinhar com uma leitura mais próxima dos institutos da responsabilidade civil do incapaz em consonância com a aplicação imediata dos princípios constitucionais que protegem a pessoa: seja esta a vítima do dano, seja o incapaz ou o responsável por este. O norte ideal seria a moderação das expectativas de cada um destes agentes com vistas a se obter um equilíbrio social na operação da responsabilização civil do incapaz.

Sugere-se, durante todo o recorte doutrinário da matéria, alguns parâmetros necessários que a jurisprudência sobre a matéria deverá necessariamente considerar para determinar o reconhecimento da responsabilidade civil do incapaz de forma escoreta e em consonância com o viés constitucionalista dos institutos ora tratados.

## A teoria das incapacidades

Pode-se afirmar que a noção de incapacidade tem sua melhor definição lançada pelo seu cotejar com o conceito diametralmente oposto, isto é, a capacidade. A regra geral é que todas as pessoas, a princípio, são capazes, ou como dispõe o artigo 1º do Código Civil: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” Ocorre que, em caráter excepcional, a lei também pode operar para restringir a capacidade de alguém exercer pessoalmente estes direitos e deveres. Isto normalmente quando limitações naturais (idade, condição mental, dentre outros) e outras vulnerabilidades (doenças, alcoolismo, vício em drogas, dentre outros) sobrevêm. Daí falar-se nas chamadas incapacidades para a auto-administração da vida civil.

As incapacidades ocorrem quando há algum embaraço para o exercício de direitos e deveres com o discernimento e maturidade necessários para exprimir a vontade de produzir atos e negócios jurídicos válidos e eficazes. Assim é que os artigos 3º e 4º do Código Civil elencam as hipóteses de incapacidade e sua classificação em dois tipos básicos: a incapacidade absoluta ou relativa.<sup>3</sup>

## Responsabilidade civil do incapaz

Quando existem várias teorias concorrentes, como na hipótese da responsabilidade civil extracontratual, a única forma de discriminar a que possui maior expressão é o teste empírico-normativo, ou seja, se a solução normativa de fato atende nos casos concretos ao perfil do instituto da responsabilidade civil em determinada conformação teórica. Isto é compreensível diante da enorme complexidade de isolar-se, na rica experiência histórica e de desenvolvimento apresentada por aquele instituto jurídico, quais devem ser os reflexos mais justos sobre o patrimônio do causador do dano (direto ou indireto) e para a vítima no que toca à comprovação do dano. Tal situação se complica ainda mais no que

---

<sup>3</sup> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

concerne à responsabilidade civil do incapaz onde a presença de terceiro como responsável legal suscita verdadeiros desafios ao legislador.

A noção de responsabilidade, embora mais prontamente notada no mundo fático, tem sua conformação teórica própria no mundo jurídico. Sua ocorrência jurídica depende da prática de um ato ilícito e, portanto, antijurídico, dirigido a um fim, ocasionando um resultado danoso no plano material ou imaterial ou moral. Mas apenas isso não se mostra suficiente. Há ainda a imputabilidade a considerar.

Como anotam Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, "(...) não há responsabilidade sem violação de dever jurídico"<sup>4</sup> e ainda "(...) a violação do dever implica no agente uma qualidade que é a imputabilidade"<sup>5</sup> Maria Helena Diniz ao discorrer sobre a imputabilidade no contexto da responsabilidade civil também abordou com a precisão o tema em análise.<sup>6</sup>

Afora a ocorrência de um fato voluntário ilícito, demanda-se, também, como requisito para a imputação dos danos ao causador, que o agente seja também imputável. Entretanto, surgem indagações acerca da responsabilidade do incapaz e os limites da sua responsabilização em face da ausência de discernimento.

Desnecessário dizer que os ditames ético-sociais também alcançam os incapazes, eis que sempre deve haver reparação onde houver injustiça. Se o incapaz produz um dano este por um imperativo social, ético e de equidade, deve de alguma maneira ressarcir os prejuízos sob pena de esvaziar-se o princípio da reparação integral do dano, da eticidade nas relações sociais, da operabilidade e da própria solidariedade social (artigo 3º, incisos I e II, da Constituição Federal). São, aliás, estes os princípios axiológicos reitores de todo o ordenamento jurídico civil brasileiro. Nesse sentido não poderiam deixar de ser aplicáveis na

<sup>4</sup> MENEZES DIREITO, Carlos Alberto, e, CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil** (Arts. 927 a 965). Op. cit., p.157.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> "A imputabilidade, elemento constitutivo da culpa, é atinente às condições pessoais (consciência e vontade) daquele que praticou o ato lesivo, de modo que consiste na possibilidade de se fazer referir um ato a alguém, por proceder de uma vontade livre. Assim, são imputáveis a uma pessoa todos os atos por ela praticados, livre e conscientemente. Portanto, ter-se-á imputabilidade quando o ato advier de uma vontade livre e capaz. Para que haja imputabilidade é essencial a capacidade de entendimento (ou discernimento) e de autodeterminação do agente". DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. XXII, p.46.

compreensão da matéria da responsabilidade civil do incapaz. Ocorre que na hipótese a responsabilização do incapaz se dá de forma indireta, subsidiária e mitigada, eis que por interposta pessoa: seu responsável legal.

