



# REVISTA MONOGRAFIA JURÍDICA – IESB

Revista de Monografia Jurídica. Brasília, v.1, n.1, jul./dez.2016

1

## SUMÁRIO

ÁLVARO AUGUSTO CERQUEIRA MANGABEIRA  
**A TRANSFORMAÇÃO DA INTIMIDADE: AS MUDANÇAS FAMILIARES E O DIREITO**  
Professor orientador Dr. Weber Lima Bonfim

CLÁUDIO RODRIGUES DOS PASSOS  
**O PARADIGMA DO ESTADO-NAÇÃO E A NORMA JURÍDICA: A EXPERIÊNCIA DA  
UNIÃO EUROPEIA**  
Professor orientador Me. Miguel Ivân

DANIEL PIMENTEL HORTA RODRIGUES  
**Justiça Fiscal – A carga dos tributos indiretos à luz da Constituição Federal de 1988**  
Professor orientador Me. Clécio Santos Nunes

FÁBIO ROMERO DA SILVA  
**A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DO AMICUS CURIAE NOS PROCESSOS E DA SUA  
DISPOSIÇÃO NORMATIVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**  
Professor orientador Dr. Diogo Palau Flores dos Santos

MILENA PALMEIRA REIS CALDEIRA BRANT  
**ESTUDO DA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO  
BRASILEIRO**  
Professor orientador Dr. Augusto César Leite de Carvalho

RICARDO SAMESHIMA TABA  
**O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO  
DIREITO ADMINISTRATIVO**  
Professor orientador Me. Daniel Luchine Ishihara

## *Apresentação*

A *Revista de Monografia Jurídica do Centro Universitário IESB* é uma publicação semestral do Curso de Direito voltada para divulgar as pesquisas acadêmicas no âmbito do bacharelado em Direito que contribuam para a formação do pensamento crítico acerca dos direitos sociais e dos processos reivindicatórios, alinhando-se graduação e pós-graduação em Direito IESB através do Mestrado em Movimentos Sociais e Processos Reivindicatórios.

## *Expediente*

### **Reitora**

Eda Coutinho Barbosa Machado de Souza

### **Vice-Reitor**

Edson Machado de Sousa Filho

### **Vice-Reitor Acadêmico**

Luiz Cláudio Costa

### **Pró-Reitora Acadêmica**

Regina Maria Tombini

### **Pró-Reitora do Programa de Pós-Graduação e Pesquisa**

Zeli Isabel Ambros

### **Coordenadora do Curso de Direito**

Any Ávila Assunção

### **Editores**

Any Ávila Assunção

Miguel Ivân Mendonça Carneiro

## *Contato*

### **Endereço para correspondência e permuta**

*Revista de Monografia Jurídica IESB*

Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB

Curso de Direito - Campus Norte Giovanina Rímoli

SGAN 609, Conjunto D, Av. L2 Norte, Asa Norte

CEP 70.850-090 Brasília DF

(0055 - 61) 3340-9828

revistadireito@iesb.br



**CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB  
CURSO DE DIREITO**

3

**ÁLVARO AUGUSTO CERQUEIRA MANGABEIRA**

**A TRANSFORMAÇÃO DA INTIMIDADE: AS MUDANÇAS  
FAMILIARES E O DIREITO**

**Brasília/DF  
2016/1**

**ÁLVARO AUGUSTO CERQUEIRA MANGABEIRA**

4

**A TRANSFORMAÇÃO DA INTIMIDADE: AS MUDANÇAS  
FAMILIARES E O DIREITO**

Monografia apresentada ao curso de Direito do  
Centro Universitário Instituto de Educação  
Superior de Brasília, como exigência parcial  
para a obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Weber de Lima Bonfim

**BRASÍLIA/DF**  
2016/1

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha querida família, pelo apoio incondicional em minha trajetória, e a todas as outras famílias plurais que inspiraram este trabalho.

## AGRADECIMENTOS

Agradço aos meus familiares por todo o apoio e amor a mim dedicados nesses meus pouco mais que 25 anos.

Agradço, em especial, a meus pais, Joana e Aldemir, por me ensinarem os valores necessrios para se percorrer essa rdua, porém bela, jornada que é a vida.

Agradço a minha linda irmã Vitória (Vitó), por ser um verdadeiro presente em minha vida.

Agradço, em especial, ao meu mestre Weber de Lima, por toda a dedicação ao nosso Projeto, pelas conversas tão edificantes e por me ajudar a me tornar o cidadão e cientista que sou hoje.

Agradço ao meu avô Álvaro Cerqueira por me formar como cidadão crítico e ético, e à minha avó Doris, por toda a poesia e delicadeza do amor. Agradço igualmente, minha avó Raimunda, pelo carinho acolhedor.

Agradço à minha Tia Laura pelas risadas e lágrimas, que juntas formam nossa bonita amizade. Agradço às minhas Tias Regina e Rejane, por todo o amor.

Agradço ao meu querido Vitor, pelo amor e companheirismo, e por nunca deixar de acreditar em mim.

Agradço aos meus amigos, em especial aos queridos Rudson, Amanda, Melanie e José Luiz, por aturarem minhas teimosias e por serem leais e companheiros em todos os dias, tanto nos penosos, quanto nos divertidos.

“A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir”.

**Hannah ARENDT**

“Amor é dado de graça,  
é semeado no vento,  
na cachoeira, no eclipse.  
Amor foge a dicionários  
e a regulamentos vários.”

Carlos **DRUMMOND** de Andrade

## RESUMO

O presente trabalho pretende relacionar as mudanças dos paradigmas da intimidade, em uma abordagem sociológica, às modificações no direito de família, tendo como principal objeto de análise as modificações doutrinárias operadas a partir e paralelamente à recepção da “União Estável” enquanto instituto de direito e unidade familiar. Tem como objetivos esclarecer a afinidade eletiva entre a emancipação da mulher e a mudança dos paradigmas familiares, bem como perceber a tendência democrática das relações entre os sexos em contraste com as estruturas institucionais hierarquizadas. Busca investigar, igualmente, investigar a natureza das mudanças sociais de que derivaram as mudanças jurídicas no contexto do Direito familiar, analisando a pluralidade de entidades familiares existentes atualmente. O estudo privilegiou uma abordagem interdisciplinar entre a sociologia e o direito, de forma a ampliar o debate em torno as mudanças familiares nesses dois campos teóricos. Partiu-se da revisão bibliográfica das obras sociológicas e jurídicas, tendo como eixo central a “Transformação da Intimidade”, de Anthony Giddens. Da análise desta obra, foi possível estabelecer um diálogo com outras obras de relevo, como “A Dominação Masculina” de Pierre Bourdieu, “Sociedade de Risco”, de Ulrich Beck e “O Segundo Sexo”, de Simone Du Beauvoir. Por fim, é de se constatar a importância da análise do “Manual de Direito das Famílias” de Maria Berenice Dias, de onde foi possível, ao lado da análise de dados oficiais do IBGE e IPEA, extrair o espectro de representações familiares presentes na realidade jurídico-social brasileira.

**Palavras-chave:** União Estável, Intimidade, Direito das Famílias, Divórcio, Emancipação Feminina.

## ABSTRACT

The following paper aims to approach the changes in intimacy paradigms, under a sociological conduction, within changes in Family Law, seeking as main goal the doctrinal operations from the reception of “Common-Law Marriage”, as an institute of law and familiar unity. Its primary target is to clarify the elective affinity between women’s emancipation and the changes in family paradigms, as well as to apprehend democracy trends on gender relations in contrast to hierarchical institutional structures. It seeks to investigate, likewise, the nature of the social changes, from where the legal changes in the range of family law, developed, by analyzing the plurality of familiar entities currently existing. The study favored an interdisciplinary approach between sociology and law, in order to broaden the debate around the family changes in these two theoretical fields. The methodology adopted was based on literature review of sociological and legal works and centered its analysis on the book “Transformation of Intimacy” by Anthony Giddens. Further, it was possible to establish a dialogue with other major works such as “The Masculine Domination” by Pierre Bourdieu, “Risk Society”, by Ulrich Beck and “The Second Sex” by Simone Du Beauvoir. Finally, it should be noticed the importance of groundbreaking book, “Manual de Direito das Famílias ” by Judge Maria Berenice Dias, from where was possible to extract, together with the analysis of the official figures from IBGE and IPEA, the spectrum of family models existing in Brazilian society.

**Keywords:** Common-Law Marriage, Intimacy, Family Law, Divorce, Women’s emancipation.



## **LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS**

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADI – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

ADPF – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

PL – PROJETO DE LEI

PLS – PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 DIREITO, FAMÍLIA E AFETO.....</b>	<b>13</b>
<b>1.2 A respeito da Emancipação Feminina .....</b>	<b>19</b>
<b>2 A REFLEXIVIDADE E SUA INFLUÊNCIA NO CAMPO FAMILIAR.....</b>	<b>26</b>
<b>2.1 Família e Sociedade Industrial .....</b>	<b>31</b>
<b>3 A UNIÃO ESTÁVEL .....</b>	<b>37</b>
<b>3.1 União Estável e a Transformação da Intimidade .....</b>	<b>38</b>
<b>4 DIREITO DAS FAMÍLIAS.....</b>	<b>42</b>
<b>4.1 Família Matrimonial .....</b>	<b>42</b>
<b>4.2 Famílias Informais.....</b>	<b>44</b>
<b>4.3 Famílias Monoparentais, Pluriparentais (Recompostas) e Anaparentais.....</b>	<b>44</b>
<b>4.4 Famílias Homoafetivas .....</b>	<b>46</b>
<b>4.4.1 Famílias Homoafetivas: da marginalização à Identidade Legitimadora .....</b>	<b>51</b>
<b>4.5 Famílias Plurais em face da Dominação Simbólica.....</b>	<b>57</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>62</b>

## INTRODUÇÃO

Aos prezados leitores peço a licença de tecer algumas considerações a respeito deste estudo. O presente Trabalho de Conclusão de Curso nada mais é do que a ampliação de uma minuciosa pesquisa realizada entre os anos de 2013 a 2015, por oportunidade do Programa de Iniciação Científica do Centro Universitário IESB. Tal pesquisa culminou com a elaboração do artigo “A Transformação da Intimidade: As mudanças familiares e o Direito”, publicado na Revista Prelúdios, da Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal da Bahia - UFBA. Em versão resumida, foi publicado na primeira edição da Revista da Iniciação Científica do Centro Universitário IESB. Portanto, três versões do presente trabalho derivaram da mesma pesquisa e, portanto, das mesmas premissas, objeto e chegaram às mesmas conclusões, embora cada texto guarde suas peculiaridades.

Necessário se faz constatar que a monografia apresentada em sede de Trabalho de Conclusão de Curso do curso de Direito do Centro Universitário IESB reproduz elementos da pesquisa prévia. Além disso, não se pode olvidar que o modelo do presente trabalho não satisfaz as expectativas de um manual explicativo ou de uma acrítica revisão bibliográfica. Trata-se do substrato de uma densa pesquisa, de ordem multidisciplinar, que ousou integrar áreas do conhecimento muitas vezes contrastantes, com o Direito e a Sociologia.

Pede-se, conseqüentemente, certa abertura por parte dos leitores e talvez uma espécie análise “reflexiva”, se assim dispostos estiverem ao deparar-se com universos de conhecimento estranhos ao campo jurídico. Pede-se abertura, no sentido de perceber que o objeto cognoscível deste trabalho, o direito das famílias, não é encarado preponderantemente como um objeto formal, uma categoria jurídica apenas, mas um fato social.

O objetivo do presente trabalho, mais do que explicitar uma mudança nos paradigmas da intimidade, de observar a vertente pluralista do direito de família, é mostrar que aos fatos não se nega a existência, eles simplesmente são, independente de autorização.

O poder judiciário, de tanto ser demandado no sentido do reconhecimento dos direitos decorrentes de situações familiares que divergiam do modelo familiar tradicional, adotado pela doutrina e jurisprudência, passou a legitimar uma visão mais plurívoca em torno do conceito de família, garantindo direitos àqueles modelos familiares antes

marginalizados pelo sistema jurídico.

A partir da reviravolta operada pela jurisprudência, da qual o julgamento da ADI 4277 é resultado, evidenciou-se a necessidade de se explorar as causas, assim como as implicações do aparecimento de um novo conceito de família no meio jurídico. Os questionamentos que surgiram muito antes da referida ADI de forma alguma se esvaziaram, visto que tal decisão de forma alguma encerra a problemática em torno do surgimento de famílias plurais.

Tanto o é, que novos projetos de lei tem sido votados nas casas do Congresso Nacional com o intuito de se positivar o que a nação idealiza como conceito de família. Família seria o núcleo formado pelos pais e seus descendentes? Ou família seria todos aqueles que se agregam em torno do afeto?

Tais questões surgiram de forma escalonada à medida que o presente estudo foi se desenvolvendo, e em virtude da imensidão de disciplinas e abordagens que poderiam ser observadas, optou-se por restringir o objeto de pesquisa, num sentido de se problematizar questionamentos muito pontuais.

Da doutrina jurídica, foi encampada a visão proposta pela Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias, pioneira na “doutrina do afeto”. Em outro prisma, autores dedicados ao estudo dos direitos fundamentais foram estudados de forma a complementar o que já observa Dias. No campo sociológico, Anthony Giddens representa um papel fundamental no embasamento teórico deste trabalho, com sua teoria envolvendo a reflexividade, no que é acompanhado por outros sociólogos de renome, tais como Beck e, em uma aproximação, observando-se as diferenças, Zygmunt Bauman.

No primeiro capítulo, o leitor é situado no contexto sociológico e jurídico do que as famílias plurais representam para ambas as disciplinas, de forma a evidenciar o valor do afeto e constitucionalização do direito civil nos parâmetros constitucionais. Consta igualmente deste capítulo, o panorama histórico-jurídico-social da mulher no contexto da Transformação da Intimidade, basilar para o desenvolvimento dos demais assuntos.

No segundo capítulo, a “Reflexividade”, termo caro a Giddens é introduzido e desenvolvido, onde sua relação bastante próxima com a transformação da intimidade é analisada. Em seguida, no mesmo capítulo, prossegue-se à análise da intimidade de acordo num contexto de industrialização, revolução tecnológica que até os dias atuais afeta a dinâmica e conformação da família.

O capítulo três, por sua vez, dedicou-se ao estudo da união estável enquanto

modelo familiar alternativo que representa em grande medida as transformações operadas no campo da intimidade. Semelhante modelo familiar é fundamental para o estudo das famílias plurais, tendo sido o primeiro modelo alternativo a ser constitucionalizado e, conseqüentemente, positivado no contexto jurídico brasileiro. É por meio da União Estável que outros modelos familiares têm sido aceitos no campo jurídico brasileiro, funcionando como verdadeira porta de entrada para tipos de família antes à margem do direito.

Por fim, o capítulo quatro apresenta e desenvolve o chamado Direito das Famílias, como forma de contraponto às doutrinas que adotam um conceito familiar monolítico. O Direito das Famílias é o ponto chave da positivação das Transformações familiares, pois um direito que não caminha paralelo aos seus detentores não é mais direito, mas uma forma de opressão. Daí a importância de se contemplar com direitos tanto a maioria dos cidadãos, como as minorias, de forma que haja igualdade material, e não apenas formal.

O presente trabalho não pretende encerrar ponto a ponto a questão da transformação da intimidade e do Direito das Famílias, mas fazer uma abertura do tema perante a comunidade acadêmica, assim como propor a interdisciplinaridade entre Direito e Sociologia, para uma proposta jurídico-normativa humanizadora, que reconstrói os direitos humanos diuturnamente no contexto contemporâneo marcado por conflitos. Igualmente, o trabalho em questão, não tem a pretensão de funcionar como um manual, nem empresta absolutez aos conceitos que elabora ou aos quais se remete, mas justamente pela sua qualidade de produto de pesquisa científica, demanda do leitor certo domínio dos conceitos apresentados, o que, apesar da linguagem acessível, pode não ser inteiramente compreendido por aqueles que não possuem familiaridade com o tema.

Nesse sentido, com o intuito de se avançar na discussão em torno das Famílias Plurais, para o enriquecimento acadêmico e social, propõe-se uma imersão ao tema que busca acima de tudo afirmar a essência dos Direitos Humanos e da Dignidade da Pessoa humana no contexto do Direito de Família.

## **1 DIREITO, FAMÍLIA E AFETO**

O Direito Civil é um dos ramos jurídicos em que mais ocorrem mudanças ao longo do tempo, com o Direito de Família, um de seus mais importantes componentes, não seria diferente. Tão profundas são as mudanças que já se pode falar em Direito das Famílias<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> Expressão cunhada por Maria Berenice Dias (2010), em seu inovador Manual de Direito das

no plural, em virtude da diversidade de modelos familiares verificados no tecido social. Para que se compreenda, contudo, algumas das causas de tais mudanças, não há que se contentar em apenas investigar com as ferramentas jurídicas. Torna-se necessário compreender o direito enquanto fenômeno social.

Segundo Durkheim, os fatos sociais são formas de agir ou pensar, dotadas de três requisitos caracterizadores. São eles: coercitividade, exterioridade e generalidade. O primeiro diz respeito à força que os padrões culturais operam sobre o indivíduo, de forma que estes são obrigados a segui-los; já o segundo descreve os padrões culturais como elementos extrínsecos aos indivíduos, portanto absorvidos de fora para dentro; o terceiro e último requisito diz respeito à coletividade dos padrões culturais, manifestos em tendências e condicionamentos sociais.

O Direito se presta como mecanismo regulador da convivência em sociedade e para tanto dispõe de um código de condutas. A maior parte da doutrina, consubstanciada pelos manuais de Introdução ao Direito, trazem algumas características fundamentais do Direito que o aproxima significativamente da abordagem sociológica durkheimiana do fato social. Daí a ideia de se poder trabalhar o fenômeno jurídico enquanto fato social. O direito opera, no âmbito social, os três efeitos descritos por Durkheim: a coercitividade, no sentido de que o direito, por meio da força de lei (normatividade), descreve comportamentos aceitos e não aceitos, na dimensão de determinado estado. Os comportamentos tutelados pelo direito operam na sociedade de forma centrípeta, ou “de fora para dentro”, de modo que sua normatividade tem um caráter externo ao indivíduo e uma abrangência geral, em razão de todos a ele se submeterem.