O princípio da eticidade tem por propósito valorizar o ser humano na sociedade, o que se dá mediante a efetivação dos princípios constitucionais, mormente o da dignidade da pessoa humana. O princípio da solidariedade social (ou sociabilidade), por sua vez, guarda o mesmo fundo do princípio da eticidade. Isso porque as regras dotadas de função social são fundamentalmente éticas e as normas éticas têm afinidade com a socialidade (ou solidariedade). Finalmente, o princípio da operabilidade almeja facilitar a aplicação do novo Código Civil, ao prescrever a possibilidade de se recorrer a elementos exteriores para se atingir a Justiça, o que se dá, precipuamente, por meio das cláusulas gerais e da interpretação que dê sentido mais fácil e efetivo de aplicação das normas já existentes.<sup>7</sup>

Todos estes princípios que parecem apontar para a responsabilidade objetiva foram absorvidos, ainda que com alguns embaraços, pelo Código Civil de 2002. Isto não significa, porém, que todo o arcabouço histórico anterior da evolução da responsabilidade civil do incapaz foi deixado de lado em um só lance do legislador. Não houve uma ruptura com os outros fundamentos históricos da responsabilidade civil baseados, por exemplo, na atribuição de culpa. Apenas mudou-se a orientação para deixar de privilegiar soluções individualistas para soluções mais voltadas para os aspectos sociais e coletivos, embasadas em um interesse universal de reparação justa e efetiva.

Mesmo assim, coexiste no Código Civil de 2002 a responsabilidade com culpa, conforme artigo 927, *caput*, do Código Civil. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”<sup>8</sup> No panorama da responsabilidade civil do incapaz este efeito não destoa. Há hipóteses de responsabilidade com culpa e também objetiva.

---

<sup>7</sup> HENTZ, André Soares. **Os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade no Código Civil de 2002**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1247, 30 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9221>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

<sup>8</sup> Ao revés há diversas referências no Código Civil de 2002 de responsabilidade objetiva como aquelas que preveem responsabilidade nos casos de abuso do direito (art. 187), no exercício de atividade de risco ou perigosa (parágrafo único do art. 927), danos causados por produtos (art. 931), responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932, c/c o art. 933), responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (arts. 936, 937 e 939), dentre outros.

Ordinariamente a responsabilidade civil do incapaz surge como uma das facetas da responsabilidade civil por fato de terceiro. Destarte, a responsabilidade civil do incapaz segue mais ou menos os mesmos fundamentos desta compreensão geral da matéria. José Fernando Simão leciona que a responsabilidade por fato de outrem derivava da culpa do responsável pela vigilância (*culpa in vigilando*) ou pela escolha (*culpa in eligendo*) do terceiro.<sup>9</sup> Porém, sucedia a inevitável dificuldade de produção da prova na delimitação da inobservância do dever de cuidado, por parte dos pais, tutores, curadores e empregadores. Os tradicionais responsáveis legais naquela relação jurídica onde estes substituíam aqueles como responsáveis pelos danos.<sup>10</sup>

Como solução para a vulnerabilidade referente à produção da prova, evoluiu-se para a presunção de culpa dos responsáveis legais. Estes eram considerados, em caráter presuntivo, culpados pelos atos daqueles que ora estavam em sua guarda, vigilância ou educação. Porém, havia ainda a possibilidade de eximir-se da responsabilidade nos casos de prova da inexistência de culpa. A prova nesta conjuntura é ônus do responsável legal, não da vítima. Cabe ao terceiro desincumbir-se dela proativamente.

Posteriormente, com a evolução da teoria da responsabilidade civil passou-se também a admitir na responsabilidade por fato de outrem a responsabilidade de natureza objetiva. Seja ela fundada no dano objetivo ou meramente no risco. No primeiro caso seria despicienda a conduta do responsável ou representante, pois bastaria a comprovação da existência do dano. No segundo caso, do mesmo modo, ocorrendo uma das manifestações da teoria do risco também seria desnecessária a aferição da conduta do terceiro, pois bastaria a prova da existência do fato.

José Fernando Simão, a propósito, argumenta que a fundamentação da responsabilidade civil do incapaz está perfeitamente acomodada na teoria do risco. Segundo ele há um *risco dependência* para explicar a responsabilidade dos

---

<sup>9</sup> Ver SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade Civil do Incapaz - Busca pela Harmonização do Sistema. **Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões**, Jun./Jul. de 2008, p.88.

<sup>10</sup> No mesmo sentido da assim chamada teoria da substituição. In: RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Op. cit., p. 111.

pais em relação aos filhos menores, e a dos tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados.<sup>11</sup>

A teoria de José Fernando Simão, todavia, parece supor que a responsabilidade do incapaz seja regida segundo uma interpretação determinista, mecânica das coisas. A mera relação advinda do poder familiar e o múnus público da tutela e da curatela não provocam *per se* riscos. O autor em referência sustenta que a questão é: se há atividade está pode potencialmente redundar em prejuízo desde que haja um daqueles personagens (pais, tutores e curadores) sem que não se possa evitar considerá-los como responsáveis objetivamente pelo simples fato de existirem.

Logo é uma teoria que ignora que o fundamento principal da responsabilidade por fato de terceiro não é o risco *de ser* em si, mas, sim, o *de estar* atento ao dever jurídico de guarda, de vigilância, de cuidado que se amplia, no caso de pais, tutores e curadores, na mesma medida da falta de discernimento do incapaz. Não há relação de dependência aí, mas dever derivado de um vínculo jurídico abstrato que impõe certa conduta destinada a evitar o prejuízo a terceiros. Tanto é assim, para ilustrar, que para os pais serem responsabilizados objetivamente será preciso que seja configurada antes a culpa do filho menor.

O fato de os fundamentos da responsabilidade por ato de terceiro parecerem tão variados só reforça a ideia de que, no fundo, a responsabilidade civil do incapaz como um subproduto daquela pode também admitir uma miscelânea de todas elas dependendo da organização das forças presentes. O legislador passa a analisar os interesses da vítima, do incapaz e do responsável, percebe suas vulnerabilidades e, depois, ao perceber que as teorias podem não solucionar todos os casos, as apresentam todas ao mesmo tempo, porém, com limitantes.