Tendo em vista a inviabilidade de se operar uma separação entre o Direito e a Sociedade, caberia ao legislador (Poder Legislativo), notadamente a Câmara dos Deputados, atuar como verdadeiro fiscal dos anseios sociais, tutelando aqueles direitos que conferem a plenitude da cidadania. A despeito da cidadania, trata-se de um conceito muito caro à Hannah Arendt. Em síntese, pode-se apresentá-lo como “o direito a ter direitos”. Segundo Celso Lafer (1988, p. 166):

O que Hannah Arendt estabelece é que o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para convivência coletiva, exige um espaço

---

Famílias. Seria essa uma forma de englobar juridicamente todas a diversidade famílias verificáveis no tecido social sem perpetuar o preconceito ou a discriminação. Sabe-se que a família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual, foi por muito tempo privilegiada no cenário jurídico. Atualmente, não seria coerente a manutenção dessa estratificação, deve-se, entretanto, promover a abertura conceitual de família, com base no princípio da Dignidade da pessoa humana.

público. Este é kantianamente uma dimensão transcendental, que fixa as bases e traça os limites da interação política. É por essa razão que, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direitos ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece.

O Direito de Família não se afasta do ideal de cidadania. É ramo de Direito Privado que, uma vez constitucionalizado, obedece aos princípios que regem os Direitos Fundamentais, orientados para a máxima inclusão social, baseados na Dignidade da Pessoa Humana.

Os direitos e garantias fundamentais abrangem os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I da CRFB/88), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e as regras atinentes aos partidos políticos (Capítulo V). Tem-se, então, que os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais decorrem do valor de que é dotado o ser humano, que pode ser protegido por meio de direitos reconhecidos em escala nacional (Fundamentais) e em escala internacional (Humanos). (SARLET, 2012 pp. 28-30)

Independentemente da titulação que recebam os direitos fundamentais, toda a sua universalidade está contemplada pela Constituição Federal de 1988, que não encerrou em *numerus clausus* o rol dos direitos e garantias fundamentais, por serem de natureza mutável. Além disso, todas as dimensões de direitos são importantes no contexto contemporâneo, sendo sua separação em dimensões uma forma didática de se evidenciar a trajetória de reconstrução dos Direitos Humanos desde a Idade Média. (SARLET, 2012, pp. 53 e 57)<sup>2</sup>

Tanto os direitos de primeira dimensão (as liberdades negativas), como os de segunda (os direitos econômicos, sociais e culturais) e terceira (titularidade coletiva ou difusa) são reconhecidos enquanto Direitos Fundamentais e, por meio dos Princípios da Supremacia da Constituição e da Aplicabilidade Imediata das normas constitucionais, são irradiados para todo o sistema jurídico brasileiro, incluído o Direito de Família, objeto do presente estudo.

Apesar da ampla proteção constitucional aos Direitos Humanos, o que se tem

---

<sup>2</sup> Os princípios constitucionais, enquanto cláusulas pétreas que são, vinculam de tal forma a atuação dos poderes da República, que, como se verifica no julgamento da ADI 939, a despeito da matéria de fundo ser de natureza tributária, entendeu o STF ser possível a declaração de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional que entre em choque com os princípios constitucionais. Na ocasião o STF entendeu que os princípios constitucionais não estavam encerrados no artigo 5º, mas pulverizados em todo o texto constitucional, o princípio em questão, ensejador da inconstitucionalidade era o princípio da anterioridade, previsto no art. 150, III, b da CRFB e afeto ao direito tributário.

observado, contudo, é a inércia legislativa em contemplar, no universo prático jurídico, algumas práticas e costumes sociais, mantendo-os à margem de qualquer tutela estatal.

Esse vazio legislativo, com relação a determinados modelos familiares, além de marginalizá-los, torna-os invisíveis, num processo semelhante, porém em diferentes proporções, à ruptura totalitária dos Direitos Humanos, a que Hannah Arendt tanto se dedicou a compreender em seus estudos de Filosofia do Direito.

Não obstante, no âmbito do direito pátrio, para o Ministro Luís Roberto Barroso (2010, p.369), devido à constitucionalização de diversos temas de importância social, a interpretação constitucional tem servido como um filtro axiológico aos outros sistemas jurídicos como, por exemplo, o Direito Civil, garantindo aos Direitos Fundamentais aplicação imediata, observadas as peculiaridades do caso concreto. Segundo o Professor Barroso:

É nesse ambiente que se dá a virada axiológica do direito civil, tanto pela vinda de normas de direito civil para a Constituição como, sobretudo, pela ida da Constituição para a interpretação do direito civil, impondo um novo conjunto de valores e princípios, que incluem: [...]; (iii) a igualdade entre os cônjuges; (iv) a igualdade entre os filhos; [...]. O direito de família, especialmente, passa por uma revolução, com destaque para a afetividade em prejuízo de concepções puramente formais ou patrimoniais. Passa-se a reconhecer uma pluralidade de formas de constituição de família: (i) casamento; (ii) união estável; (iii) famílias monoparentais; (iv) união homoafetiva. (BARROSO 2010, p.369)

O que tem ocorrido no sistema jurídico pátrio, contudo, é o reconhecimento de direitos por meio das interpretações utilizadas nos julgamentos de ações do Poder Judiciário, mais precisamente das localizadas nos Tribunais Superiores e no STF, que a partir de determinado momento começaram a ser provocados a se manifestarem acerca dos direitos das famílias plurais. Nesse sentido, anota Noronha:

Tive a oportunidade de relatar um dos primeiros recursos em que se discutiu, de maneira direta e frontal, a delicada controvérsia envolvendo a possibilidade de reconhecimento da União Estável entre casais homoafetivos. Refiro-me ao Recurso Especial n. 827.962/RS, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado cuja ementa foi assim redigida:

**AÇÃO DECLARATÓRIA RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO.**

A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para o reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da



segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado de igualdade às  
parceiras matrimoniadas.(NORONHA 2012, p. 130)

Vê-se portanto, a aplicação direta do princípio constitucional da Igualdade, princípio de primeira dimensão, às relações fáticas e jurídicas da esfera cível, comprovando a supremacia do Carta de 1988 às relações privadas. Noronha (2012, p. 134) afirma ainda que “Nesse contexto, até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas, (...) incumbe ao Poder Judiciário abrir os olhos para a nova realidade social”, pois segundo o atual Ministro do STJ, “Não pode o juiz se escudar na ausência de lei específica para continuar negando direitos”.

Semelhante perspectiva foi adotada no julgamento da ADI 4277, importante paradigma para o presente trabalho, tendo em vista a adoção da ideia nuclear de afetividade tanto para trazer segurança jurídica ao conceito de família homoafetiva, como para pautar quaisquer outros modelos familiares que porventura venham a se constituir no seio social.<sup>3</sup>

O paradigma da família fundada no matrimônio, formal e patrimonializado<sup>4</sup>, entre

---

<sup>3</sup> Observa-se a interpretação conforme a constituição, no âmbito do direito de família, por meio do julgamento da ADI 4277, que reconheceu a União Estável Homoafetiva enquanto unidade familiar. No âmbito da Justiça do Distrito Federal, julgados mais recentes têm reconhecido esse modelo familiar, em virtude do precedente aberto pelo julgamento mencionado. Vide o Agravo de Instrumento 20130020194678AGI, de relatoria do Ministro Alfeu Machado, em que pese tratar de questões processuais de competência, apresenta já em sua ementa, referências a interpretação conforme:

PROCESSO CIVIL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA "POST MORTEM". COMPETÊNCIA. ARTIGO 100, I, DO CPC. FORO PRIVILEGIADO. HOMEM. VULNERABILIDADE. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA CONSTITUCIONAL. UNIÕES ESTÁVEIS HETEROAFETIVAS. ANALOGIA. REMESSA DOS AUTOS AO DOMICÍLIO DOS REQUERIDOS. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTO PREJUÍZO AO CONSORTE SOBREVIVO. FIXADO O FORO DA ÚLTIMA RESIDÊNCIA DO CASAL. DECISÃO REFORMADA.

1. O ART. 226, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (CF/88), RECONHECE A UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR, DE MODO QUE NÃO HÁ RAZÃO PARA TRATAMENTO DIVERSO ENTRE OS CÔNJUGES E OS COMPANHEIROS.

(...)

3. A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E AS QUESTÕES JURÍDICAS DELA DERIVADAS SÃO TEMAS AINDA RECENTES NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA. NO ENTANTO, CUIDANDO-SE DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, DE ACORDO COM A ADI 4277 DO E. STF, **O ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL DEVE SER INTERPRETADO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL PARA EXCLUIR DELE QUALQUER SIGNIFICADO QUE IMPEÇA O RECONHECIMENTO DA UNIÃO CONTÍNUA, PÚBLICA E DURADOURA ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO FAMÍLIA.**

<sup>4</sup> Para Rolf Madaleno, a égide da Carta Política de 1988, além de impor a observância do Princípio da Dignidade nas relações privadas, principalmente nas familiares, importou igualmente

homem e mulher, especialmente, tem sido questionado, mesmo diante da intensificação de um discurso desumanizante, que enclausura o conceito de família aquele modelo estático. Nesse sentido, não se pode negar que no campo político tem se travado uma acirrada disputa simbólica pela hegemonia para a fixação do conceito de família, explicitado de forma clara pelos debates ocorridos na Câmara dos Deputados. Neste trabalho, tanto o Poder Legislativo, como o Poder Judiciário e suas respectivas funções serão considerados concomitantemente Instituições Democráticas, no sentido jurídico-político, e campos de disputas simbólicas, no sentido sociológico.

O presente trabalho se concentrará na análise dos diversos aspectos, sociais e jurídicos em torno das famílias plurais, identificando-as como um resultado de um processo social e privado, identificado pelo sociólogo inglês Anthony Giddens como a Transformação da Intimidade. Tal processo consubstancia uma série de fatores sociais e econômicos, acontecimentos históricos e processos psicológicos que corroboraram para a revolução do privado e da ideia de intimidade, trazendo um novo contorno para uma das principais células de agregação dos indivíduos: a família.

Ao longo das últimas décadas o conceito de família passou por uma ressignificação, inclusive jurídica. A doutrina, bem como a jurisprudência tem apontado, como bem afirmou o Ministro Barroso, no sentido da *afetividade* como elemento agregador principal das entidades familiares. No âmbito jurídico, não mais se fala, ou se deveria falar, em famílias ilegítimas, adulterinas ou impuras, tais adjetivações não tem outro propósito senão segregar socialmente e negar a grande parte dos indivíduos os direitos decorrentes das relações familiares e de parentesco. Tal negação de direitos não pode ser tolerada, por afrontar diretamente os Princípios da Liberdade, Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana, previstos constitucionalmente. (DIAS, 2010, p. 39)

Nesse sentido, por meio da consagração dos direitos à liberdade e à igualdade, traduzidos em Direitos Cíveis e Políticos e Sociais, Econômicos e Culturais, respectivamente, a Carta Constitucional selou seu compromisso de proteger os Direitos Humanos em todas as esferas, de forma a considerá-los todos igualmente importantes e

---

na despatrimonialização do Direito de Família. Segundo o Doutrinador, *in verbis*:

Dessa sorte, por princípio de Direito, importa ao legislador buscar a proteção dos fins sociais da lei e as exigências do bem comum, como especificado no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para chegar à matriz de um Direito de Família desmaterializado, desvinculado das relações de dependência econômica e, sob a auspiciosa égide constitucional de edificação, proteção e elevação sociofamiliar do indivíduo. (MADALENO 2013, p. 41)

reciprocamente relacionados. Nas palavras de Flávia Piovesan:

Nessa ótica, a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade.(PIOVESAN 2011, p. 86)

As novas conformações familiares, segundo Giselle Câmara Groeninga (2004, p. 258) seriam mais próximas de um caleidoscópio de relações, em que o rearranjo familiar possibilitaria a socioafetividade, aquela afetividade que decorre do convívio, e não apenas da consanguinidade.

Como, entretanto, observar o reflexo de semelhantes mudanças sociais no campo jurídico? De que forma relacionar as progressivas modificações sociais às modificações jurídicas formais?

Para tanto, é possível fazer uma breve e cuidadosa análise de alguns institutos jurídicos ligados ao Direito de Família, como, por exemplo, a União Estável. A esse respeito, busca-se observar na trajetória da União Estável – antese depois de recepcionada pelo direito enquanto unidade familiar – fenômenos que representem a Transformação da Intimidade, no universo correspondente às famílias brasileiras, que demonstrem a mudança social operada nesse campo. Serão, portanto, observados dados que demonstrem semelhantes modificações.

A aproximação da abordagem social das mudanças da intimidade à abordagem jurídica pode ser esquadrihada. Nesse sentido, elege-se uma abordagem zetética do Direito, aproximando-o das ciências sociais e humanas, preferencialmente a sociologia, com base na perspectiva de diferentes autores.

### *1.2A respeito da Emancipação Feminina*

Importante ressaltar, na esteira da ampliação do conceito de família, o papel da mulher enquanto agente social. A emancipação da mulher permitiu repensar os moldes da família, dissociando-a dos modelos tradicionais, o que implicou na adaptação do Direito de Família às novas mudanças. Poder-se-ia, assim, dizer que a mulher foi uma das grandes atrizes<sup>5</sup> sociais responsáveis pela transformação da intimidade.

---

<sup>5</sup>Aqui não se busca travar uma discussão acerca do conceito de “agente social” ou da chamada tensão “ação-estrutura”, temas próprios da discussão sociológica estrita. Não se busca, igualmente, adotar um conceito fechado em torno do termo “agente social”. Ao contrário, por ser um trabalho eminentemente meta-jurídico, busca-se utilizar os termos sociológicos em um sentido mais amplo, de forma a expandir o universo jurídico, no sentido de uma ruptura com as análises jurídico-doutrinárias, em direção a uma percepção metodológica mais centrífuga e pluralista do fenômeno jurídico. Contudo, tendo em vista o próprio escopo do trabalho, de analisar a obra de Anthony Giddens, de forma dialética com outros autores, não se pode negar a

Tratar do Direito Familiar sem relembrar os aspectos que envolvem a longa e contínua trajetória emancipatória feminina seria como celebrar a Constituição Cidadã sem relembrar os que por ela clamaram. Nos dizeres de Maria Berenice Dias: “A trajetória da família está muito ligada à emancipação feminina. E, não há como falar em Direito das Famílias sem atentar o longo calvário a que foram submetidas as mulheres até conseguirem alcançar, ao menos no plano constitucional, a tão esperada igualdade.”

Nos idos de 1918 na Inglaterra e, posteriormente, 1932, no Brasil, as mulheres, pioneiramente organizadas enquanto classe, conquistavam o direito ao voto. Na Inglaterra, o movimento marcado pelas chamadas *Sufragettes* clamava por direitos políticos em igualdade com os homens. No âmbito do Brasil, esse mesmo direito de voto, vanguardista, convivia com uma constituição ainda patriarcal e conservadora. A título exemplificativo, dentre os artigos da Constituição brasileira de 1934 constava a seguinte redação: “art 144 - A família, constituída pelo casamento *indissolúvel*, está sob a proteção especial do Estado” (grifos nossos).

Semelhante concepção encerrava o conceito de família no matrimônio indissolúvel. Tal situação muitas vezes significava uma verdadeira condenação para uma mulher que não encontrasse felicidade em seu casamento. Excluía outras tantas mulheres e homens do direito de constituir uma família e segregava filhos naturais dos havidos fora do casamento.

O parágrafo único do art. 144 do antigo código civil (1916) ressaltava, todavia, ser possível o *desquite* ou a *anulação* do casamento nos casos em que a lei assim o determinasse. Estes institutos eram dotados de forte carga moral e preconceituosa em relação à mulher, que na maioria dos casos era considerada a responsável pela anulação ou carregava um doloroso estigma social nos casos de desquite. É que o desquite não era como um divórcio, pois, embora rompesse a sociedade conjugal, o vínculo matrimonial permanecia, fazendo com o que, na maioria dos casos, apenas a mulher sofresse o desprestígio social.

Outro dispositivo flagrantemente inconstitucional do antigo Código de 1916, que foi tacitamente revogado pela Constituição de 1988, era o artigo 233, que tratava do “chefe da sociedade conjugal”, transcreve-se:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.  
Compete-lhe:

---

importância de seu conceito de agente social em termos reflexivos, eixo orientador do presente estudo.

- I. A representação legal da família.
- II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).
- III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV). ([Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919](#)).
- IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).
- V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

Ora, tal previsão, além de entrar em choque direto com o previsto no artigo 226 §5º da CRFB/88 - que não estabelece qualquer hierarquia entre o homem e a mulher no âmbito da família, equiparando em relevância os seus papéis – o dispositivo do antigo código de 16 certamente não se coadunava mais com a realidade social, que apresentava um contexto de colonização pela mulher dos espaços antes ocupados unicamente pelos homens.

Conquistado o direito ao divórcio, que encerrou a indissolubilidade do casamento, restava ainda outro instituto anacrônico na esfera jurídica, a anulação do casamento, que podia ser pedido pelo marido caso a mulher não fosse achada virgem no momento da noite de núpcias. Esse era um dos últimos entraves legais contra a emancipação jurídica feminina, que foi finalmente abolido pelo Código Civil de 2002.

O progressivo empoderamento político e social da mulher, aliado à revolução sexual, que teve seu auge com a invenção da pílula anticoncepcional, por volta da década de 60, significavam fatores modificadores das relações familiares. A vida privada, marcada principalmente pelos ideais de amor romântico<sup>6</sup>, transformava-se a todo vapor, colocando em cheque a ordem social dos papéis de gênero associados à formação da família. À mulher, pela primeira vez, foi dado o direito de escolha sobre o próprio corpo.

O empoderamento político da mulher, nos exemplos comumente citados relaciona-se com a reserva de um capital social que representa a autonomia individual da mulher, na medida em que a distingue dos papéis tradicionalmente legados a ela como naturais: “a reprodutora”, “a mãe”. A exemplo da contracepção, pontua Giddens (1993, p. 37) em “A transformação da intimidade”: “Contracepção efetiva significava muito mais que uma capacidade de se limitar a gravidez. Associada a outras influências, já citadas, que afetaram o tamanho da família, marcou uma profunda transição da vida pessoal”. De fato, a contracepção abria outras possibilidades de narrativas para a mulher, que não a

---

<sup>6</sup> “Amor Romântico”, alusão ao termo suscitado por Anthony Giddens em “A Transformação da Intimidade”. Representa o modelo de amor idealizado, normalmente vinculado ao matrimônio monogâmico e concretizado, nas sociedades modernas ocidentais, por meio da divisão sexual do trabalho, da criação do lar e da maternidade.

maternidade e os cuidados com o lar.

Carol Hanisch, militante da segunda onda feminista e integrante do grupo radical de Nova York, por meio de um ensaio a respeito de táticas de acompanhamento terapêuticos de mulheres, cunhou a famosa frase “*The Personal is Political*”, refletindo a importância da discussão da agenda feminista no meio político, o que significa um movimento fractal das representações privadas em direção ao universo político, e vice e versa. O privado, com todos os seus componentes (afetividade, sexualidade, confiança) envolve um significativo jogo de poder e riscos. É o que leva Anthony Giddens (1993, p. 33) a concluir que “A sexualidade é uma elaboração social que opera dentro dos campos do poder, e não simplesmente um conjunto de estímulos biológicos que encontram ou não uma liberação direta.”.

A narrativa libertadora da mulher, derivada de uma agenda feminista muito bem trabalhada em meados do século passado culminou no seu progressivo reconhecimento enquanto sujeito de direitos no âmbito jurídico brasileiro. Nada mais é do que uma intensificação das mudanças no campo<sup>7</sup> da intimidade, seja pela crescente autonomia emocional em relação ao cônjuge masculino, seja a libertação dos ciclos de gravidez e gestão doméstica, permitindo à mulher maior acesso ao mercado de trabalho e à política.

Enquanto a agenda do século passado representava a inserção da mulher no universo político, contemporaneamente novos pleitos estão em pauta, principalmente aqueles relativos ao direito ao próprio corpo e à laicização do corpo feminino, como, por exemplo, a ampliação dos casos em que se permite o abortamento não natural.

A mudança (ou retomada) da narrativa individual da mulher afeta diretamente as conformações familiares tradicionais, visto que modificam os papéis de gênero dentro do casamento e ressignificam o sentido de família. Nos dizeres de Maria Berenice Dias em seu inovador manual de Direito das Famílias:

A instituição do Divórcio (EC 9/1977 e 16515/1977) acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia de família como instituição sacralizada. O surgimento de novos paradigmas – quer pela emancipação da mulher, quer pela descoberta de métodos contraceptivos e pela evolução da engenharia genética – dissociaram os conceitos de casamento, sexo e reprodução. O moderno enfoque dado à família pelo direito volta-se muito mais à identificação do vínculo afetivo que enlaça seus integrantes. (DIAS, 2010, P. 30)

---

<sup>7</sup> O conceito de campo é apresentado por Pierre Bourdieu, como sendo um espaço de relações entre agentes em torno de uma disputa de acumulação de capitais sociais. Aqui, o termo é abordado em torno da esfera da intimidade. Vide a “Dominação Masculina”.

Notável é a participação da mulher no processo de mudança dos paradigmas familiares. A possibilidade de se divorciar permitia uma nova perspectiva de vida, tornando o casamento não mais um estado final ou uma simples forma de se atingir a independência dos pais.

A despeito da aproximação entre religião e matrimônio na constituição da família, semelhante realidade podia ser verificada no contexto da antiguidade clássica. Associações entre a família, a religião de cunho patriarcal e a propriedade privada eram frequentes nas famílias gregas e romanas antigas. O culto religioso era familiar, dedicado aos antepassados e cabia ao homem a transmissão dos costumes sagrados de sua família, sendo dever das mulheres, contudo, aderir ao culto do patriarca ao qual se submetiam, que seria ou seu pai ou seu marido (NOGUEIRA, 2005, pp. 74 e 75)<sup>8</sup>.

Pode-se observar que a conquista do direito ao divórcio, antes considerado um delito, segundo Beauvoir (1980, p. 170), consubstanciou o anseio das mulheres de dissolverem o matrimônio que não lhes traziam benefícios. Além disso, rompeu com uma opressão histórica, situação em que eram reduzidas à condição de objetos de propriedade dos homens.

No que se refere à violência contra a mulher, embora ainda significativa, a porcentagem de óbitos violentos referentes à população feminina obteve decréscimo em 2010, o que dentre outros fatores como a conscientização a respeito da violência doméstica e a aprovação da Lei Maria da Penha, talvez represente o grande número de mulheres que põem fim aos matrimônios nos quais sofriam violências recorrentes.

Não obstante, a Lei 13.104/2015, sensível a situação de vulnerabilidade da mulher na sociedade, alterou o Código Penal de forma a incluir o feminicídio como qualificadora do crime de Homicídio, quando o crime é cometido “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.” A previsão do feminicídio nada mais é do que a evolução dos direitos da mulher no sentido da igualdade material e do respeito à Dignidade da Pessoa Humana. Ainda, sociologicamente, caracteriza o empoderamento feminino frente a uma sociedade notadamente misógina e machista. Por fim, a existência jurídica do crime de feminicídio pode representar uma maior reflexividade institucional frente a situação

---

<sup>8</sup> Semelhante costume pode ser analisado de acordo com a inserção da mulher no que Bourdieu chamou de “economia das trocas simbólicas”. Nesse sistema, as mulheres são consideradas meros objetos de troca, em um mercado de cunho matrimonial, podendo ser negociadas, e transferidas, numa relação de força em prol do acúmulo de capitais sociais e simbólicos pelos homens. Ainda, Beauvoir (1980), em *O Segundo Sexo*, chega a afirmar “O corpo da mulher é um objeto que se compra”.

de vulnerabilidade das mulheres.

Para Giddens (1993, p. 138), a violência de cunho sexual no ambiente doméstico, atualmente, seria mais uma reação dos homens ao declínio da cumplicidade feminina, à crescente autonomia feminina e menor sujeição aos interesses unicamente masculinos, do que uma consequência do patriarcalismo. Todavia, na análise proposta por este artigo, não seria possível rejeitar a influência majoritária que a cultura patriarcal opera, no contexto das trocas simbólicas, tanto dentro dos lares quanto na esfera pública.

Por outro prisma, o tema da violência contra a mulher pode ser interpretada em termos mais amplos. Como propõe, por exemplo, Bourdieu, ao demonstrar a eficácia simbólica da dominação masculina inscrita em termos linguagem e normatividade. A violência contra a mulher estampava-se flagrantemente na lei, de forma simbólica, sequestrando sua agência enquanto indivíduo, quase patologizando-a por sua condição de mulher, a exemplo do Estatuto da Mulher casada L 4.121/1962, que considerava a mulher relativamente incapaz.

Graças ao avanço social inclusivo, hoje as mulheres têm maior acesso ao divórcio, visto que facilitado (o divórcio consensual em que não se verificam filhos do casal, pode ser realizado em qualquer cartório de registro Civil). Tal facilitação teria encurtado o caminho da mulher ao recomeço e às novas perspectivas de vida. O casamento teria então se tornado não o único, mas apenas um dos diversos estilos de vida que a mulher pode escolher.

Poder-se ia afirmar que a mudança no direito teria apenas impulsionado uma mudança na forma como as mulheres se posicionavam frente às questões familiares, políticas e sociais, ou simplesmente teria apenas facilitado a realização de um antigo anseio feminino?

Segundo o IBGE, desde a simplificação do divórcio, com a modificação do Código Civil em 2007, as taxas cresceram significativamente em apenas um ano, subindo de 1,1% para 1,5%, no período entre 2007 e 2008, contabilizados os casamentos realizados em todo o país. Dentre os divórcios realizados chama a atenção aqueles entre os casais jovens, o que pode significar uma maior abertura àquele instituto por essa camada.

Os diversos estilos de vida acessíveis às mulheres, tanto às jovens como às mais velhas, permitem que escolham uma trajetória de vida. A pergunta comum no cotidiano das pessoas “Existe vida após o divórcio?” Poderia ter se convertido, contemporaneamente, em uma afirmação que diria “Existe vida além do casamento”.



Não obstante, casar-se não necessariamente teria perdido sua coercitividade social. Ao contrário, o IBGE tem confirmado, em números brutos, a tendência crescente do casamento na sociedade brasileira atual. Lipovetsky (2004, p.74) afirma que “Ainda que as uniões sejam mais frágeis e mais precárias, nossa época, apesar de tudo, testemunha a persistência da instituição do matrimônio, a revalorização da fidelidade, a vontade de contar com relações estáveis na vida amorosa”.

Contudo, forçoso seria considerar o matrimônio heterossexual uma realidade unilateral no tecido social. Múltiplas conduções da vida íntima são verificadas atualmente como opções a eleger-se dentro da equação espaço-tempo<sup>9</sup> da narrativa de um indivíduo. A casuística feminina permite apenas verificar a virada emancipatória que garantiu à mulher o direito de optar pelo casamento, pela união estável ou pelo encontro eventual. Nesse contexto, destaca-se a emergência do amor confluyente em oposição ao amor romântico.

Para Giddens (1999, p. 73), o amor confluyente é uma forma de amor que “presume igualdade na doação e no recebimento emocional, e quanto mais for assim, qualquer laço amoroso aproxima-se muito mais do protótipo de relacionamento puro”. O mencionado “relacionamento puro” faz referência a um modelo afetivo em que “se entra em uma relação social apenas pela própria relação, [...] e que só continua enquanto ambas as partes considerarem que extraem dela satisfações suficientes, para cada uma individualmente, para nela permanecerem”.

---

<sup>9</sup>Giddens discorre especificamente acerca do deslocamento do espaço e do tempo, no contexto da transformação da intimidade na alta-modernidade em sua obra “As Consequências da Modernidade”.

## 2 A REFLEXIVIDADE E SUA INFLUÊNCIA NO CAMPO FAMILIAR

A condução de decisões íntimas, profissionais e familiares, que levam em conta uma dimensão de risco, é chamada por Giddens de *narrativa reflexiva do eu*. Expressão que remete à capacidade do indivíduo de fazer escolhas considerando os riscos de cada uma delas, tanto no futuro como no presente. Uma narrativa, nos moldes da modernidade reflexiva aludida por Giddens pode ser considerada uma trajetória de vida, uma história repleta de acontecimentos e personagens cuja condução e enredo cabem legitimamente ao indivíduo que a vive.

A reflexividade<sup>10</sup>, por sua vez, diz respeito ao grau de criticidade com que os indivíduos enxergam as instituições sociais que os cercam e os envolvem, tais como igreja, religião, casamento, estado, etc. No contexto da emancipação feminina, o grau de reflexividade pode diversificar a forma como o casamento, a família e o trabalho são visto por uma determinada população de mulheres. Dentro da sistemática jurídica, a diversificação das relações afetivas pode demandar a atualização da legislação concernente ao direito de família.

O divórcio, teria se tornado um recurso útil à concretização dos anseios que se intensificavam na contemporaneidade, tanto para homens quanto para mulheres, embora para estas representasse uma conquista de direitos, enquanto para aqueles, uma mudança que demandaria uma readaptação. O novo paradigma de igualdade não deixaria de compor tais anseios. Consagrado pelo direito, também o Princípio da Igualdade não poderia mais ser abolido, visto que é um componente reflexo do processo de individualização contemporâneo.

O Princípio da Igualdade, constitucionalizado no Brasil, embora legalmente em

---

<sup>10</sup> Para Hannah Arendt, o aspecto reflexivo integra uma categoria complexa relativa ao “juízo”. Esse termo, por sua vez, foi extraído da obra de Kant, e significa uma faculdade de pensar a situação particular em busca de um geral em correspondência. Para Hannah Arendt, contudo, extrai-se do juízo a dimensão da natureza, do dado, para se buscar um juízo reflexivo que agrega o juízo retrospectivo que, segundo Celso Lafer (1988, p. 305) remonta a história e sua função seria “ancorar o homem no mundo que, sem o juízo, não teria significado ou realidade existencial.” O juízo prospectivo, no entanto, estaria relacionado, segundo o mesmo autor (1988, p. 296), à dimensão da ação, que “varia e depende das circunstâncias materiais do mundo, requerendo no entanto, a identificação de uma meta”. Guardadas as proporções, tais conceitos filosóficos, reavaliados no âmbito da política por Hanna Arendt, guarda sensível identificação com a noção de reflexividade apresentada por Giddens e desenvolvida no presente trabalho, no sentido de que, tanto em uma (reflexividade), quanto no outro (juízo reflexivo), estão presentes a análise do passado e das categorias do geral para a fixação de metas e trajetórias particulares futuras, numa verdadeira subsunção da existência do criativa do indivíduo em um mundo que o precede.

vigor e essencial à realidade democrática, não teria se estabilizado completamente no contexto dos lares, segundo Beck (2010, p.167), “a equiparação entre homens e mulheres não será obtida nas estruturas institucionais que pressupõem a desigualdade”. A demanda por igualdade entre os sexos não encontrou uma realidade social receptiva, pelo contrário, teria se chocado com uma sociedade industrial estruturalmente hierárquica, baseada num conceito nuclear de família, com papéis de gênero estritamente delimitados. Há que se buscar uma Igualdade material.

A partir dessa perspectiva, é possível identificar dois vetores na esteira do desenvolvimento familiar moderno: 1) A tendência individualizadora de narrativas (no contexto da transformação do lar e da intimidade); 2) A tendência hierárquica da sociedade industrial (será tratada a seguir). Enquanto o primeiro caracteriza-se pela igualdade de tratamento (sentido lato), cujas consequências, no âmbito do direito brasileiro, teriam sido o voto universal, o divórcio, a igualdade entre os filhos havidos ou não a partir do casamento e a recepção da União Estável como unidade familiar, o segundo diz respeito a uma realidade institucional e social tradicional, frequentemente em descompasso com semelhantes normas.

Anthony Giddens (1993, p. 41), em seu livro “A transformação da intimidade” mostra que os diversos fenômenos suscitados no presente artigo decorrem de uma mudança nos paradigmas da intimidade, cujos atores, homens e mulheres, aproximando-se de uma narrativa reflexiva do eu, não mais se submetem irrefletidamente aos costumes institucionais da modernidade, mas promovem o esquadramento desses mesmos institutos.

O amor romântico<sup>11</sup>, repleto de conceitos ideais duradouros e na mesma esteira, o casamento, sofreram significativas mudanças como o surgimento de um amor confluyente, da sexualidade plástica e do relacionamento puro, conceitos que serão esclarecidos ao longo deste capítulo. O surgimento da União Estável e das diversas conformações familiares pode ter ocorrido principalmente em decorrência de tais mudanças. Uma progressiva adaptação do direito às novas demandas sociais é pressuposto de um meio social mais justo e equânime.

---

<sup>11</sup> Segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 60): “Na opinião de Alfred Kinsey, existe uma certa pressão social, por meio das vigorosas regras sociais e legais, tentando impedir o fluxo normal da correnteza que vem da natureza. Alerta o autor do Relatório Hite: A sociedade nos ensina a inibir qualquer desejo que não seja por parceiros com quem é possível procriar e, então, nos desperta entusiasmo pelo ato, enfiando goela abaixo o ideal de amor romântico combinado com o casamento, até o ponto que não se possa pensar em outra coisa”

É possível que a emancipação feminina, aliada às transformações econômicas tenha impulsionado a transformação das famílias. O direito, enquanto regulador do convívio social, também se modificou. Com o divórcio em 1977, a União Estável na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, e a recente aprovação da união estável homoafetiva, o modelo familiar tradicional passou a ser não a única, mas uma das realidades possíveis.

Contudo, qual seria a raiz das transformações institucionais mencionadas? Poderia se falar em uma reflexividade institucional? Se sim, qual a natureza dessas mudanças?

A reflexividade institucional poderia decorrer de uma reflexividade cada vez mais patente nos relacionamentos amorosos. Algo semelhante a um rearranjo dentro do microcosmo familiar, reflexo, por exemplo, da retomada da sexualidade feminina, além de sua emancipação jurídica definitiva (enquanto sujeito de direito plenamente capaz, atingida a maioridade).

O fato de determinado casamento não espelhar necessariamente o modelo institucional matrimonial, diga-se de passagem, “tradicional”, não revela, contudo, um desligamento do tecido social, ou um declínio da instituição casamento. Entretanto, pode revelar as mudanças operadas nesse mesmo tecido social. Assim, um casamento homoafetivo, ou uma união estável heteroafetiva não revelariam um desvio, mas uma espécie de reencaixe do instituto do matrimônio no contexto contemporâneo.

Novas formas de se relacionar surgem no tecido social. Dessa vez, é a medição do risco e da confiança que determinam o rumo e a cadência dos novos relacionamentos. Primeiramente, os casamentos arranjados, baseados principalmente no interesse patrimonial das famílias, dificilmente exteriorizavam ou mesmo incentivavam a busca pela autoidentidade. A mulher, na maioria dos casos, não refletia seu ponto de vista acerca do casamento que estava prestes a entrar. Ao contrário, era considerada uma “posse”, transmitida do seu pai ao seu futuro esposo.

Segundo Giddens (1993, p.124), o amor romântico seria uma transição entre o casamento arranjado e o moderno amor confluyente (que será esclarecido logo em seguida). Do que se poderia extrair do conceito de amor romântico?

Semelhante amor teria, segundo o autor, incorporado os elementos da narrativa e da escolha pessoal, em prol de uma história afetiva individual, ao contrário dos convencionais casamentos arranjados. É precisamente o elemento da escolha que posteriormente seria aproveitado pelos relacionamentos puros, somado a uma maior sensibilidade aos riscos.

Com o amor romântico, homem e a mulher se casariam não necessariamente pelo acordo familiar, mas pelas suas próprias escolhas. Foi elaborado então um modelo de convivência familiar, paralelamente à ascensão do amor romântico. Esse arranjo familiar corresponderia justamente ao modelo corriqueiramente chamado de “tradicional”, herdado do século XIX. A mulher manteve-se em casa, preocupada com os afazeres domésticos, enquanto o homem ganhava a esfera pública. Até aqui, modelo semelhante ao de séculos atrás, a não ser pela inserção de um novo elemento, o papel da maternidade.