---

<sup>11</sup> Na realidade, o Código Civil, ao adotar expressamente a responsabilidade objetiva, indica que aquele responsável pelos menores ou doentes (incapazes) assume o risco dependência, criando, portanto nova modalidade de risco. O risco dependência é explicado pelo simples fato de a ausência de discernimento dos incapazes, ou de sua redução, torná-los potenciais causadores de danos. O discernimento completo e a possibilidade de se distinguir entre o certo e o errado faltam ao incapaz. Em decorrência do potencial de causar danos, a responsabilidade dos pais, dos tutores e dos curadores é objetiva. Essa é a tese que se defende José Fernando Simão. In: **Responsabilidade Civil do Incapaz**. Op. cit., p.81.

## Artigo 928 do Código Civil

A regulação do atual Código Civil sobre aquela matéria teve como ponto de partida não só as discussões e críticas que a regulação anterior provocava, mas também e especialmente as tendências existentes de constitucionalização do Direito Civil que apoiavam a necessidade de uma disciplina normativa da responsabilidade civil do incapaz que funcionasse sob a ótica dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade social.

Estas linhas fundamentais em que se apoiou a reforma legislativa geraram então a necessidade de se manter uma gestão equânime e ponderada dos interesses protegidos. Seja da vítima, do incapaz e do próprio responsável legal.

O artigo 928 do Código Civil foi editado com a seguinte redação: “O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Nesse caso, a indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.”

Da desconstrução do *caput* do tipo normativo em tela extrai-se o seguinte:

1) o dever de indenizar a vítima cabe primeiramente aos representantes do incapaz: os genitores, seus tutores e curadores;

2) o incapaz, não obstante, pode ser subsidiariamente responsabilizado em duas hipóteses:

2.1 se as pessoas por ele responsáveis não tiverem a obrigação de fazê-lo;

2.2 ou se as pessoas responsáveis pelo incapaz não tiverem meios de arcar com os prejuízos causados por aquele.

A regra insculpida na primeira parte do artigo 928 do Código Civil dispõe sobre a responsabilidade civil pela indenização primariamente paga pelos representantes legais do incapaz. Em caso de tutela, a responsabilidade é do tutor; de curatela, do curador; e, em caso dos filhos que estejam sob o poder familiar, a responsabilidade é dos pais.

A primeira parte do artigo 928, *caput*, está assim a indicar uma responsabilização direta dos responsáveis legais do incapaz. Ademais, afastou-se a culpa presumida (responsabilidade subjetiva), que amparava a responsabilidade no



Código revogado de 1916, e estabeleceu-se hipótese de responsabilidade objetiva dos representantes dos incapazes.<sup>12</sup>

A segunda parte do *caput* do artigo 928 apresenta as hipóteses onde os responsáveis legais podem se eximir do dever de indenizar, isto é, quando não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios para isso. Estas hipóteses serão destrinchadas em outra seção.

O artigo 928, parágrafo único, do Código Civil aponta para uma responsabilidade subsidiária (ou secundária) mitigada pela equidade quanto ao próprio incapaz. Aqui há uma verdadeira ruptura com o Código Civil de 1916 que não previa esta hipótese de responsabilização direta do incapaz. Observe que a indenização que é garantida a vítima não poderá significar a ruína do agente incapaz e inimputável. Nesse sentido, determina o artigo 928, parágrafo único, do Código Civil, que a indenização, fixada por equidade, não poderá privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam. O princípio da dignidade impede a ruína do causador do dano.

Na mesma esteira o entendimento da doutrina, por intermédio do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal (I Jornada de Direito Civil. Brasília, setembro/2002), que aprovou o enunciado n. 39. Segundo esse enunciado a impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade.

---

<sup>12</sup> Importa todavia advertir que o artigo 934 do Código Civil prevê que o responsável legal em alguns casos, terá direitos de regresso contra o efetivo causador do dano. Notadamente nos casos de tutela ou curatela onde os agentes destes *múnus público* não forem parentes do incapaz. No caso de relação de descendência já não haveria esta possibilidade a teor do artigo 934 do Código Civil: Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

## Patrimônio mínimo (indenização por equidade)

É oportuno apontar que o artigo 928, parágrafo único, do Código Civil, busca harmonizar os interesses da vítima com a potencial situação de vulnerabilidade econômica do incapaz, que não poderá ficar reduzido à penúria em virtude de sua responsabilização civil. Portanto, para que ocorra de fato a mitigação da indenização a ser paga, preserva-se um patrimônio mínimo, a ser aferido pelo juiz mediante equidade onde este deverá analisar todas as circunstâncias que envolvem o caso concreto. Também o responsável legal será responsabilizado nos limites de sua capacidade conforme prevê o *caput* do artigo em tela ao referir-se a *meios suficientes*. Isto porque igualmente está protegido pelo princípio da dignidade humana. É a adoção da chamada indenização por equidade. Maria Helena Diniz ensina que a fixação da indenização a ser paga pelo lesante-incapaz ao lesado, se o seu representante legal não tiver obrigação de o fazer ou não dispuser de recursos financeiros, terá como parâmetro a equidade. Há, portanto, mitigação da indenização, e poderá haver até mesmo sua exclusão, se ela vier a privar o incapaz-lesante e os que dele dependerem dos meios necessários à sua subsistência.<sup>13</sup>

Neste sentido, mesmo antes de aplicar a norma prevista no *caput* e no parágrafo único, do art. 928 do Código Civil, o juiz deve examinar não só o patrimônio do responsável legal sob a ótica de capacidade de pagamento, mas, também, as consequências que a indenização fixada causará em sua existência com dignidade.