Um conceito de “lar” como a esfera do privado, encerrou finalmente a mulher dentro de sua torre urbana. A maternidade redimensionada a poucos filhos potencializou os cuidados legados a estes, o que finalmente concluiu a divisão sexual do trabalho, em trabalho doméstico e profissional, muito bem descrito como respectivamente feminino e masculino.

Semelhante modelo parecia funcionar perfeitamente, definindo os gêneros de forma binária e praticamente intransponível, e consequentemente atrelando-os a uma função laboral. Entretanto, a semelhança de vários campos sociais, o familiar começava a ser problematizado em termos de igualdade, isonomia e democracia.

Finda a “revolução romântica” das relações afetivas, em seu crepúsculo surgiu um novo modelo de interação, uma nova forma de relacionar-se tomava dimensão. Foi o que Giddens chamou de “amor confluyente”. A limitada escolha que o amor romântico proporcionava aos nubentes não era mais o bastante para o modelo de relacionamento contemporâneo.

Embora proporcionasse ao homem o pleno acesso à esfera pública e ao desenvolvimento da carreira, o amor romântico ainda limitava excessivamente a mulher. Não obstante a criação do lar e da maternidade (conjunto de comportamentos ligados à criação e educação dos filhos e a caracteres feminilizados) ter favorecido identificação da mulher com os assuntos afetos à intimidade, a redução de seus hábitos e personalidade a apenas esse ambiente não se compatibilizava mais com a crescente demanda de igualdade entre os sexos.

Resquícios dos matrimônios arranjados compunham o conjunto de hábitos relacionais presentes no amor romântico, principalmente quanto aos papéis de gênero e à divisão sexual do trabalho. Estas categorias hierárquicas são reprovadas pelos relacionamentos puros, aqueles construídos segundo as diretrizes de um amor confluyente.

Os relacionamentos puros se valeram da relativa liberdade que o amor romântico proporcionava aos indivíduos, ao permitir que desde o início os companheiros traçassem

suas histórias de acordo com suas escolhas, a começar pela própria escolha do parceiro. Segundo Giddens a ideia de narrativa já compunha os relacionamentos construídos sob o *ethos* do amor romântico, o que se modifica, todavia, é o maior grau de reciprocidade que os companheiros encontram no amor confluyente, em diversas áreas como a profissional, sexual e afetiva.

Dessa forma conclui-se que o amor confluyente é uma espécie de amor flexibilizado e fluido e que “*entra em choque com as categorias ‘para sempre’ e ‘único da ideia de amor romântico.’*”. Ele é a matéria prima para o que o autor chama de relacionamento puro, uma espécie de relacionamento em que o foco da convivência é o próprio relacionamento e as vantagens ou frutos advindos dele. Nesse modelo de convivência afetiva, também presente na sociedade brasileira, não se esperam doações desproporcionais, sacrifícios desnecessários ou compromissos eternos. Doa-se na medida em que se espera receber, nesse sentido, acordos e arranjos devem ser privilegiados em detrimento de ordens e pronunciamentos unilaterais.

Esperam-se, em larga medida, consequências da progressiva transformação da intimidade, sobretudo dentro do sistema jurídico. Novas demandas, cada vez mais específicas, exigem dos profissionais do direito uma análise crítica do panorama social e das mudanças operadas nas famílias de forma a tutelarem com cada vez mais qualidade a variedade de postulações em matéria familiar. Se possível for associar a grande diversidade familiar patente na sociedade brasileira, com as principais mudanças prescritas no Direito familiar brasileiro ao longo de meio século, mais uma vez se confirmaria a premissa de interseção entre Direito e sociedade.

Vide, nesse sentido, a forma como a União Estável incorpora elementos principais da transformação da intimidade, talvez sendo um de seus maiores estandartes. Nela, exige-se dos companheiros continuidade de convivência, embora não seja necessária perenidade dos relacionamentos. Até mesmo a hesitação da normatização de uma união informal, transformando-a em instituto jurídico nos moldes do casamento, revela o caráter líquido da União Estável, em contraste com a solidez do casamento tradicional, que cada vez mais, vêm se diluindo também em várias espécies de casamento.

## 2.1 Família e Sociedade Industrial

A tão almejada necessidade de igualdade nas relações familiares teria encontrado entraves no contexto de uma sociedade que predispunha à hierarquização. Para Beck (2010, pp. 163-164), a sociedade industrial moderna predispunha uma relação familiar fortemente estamental, que associava papéis de gênero, trabalho profissional e doméstico.

Em boa parte do século XX, e até atualmente, o papel da mulher brasileira tradicionalmente direcionou-se à gestão do lar, cuidado com os filhos e ciclos gestacionais. Sua função social, a maternidade, escondia a condenação a um destino puramente biológico, semelhante ao que afirmou Simone du Beauvoir (1980, p.83): “(...)ela suporta passivamente seu destino biológico. Os trabalhos domésticos a que está voltada, porque só eles são conciliáveis com os encargos da maternidade.”

Quando possuíam algum trabalho profissional, a função era tal que, quando somados ao trabalho doméstico, não prejudicasse os afazeres do lar<sup>12</sup>. Por esse motivo, as funções tradicionalmente legadas às mulheres eram apenas extensões do próprio trabalho doméstico. Nesse sentido, nunca se verificou tantas mulheres em empregos que envolvessem o cuidado com as crianças, inválidos e idosos, com a própria casa. (BOURDIEU, 1999, pp. 112-113)

Além disso, do ponto de vista da construção de paradigmas de gênero, a mulher é desde criança ensinada a se incumbir dos cuidados com o lar, ao passo que o homem pode desfrutar de sua infância. (BEAUVOIR, 1980, pp. 23,24)

Ulrich Beck (2010, p. 154) afirma que as mulheres, pelo menos componentes do recorte da Alemanha nos anos 80, conquistaram uma *hierarquia invertida*, quanto menos central, logicamente, quanto mais periférico era o âmbito de atuação do emprego, mais representadas estavam as mulheres na categoria. Seu “ofício” legítimo era o (periférico) cuidado com o lar, um papel secundário, de apoio.

Já o homem, tradicionalmente vinculado à imagem de provedor, seu trabalho ultrapassava os limites do lar. A imagem do homem esteve, desde os primórdios,

---

<sup>12</sup> Virginia Woolf dedica um ensaio à Sociedade Nacional de Auxílio às mulheres, no qual empenha-se em demonstrar, por meio de sua experiência em particular como escritora, a inserção da mulher no mercado de trabalho. Dentre os obstáculos que observou em sua carreira profissional, estava a vinculação do trabalho feminino necessariamente ao trabalho doméstico. Confessa que enquanto não se livrou do estigma de “Anjo do Lar”, criatura dócil e meiga, condenada aos costumes de uma feminilidade herdada, não conseguiu desenvolver a plenitude de seus dons literários.

culturalmente associada a uma figura desbravadora, que arriscava a própria vida em defesa do próprio lar e em retorno ao próprio lar. Rompe barreira, expande territórios. Procura transcender-se e para isso mantém a mulher sob sua dependência, legando-a a posição do “Outro”. Tal imagem sustentou por muito tempo, o monopólio masculino do poder político. (BEAUVOIR, 1980, pp. 84 e 91)

No mesmo sentido, para Pierre Bourdieu, sociólogo e antropólogo estruturalista, o domínio masculino implica necessariamente em uma divisão sexual do trabalho, Transcreve-se:

A divisão sexual está inscrita, por um lado na divisão das atividades produtivas a que nós associamos a ideia de trabalho, assim como , mais amplamente na divisão do trabalho de manutenção do capital simbólico, que atribui aos homens o monopólio de todas as atividades oficiais, públicas, de representação, e em particular de todas as trocas de honra, das trocas de palavras(nos encontros quotidianos e sobretudo nas assembleias), trocas de dons, trocas de mulheres, trocas de desafios e de mortes (cujos limite é a guerra). (BOURDIEU, 1999, p. 60)

Percebe-se, assim, a objetificação simbólica a que a mulher era submetida em termos de subserviência aos interesses do homem e em prol da família nuclear. A economia do lar e do tempo tende a demandar integralidade da mulher nas demandas familiares. A divisão que se opera em termos de disputa de capital simbólico, segundo Bourdieu, envolve a dominação, que por sua vez é garantida pela violência simbólica.

O capital simbólico, diferente de um capital material, é aquele percebido a partir de seus efeitos ou insígnias. Dessa forma, manifesta-se como o grau de prestígio do indivíduo frente a um campo determinado. O homem, empoderado simbolicamente, ao longo da história, sempre perpetuou a opressão simbólica contra mulher. (BOURDIEU, 1999, p. 46).

Tal opressão se manifesta de diferentes formas, sendo que uma delas, a violência simbólica, componente dos discursos de dominação masculina, integra uma estrutura histórica de dominação que é perpetuada por agente e instituições, dentre essas instituições, destaca-se a família.

Ainda, sobre a divisão do trabalho em termos sexuais binários, para Anthony Giddens (1993, pp. 53 e 58), a eficácia do casamento dependia justamente dessa cisão, que consistia no delineamento rigoroso do espaço da mulher, com a criação da maternidade, e a ampliação do espaço do homem. Embora estando a mulher aprisionada em uma realidade desigual e muitas vezes frustrante, segundo o sociólogo “(...)um casamento eficaz, ainda que não particularmente compensador podia ser sustentado por



uma divisão de trabalho entre os sexos, com o marido dominando o trabalho remunerado e a mulher, o trabalho doméstico”.

Isso significa que, não necessariamente democrático e justo para a mulher, o casamento ainda poderia ser mantido em prol de uma reprodução estrutural do modelo tradicional de família. A exemplo do trabalho doméstico feminino, essencial à ordem do lar, Beauvoir (1980) reconhece ser muito mais penoso, masoquista, pois interminável e invisível em termos de reconhecimento; não remunerado.

Nesse aspecto, a violência simbólica no âmbito do lar, que muitas vezes se converte em violência física contra a mulher, está inscrita na conformação familiar hierárquica, que lega papéis específicos à mulher. Em resumo, o modelo familiar hierárquico, reveste-se da dominação masculina. A hierarquia familiar, por sua vez, é justamente o sustentáculo de um modelo social e econômico reproduzido de forma geracional.<sup>13</sup>

Todavia, segundo Pierre Bourdieu, um dos fatores que trouxe mais igualdade à situação da mulher foi a sua progressiva inserção no ensino secundário e superior. Uma vez contestado seu papel na divisão sexual do trabalho, a mulher passou a ocupar mais o mercado de trabalho e as funções públicas. Progressivamente, deixou de desempenhar a função metaforizada por Beauvoir em “O Segundo sexo”, deixou de ser “vassala” no feudo de seu marido, ora para ter seu próprio feudo ou sua comuna, ora para compartilhá-los com o seu companheiro.

A conquista do campo político pelas mulheres também pode ser esquadrinhada em termos de disputa pelo capital simbólico na esfera pública e no campo político. Em termos representativos, a conquista do sufrágio Universal simbolizou a (re)tomada do espaço público pelas mulheres. No Brasil, a exemplo de Bertha Lutz, militante dos direitos das mulheres e posteriormente parlamentar, a mulher progressivamente deixava

---

<sup>13</sup> Como mencionado anteriormente, o Código Civil de 1916 possuía uma caráter extremamente hierárquico, evidenciando uma nítida diferença entre os filhos “legítimos”, “ilegítimos” e “adotivos” inclusive valendo-se dessa nomenclatura. O matrimônio também era uma instituição de aspecto desigual, tendo em vista que o marido era afigura do “chefe de família”, único capaz de exercer plenamente todas as funções patrimoniais e familiares. Conforme o artigo 380 do antigo Código, “Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.” Já o artigo 233 do mesmo código listava todas as funções do marido enquanto chefe de família, inclusive, a de representação legal desta. Não seria possível compatibilizar tais dispositivos com a Constituição Federal de 1988, em virtude do princípio da igualdade, que vigora também no âmbito das relações privadas (eficácia horizontal). Além disso, com as situações presentes atualmente na sociedade, principalmente como crescente número de mulheres que desempenham funções de provedora e chefe de família situação que não pode ser ignorada pelo ordenamento jurídico.

o lar em direção à esfera pública, tomada pelo desejo de igualdade.

A esfera acadêmica e o mercado de trabalho passaram a ser integrados pelas mulheres com maior igualdade, o que pode ter influenciado a modificação daquela espécie de casamento citada por Giddens. Atualmente, é possível verificar, por meio de dados do IBGE, que a participação das mulheres na administração pública supera a dos homens (22,6% contra 10,5% de homens).

No campo da intimidade, representado pelos lares, o aumento do número de famílias chefiadas por mulheres, de 22,2% a 37,3%, pode estar associado ao crescimento da população feminina ocupada, segundo o Censo IBGE 2010, o que demonstra que as mulheres estão assumindo papéis tradicionalmente legados aos homens, coadunando-se com a mudança mencionada.

Vê-se, assim, que os estamentos de gênero, antes necessários à economia e aos costumes, entram em conflito com a nova conformação da sociedade industrial. A mulher reivindica sua posição em diversos campos, assume o monopólio do poder simbólico em espaços deixados, perdidos, ou compartilhados voluntariamente pelos homens. Com isso opera sensível mudança no campo familiar.

Por outro lado, embora mais atuantes no mercado de trabalho, o trabalho doméstico associado à figura feminina ainda persiste. Segundo o IPEA, a mulher ocupada, “chefe de família”, trabalha mais que o homem, contabilizando o trabalho doméstico e o profissional. Evidencia-se uma transição em que é possível verificar diversos conflitos envolvendo a situação familiar e a maior atuação da mulher fora do lar.

Esse conflito demonstra o que Beck (2004, p. 164) chama de sociedade *semi-industrial*, aquela que em paralelo aos estamentos, que têm suas raízes no feudalismo, convivem os diversos ideais, como igualdade e liberdade, derivados de revoluções iluministas. É semi-industrial, pois a ideia de produção sempre se confrontará a ideia tradicional de família, no que diz respeito à gestão dos riscos e do tempo.

Quanto mais tempo dedicado ao trabalho, menos tempo será disponibilizado para o convívio familiar, e vice-versa. A sociedade *semi-industrial* está dividida temporalmente em duas fases, contraditórias entre si. A primeira, chamada “modernidade”, impõe papéis de gênero, hierarquias e modelos familiares, de modo a ordenar a dinâmica familiar. A segunda, ao contrário, é universalista e contesta esses mesmos papéis; trata-se da “contramodernidade”.

É dizer, em um lapso temporal relativamente curto, que a dinâmica familiar teria se flexibilizado, ao passo que as instituições sociais, tais como direito, a família

tradicional, o Estado, não teriam acompanhado semelhante movimento. O que explicaria o fato de que duas gerações, incorporadoras de conceitos distintos de “família”, conviveriam com uma mesma legislação familiar.

O conflito reside na adaptação das narrativas familiares, em constante transformação, às progressivas demandas da sociedade *semi-industrial*, equacionando produtividade laboral sempre em ascensão, cuidados legados à prole e lazer.

Nesse sentido, o rendimento profissional eficaz se contrasta com o alto número de filhos. Há também o conflito de tarefas entre homens e mulheres, com a entrada destas no mercado de trabalho, o que torna especialmente complicada a gestão do tempo e do risco nas famílias contemporâneas, visto que quando ocupadas, as mulheres tendem a trabalhar mais horas que os homens.

Também o crescimento do número de divórcios pode ser reflexo da emancipação profissional feminina, haja vista que obtém sua autossuficiência financeira ou necessitam dedicar-se mais intensamente à carreira e menos aos afazeres domésticos.

A família, no intento de acompanhar as mudanças da sociedade *semi-industrial*, absorve cada vez mais a dimensão do risco no ambiente doméstico. As relações de confiança entre homem e mulher; entre homem e filhos; entre mulher e filhos e entre ambos e outros parentes tiveram de ser fortalecidas ou adaptadas à nova realidade. Novamente citando Beck (2010, pp. 169 e 170) “*A família tornou-se um contínuo malabarismo com múltiplas ambições divergentes, divididas entre profissão, com suas demandas de mobilidade, premissas educacionais, deveres para com as crianças que atravessam todos os âmbitos e a monotonia do trabalho doméstico*”.

Vê-se que os conflitos instalados no ambiente familiar, no contexto da “contramodernidade”, mantém estreita relação com a inserção da mulher no mercado de trabalho e com a aceção do divórcio jurídica e socialmente. A mulher, uma vez equiparada ao homem em direitos, não mais se limita exclusivamente ao trabalho doméstico, o que gerou um desequilíbrio no ambiente familiar, antes ordenado em termos de divisão sexual do trabalho.

Forçoso seria afirmar, contudo, que devido à emancipação feminina ou o divórcio, além de outras questões de relevo social, como casamento homoafetivo, a família estaria ameaçada.

Acertada é a afirmação de Maria Berenice Dias a esse respeito:

A entidade familiar, apesar do que muitos dizem não se mostra em decadência. Ao contrário, é o resultado das transformações sociais. Houve a

repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. (DIAS, 2010, p. 34)

O rearranjo familiar, seja pela nova postura da mulher e do homem para com o lar, seja devido às diferentes aspirações individuais, não representam a decadência da unidade familiar, todavia, reforçam seu intento em sobreviver às mudanças do mundo contemporâneo, modificando-se, pluralizando-se e “colonizando” o futuro. O retrocesso da mulher a condições jurídicas de subserviência e incapacidade, situação de extrema desigualdade em relação ao homem, atentaria contra o princípio da igualdade e da proibição do retrocesso social, entre outros.

O que se pode afirmar é que, para Beck, as mudanças no campo da intimidade não mais se encaixam nas estruturas da sociedade moderna. Os conflitos gerados pelas mudanças dos paradigmas familiares, a desestruturação familiar etc., só seriam atenuados se revisitadas as instituições pensadas em paradigmas estamentais, visto que a família, atualmente se aproximaria de um modelo democrático. Além disso, a presença cada vez mais numerosa de conflitos no ambiente familiar, após a emancipação feminina, é um indicador que revela a necessidade de revisão das estruturas sociais pensadas em termos de divisão sexual do trabalho.

### 3 A UNIÃO ESTÁVEL

Na esteira das modificações familiares, uma figura jurídica de extrema relevância se destaca. Trata-se da União Estável. União de fato constituída entre companheiros por meio do afeto e da convivência contínua e prolongada.

A União Estável, antes chamada pelo nome de concubinato, é uma realidade social. Observáveis são os inúmeros registros de ocorrência desse modelo de relacionamentos afetivos. As relações estáveis, embora tenham sido, por muito tempo, consideradas imorais ou pecaminosas, não mais devem sofrer esse estigma no âmbito jurídico e muito menos no tecido social. É uma realidade frequente e facilmente observável na literatura e no seio social.

Segundo o censo IBGE 2010, o número de casamentos civis/religiosos teria diminuído paralelamente ao aumento do número de uniões consensuais (leia-se uniões estáveis). O Brasil apresentou no intervalo de 10 anos, decréscimo no número de casamentos efetuados e aumento vertiginoso do número de uniões estáveis. De 2000 a 2010, o número de casamentos teria um decréscimo de 3,5%, enquanto o número de uniões estáveis teria crescido em 48,5%.

Atualmente, no Brasil, a União Estável recebe o *status* de unidade familiar. Sua entrada no mundo jurídico foi por meio constitucional, em 1988, por meio do artigo 226, §3º, que apresenta a seguinte redação: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Do artigo era possível extrair a seguinte realidade jurídica. Casais heterossexuais, cuja união, a época apresentassem convivência contínua de no mínimo cinco anos, como se marido e mulher fossem, constituiriam união estável, o que implicava em direitos e deveres de convivência, prestação de alimentos, etc. A essa época eram raros ou quase inexistentes os casos em que as uniões estáveis homoafetivas eram reconhecidas e as duas “leis da união estável” (9278/96 e 8971/94) eram taxativas quanto a heteronormatividade de semelhantes uniões.

A entrada da União Estável no Universo Jurídico representou progresso no que diz respeito aos direitos fundamentais. Retirou-se da marginalidade jurídica as relações consideradas espúrias por setores conservadores da sociedade, tutelando-as. Uma conquista principalmente para as mulheres, que após anos de convivência afetiva viam-

se desamparadas pelos antigos conviventes, assim como para os filhos havidos dessas relações.

Além disso, a União Estável é uma realidade que cresce cada vez mais, principalmente na última década, o que poderia representar uma maior aceitação pela população brasileira e a necessidade de regulação jurídica dos efeitos desse fato social.

O reconhecimento constitucional da União Estável, por sua vez, só obteve aplicabilidade jurídica após a edição das duas leis supracitadas, de 1994 e 1996. No período entre a vigência da nova Constituição e a primeira lei da união estável, essas uniões continuaram sendo tratadas no âmbito do direito das obrigações, como uniões de fato, não encontrando recepção no direito familiar.

Com a entrada em vigor do novel Código Civil, já obsoleto no que diz respeito às questões familiares, a união estável finalmente foi consolidada como questão concernente ao direito de família, tendo sido incorporada, mesmo que no último capítulo, ao livro IV do referido código. O conceito de união estável como família foi finalmente firmado com a Lei Maria da Penha<sup>14</sup>, quando o legislador considerou família qualquer relação de afeto e intimidade. (DIAS 2010, p. 156-158)

Atualmente a União Estável, além de prevista pela Constituição Federal, resta regulada pelo Código Civil. É considerada entidade familiar, do que decorrem direitos e deveres aos conviventes e direitos aos seus filhos. Embora equiparada ao casamento, com este não se confunde. A facilitação para que se converta em casamento não pode ser entendida como uma forma de hierarquizar institutos, ao contrário, deve representar a possibilidade de escolha de narrativas familiares.

### *3.1 União Estável e a Transformação da Intimidade*

O mundo líquido Moderno, como foi apelidado o mundo que vivemos, por Zygmunt Bauman, é o mundo da velocidade e da inconstância. Segundo o sociólogo polaco radicado na Inglaterra, o dinamismo que permite ao usuário de redes sociais acordar pela manhã tendo 500 “amigos” e anoitecer com “apenas” 100 progressivamente deixa o campo virtual e se (re)encontra na realidade social.

A União Estável, enquanto não reconhecida pelo direito como instituto de direito civil, conservava maiores aspectos de maleabilidade. Eram frequentemente constituídas e desconstituídas independente dos trâmites legais referentes aos filhos e ao patrimônio,

---

<sup>14</sup> Vide o livro “Aplicabilidade da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos masculinos” de Marcelo Holanda, publicado pela editora Kiron.

a não ser que se configurassem uniões de fato.

Porque então institucionalizar uma união cujo surgimento se baseou justamente na liquidez e maleabilidade dos laços? Seu reconhecimento jurídico teria desnaturalizado a União Estável?

Com relação ao primeiro questionamento, a jurista Maria Berenice Dias responde com os seguintes dizeres:

Por mais que a União Estável seja o espaço do não instituído, à medida que é regulamentada vai ganhando os contornos do casamento. Com isso, aos poucos, vai deixando de ser união livre para ser união amarrada às regras impostas pelo Estado. Esse é um paradoxo com o qual é preciso aprender a conviver, pois, ao mesmo tempo em que não se quer a intervenção do Estado nas relações mais íntimas, busca-se a sua interferência para lhes dar legitimidade e proteger a parte economicamente mais fraca. (DIAS, 2010, p. 158)

Nesse sentido, a institucionalização da união estável não deve ser vista como uma forma de enrijecer juridicamente as relações que se formaram sob o condão da “informalidade”, mas como uma forma de assegurar e defender os direitos patrimoniais dos conviventes após a eventual ruptura de semelhantes uniões. Pode se falar ainda em defesa da dignidade da pessoa humana, visto que, historicamente, muito se observou o desamparo legal e econômico, principalmente das mulheres, crianças e jovens, após a dissolução de tais laços consensuais.

Não se trata também, de encerrar a questão a aspectos patrimoniais, se assim o fosse, o instituto da união de fato ainda seria o mais adequado. O foco central em se reconhecer as uniões estáveis enquanto instituto de direito familiar seria a expansão do próprio conceito de família, e a promoção do afeto, e não a formalidade, como o cerne das relações familiares.

Ademais, o Código Civil ainda apresenta diversas lacunas no que diz respeito à união estável, o que por vezes pode prejudicar os conviventes, mas por outro lado pode garantir maior flexibilidade. Além disso, tendo em vista a equiparação constitucional ao casamento, sempre que omissa o código, quanto aos direitos dos companheiros, tal omissão deve ser ignorada e os direitos dos cônjuges serão aplicados aos companheiros. (DIAS, 2010, p.159)

Indiscutível é a presença cada vez mais significativa dessa realidade no panorama social e jurídico brasileiro. Não se pode negar, igualmente, que a União Estável ainda conserva características de união livre e, talvez, justamente por esta característica, se compatibilizaria com a nova realidade dos laços afetivos.

A esse respeito, na esteira da transformação da intimidade, é possível identificar uma clivagem operada socialmente entre a união estável e o casamento. Este passa a ser apenas uma das opções dos brasileiros, em razão do conceito de família que se aproxima cada vez mais do afeto, que pode estar presente em qualquer conformação familiar.

Semelhante realidade, levou Ulrich Beck (2010, p. 151) a preceituar, acerca das uniões consensuais na Alemanha dos anos oitenta, que “essa semi-institucionalização de formas extrajurídicas e extrafamiliares de convivência sinaliza, talvez mais que o próprio fenômeno, o ritmo da mudança”.

Na realidade apresentada, o sociólogo demonstra que em seu país, à época mencionada, também a frequência de uniões estáveis havia aumentado e que até o concubinato era aceito como realidade.

Retornando ao paradoxo mencionado por Maria Berenice Dias, qual seria então a medida entre a institucionalização e extra-oficialidade das relações afetivas contemporâneas?

O paradoxo jurídico é justamente reflexo do paradoxo social presente na modernidade. Uma vez percebida como uma tendência global dos países industrializados, o deslocamento da narrativa pessoal dos eixos “casamento - emprego”, na construção da trajetória de vida do indivíduo, leva Beck a afirmar:

Já não é evidente se duas pessoas se casarão, se viverão juntas e não casarão, se se casarão e não viverão juntas, se terão ou criarão filhos dentro ou fora da família, com a pessoa junto a quem se vive ou com a pessoa a quem se ama, mas que vive com outra pessoa, antes ou depois de fazer carreira, ou mesmo durante (BECK2010, p.151).

As diversas situações descritas por Beck espelham a pluralidade de demandas jurídicas possíveis no direito de família. Cada uma das diversas conformações familiares demanda uma tutela específica. Por vezes se verifica demandas pelo reconhecimento de paternidade cumulado com prestação de alimentos, outras, reconhecimento de união estável para recebimento de benefícios previdenciários, divórcios em que se verificam ou não filhos, etc.

Para Bauman (2004, p.10), todavia, semelhante paradoxo social nada mais é do que decorrente da fragilização dos laços sociais, que representa um dos aspectos principais da modernidade líquida. Esse foi o tema de seu livro “Amor Líquido”, de que se extrai a seguinte citação:



Pode-se supor (mas será uma suposição fundamentada) que em nossa época cresce rapidamente o número de pessoas que tendem a chamar de amor mais de uma de suas experiências de vida, que não garantiriam que o amor que atualmente vivenciam é o último e que tem a expectativa de viver outras experiências como essa no futuro. (...) Afinal a definição romântica do amor como “até que a morte nos separe” está decididamente fora de moda, tendo deixado para trás seu tempo de vida útil em função da radical alteração das estruturas de parentesco às quais costumava servir e de onde se extraía seu vigor e sua valorização (BAUMAN 2004, p.10).

O amor, objeto de diversos estudos, não deve, entretanto, ser compreendido de forma unívoca. É plurissignificativo, conforme a realidade social de que é extraído. Segundo o sociólogo pós-moderno, cada dia da vida do indivíduo contemporâneo e cosmopolita espelha a vida líquida. Porque concentrar-se em apenas um “amor” se é possível acumular vários ao longo de uma vida? Há muito já não era possível comungar a realidade social com os dispositivos obsoletos da lei, a mudança se tornou inevitável. O divórcio foi uma resposta à necessidade cada vez crescente de que o casamento se flexibilizasse, comportando, assim, a possibilidade de ser desconstituído. Atualmente um novo conceito de família deveria abarcar a pluralidade de relações de afinidade que surgem.

Conforme a ideia de amor romântico se diluía, novas conformações familiares decorrentes de sua desnaturalização se instalavam. Outra leitura, porém complementar, à ideia de amor líquido, é apresentada por Anthony Giddens. O sociólogo propõe uma trajetória do amor romântico aos novos paradigmas de relacionamento, cujo principal fator decorre da mudança operada nos círculos da intimidade. A transformação observada por Giddens pode apresentar forte influência nas modificações ocorridas no campo familiar, cujos reflexos – o aumento do número de uniões estáveis, divórcios, novas conformações familiares, mudança do direito, etc. – são as principais consequências.

## 4 DIREITO DAS FAMÍLIAS

A partir de todos os elementos retratados anteriormente, tais como a emancipação feminina, o direito da mulher ao voto e sua entrada no mercado de trabalho, a revolução sexual, o surgimento dos métodos contraceptivos e os movimentos libertários LGBT, operou-se, ou apenas revelou-se, que uma transformação no campo da intimidade ocorria a todo vapor, embora a tradição e o conservadorismo a negassem.

O surgimento de vários modelos familiares, a partir do alargamento conceitual das relações interpessoais, por sua vez resultado dos processos políticos e históricos supramencionados, permeou o conceito de família, resultando em um anacronismo do conceito monolítico de família reconfigurando a conjugalidade e a parentalidade. De fato, o modelo tradicional de família foi desconstituído a partir do momento que com ele outras conformações familiares disputaram o espaço simbólico do conceito família. (DIAS, 2010, p. 41)

Se o elemento nuclear da família deixava de ser aquele dos modelos “clássicos”, outro elemento deveria caracterizá-la. Tendo em vista que os casamentos se desfazem, há famílias monoparentais, pessoas do mesmo sexo vivem juntas e se casam, e casais heteroafetivos optam pela união estável, observou-se que o elemento constitutivo da família não é a sua conformação estrutural, mas os laços de afetividade.

Para Rolf Madaleno, o afeto é um valor supremo da sobrevivência humana e decorre da liberdade do indivíduo de afeiçoar-se a outro. Segundo o autor:

Este é, portanto, o perfil da família plural, que se estrutura e convive a partir da afetividade, razão da existência da tradicional família matrimonial, da constituição da união estável, assim como se mostra intensamente presente na família monoparental, na família homoafetiva, na família anaparental, na família reconstituída, na família paralela, na família eudemonista, e igualmente identificado na família poliafetiva (...) (MADALENO 2013, p.25)

Atualmente, dentre os principais modelos familiares encontrados na sociedade, destacam-se as famílias matrimonial, informal, homoafetiva, monoparental, parental, pluriparental, paralela, todas fundadas no paradigma axiológico eudemonista. (DIAS, 2010, p. 43)

### 4.1 *Família matrimonial*

A família matrimonial, por sua vez, caracteriza-se por uma forte interferência

religiosa, remontando sua origem na idade antiga. O matrimônio era tido como uma forma de se perpetuar a religião familiar, que na idade antiga, tanto nas civilizações gregas e romanas, consistia no culto aos antepassados. Nesse sentido, o patriarca da família era o sacerdote do culto familiar, enquanto os demais membros desempenhavam funções específicas de suporte. O matrimônio era uma instituição sagrada, tal como hodiernamente, porém, tinha caráter indissolúvel. Para o casamento na antiguidade, indispensável era a procriação para que os descendentes sucedessem os pais na religião familiar, afinal, uma família que se extinguia era uma religião que desaparecia. (COULANGES, 2006, p. 67, 71)

Atualmente, o matrimônio no Brasil se constitui nas esferas sagrada e institucional, e por muito tempo carregou a indissolubilidade característica das civilizações antigas. No direito pátrio, seu caráter indissolúvel teve seu termo com a edição da lei do Divórcio, em 1977. O Código Civil de 1916 previa apenas o Desquite como forma de término do casamento, que importava na separação de fato dos cônjuges, fim do regime de bens e dispensa do dever de fidelidade, porém, não sendo propriamente uma forma de dissolução do casamento, pois os laços matrimoniais permaneciam. (DIAS, 2010, p. 500)

O desquite e a indissolubilidade do casamento tem forte influência no surgimento de famílias anteriormente chamadas de paralelas, as uniões estáveis de pessoas desquitadas. Segundo Dias:

Apesar do nítido repúdio do legislador, vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram [...] A única modalidade de separação que havia era o desquite, que não dissolia a sociedade conjugal e impedia novo casamento. Tantas reprovações, contudo, não lograram coibir o surgimento de relações desconstituídas de amparo legal. Não há lei, nem de Deus, nem dos homens, que proíba o ser humano de buscar a felicidade (DIAS 2010, p. 163).

A Constituição Federal consagrou as mudanças sociais observadas ao longo desse trabalho no que tange a recepção do divórcio, e, portanto, a consolidação da solubilidade do casamento, a inovação legislativa que trouxe a União Estável equiparada ao casamento e outras, como a igualdade entre os filhos havidos na constância da união/casamento, ou fora dela, como os adotivos ou os unilaterais. Não mais se fala, na legislação vigente, em separação judicial ou desquite, persistindo apenas o divórcio como forma de dissolução voluntária do casamento (DIAS, 2010 p. 289).

#### 4.2 Famílias informais

De famílias informais eram apelidadas quaisquer uniões que não fossem as oficiais tuteladas pelo Estado, portanto, as que divergissem do modelo matrimonial. Tais famílias recebiam a alcunha de adúlterinas ou concubinárias, nesses casos, tanto a companheira como os filhos havidos de tal relação eram alvo de grande preconceito, não sendo de forma alguma reconhecidos seus direitos.

Sobrevindo o eventual término de uma relação informal, em que se deu a constituição da família, os membros da família informal se viam desamparados no âmbito do judiciário, sendo no máximo reconhecidos como sociedades de fato, instituto do direito civil para contratos em que há a partilha de bens de ambos os sócios.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, as famílias informais receberam a chancela estatal, retirando-se do seu aspecto marginal. Apesar de inovadora, a dicção constitucional opera, simbolicamente, uma relação de subserviência da União Estável, que pode ser observada pela frase constante do artigo 226, §3º “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. A facilitação da conversão da União Estável em casamento poderia configurar o que Dias (2010) chama de *casamento por usucapião*, ou casamento pelo decurso do tempo. Até que ponto a vontade dos conviventes ou companheiros é de que sua união estável seja regulada como o casamento?

De certa forma pode-se observar o avanço constitucional em equiparar e dar guarida a União Estável em seu texto, contudo, não compreendeu bem o anseio social em torno da União Estável. Ao constituir uma união desta qualidade, como bem analisado no presente trabalho, não necessariamente os conviventes almejam reproduzir o matrimônio. As relações baseadas no amor confluyente, anteriormente mencionado, diferem significativamente da ideologia que circunda o matrimônio. Ao contrário, o amor confluyente, ou amor líquido, segundo Bauman, pressupõem maior flexibilidade, não ao ponto de serem invisíveis ao legislador, mas não excessivamente reguladas a semelhança do casamento, devendo ser regulados na esfera do privado. (Dias, 2010, p. 47)

#### 4.3 Famílias monoparentais, pluriparentais (recompostas) e a\naparentais

Mais uma vez a Constituição Federal avançou em relação ao conceito de família. Não de forma suficiente, ressalta-se, mas desconstituindo preconceitos basilares para a

reconstrução do conceito hodierno de família. Trata-se, no presente caso, das famílias monoparentais previstas pelo artigo 226, §4º. Segundo a Carta de 1988, a família monoparental se constitui por um dos genitores e seus filhos. Segundo Maria Berenice Dias (2010, p. 48), a família Monoparental possui expressiva ocorrência na realidade brasileira, representando 1/3 (um terço) das famílias brasileiras.

A monoparentalidade, por sua vez, pode decorrer de diversos fatores, sendo os mais comuns o Divórcio dos genitores, a adoção (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069 de 1990, artigo 42), inseminação artificial, ou o que Dias denominou de produção independente. Esses fatores revelam tanto as mudanças no campo da intimidade, como no da cultura, tecnologia e mesmo da lei e da jurisprudência.