Se o valor for tão grande e causar desequilíbrio considerável no patrimônio do representante do incapaz, a ponto de comprometer sua existência digna, deve ser chamado como litisconsorte facultativo sucessivo também o incapaz. A noção de preservação do patrimônio mínimo como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana resguarda os dois interesses: o dos incapazes e de seus representantes, visto que, todos são igualmente merecedores daquela proteção constitucional.

---

<sup>13</sup> DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.718-719, vol. VII.

Cumpra lembrar ainda que é processualmente sensato que o demandantes já estabeleçam esta relação jurídica ao incluírem no pólo passivo tanto o incapaz quanto os seus representantes já na petição inicial.<sup>14</sup>

Seria, inclusive, legítimo que a indenização do dano fosse suportada de maneira compartilhada tanto pelo representante quanto pelo incapaz. Caso o montante da indenização atingisse valor que, pelo arbítrio do juiz, pudesse retirar os representantes da sua “zona de existência digna”, então a responsabilização destes poderia atingir só o limite do razoável para os representantes, sendo repassado o montante restante, subsidiária e equitativamente, ao próprio incapaz.

Cumpra, entretanto, ressaltar em uma leitura mais atenta da redação do artigo 928 do Código Civil, quanto à classificação simplista de *responsabilidade direta* do incapaz, que por sua vez não significa *responsabilidade objetiva* deste. Rui Stocco afirma que o sistema de responsabilidade objetiva ou sem culpa pretende na verdade, estabelecer que o autor material do fato seja objetivamente responsável para responder pelo prejuízo, não pelo fato danoso propriamente dito. O que se quer dizer, portanto, é que a lei nomeia um responsável pela simples obrigação econômica derivada do fato.<sup>15</sup>

José Fernando Simão afirma que em relação ao imputável, a culpa deve ser pautada pela conduta de uma pessoa normal, dotada de imputabilidade. Porém trata-se de uma análise de culpa técnica (ou abstrata) não real.<sup>16</sup> Parte da doutrina, inclusive, estipula um roteiro para a responsabilização direta escorreita do incapaz: (1) que haja um fato ilícito; (2) que esse fato tenha causado dano a outrem; (3) que

---

<sup>14</sup> Normalmente a responsabilidade patrimonial sem dívida não impõe a presença do “responsável” de conhecimento, porém na hipótese do art. 928 do CC como o pedido e mais especificamente a causa de pedir da condenação envolvem ato do incapaz e a incidência do artigo 928 do CC, evidentemente, também se verifica em razão deste ato, não é admissível a responsabilização patrimonial sem a sua participação no processo de conhecimento, onde, inclusive contará com a intervenção do Ministério Público. FERREIRA, William Santos. Aspectos Materiais e Processuais da Responsabilidade Patrimonial do Incapaz. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. n. 55. São Paulo: Notadez, Jul. de 2007, p. 86-87.

<sup>15</sup> (...) não se pode imputar ao próprio autor do fato responsabilidade objetiva se esta pessoa não tem discernimento, não sabe o que está fazendo, não entende o caráter ilícito do fato, nem consegue determinar-se de acordo com esse entendimento. STOCOCO, Rui. Responsabilidade civil no Código Civil Francês e no Código Civil Brasileiro (Seminário estudos em homenagem ao bicentenário do código civil francês).” Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. 27 de Setembro de 2004. Disponível no website \* BuscaLegis.ccj.ufsc.br. <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/9704/public/9704-9703-1-PB.pdf> acesso em 17 de Fevereiro de 2013).

<sup>16</sup> SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade Civil do Incapaz**. Op. cit., p.134-135.

o fato tenha sido praticado em condições de ser considerado culposos, reprovável, se nas mesmas condições praticado por pessoa imputável; (4) que haja entre o fato e o dano o necessário nexo de causalidade; (5) que a reparação do dano não possa ser obtida do representante legal; (6) que a equidade justifique a responsabilidade total ou parcial do incapaz em face das circunstâncias concretas do caso.<sup>17</sup>

Resta, contudo, indagar se aferir por equidade o que seja patrimônio mínimo a ser preservado na fixação do *quantum debeatur* é um critério jurídico adequado de solução do problema posto.

### **Hipóteses de isenção da responsabilidade dos responsáveis legais dos incapazes**

O artigo 928, parágrafo único, do Código Civil, deixa claro que a indenização poderá não ocorrer se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam. Isto significa que o devedor subsidiário, isto é, o incapaz raramente será responsabilizado, visto que, além de se livrar nas hipóteses em que o responsável principal assume essa obrigação e reúne condições econômicas para tanto, previstas na parte final do artigo 928, também só responderá se estiver em condições financeiras para tanto. Mas sucedem outras hipóteses de exclusão da responsabilidade dos representantes legais do incapaz como obrigado principal.

Primeiro, conforme registra José Fernando Simão, quando os pais do menor falecem e não lhe é nomeado tutor para sua representação.<sup>18</sup> Do mesmo modo, se o curador do incapaz vier a falecer deixando-o sem representante. Nestes casos não haveria *ipso facto* a figura do representante legal. Daí seria direta a responsabilidade do incapaz, visto que seria a única figura a subsistir como demandado na responsabilização civil.

Outra hipótese de responsabilização direta do incapaz se dá em decorrência da imposição especial de um microsistema normativo independente. Trata-se do sistema de responsabilização civil próprio do Estatuto da Criança e do Adolescente quando adolescentes praticam danos a terceiros.

---

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade Civil do Incapaz. In: **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**, por Caetano Lagrasta Neto, Flávio Tartuce e José Fernando Simão. São Paulo: Atlas, 2011, p.326-327.

O Código Civil indica outra diretriz que genericamente permite o incapaz responder diretamente pelo dano causado. Há referência no artigo 928 de que o incapaz poderá ser obrigado a arcar diretamente com os danos quando os representantes legais *não tiverem a obrigação de fazê-lo*. Ocorre que a lei civil não elenca pontualmente quais seriam estas hipóteses excludentes da obrigação de indenizar. Portanto, resta à doutrina compilar os casos onde inexistente a obrigação indenizatória do representante legal do incapaz.

José Fernando Simão identifica quatro hipóteses possíveis onde o representante legal não está obrigado a indenizar a vítima do dano provado pelo incapaz: 1) o dano provado pelo pródigo; 2) filho menor que não está sob autoridade e na companhia dos pais; 3) emancipação voluntária, e, 4) força maior e caso fortuito.

O pródigo passa por situações de incontrolabilidade de sua vida patrimonial, porém, não há perda de discernimento em relação à prática de eventuais danos a terceiros. Persiste aquele como senhor de sua própria vida. Contudo, com a curatela de outrem sobre seu patrimônio, não sobre sua vida. Tanto é assim que pode casar e exercer outros atos da vida civil. O curador do pródigo não tem o dever de indenizar. Até mesmo porque o pródigo não está sob a vigilância ou do seu curador.

Há situações onde o incapaz não está sob a autoridade e companhia de seus representantes. O artigo 932, incisos I e II, do Código Civil, dispõe que está isento o responsável legal da obrigação de indenizar.<sup>19</sup> O José Fernando Simão esclarece, em suma, que o pai destituído do poder familiar não tem mais autoridade e perde os direitos e os deveres em relação ao filho, e, se não tem os primeiros, dele não poderão ser exigidos os segundos. Em idêntico sentido, se o tutor ou curador forem destituídos de seus *múnus*. Aquele que não pode controlar ou vigiar o incapaz não pode ser responsabilizado pelos danos por este causados.<sup>20</sup>

Na hipótese dos pais estarem separados ou divorciados, e o filho estiver sob à guarda unilateral de um deles, não responde o outro pelos atos do filho,

---

<sup>19</sup> Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições (...).

<sup>20</sup> SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade Civil do Incapaz. In: **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**, por Caetano Lagrasta Neto, Flávio Tartuce e José Fernando Simão. Op. cit., p.327.

pois o dever de vigilância incumbe àquele que detém a guarda. A razão disto é simples: arca com a responsabilidade de indenizar quem está apto a, de fato, exercer a vigilância e os cuidados necessários sobre o incapaz. Tanto é assim que no período de convivência com o genitor que não detém a guarda, nesses dias a guarda (e responsabilidade) é transferida para aquele que estiver em companhia do menor.<sup>21</sup> Na hipótese de guarda compartilhada a situação é também de repartição de responsabilidades, eis que cabe a ambos os pais exercerem a vigilância concomitantemente sobre o incapaz. A guarda compartilhada aponta para a solidariedade dos responsáveis (art. 942, parágrafo único, do Código Civil).

Emancipação é outra hipótese aventada de exclusão da responsabilidade dos representantes do incapaz. Situação em que o menor responde diretamente pelo dano causado. Com a emancipação não mais subsiste a incapacidade em razão da idade, haja vista, o reconhecimento legal ou voluntário do necessário discernimento dos menores aos quais se concede este instituto jurídico. A emancipação pode ser voluntária ou legal nos termos do parágrafo único do artigo 5º do Código Civil.<sup>22</sup> No que se refere à emancipação legal, prevista no artigo 5º, parágrafo único, incisos II a V, do Código Civil, não há maiores dúvidas no que se refere à dispensa dos pais do dever de indenizar. A discussão persistira, todavia, somente na emancipação voluntária, prevista no artigo 5º, inciso I, do Código Civil.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Há, todavia, opinião em contrário. Segundo parte da doutrina se o prejuízo à outrem é causado pelo menor em razão de falha na educação, ou melhor, *culpa in educando* a responsabilidade é de ambos os pais. *Ibidem*.

<sup>22</sup> Art. 5º (omissis)

<sup>23</sup> Parágrafo único. Cessar, para os menores, a incapacidade:

<sup>1</sup> – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independente de homologação judicial, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II – pelo casamento; III – pelo exercício de emprego público efetivo; IV – pela colação de grau em curso de ensino superior; V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

<sup>2</sup> Por outra ótica, entretanto, argumenta-se que emancipação *per se* não torna a pessoa maior. A maioridade ficta advinda da emancipação legal ou voluntária não leva necessariamente ao reconhecimento da maioridade de fato. Assim, o menor, ainda que emancipado, continua a ser menor, até atingir a maioridade de fato e não somente de direito. Entende-se a maioridade de fato como a circunstância averiguável que indique autonomia, ausência de vigilância parental e autoadministração dos filhos em relação aos pais. Quando aqueles continuam a depender dos pais, a responsabilidade destes persistiria. Conclui-se daí que a maioridade e emancipação são coisas diferentes.

José Fernando Simão relata que durante a vigência do Código Civil de 1916 e até recentemente, a jurisprudência dominante e a doutrina sempre se mostraram reticentes em relação à emancipação voluntária. Há uma fortíssima orientação doutrinária e jurisprudencial de que a emancipação voluntária não sirva para eximir os pais da obrigação de indenizar, eis que funciona como instrumento para realizar uma verdadeira fraude aos credores,<sup>24</sup> especialmente quando levada a cabo pouco depois da prática do dano pelo incapaz.