O divórcio, por sua vez gerou significativa mudança nas relações familiares, dando origem a um novo tipo de família denominada pluriparental, Recompоста, ensambladas ou mosaico. Após o divórcio, existem casos em que os indivíduos não se casam novamente, dando origem a família monoparental, em outras situações, por buscarem objetivos de vida diversos, indivíduos com filhos se casam novamente, formando a família mosaico. Leciona Dias:

Agora Surge a expressão famílias pluriparentais ou mosaico, que resultam da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não matrimoniais e das desuniões. A multiplicidade de vínculos, a ambigüidade(*sic*) dos compromissos e a interdependência, ao caracterizarem a família-mosaico, conduzem para melhor compreensão desta modelagem (DIAS, 2010, p. 50).

Importante destacar que os vínculos afetivos decorrentes da relação entre os enteados e padrastos equiparam-se em diversos casos às relações de parentalidade, o que leva, com relativa frequência à adoção unilateral, prevista pelo artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em sentido contrário, poderá o enteado apenas adotar o sobrenome do padrasto/madrasta, o que não importará em extinção do vínculo familiar com o genitor, ou mesmo efeitos patrimoniais e responsabilidade de alimentar para o padrasto/madrasta. Essa previsão consta da lei 11.924/09 que inseriu no artigo 57 da Lei de Registros Público (Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973), o seguinte parágrafo:

§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.

Por fim, há aquelas famílias chamadas de parentais ou anaparentais, em que não se observam os elementos de hierarquia e interesse sexual, não sendo formadas por meio do casamento, derivando unicamente de laços parentais ou afetivos. Aquelas famílias formadas, por exemplo, por irmãos, com o falecimento dos genitores, situação que constata, igualmente, a inexistência de diferença geracional entre os integrantes de tais famílias. (DIAS, 2010, p. 208)

#### *4.4 Famílias Homoafetivas*

A família, como se observa no presente trabalho, nasceu como uma instituição sacralizada, uma forma de se perpetuar a religião patriarcal. A influência judaico-cristã, sobretudo, empregou significativa função a família, definindo-a, contudo, de forma monolítica como o núcleo formado pelos genitores e seus filhos. (DIAS, 2009, pp. 120-121)

Em razão desse modelo estanque, ligado à religião(que demonstrou resistência inclusive em face da instituição do casamento civil<sup>15</sup>) não se poderia esperar outra reação senão a resistência veemente a outros modelos familiares.

No Brasil, justamente por ser um país em que ainda não se tem uma separação institucional nítida entre Estado e Religião, invisibilizou as famílias plurais tanto no plano social, como legislativo. As famílias homoafetivas não eram sequer consideradas famílias, sendo muitas vezes relegadas ao plano das sociedades de fato. Não se concedia ao homossexual, o direito de demonstrar seu afeto por meio do casamento.

Segundo Dias (2009, pp. 135 e 139) A omissão do Código Civil das uniões entre casais do mesmo sexo foi justificada por Miguel Reale pelo fato de que a própria Constituição Federal de 1988 não havia previsto tal união. Muito menos poder-se-ia falar em casamento homoafetivo, mesmo não havendo no diploma civil, como previsão de impedimento para o casamento, terem os nubentes sexos iguais.

Contudo, mesmo não trazendo a previsão expressa a respeito das uniões homoafetivas, a sistemática principiológica constitucional já apontava no sentido da Igualdade como fonte valorativa do direito, o que posteriormente garantiu que o próprio Código Civil fosse interpretado conforme a Constituição Federal na ADI 4277 e na ADPF 132.

---

<sup>15</sup>Lorea (2009, apud Dias, 2009) afirma que: “A ditadura religiosa sempre foi tão acentuada que a Igreja Católica usufruía da primazia sobre os nascimentos e os casamentos. Não existia registro civil, só a certidão de batismo. Quando da instituição do casamento civil, em 1890, foi enorme a resistência da Igreja, tendo afirmado o Papa Pio IX: o casamento civil é um torpe e vil concubinato.”

A primeira, e única, referência da lei às relações homoafetivas decorre da Lei 11.340/06, ao dispor que a mulher goza de direitos fundamentais independente, inclusive, de sua orientação sexual. Pela primeira vez, a diversidade sexual foi incluída, simbolicamente, na esfera “familiar”, pois, embora a referida lei se tratasse de um mecanismo para coibir a violência doméstica e contra a mulher, trouxe o pressuposto da pluralidade familiar, ao entender que a esfera da intimidade, a esfera doméstica, envolve a diversidade de orientações sexuais.

No campo jurisprudencial, no ano de 2004, a primeira decisão que equiparou as Uniãos Estáveis homoafetivas às heteroafetivas decorreu de um acórdão proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral no REsp n.º 24.564, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Na ocasião, considerou-se aplicável aos casais homoafetivos as disposições normativas referentes a inelegibilidade reflexa, reconhecendo-se o vínculo afetivo intrínseco as uniões estáveis como elemento coesivo dos interesses políticos comuns. Ora, se o afeto é reconhecido com a finalidade de delinear, de forma restritiva, os direitos da esfera eleitoral, seria um grande contrassenso negá-lo na oportunidade de se reconhecer direitos igualitários.

A controvérsia em torno das famílias homoafetivas teve seu desfecho com o julgamento de duas ações constitucionais, a ADPF 132<sup>16</sup> e a ADI 4.277. Em ambas os Ministros do STF chegaram ao entendimento, baseando-se nos Direitos Fundamentais

---

<sup>16</sup> EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO(...) 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA (...) 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. (...) 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. (...) 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. (...)

elencados pela Constituição Federal de 1988, que a união estável englobava as uniões homoafetivas, equiparando-se ao casamento.

O voto do então Ministro Ayres Britto, relator da ADI 4.277, se pautou na liberdade sexual como decorrente do Direito a Privacidade, Direito à Liberdade e Igualdade entre homens e mulheres. Segundo Britto:

35. Muito bem. Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa. *Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade* (liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc.). Mais ainda, liberdade que se concretiza: I - sob a forma de direito à intimidade, se visualizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do solitário desfrute (onanismo); II – *sob a forma de direito à privacidade*, se a visualização já ocorrer pelo ângulo do intercurso ou emparceirado desfrute (plano da intersubjetividade, por conseguinte). 36. Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos *escaninhos jurídico-fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais*. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do art. 10 da Constituição, verbis: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. *Com o aporte da regra da auto-aplicabilidade possível das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais*, a teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. (BRITTO, 2011, p. 14, grifo nosso)

Nesse sentido, tendo a Constituição se calado diante do tema da sexualidade, no sentido de permitir a liberdade de expressão dessa categoria da identidade humana, e sendo essa categoria um Direito Humano, bem assentou o Ministro, ao se referir ao Direito a Intimidade enquanto norteador da orientação sexual pessoal. Ademais, não seria característica de um Estado Democrático de Direito a ingerência estatal em assuntos da esfera privada, sob pena de se incorrer em uma ruptura de natureza totalitária.<sup>17</sup>

Celso Lafer, ao analisar a reconstrução dos Direitos Humanos, com base na

---

17 De acordo com Lafer (1988, p. 240), em análise à perspectiva arendtiana: “A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 – que, seja dito de passagem, é uma resposta à ruptura totalitária – contempla o direito à intimidade no seu artigo 12: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques a sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques, toda pessoa tem direito a proteção da lei”



filosofia de Hannah Arendt, estabelece uma relação entre as esferas pública e privada. Segundo o autor:

Conforme já visto para ela o princípio da esfera pública é a igualdade. A igualdade não é um dado, é um construído. É um princípio que iguala as pessoas que, pela sua natureza e origens, são diferentes. O princípio da esfera privada é a diferença e a diferenciação, que assinala a especificidade única de cada indivíduo (LAFER, 1988, p. 267).

É possível, nesse sentido, vislumbrar duas classes de Direitos que se complementam no sentido de garantir às famílias homoafetivas os mesmos direitos há tanto tempo inafastáveis às famílias tradicionais. São os direitos à Igualdade e à Intimidade. O direito à Igualdade, enquanto direito de segunda dimensão, demanda uma prestação positiva do Estado, seja no sentido de uma atuação do Poder Legislativo, para a positivação de direitos reconhecidos constitucionalmente, seja pela elaboração de políticas públicas de combate e prevenção ao preconceito em face das novas conformações familiares.

O Direito intimidade, por sua vez, encontra-se igualmente previsto na Constituição Federal de 1988, e seu escopo consiste na não interferência do Estado na esfera do privado, do íntimo, garantindo que no âmbito do lar, do trabalho, não ocorrerá a ingerência estatal, sob pena de se violar o princípio da dignidade humana e o princípio da liberdade. O Direito à Intimidade envolve o direito de se estabelecer relações afetivas entre seres humanos sem que se tenha publicidade ou interferência indevida de terceiros (BRANCO, 2010, p. 470).

Em outro prisma, há o Direito de Expressão, que pode envolver, em certa medida, o Direito à Liberdade Sexual. Não se poderia viver a sexualidade com Dignidade se esta não pudesse ser expressa, de forma lícita, no campo social. A Declaração dos Direitos Sexuais, de 1999, por exemplo, aponta, dentre seus onze itens, o Direito à Liberdade Sexual, à Igualdade Sexual e a Expressão Sexual. Além disso, os Princípios de Yogyakarta, por sua vez elaborados em 2006, versando sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, prescrevem, em seu artigo 19, o seguinte:

Toda pessoa tem o direito à liberdade de opinião e expressão, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero. Isto inclui a expressão de identidade ou autonomia pessoal através da fala, comportamento, vestimenta, características corporais, escolha de nome ou qualquer outro meio, assim como a liberdade para buscar, receber e transmitir informação e idéias (*sic*) de todos os tipos, incluindo idéias relacionadas aos direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, através de qualquer mídia, e independentemente das fronteiras nacionais.

Percebe-se, inegavelmente, que o direito à sexualidade perpassa várias dimensões de Direitos, alcançando, e se desdobrando em vários Direitos de Primeira, Segunda e Terceira Geração, buscando atingir o valor máximo da proteção aos Direitos Humanos, que se concretiza na defesa do ser humano como valor-fonte do sistema jurídico, cuja dignidade orienta o sentido da constituição. (DIAS, 2009, pp. 99 – 103).

Assim, reafirmar a existência as famílias homoafetivas no contexto constitucional e a elas garantir os mesmos direitos é fazer valer os Princípios Constitucionais de diversas dimensões, assim como respeitar o Princípio da Supremacia da Constituição. Segundo Dias:

O Direito das Famílias não pode se distanciar da diretriz constitucional, que impõe estrita obediência aos valores eleitos pela ordem jurídica. E o mais precioso princípio consagrado pela Constituição é o da dignidade da pessoa humana. Trata-se de direito fundamental que se calca nos princípios da igualdade e da liberdade, além de servir de mola propulsora à intangibilidade da vida humana, à integridade física e psíquica, às condições básicas materiais mínimas para garantir o tão almejado acesso à felicidade (DIAS, 2009, p. 149).

Compreende-se, assim, que as famílias homoafetivas, enquanto manifestações cada vez mais visíveis na realidade brasileira irrompem, juntamente com as uniões estáveis, as famílias monoparentais, recompostas, um novo paradigma de Direito de Família. A perspectiva observada reafirma a necessidade de se contemplar as esferas individuais e coletivas, privadas e públicas, secretas e ostensivas, com a medida valorativa da Dignidade Humana.

É dizer que o direito à sexualidade e o direito a constituir uma família<sup>18</sup>perpassam as dimensões e as classes de Direitos Fundamentais, são tuteláveis tanto no campo da intimidade, com no campo da publicidade, de forma que o que é devido a cada campo, nele se restrinja, sem que o princípio da dignidade humana reste violado. Nos dizeres de Sarmento:

Trata-se do personalismo, que considera o ser humano um valor em si mesmo, axiologicamente superior ao Estado e a qualquer coletividade à qual se integre, mas que vê na pessoa humana um ser situado, concreto, que desenvolve sua personalidade no convívio com seus semelhantes. Sob esta perspectiva, a autonomia privada – a “liberdade dos modernos”, do indivíduo no “jardim”, com seu “direito de ser deixado só” (*righttobeetalone*) – e a autonomia pública – a “liberdade dos antigos”, do cidadão na praça, decidindo coletivamente o destino da sua comunidade – vão compor, em pé de igualdade, o princípio da dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2004, p. 117-118).

---

<sup>18</sup> Segundo os Princípios de Yogyakarta, de 2006, “Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.”

Com relação à publicidade, pode parecer conflitante englobar ora o direito homoafetivo no campo da intimidade, ora no campo da publicidade. Contudo, o caráter público e constitucional do Direito de família, tendo em vista a defesa do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, demanda que certas questões sejam discutidas e normatizadas pelo Poder Público, notadamente o Poder Judiciário, não de forma a imiscuir-se nas esferas de decisões íntimas de cada cidadão, mas de forma a garantir que cada opção pessoal destes encontre guarida e representatividade jurídica e social. O direito, nesse sentido, deve compor a universalidade de elementos e categorias daquilo que se chama com o nome de identidade, verdadeiro patrimônio imaterial de memórias, ideologias e aparências que compõe as dimensões do ser humano.

#### *4.4.1 Famílias homoafetivas: da marginalização à identidade legitimadora*

Na esteira da ressignificação do conceito de família observa-se uma evolução da legislação e da jurisprudência no Brasil, ampliando a aceção de família no campo jurídico. As relações extraconjugais já foram repudiadas com mais veemência pela legislação e pelos costumes. O máximo que uma companheira poderia obter por meio de uma prestação jurisdicional era uma indenização por “serviços domésticos prestados”, reduzindo todo o afeto envolvido em uma união estável a uma relação de servidão. Posteriormente, foram consideradas tais uniões enquanto sociedade de fato, o que denotava o tratamento unicamente econômico a elas dispensado pela legislação da época. (DIAS, 2007, pp. 155-157)

Foi a partir da Constituição de 1988 que o Direito Civil, em especial o direito de Família, passou a ser interpretado conforme as novas regras e princípios fundamentais daquela Carta Magna. Com essa “cláusula geral de inclusão”, de acordo com Lôbo *apud* Dias (2007, p. 157), a união estável passou a ser considerada unidade familiar, com os mesmos direitos do matrimônio.

A visibilidade jurídica das relações extraconjugais, paralelamente ao progressivo reconhecimento de outros modelos familiares no campo jurídico pode revelar um processo relacionado à construção e assentamento de uma identidade individual e familiar que por muito tempo teve sua existência marginalizada juridicamente.

Segundo o sociólogo Manuel Castells, as identidades são uma construção social com propósitos específicos cuja importância se reflete nas relações de poder por elas

desempenhadas. Segundo o sociólogo:

No que diz respeito a atores sociais, entendo por identidade o processo de construção de significado com base em um atributo cultural, ou ainda um conjunto de atributos culturais inter-relacionados, o(s) qual(ais) prevalece(m) sobre outras fontes de significado. Para um indivíduo ou ainda um ator coletivo, pode haver identidades múltiplas. No entanto, essa pluralidade é fonte de tensão e contradição tanto na auto-representação(*sic*) quanto na ação social. (CASTELLS, 1999, p.22)

Não restam dúvidas, portanto, de que as relações familiares, incluídas as famílias plurais, interna e publicamente, constituem relações de poder em que há a constante reafirmação de uma identidade social e pessoal e das escolhas relacionadas à narrativa reflexiva do eu, em um paralelo traçado entre Castells e Giddens.

Com relação às diversas conformações familiares, a União Estável, antes referida pelo termo concubinato e repudiada por muitos doutrinadores e juristas brasileiros, hoje encontra guarida constitucional, sendo considerada equiparada ao matrimônio. O conflito identitário existente entre os defensores do casamento e os indivíduos em união estável pode não ter se encerrado com a institucionalização desta e equiparação entre os dois institutos de direito de família. Ao contrário, uma constante relação de poder entre defensores de diferentes modelos familiares é travada todos os dias, evidenciada pelas disputas entre as instituições e a sociedade civil organizada.

Para Castells (1999), que percebe os sujeitos enquanto atores sociais imersos em relações de poder, a identidade, por sua vez, pode ser interpretada em três categorias. São elas: as identidades em identidade legitimadora, identidade de resistência e identidade de projeto. Segundo o autor, a primeira decorre da relação das instituições ditas dominantes (aí se incluem o Poder Legislativo e Judiciário) que impõem, principalmente de forma organizada, um modelo de identidade “oficial”, ou institucionalizado. Esse modelo passa a ser reproduzido em diversas instâncias sociais (CASTELLS, 1999, p. 24).

As identidades de resistência e de projeto representam de certa forma, a divergência. Na primeira, os atores sociais, estigmatizados e marginalizados, utilizam a identidade como forma de reafirmação da sua presença no meio social. Esta identidade caracteriza-se como verdade “trincheira” ou “comuna”, por destacar-se de forma independente e questionadora, enfrentando instituições conservadoras, como por exemplo, a Igreja, o Estado, os costumes, etc.

No contexto da sexualidade e da intimidade, seriam exemplos de identidade de

resistência os guetos formados pelas minorias e grupos vulneráveis<sup>19</sup>, tais como as boates e vizinhanças gays (East Village e Greenwich Village em Nova Iorque), as paradas LGBT, as marchas da maconha<sup>20</sup>. Além disso, a identidade de resistência no contexto democrático brasileiro tem sido cada vez mais reconhecida, tendo em vista os direitos de liberdade de expressão, pensamento e reunião<sup>21</sup> (CASTELLS, 1999, p. 24)

As identidades de projeto, porquanto já terem enfrentado a fase de resistência, propõe uma mudança social estruturante, e se baseiam na construção de um novo projeto de identidade que irá fundar tal mudança. Cita o autor, a título exemplificativo, o feminismo enquanto movimento social articulado que trouxe o contraponto à família patriarcal e a reprodução estrutural do machismo, propondo uma maior igualdade (formal e material) entre homem e mulher, tanto no campo laboral, quanto no privado. Conforme o autor:

Identidade de Projeto: quando os atores sociais, utilizando-se de qualquer material cultural ao seu alcance, constroem uma nova identidade capaz de redefinir sua posição na sociedade e, ao fazê-lo, de buscar a transformação de toda a estrutura social. Esse é o caso, por exemplo, do feminismo que abandona as trincheiras de resistência da identidade e dos direitos da mulher para fazer frente ao patriarcalismo, à família patriarcal e, assim, a toda a estrutura de

---

19 A decisão do STF, na ADPF 186, que considerou constitucionais as cotas raciais no âmbito da Universidade de Brasília, representa além da necessidade de se prover Igualdade material aos grupos vulneráveis, uma forma de correção do problema da representatividade afrodescendente e de sua participação nos espaços acadêmicos, que até hoje foram democratizados.