Segundo ele, em expressa contrariedade à corrente dominante, é necessária a recolocação do fenômeno da emancipação em um novo paradigma ético que deve conduzir, necessariamente, ao afastamento da presunção de má-fé na sua utilização. O julgador deve examinar caso a caso se há ou não burla do espírito do ato emancipatório.

Se o menor se emancipa e continua a residir no lar dos pais, sob sua estrita vigilância, cuidado e dependência econômica e afetiva, a emancipação, realmente, pode ser considerada ineficaz para fins de isenção da responsabilidade dos pais. Entretanto, deve-se frisar que esta não será a regra, como faz crer a doutrina, mas, sim a exceção.

À mingua de elementos que indiquem a utilização espúria da emancipação voluntária, deve-se reconhecer este instrumento como apto, a princípio, para afastar a responsabilidade dos pais. Mesmo assim, a doutrina insiste em não afastar a responsabilidade dos pais em caso de emancipação voluntária. Neste sentido, muito didático, o enunciado nº 41 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal (I Jornada de Direito Civil. Brasília, setembro/2002), que a única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inc. I, do novo Código Civil.

Finalmente, resta a considerar a força maior, o caso fortuito e a culpa exclusiva da vítima como causas excludentes de responsabilidade. De uma maneira ou outra todas estas hipóteses dizem respeito ao chamado nexos de causalidade. O nexos causal ou nexos de causalidade é o vínculo que une a conduta do agente

---

<sup>24</sup> SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade Civil do Incapaz**. Op. cit., p.171-176. O autor discorre sobre a maciça jurisprudência e firme doutrina que afasta a exclusão da responsabilidade dos pais na hipótese de emancipação.

ao fato danoso dentro de um juízo de probabilidade. É por meio da apreciação do nexo de causalidade que se pode apontar quem foi o causador do dano. Ressalte-se que se o dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima, força maior, ou caso fortuito, não há o dever de indenizar dos representantes do incapaz pelo simples fato deste último estar excluído como fator gerador do prejuízo. Por consequência, os representantes legais também não têm dever de indenizar.

Encerram-se o elenco não exaustivo das hipóteses de exoneração da responsabilidade dos responsáveis legais. Cumpre, todavia, lembrar que eventualmente a preservação do patrimônio mínimo em respeito ao princípio da dignidade também poderá implicar, em tese, na exoneração da responsabilidade tanto dos representantes legais como do incapaz.

### **Responsabilidade Direta Do Incapaz No Estatuto Da Criança E Adolescente (Art.116 Do Eca)**

Apesar de o artigo 928 do Código Civil 2002 indicar o fechamento do ciclo evolutivo ao reduzir a multiplicidade de critérios do reconhecimento da responsabilidade civil do incapaz, em uma simples oposição entre a responsabilidade direta e objetiva dos responsáveis legais e a indireta (subsidiária) mitigada pela equidade do próprio incapaz, tal percepção não se mostra de todo procedente.

Mesmo antes da vigência do Código Civil de 2002, já se previa hipótese em que o menor incapaz poderia vir a ser responsabilizado pessoal e diretamente por dano causado. Porém, o tema está expressamente previsto no artigo 116 do Estatuto da Criança e Adolescente.<sup>25</sup>

Como microssistema autônomo e independente, o Estatuto da Criança e do Adolescente orienta-se por regras próprias com vistas a promover como fim último um desenvolvimento pleno das crianças e adolescentes. Segundo o artigo 3º, a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

---

<sup>25</sup> Art. 116 da Lei nº8.069/90. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.



A disciplina da responsabilidade civil do incapaz no Estatuto da Criança e Adolescente também o torna um microsistema normativo peculiar e ao mesmo tempo atento às desigualdades de uma pessoa em desenvolvimento, com normas, a princípio, alheias à regra geral da responsabilidade civil do menor do Código Civil.

Esse diferencial está calcado na adoção, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, da teoria da proteção integral ao menor que prevê um incentivo ao desenvolvimento moral do adolescente em condições de respeito a sua dignidade intrínseca como pessoa humana.

De acordo com o artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Juiz da Vara da Infância e da Juventude, no contexto de aplicação de uma medida sócio-educativa ao adolescente infrator, poderá impor a este direta e pessoalmente a obrigação de ressarcir o dano à vítima. O juízo promove verdadeira responsabilização direta do adolescente como forma de inculcar um sentimento de responsabilidade social por seus próprios atos.<sup>26</sup> Uma verdadeira reflexão pessoal sobre os efeitos e consequências de sua conduta anti-social de modo a permitir que ele mesmo dê um significado positivo e real à medida sócio-educativa imposta.

A imposição de medida sócio-educativa privilegia a personalidade do infrator. Apesar de poder haver o concurso do responsável legal na reparação do dano cabe ao menor, prioritariamente, a reparação integral, seja pelo ressarcimento do dano, ou por outras possibilidades como, por exemplo, a restituição da coisa ou a compensação do prejuízo. A título de ilustração, caberia ao próprio adolescente, não aos seus representantes legais, devolver um objeto furtado ou repintar um muro pichado.

Trata-se de norma especial em relação à norma geral do artigo 928 do Código Civil, que busca atingir preferencialmente o responsável legal para só depois subsidiariamente alcançar o incapaz. A doutrina, porém, não verifica nenhum conflito substancial entre elas e aponta para a perfeita coexistência dos dois regramentos. Ademais, o enunciado n° 40 do Conselho de Justiça Federal (I Jornada de Direito Civil. Brasília, Setembro de 2002) estipula que incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente

---

<sup>26</sup> Atentar que o artigo citado refere-se tão-somente aos maiores de doze anos e menores de 18 anos. Não há, portanto, a mesma imposição no que toca às crianças.

como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais nos termos do artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas sócio-educativas ali previstas.

De fato não pode se entender o teor do artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente de outra maneira. Apesar da mais explícita inflexão do princípio da dignidade da pessoa humana tanto no tratamento normativo do Código Civil como no do Estatuto menorista. Também neste caso verifica-se a manifestação indireta do princípio correlato da isonomia ou da igualdade em seu sentido material.

A principal virtude desse princípio está em reconhecer a vulnerabilidade do adolescente infrator como pessoa em desenvolvimento para atingir a igualdade material pretendida pela Constituição Federal. Os desiguais são tratados na exata medida de suas desigualdades. Isto implica reconhecer o adolescente infrator como alguém em aprendizado, hipossuficiente tanto quanto ao discernimento como quanto à velocidade de compreensão dos padrões de conduta social.

Verifica-se, portanto, a necessidade de se abrir exceção à regra geral civil para admitir a responsabilidade civil pessoal e direta do adolescente infrator de maneira solidária com seu responsável legal no contexto peculiar das medidas sócio-educativas. Não se pode tratar o adolescente em conflito com a lei com as mesmas balizas de outro menor que porventura produza algum dano a terceiros. A lição que serve para um, não serve para o outro. Por isso está perfeitamente justificado este *plus* na responsabilização civil do adolescente infrator.

## Conclusões

O que faz o tratamento normativo acerca da responsabilidade civil do incapaz positivo no Código Civil contemporâneo são os princípios salutares em que se funda. Tais princípios como o da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da solidariedade estão previstos diretamente na Constituição Federal e dão à vítima do dano, ao incapaz e ao responsável legal um reconhecimento e relevo até então desconhecido na difícil tarefa de compor a complexa equação de interesses conflituosos que se apresenta em razão da natureza das relações jurídicas que os envolvem. As peculiaridades e vulnerabilidades de cada um daqueles atores são, em regra, consideradas e os princípios de caráter civilista

como a operabilidade, reparação integral e eticidade estão quase todos eles em consonância com aqueles fins.

Não obstante, há aspectos negativos, notadamente na metodologia desenhada pelo legislador para alcançar os fins nem sempre conciliáveis de harmonia de interesses individuais e sociais no sistema de responsabilização civil do incapaz. Mas, sobretudo pela adoção do conceito de indenização por equidade na fixação do dano a ser indenizado.

A opção preferencial do legislador pela indenização por equidade, respeitando-se o chamado patrimônio mínimo tanto do incapaz quanto do seu responsável legal, o que atenderia aos princípios da dignidade humana e da isonomia, talvez não seja a melhor solução.<sup>27</sup> Seja porque pode deixar de atender a vítima em hipóteses extremas, seja porque pode resultar em intenso subjetivismo do juiz na apreciação do caso concreto. O que também pode redundar em soluções individualistas e até contraditórias, vez que o magistrado pode se mover caso a caso por dados externos alheios à prova produzida como, por exemplo, a simpatia; a empatia; a antipatia; a comiseração; crenças religiosas, ideologias, dentre outros. Isto em detrimento das soluções de cunho estritamente jurídico que em tese atenderiam todo o corpo social, sem distinção vis à vis da capacidade financeira do indivíduo.

Leysser L. León observa que na indenização equitativa o dano (danos emergentes e lucros cessantes) constitui somente um ponto de referência, que demanda mais apreciação ética que jurídica.<sup>28</sup> Para ele, se há um juízo de equidade, não há propriamente um juízo civilístico baseado na teoria da responsabilidade civil. Concorde-se com a responsabilização civil do incapaz sob uma ótica muito mais utilitarista, onde deve sobressair o bem-estar de todos e não o de uma única pessoa.

O autor acima mencionado aduz que o juízo de equidade viola o princípio da igualdade perante a lei, eis que a responsabilidade econômica acaba por de-

---

<sup>27</sup> Em contrário pela defesa da indenização por equidade ver: DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 807-808, vol. II; e CARVALHO CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.136.

<sup>28</sup> LEÓN, Leysser L. Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa. **Universita degli studi di Trento - Facoltà di Giurisprudenza**. Abril de 2005. <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2007/leon.pdf> (acesso em 17 de Fevereiro de 2013). Passim.

pende das condições econômicas das partes. A responsabilidade aumenta, atenua ou desaparece dependendo se o incapaz tem a boa ou má sorte de danificar com seu ato desprovido de discernimento a um indivíduo próspero ou não, pois compromete na mesma medida o patrimônio do seu responsável legal. É como se a riqueza e a pobreza se tornassem categorias jurídicas.<sup>29</sup> Talvez até fosse melhor recorrer para uma aferição mais objetiva e fundada em critérios matemáticos inspirados na teoria dos jogos para atender ao equilíbrio pretendido entre aqueles que devem indenizar e aqueles que devem ser indenizados sem chegar ao um resultado que seja de soma zero para todas as partes.<sup>30</sup>

Resta claro que a referida indenização está amparada apenas em princípios de equidade e não tem verdadeiro compromisso com a noção de indenização pela exata extensão do dano ocorrido, conforme preconiza a teoria clássica da responsabilidade civil no que toca ao ressarcimento integral do dano (*restitutio in integrum*) que se pretende fazer é muito menos que os civilistas clássicos imaginam como ideal: apenas assegurar uma indenização pecuniária que pode ou não corresponder aos danos causados. Entende-se que tudo dependerá da capacidade financeira dos envolvidos e de que o juiz entender justo, atendendo-se as diretrizes de equidade e respeito ao patrimônio mínimo que o artigo 928 do Código Civil preconiza.<sup>31</sup>

A indenização por equidade é um conceito genérico inadequado para constituir fundamento ou medida da responsabilidade civil, pois criaria situações de incerteza e graves inconvenientes sociais e econômicos.<sup>32</sup> O recurso à equidade é fruto da incapacidade de compreender a função da instituição da responsabilidade civil por atividade não culpável e deixa de explicá-la de maneira adequada ao seu fim. Leysser L. Leon sustenta que a referência à equidade não constitui uma proposta de um critério jurídico-científico válido em si mesmo, senão a indicação de um princípio de viés político e mesmo jusnaturalista que,

<sup>29</sup> Ibidem. Passim.