20 O Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF 187, interpretou o artigo 287 do Código Penal conforme a Constituição Federal, entendendo que a realização de eventos e reuniões com a finalidade de pleitear a descriminalização do uso de entorpecentes não representa apologia de fato criminoso, ao contrário, é uma forma lícita de exercício do Direito de Expressão e de Reunião (art. 5º, incisos IV, IX e XVI, e 220, da CRFB/88).

21 Ver ADI 4.274/DF: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE “INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO” DO § 2º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006, CRIMINALIZADOR DAS CONDUTAS DE “INDUZIR, INSTIGAR OU AUXILIAR ALGUÉM AO USO INDEVIDO DE DROGA” . (...) 2. A utilização do § 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Carta Magna. Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Constituição Republicana, respectivamente). (...) 4. Impossibilidade de restrição ao direito fundamental de reunião Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 1731442. Supremo Tribunal Federal DJe 02/05/2012 Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 32 Ementa e Acórdão ADI 4.274 / DF que não se contenha nas duas situações excepcionais que a própria Constituição prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, § 1º, inciso I, alínea “a”, e art. 139, inciso IV).

produção, reprodução, sexualidade e personalidade sobre a qual as sociedades historicamente se estabeleceram (CASTELLS, 1999, p.24).

Tal como evidencia a expressão, a “identidade legitimadora” apresentada pelo sociólogo Manuel Castells, pode ser considerada um instrumento de dominação institucionalizada por meio dos aparatos de poder do Estado. Na referida analogia, o matrimônio se aproxima de uma identidade legitimadora em relação aos outros modelos familiares. Já a União Estável, antes se aproximava de uma identidade de resistência, elaborada por atores sociais deslegitimados como forma de sobrevivência e/ou contestação em face da identidade dominante. Em razão da institucionalização jurídica da União Estável por meio da previsão constitucional, essa modalidade de família não mais se coaduna com a identidade de resistência no âmbito do direito, aproximando-se de uma identidade legitimadora (CASTELLS, 1999, p. 24-25).

Com relação à família homoafetiva, enquanto modelo familiar aproxima-se de uma identidade de projeto. Em vista dos avanços garantidos pelo Poder judiciário, as famílias homoafetivas passam a dispor de guarida constitucional, no sentido de terem seus direitos garantidos e afirmados por meio de uma interpretação conforme a constituição do Código Civil. Poderia até mesmo se falar em Identidade Legitimadora, tendo em vista a institucionalização da igualdade formal. Até mesmo na esfera administrativa, os casais homoafetivos tem se aproximado de uma identidade legitimadora, a exemplo da Portaria do Ministério da Previdência Social, de nº 513, de 9 de dezembro de 2010, que estende os benefícios previdenciários a casais homoafetivos.<sup>22</sup>

Entretanto, não obstante terem recebido guarida constitucional por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito

---

<sup>22</sup>“O MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, no uso das atribuições constantes do art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição, tendo em vista o PARECER nº 038/2009/DENOR/CGU/AGU, de 26 de abril de 2009, aprovado pelo Despacho do Consultor-Geral da União nº 843/2010, de 12 de maio de 2010, e pelo DESPACHO do Advogado-Geral da União, de 1º de junho de 2010, nos autos do processo nº 00407.006409/2009-11, resolve:

Art. 1º Estabelecer que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 2º O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS adotará as providências necessárias ao cumprimento do disposto nesta portaria.”

Fundamental 132, os casais do mesmo gênero ainda são vítimas de discriminação social e institucional, em razão da instigação e apoio de setores da sociedade civil em favor da tramitação de Projetos de Lei visando à retração de direitos desses casais. A título de exemplo, menciona-se o PL 6584/2013, que atribui aos casais homoafetivos o nome de “parceria vital”, o que representa uma verdadeira derrota para os movimentos a favor do casamento igualitário.

Como forma de coibir a perpetuação de tamanha violência simbólica dirigida aos casais homoafetivos, em razão do grande preconceito das próprias autoridades competentes para a realização da união entre pessoas do mesmo sexo, o Conselho Nacional de Justiça, editou a Resolução n.º 175, de 14 de maio de 2013, à luz da disciplina dada a matéria pelo STF nas ações constitucionais mencionadas acima. Transcreve-se o texto do referido ato normativo:

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,  
CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013;  
CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;  
CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;  
CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;  
CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988;

RESOLVE:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Entretanto, muitas autoridades apresentam resistência à realização da união homoafetiva recusando-se a realizá-las, seja pelo grau de conservadorismo de suas posições jurídicas, seja por muitas vezes por imiscuírem lamentavelmente suas crenças e ideologias pessoais na função pública que desempenham. Faz-se oportuna a atividade de correição realizada pelo CNJ para que tais recusas não ocorram e os direitos fundamentais dos casais homoafetivos não sejam aviltados.

No campo político, observa-se que os movimentos em favor do casamento igualitário ainda se aproximam de uma identidade de resistência justamente por representarem uma minoria frente às bancadas conservadoras que formam um grande bloco (Em destaque as denominadas bancadas Evangélica e Ruralista).

Além disso, mesmo diante da solidez jurídica das decisões colegiadas do STF, o julgamento da ADI 4.277, que incluiu na interpretação da União Estável os casais do mesmo sexo, ainda é uma proteção estatal relativamente precária, tendo em vista que uma lei superveniente ou mesmo uma virada jurisprudencial poderiam afastar a possibilidade do estabelecimento das uniões homoafetivas, representando verdadeiro retrocesso aos Direitos Fundamentais.

Nesse sentido, sabe-se que o legislador contemporâneo, em sua maioria, inclina-se em uma direção de não reconhecimento das famílias homoafetivas enquanto entidades familiares, relegando-as a mera relação de fato, devendo ser constituída e tratada como um mero negócio jurídico. Quando mais realizam concessões, a frente parlamentar conservadora chega a considerar as uniões homoafetivas uma “parceria duradoura”. A postura de semelhantes parlamentares, alguns adotando postura extremamente radical ante aos pleitos do movimento LGBT, muitas vezes chegam a ofender e injuriar cidadãos e outros parlamentares, alegando estarem fazendo uso de sua liberdade de expressão. Essa postura, que possui muitas vezes caráter de cunho totalitário e fascista, revela verdadeiro desrespeito com os Direitos Fundamentais, garantidos pela Constituição Federal.

O Projeto de Lei (PL) 6583/13, apelidado de Estatuto da Família, opera uma verdadeira ofensa ao princípio da igualdade e aos direitos tão debatidos ao longo deste trabalho ao invisibilizar as diversas conformações familiares e garantir legitimidade apenas à “entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Como poderia um Projeto de Lei retroceder a uma interpretação monolítica do conceito de família após a interpretação conforme a constituição dada pelo Supremo Tribunal Federal ao artigo 1.723 do Código Civil? Diante desse panorama, podem-se vislumbrar possíveis Ações Diretas de Inconstitucionalidade sendo propostas em face de tal lei, tão logo seja promulgada. A inviabilidade do aludido PL, assim como a inconstitucionalidade de muitos de seus dispositivos é patente.

Ao contrário do projeto 6583/13, estatuto verdadeiramente desumanizador, por afrontar diretamente a Constituição Federal, o Projeto de Lei do Senado (PLS) 470,



também de 2013, proposto pela senadora Lídice da Mata, proporciona maior visibilidade às famílias plurais, inclusive às famílias homoafetivas<sup>23</sup>, tendo sido referendado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família. O PLS 470 prevê a afetividade e a dignidade da pessoa humana enquanto orientadores das relações familiares, assim como, de forma inovadora dedica capítulos à União Estável e à Família Parental.

#### *4.5 Famílias Plurais em face da Dominação Simbólica*

Por outro prisma, as relações de poder envolvendo as famílias plurais podem ser percebidas em termo de disputas simbólicas em torno de um *habitus* um capital simbólico estruturado e estruturante. O sociólogo francês Pierre Bourdieu identifica algo além como estrutura construída em consonância com *habitus* (ou interação entre o indivíduo e a estrutura). O *habitus* é caracterizado nos indivíduos como modos de agir, pensar, portar-se. A ideologia estaria inscrita nos indivíduos e na estrutura, portanto reproduzida até mesmo de forma “inconsciente” pelos costumes sociais e pelas instituições, inclusive as jurídicas. A forma como os indivíduos interagem com a estrutura evidencia o *habitus*<sup>24</sup>.

A dominação simbólica, teoria explorada por Bourdieu, também evidencia um sistema de trocas simbólicas, em que o domínio do capital simbólico determina as posições de hegemonia e dominação. No estudo em tela, as famílias plurais vá de encontro às lei e aos costumes de sua época, estes não são alterados por seu simples atos de rebeldia, uma vez que sua interação com a estruturas dominantes não foi capaz de alterá-las.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup>De acordo com a justificação do PLS 470/2013: “O Supremo Tribunal Federal, em 05/05/2011, ao julgar a ADI nº 4.277 e a ADPF nº 132, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. Ao interpretar o artigo 1.723 do Código Civil, conforme a Constituição Federal garantiu aos parceiros homossexuais os mesmos direitos e deveres da união estável, entendida como sinônimo de família. A histórica decisão, ao atribuir efeitos pessoais e familiares às relações entre pessoas do mesmo sexo, referendou a jurisprudência que, há uma década, vinha preenchendo o vazio da legislação infraconstitucional. Como a decisão da Corte Suprema dispõe de efeito vinculante e eficácia contra todos, a inclusão das uniões homoafetivas no âmbito do Direito das Famílias não necessita de tratamento destacado. E, ao invés de se falar em “homem e mulher”, a referência é feita a “duas pessoas”. Além disso, o Conselho Nacional de Justiça- CNJ editou Resolução nº 175/2013, dispondo sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, reiterando a necessidade de disciplina normativa.”

<sup>24</sup> Assim, as disposições (*habitus*) são inseparáveis das estruturas (*habitudines*, no sentido de Leibniz) que as produzem e as reproduzem, tanto nos homens quanto nas mulheres, e em particular de toda a estrutura das atividades técnico-rituais, que encontra seu fundamento último na estrutura do mercado de bens simbólicos. (Bourdieu, 1999, p. 55)

<sup>25</sup> As paixões do *habitus* dominado (do ponto de vista do gênero, da etnia, da cultura ou da língua), relação social somatizada, lei social convertida em lei incorporada não são das que se podem sustar com um simples esforço de vontade, alicerçado em uma tomada de consciência

Torna-se essencial compreender o modelo tradicional de família por meio da Dominação Masculina Estrutural. O padrão familiar pode ser representado pelo homem enquanto líder, autoridade inquestionável, e de outro lado pela mulher responsável pelos afazeres do lar, muitas vezes subserviente ao marido, arrematado pela função procriadora de onde se extraem os filhos. O patriarcalismo e o machismo encontram-se muitas vezes inscritos nas instituições democráticas modernas, notadamente o Legislativo e o Judiciário.

O ponto chave da correlação entre a economia das trocas simbólicas de Bourdieu com os aspectos debatidos no presente trabalho deve-se principalmente pelos seus conceitos de *habitus* e campo aplicarem-se de forma científica, portanto de forma mais metodológica, ao fenômeno da transformação do direito de família. É concluir, na verdade, pela necessidade de se compreender o fenômeno da transformação da intimidade por meio do processo de dominação simbólica, mais especificamente o da dominação masculina. Segundo Assunção:

Em outras palavras, as práticas jurídicas podem converter-se na reprodução das desigualdades e no acesso ao direito, a partir da imposição de determinadas representações e significados reprodutoras da seleção arbitrária produzida por um grupo ou segmento sócio-profissional sobre outros, a qual possa ter alguma ingerência e através do próprio 'arbitrário cultural' (ASSUNÇÃO, 2009, p. 69).

No mesmo sentido, o Poder Legislativo cada vez mais conservador tem imposto a representação da família patriarcal monolítica, de forma a reproduzir uma ideologia misógina legando à mulher uma representação simbólica secundária, ao contrário do que tem mostrado os dados relativos ao número de famílias chefiadas por mulheres, que desempenham papel fundamental nas esferas públicas.

O descompasso do legislador hodierno com os fatos sociais tem se evidenciado, igualmente com relação às famílias homoafetivas, que, segundo o IBGE representavam em 2010, mais de 60 mil famílias, sendo que em 53,8% desses lares, as mulheres são predominantes.<sup>26</sup>

---

libertadora. Se é totalmente ilusório crer que a violência simbólica pode ser vencida apenas com as armas da consciência e da vontade, é porque os efeitos e as condições de sua eficácia estão duradouramente inscritas no mais íntimo dos corpos sob a forma de predisposições (aptidões, inclinações). (Bourdieu, 1999, p. 51)

<sup>26</sup>Segundo o IBGE:

Observa-se que de acordo com o Censo Demográfico de 2010, o Brasil, naquele ano, tinha mais de 60 mil casais homoafetivos auto declarados no Censo. Tal informação adveio da possibilidade de se assinalar, na lista de moradores do domicílio, se o cônjuge do responsável pelo domicílio era do mesmo sexo ou de sexo diferente.  
(...)

Assunção (2009) percebeu a influência estrutural dos significados androcêntricos no Poder Judiciário, por meio da análise de como a esfera Penal tem funcionado diante dos crimes sexuais contra as mulheres. Constatou a pesquisadora:

Em virtude desse olhar – ou significados androcêntricos – as práticas jurídicas tendem a enfocar suas análises a partir de uma perspectiva senão unicamente, mas, preponderantemente, masculina, cujos resultados, materializados nas decisões judiciais, são tomados como generalidades na medida dos humanos masculinos, mesmo que sejam as mulheres, as envolvidas. Um exemplo da ausência do olhar de gênero nas práticas jurídicas é o uso da linguagem, cuja referência é a nomenclatura no masculino. (ASSUNÇÃO, 2009, p. 68)

Percebe Assunção (2009), que a predominância simbólica da percepção de mundo pela ótica masculina e, permite-se acrescentar, de orientação heterossexual, é de tal forma arraigada no Judiciário, que até mesmo o glossário jurídico privilegia, de forma hegemônica e invisibilizadora, o masculino em detrimento do feminino.

Nesse sentido, o direito enquanto aparelho ideológico tem por escopo principal a institucionalização do *ethos* hegemônico, em particular os costumes familiares androcêntricos, patriarcais e machistas, munindo-os de coercitividade com o selo da oficialidade e da proteção estatal. Além disso, o direito enquanto aparato ideológico pode contribuir, utilizando-se dos termos enunciados por Castells, para a transição de uma identidade de resistência em identidade de projeto, ou de uma identidade de projeto em identidade legitimadora.

Cientes, porém, de que a economia das trocas simbólicas e a ação da ideologia enquanto *habitus* não podem ser simplesmente combatidas ou desconsideradas, pois são fenômenos intrínsecos à política e à sociedade. Resta ao legislador e ao jurista a capacidade de discernimento em melhor aplicá-las em harmonia com os princípios humanizadores, notadamente o Direito Fundamental à Dignidade da Pessoa Humana, de forma a trazer visibilidade jurídica às diferentes formas de família. Se não se pode negar ou evitar o conteúdo altamente ideológico do direito de família, que a ideologia hegemônica seja não aquela que beneficie o maior número de pessoas, ou aos formatos

---

Dentre os 3 701 registros de casamentos entre cônjuges de mesmo sexo, verificou-se que 52,0% eram entre cônjuges femininos e 48,0% entre cônjuges masculinos. Em relação as Grandes Regiões do País, observou-se que a Sudeste, com 65,1%, concentrava o maior percentual de casamentos homoafetivos, seguido em proporções bem menores pelas Regiões Sul, com 14,2%; Nordeste, com 13,4%; Centro-Oeste, com 5,8%; e Norte, com 1,5%. Segundo a distribuição percentual regional, no Estado de São Paulo se evidenciou a maior concentração percentual de casamentos homoafetivos, registrando 80,8% do total. E em patamares que giravam entorno da metade do mencionado, anteriormente, os Estados do Pará (44,6%); Santa Catarina (39,4%) e o Distrito Federal (38,6%). (IBGE, 2013, p. 39)

predominantes de famílias, mas aquela que reconheça a existência e os direitos dos formatos minoritários.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As Famílias Plurais são resultado da vivência e dinâmica sociais. Frutos de transformações no campo da intimidade que ocorreram através de várias décadas, impulsionadas pelo desenvolvimento de uma sociedade industrial, pelo movimento feminista e pela revolução sexual. A Transformação da Intimidade, por sua vez, trouxe um novo paradigma para as relações familiares, reconhecido pelo Direito de Família como o “afeto”.

As famílias têm se modificado, em detrimento de um modelo monolítico, que restringe o referido conceito familiar ao matrimônio heteroafetivo e à prole. Atualmente nem todas as famílias fundadas na autoridade do homem, inaugurando um modelo em que as mulheres também são as provedoras. Modificou-se, igualmente, o propósito da família, que não se encerra no intuito de procriação (modelo familiar da antiguidade). Importante reconhecer a emancipação jurídica, política e social da mulher, como fator desestabilizador da família patriarcal e hierárquica, aproximando a família de um modelo de igualdade de papéis.

Os relacionamentos na atualidade tendem a não prosperarem quando pautados apenas em questões patrimoniais, pois o afeto tornou-se um elemento de coesão familiar que determina a ligação entre as pessoas constantes de uma entidade familiar. A União Estável é um grande exemplo de posituação das mudanças na intimidade. Diferente do matrimônio, a União Estável não depende da chancela religiosa e estatal, embora este último reconheça a religiosidade. Nesse mesmo sentido, o Poder Judiciário vem, cada vez mais reconhecendo a importância do afeto na constituição das famílias, seja decorrente do matrimônio, da adoção, da União Estável, etc.