<sup>30</sup> FREITAS, Brunos Osmar Vergini de. **O dilema da Responsabilidade Civil do Incapaz no artigo 928 do Código Civil: Enfoque pela teoria dos jogos**. Passim.

<sup>31</sup> A indenização por equidade se apresenta em diversos outros artigos do Código Civil. Destarte, o juiz deverá recorrer a ela para fixar a indenização quando se tratar, entre outros casos, de responsabilidade de incapazes (artigo 928, parágrafo único), responsabilidade por atos contra a honra (artigo 953, parágrafo único), responsabilidade por ofensa à liberdade pessoal (artigo 954), responsabilidade por danos provocados no transporte de pessoas (artigo 738, parágrafo único).

<sup>32</sup> LEÓN, Leysser L. Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa. Op. cit. Passim.

apesar de ser uma tendência internacional, só justifica a introdução de normas de caráter particular inspiradas no recurso ao sentimentalismo ou da transferência de riqueza.<sup>33</sup>

Dessa forma, conclui-se que o tratamento normativo do tema da responsabilidade civil do incapaz acertou nos seus fundamentos, mas pode ter se equivocado no instrumento de sua concretização reparatória. Deixando de lado as conclusões políticas derivadas dessa colocação, o erro metodológico fundamental do tratamento normativo da questão consistiu em sobrepor a indenização por equidade às regras cientificamente formuladas do desenvolvimento jurídico da teoria da responsabilidade civil.

Mesmo assim, só com o desenvolvimento da jurisprudência poder-se-á avaliar se, de fato, essas preocupações procedem. De qualquer sorte é próprio da evolução doutrinária e normativa da responsabilidade civil uma correção de rumos quando se faz necessário. Qualquer desvio mais sério logo será compensando nas futuras reformas legislativas sobre a matéria.

### Referências Bibliográficas:

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Equidade no novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, vol. II.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. XXII.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes, e CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil (Arts. 927 a 965): Da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. XIII.

FERREIRA, William Santos. Aspectos Materiais e Processuais da Responsabilidade Patrimonial do Incapaz. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. n. 55. São Paulo: dez-jul de 2007. 73-89.

---

<sup>33</sup> Ibidem. Passim.

FREITAS, Bruno Osmar Vergini de. O dilema da responsabilidade civil do Incapaz no artigo 928 do Código Civil: Enfoque pela teoria dos jogos. **Revista do MPU**. Vol. n/d. n. n/d. Brasília: Revista do MPU, 2013.

HENTZ, André Soares. Os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade no Código Civil de 2002. **Jus Navegandi**. 30 de Novembro de 2006. <http://jus.com.br/revista/texto/9221/os-principios-da-eticidade-da-socialidade-e-da-operabilidade-no-codigoo-civil-de-2002> (acesso em 17 de Fevereiro de 2012).

LEÓN, Leysser L. Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa. **Universita degli studi di Trento** - Facultad di Giurisprudenza. Abril de 2005. <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2007/leon.pdf> (acesso em 17 de Fevereiro de 2013).

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade Civil do Incapaz. In: **Responsabilidade Civil Contemporânea** - Em Homenagem a Sílvio de Salvo Venosa, edição: Otávio Luiz Rodrigues Júnior, Gladston Mamede e Maria Vital da Rocha. São Paulo: Atlas, 2011.

SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade Civil do Incapaz**. São Paulo: Atlas, 2008.

SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade Civil do Incapaz In: **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**, por Caetano Lagrasta Neto, Flávio Tartuce e José Fernando Simão, 316-354. São Paulo: Atlas, 2011.

SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade Civil do Incapaz - Busca pela Harmonização do Sistema. **Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões**, Jun./Julh de 2008: 85-97.

STOCCO, Rui. Responsabilidade civil no Código Civil Francês e no Código Civil Brasileiro (ESTUDOS EM HOMENAGEM AO BICENTENÁRIO DO CÓDIGO CIVIL FRANCÊS). \* *BuscaLegis.ccj.ufsc.br*. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. 27 de Setembro de 2004. <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/9704/public/9704-9703-1-PB.pdf> (acesso em 17 de Fevereiro de 2013).

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011.



Há vinte e cinco anos promulgava-se então aquela que ficou conhecida como a Constituição mais democrática da vida republicana brasileira. Desde então muitas coisas mudaram, tanto no corpo original daquele documento quanto, mas, sobretudo, na sociedade brasileira de um modo geral.

Os artigos reunidos nessa publicação celebram, cada um a seu modo, os vinte e cinco anos de existência da Constituição Federal de 1988. Se, divergem amplamente no que diz respeito à temática particular escolhida, à abordagem teórica desenvolvida e às expectativas quanto ao potencial transformador da sociedade brasileira inscrito em suas páginas, convergem na medida em que, em sua maioria, apresentam uma fecunda perspectiva crítica da Carta magna de 1988, avaliando, dimensionando os descaminhos e descompassos desta com os objetivos, anseios, demandas e reivindicações de diversos setores da sociedade brasileira.

ISBN 978-85-61990-17-6