As famílias antes consideradas informais ou adulterinas hoje são formalmente recebidas pelo ordenamento jurídico, retirando-as do selo da mera relação de fato. No mesmo sentido, o STF reconheceu a União Homoafetiva enquanto entidade familiar, equiparando-a ao casamento. Portanto, pode-se verificar variados modelos de família na sociedade brasileira, tais como a homoafetiva, parental, a matrimonial, as recompostas, etc.

Assim, as famílias que um dia se aproximaram de uma identidade de resistência,

podem atualmente ser consideradas como parte de uma identidade legitimadora, visto que seus direitos se encontram cada vez mais tutelados pelo Poder Judiciário.

Em direção oposta ao caminhar da sociedade, que conta com modelos familiares plurais e minorias cada vez mais emancipadas, o Congresso Nacional, formado quase que em sua maioria por parlamentares que se posicionam contra a tutela jurídica das famílias plurais, tem apresentado grande resistência a um Projeto de Lei que garante a igualdade formal a todos os tipos de famílias, tutelando-as enquanto modelos familiares válidos. Apesar de inovador e constitucional, o Projeto de Estatuto da Família inclusivo vem sofrendo entraves em sua tramitação, enquanto o projeto excludente e de natureza desumanizadora vem avançando com mais rapidez.

Embora a sociedade tenha mudado, os paradigmas da intimidade tenham se transformado no sentido da volatilidade dos relacionamentos e pluralidade de formas de se constituir uma família, o Poder Legislativo mantém uma visão retrógrada do Direito de Família, em descompasso evidente com o que vem ocorrendo no campo privado.

A defesa de um modelo único de família fere profundamente os Princípios constitucionais da Liberdade de Expressão, da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade, assim como afronta diretamente o Direito à Intimidade. Não obstante, um modelo monolítico de família expressa a dominação masculina de forma estrutural nas Instituições brasileiras, revelando uma violência simbólica operada em desfavor daqueles que destoam do modelo tradicional de família.

Tendo em vista a busca por uma sociedade mais justa e igualitária, é necessário que se reconstrua os Direitos Humanos na esteira do Direito de Família, de forma a impedir que modelos monolíticos de família sejam reproduzidos e de forma a estimular que, tanto o Poder Jurídico como o Poder Legislativo garantam a todos os cidadãos brasileiros o Direito à Liberdade e à Igualdade, concretizados como o direito de qualquer cidadão a constituir uma família, independente de sua orientação sexual.

Impõe-se, de forma urgente, que qualquer proposta de lei que vise o retrocesso dos Direitos Fundamentais, tal como o PL do Estatuto da Família (tradicional, heteroafetiva e patriarcal) seja veementemente impugnada pela sociedade civil organizada, principalmente pelos Movimentos sociais, sob pena de se promulgar uma lei flagrantemente inconstitucional e desumanizadora.

Por fim, como forma de concretização de toda a teoria aqui elencada, o PLS 470 pode consubstanciar os princípios e objetivos carreados pela ADI 4277 e pela ADPF 132. O referido projeto de lei demonstra maior respeito pela pluralidade estabelece o princípio

da Dignidade da Pessoa Humana, prevista no art.1º, III, da CRFB/88, e a categoria do afeto enquanto elementos norteadores do Direito de Família.

Ao contrário do que poderia se concluir, o julgamento das ADI 4.277 e a ADPF 132 mencionadas não encerraram o debate envolvendo o reconhecimento e respeito às famílias plurais. Ao contrário, uma ofensiva política silenciosa tem avançado no sentido de desconstituir todos os direitos reconhecidos a estas famílias. Cabe aos pesquisadores e aos juristas a defesa dos Direitos Humanos reconhecidos pela Constituição Federal. Assim, as ofensivas desumanizadoras não trarão para o presente, os resquícios de um passado totalitarista e de natureza fascista, contanto aqueles que buscam os ideais jurídicos democráticos e igualitários se levantem contra as injustiças de cada dia.

## REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Any Ávila. **A tutela judicial da violência de gênero: do fato social negado ao ato jurídico visualizado**. 2009. 300 f., il. Tese (Doutorado em Sociologia)- Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**; 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009

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

\_\_\_\_\_. **Amor Líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro. Jorge Zahar: 2004

BECK, Ü. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BEAUVOIR, Simone du. **O segundo sexo: fatos e mitos**; tradução Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

\_\_\_\_\_. **O segundo sexo: a experiência vivida**; tradução Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**; tradução Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CASTELLS, M. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. II.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n.º 175, de 14 de Maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**; tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. Filiação Homoafetiva. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012 pp.393 a 397.

DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico. São Paulo: Martin Claret, 2002.

GIDDENS, Anthony. **A Transformação da intimidade**: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas; tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**; tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1991.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito e Psicanálise**: um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012 pp. 249 a 263.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**; tradução Mario Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, João Otávio de. **União Estável entre pessoas do mesmo sexo**: uma questão de justiça. In ASSUNÇÃO, Any Ávila. (coord.). **Status Libertatis**: Revista da Semana Jurídica do IESB. Brasília: Agência Experimental – Centro Universitário IESB, 2012. pp. 130 a 142

NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. A instituição da família em a cidade antiga. In WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**; 3. ed. rev. E atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. re. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

WOOLF, Virginia. **Profissões para mulheres e outros artigos feministas**; tradução Denise Bottman. Porto Alegre: L&PM, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Estatísticas do Registro Civil, 2013. Disponível em [http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc\\_2013\\_v40.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2013_v40.pdf)

DIAS, Maria Berenice. A mulher e o Direito. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/23\\_-\\_a\\_mulher\\_e\\_o\\_direito.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/23_-_a_mulher_e_o_direito.pdf)

IPEA, **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Base de dados. Disponível em [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6058](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6058)

BRASIL. **Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2010/default.shtm>

\_\_\_\_\_. Pesquisa Mensal de Emprego. **Mulher no Mercado de Trabalho**: perguntas e respostas. Disponível em [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme\\_nova/Mulher\\_Mercado\\_Trabalho\\_Perg\\_Resp\\_2012.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf)

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 Rio de Janeiro. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>





**CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB  
CURSO DE DIREITO**

**CLÁUDIO RODRIGUES DOS PASSOS**

**O paradigma do Estado-nação e a norma jurídica  
a experiência da União Europeia**

**BRASÍLIA – DF  
2015/1**

CLÁUDIO RODRIGUES DOS PASSOS

**O paradigma do Estado-nação e a norma jurídica: a experiência da  
União Europeia.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de  
Direito do Instituto de Educação Superior de Brasília, como  
requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Miguel Ivan Mendonça Carneiro.

BRASÍLIA – DF  
2015/1

## **DEDICATÓRIA**

A Deus, Autor e Senhor da vida.  
À minha mulher, Flávia; e filhos, Beatriz e Guilherme,  
pelo privilégio de nossa parceria.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao orientador e amigo Professor Me. Miguel Ivân, pelo apoio e generosidade nos comentários quando da leitura e releituras deste trabalho de final de curso.

Aos professores, na pessoa da coordenadora de curso, Professora Dra. Any Ávila, pelo carinho e compromisso pedagógico.

Aos companheiros de jornada na vida acadêmica, pelos anos de convivência e oportunidades de reflexões e discussões profícuas.

## EPÍGRAFE

“A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar”

*Eduardo Galeano*

## **Resumo**

O presente trabalho de conclusão de curso versa sobre a crise do paradigma do Estado-nação, em especial, no caso da experiência da União Europeia. Para tanto, caracterizou-se o Estado enquanto organização política-administrativa, na Grécia e em Roma, para, depois, dar-lhe nova conotação a partir da desvinculação de ética e política proposta por Maquiavel. Ao longo da descrição histórico-temporal, caracteriza-se a norma jurídica como requisito na formação do Estado. O Estado-nação e seus elementos constitutivos nascem a partir do pensamento maquiaveliano, dos fundamentos contratualistas, dos tratados de Westfália e da Revolução Francesa. Como resultado e em consequência da burguesia em ascensão e da necessidade de se impor limites ao poder do Estado, surge o Estado liberal, provedor de igualdade formal, o qual foi sucedido pelo Estado social, diante da busca pela igualdade material. O Estado de direito é o reconhecimento de que não é possível ao Estado-nação prescindir da norma. É com a segurança jurídica, alcançada por meio da Constituição, que será possível à União Europeia promover seu projeto integracionista, com gradual deslocamento de competência de seus países-membros em favor do bloco. Nela, são reproduzidas estruturas de equilíbrio de poder, representados pela Comissão Europeia, Parlamento Europeu e Tribunal de Justiça Europeu, instituições supranacionais e cuja atuação comprovam a existência de uma sociedade pós-nacional, com fundamento em uma nova Constituição, a Europeia.

**Palavras-chave:** Paradigma. União Europeia. Estado-nação. Comissão Europeia. Parlamento Europeu. Tribunal de Justiça Europeu. Segurança Jurídica. Pós nacional. Estado de Direito Constitucional.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO 1 – ESTADO E ESTADO-NAÇÃO.....</b>	<b>11</b>
1.1. Estado: recorte histórico e perspectiva jurídica .....	11
1.2. Estado-nação: os tratados de Westfália .....	21
1.3. Elementos constituidores do Estado-nação: a nota soberania .....	24
<b>CAPÍTULO 2 - ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO DO ESTADO- NAÇÃO 30</b>	
2.1. Notícia histórica: fases e evolução .....	30
2.2. A norma e a segurança jurídica: pressupostos de estabilidade e de mudança .....	39
<b>CAPÍTULO 3 - A UNIÃO EUROPEIA: ESTADOS-NAÇÃO E INSTITUIÇÕES SUPRANACIONAIS.....</b>	<b>45</b>
3.1. A formação da União Europeia: o curso da história, entre aprofundamentos, alargamentos e críticas .....	46
3.2. Comissão Europeia: a atividade executiva.....	55
3.3. Parlamento Europeu: o enfrentamento do déficit democrático e a ampliação de suas competências.....	58
3.4. O Tribunal de Justiça da União Europeia .....	64
3.5. O tratado de Lisboa: entre o constitucionalismo europeu e o nacional ...	68
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>77</b>

## INTRODUÇÃO

Em relação ao tema, algumas considerações são necessárias com vistas a limitar o escopo do trabalho em curso e situar o objeto de estudo. Com efeito, necessário é interpretar o termo paradigma como em substituição à palavra verdade, já que, do ponto de vista científico, superou-se a possibilidade desta ser única. Para tanto, sua utilização está vinculada ao entendimento de Morin (2002, p. 261), para quem o paradigma deve conter os discursos realizados em seu âmbito, bem como seus conceitos fundamentais e suas relações lógicas, de maneira a ser seguido. Note-se, no entanto, que esta “verdade” é relativa e passível de alteração, demandando tempo significativo para que novo paradigma substitua, no todo ou na parte, seu antecessor.

No mesmo sentido, Oliveira (2002, p. 52), ao resgatar a discussão epistemológica do termo paradigma, iguala-o ao sentido dado por Canotilho, qual seja: é ele consenso enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo. Assim, seriam realizações científicas universalmente reconhecidas que fornecem respostas modelares, por algum tempo, a inquietações humanas.

Decorrente de diversos fatos sociais, o conceito de Estado é fruto de construção histórica e indica suas origens na própria natureza do homem, enquanto indivíduo interativo e criado para viver em sociedade. Seus atuais fundamentos se distinguem daqueles experimentados em épocas longínquas, pelo que as concepções contemporâneas devem ser contextualizadas em ciclo evolutivo do princípio de *autoridade* e das formas da sociedade se organizar, mediante suas circunstancialidades.

Para as finalidades deste trabalho de conclusão de curso, far-se-á recorte a partir de noções de Estado oriundas da Grécia clássica e seu percurso à idade moderna. Por mais estimulante e tentador que seja o tema e sua reflexão durante este período, a intenção não será de esgotá-lo ou mesmo vê-lo sobre todos seus aspectos. Este panorama, a ser tratado no capítulo 1 (*Estado e Estado Nação*), terá como propósito localizar distintas perspectivas e conceitos de Estado, dando a oportunidade ao leitor de contextualizar historicamente diferentes concepções, às quais resultaram no que hoje se conhece como Estado-nação.

A formação e a organização deste, o Estado-nação, é precedida por um conjunto de eventos os quais culminaram na caracterização de seus elementos constitutivos. Somente com a assimilação e a aceitação por outras nações da existência das notas *povo*, *território* e *poder soberano* é possível se falar em um país, em um Estado-



nação. Entre estes elementos será destacada a soberania (ou poder soberano, conforme vários autores indicam), como forma de caracterizar a autodeterminação dos Estados, com base, em regra, em sua Constituição.

As noções de Estado sempre permearam o direito, por meio de distintos aspectos. A norma ou a organização desta no contexto social de uma época e de um povo foi fundamental para a perspectiva de Estado, Estado-nação e sua possível variação futura. Desta forma, ao passo em que é proposta reflexão do pensamento filosófico deste, o Estado; também se tratará, de seus vínculos normativos ao longo de sua construção.

O esteio constitucional ocorre na medida em que, concomitante ao conceito de Estado, influenciando e sendo por ele, a base do pensamento filosófico-jurídico transcendeu e fundamentou o exercício do poder. Em outras palavras, o poder sempre foi fundamentado por correntes de pensamento, justificadoras da existência de relação entre dominante e dominado. Como eixo norteador desta relação, avulta-se a importância dos princípios jurídicos, para os quais, além do capítulo 1, também serão analisados no capítulo 2 do trabalho (*Estado constitucional de direito do Estado-nação*) a dimensão histórica do Estado insculpida a partir de sua visão liberal, social e democrática, culminando no que hoje chamamos de Estado constitucional de direito.

Diante deste desenho, construído da relação Estado, direito, pensamentos filosóficos e econômicos, serão ainda propostas reflexões e afirmações quanto a eventual alteração na noção do Estado-nação; isso já no terceiro e último capítulo desta produção acadêmica, que versará sobre: *A União Europeia diante dos Estados-nação e as instituições supranacionais*.

Com o atual estágio da União Europeia é possível falar em flexibilização dos elementos constituidores do Estado, na medida em que surgem instituições supranacionais como, entre outras, a Comissão Europeia, o Parlamento Europeu e o Tribunal de Justiça Europeu, as quais são capazes de criar direitos, obrigações e exercer jurisdição a todos os euro-cidadãos.

Ao longo da presente reflexão e mediante as questões ressaltadas quanto à soberania, as organizações europeias exercem o poder mediante cessão deste pelos Estados-nação, relativizando-se, assim, princípios tidos como fundamentais para sua caracterização.

É possível indicar dois planos diante desta nova organização. Se por um lado os países membros seguem reconhecidos com suas representações individuais nos organismos internacionais e ainda possuem estrutura estatal interna; por outro, avançam

na formulação e na constituição de vínculos supranacionais, os quais têm reflexos tanto do ponto de vista interno como externo dos países-membros.

Esta ambiguidade entre o conceito tradicional de Estado-nação e uma nova perspectiva de entender seus elementos instituidores representa desafio ao paradigma conceitual estatal, implicando, como já o tem feito, em nova organização do direito positivo dos entes envolvidos, tudo graças ao Estado democrático de direito e, em especial, ao Estado democrático constitucional de direito.

Em verdade, é no plano jurídico que se encontram os instrumentos permissivos desta nova organização. O Estado democrático de direito não apenas fornece os meios para esta dinâmica como também determina a necessidade de nova abordagem conceitual do Estado.

Enquanto berço do pensamento ocidental, as transformações em curso na Europa tendem a influenciar as instituições e as relações do *velho* e do *novo mundo*. Desta forma, assim como o tema é relevante aos estudiosos das ciências jurídicas em face das implicações nas normas jurídicas materiais e processuais; também o é no âmbito das ciências políticas diante da inter-relação global, na qual Estados cidadãos de diferentes países, em maior ou menor grau, serão afetados por tais mudanças. Portanto, trata-se de nova fronteira paradigmática para o direito.

Para além de objeto de produção acadêmica, o tema em estudo se mostra necessário com vistas a compreender o contexto e as nuances de formação do bloco europeu; em especial, no que diz respeito a suas relações e interdependência com a norma jurídica, pois esta, ao tempo em que é permissora e facilitadora de tais transformações, tende a repercutir não só na Europa, como também em outros continentes. É a projeção de novas relações jurídicas, uma nova dimensão, um novo desafio para os operadores do direito e para a humanidade nesta sua jornada em busca da efetivação do justo coletivo.

## **1- ESTADO E ESTADO-NAÇÃO**

### **1.1 - Estado: recorte histórico e perspectiva jurídica**

Ao se refletir sobre a origem e os motivos que determinaram o surgimento do Estado é necessário desvelar sua acepção em determinado tempo e espaço. De forma exemplificativa, poder-se-ia recorrer ao conceito de cidade-Estado, existente na antiga Grécia; ou ao Estado proclamado por Thomas Hobbes, diante da natureza má do homem;

ou ainda sobre a visão de Jean-Jaques Rousseau, para quem o Estado se vinculava à garantia da liberdade originada na natureza; ou mesmo ao sentido dado por Maquiavel em sua obra *O Príncipe*, na qual o associa à sociedade política dotada de poder firme.

Sem a pretensão de abranger todos estes aspectos, por opção metodológica, far-se-á panorama histórico-temporal, por meio do qual será possível identificar as distintas concepções indicadas, dando-se destaque a seus vínculos jurídicos, responsáveis pela norma organizadora das relações sociais e do direito.

Os conceitos se mesclam e convivem no curso histórico, havendo abordagens conjuntas, pois o conhecimento é uno, é interdisciplinar, sendo criação do homem sua divisão em áreas específicas. Além disso, não há anulação total de uma perspectiva para o surgimento de outra senão maior relevância de uma em relação a outra, em determinado período de tempo e de espaço.

A palavra Estado será usada com inicial maiúscula significando a organização do poder sobre um povo, em determinado território. Ainda que haja divergência quanto ao uso do termo Estado, já que, na perspectiva política este foi usado pela primeira vez por Maquiavel, alinha-se aqui a Dallari, para quem:

A maioria dos autores, no entanto, admitindo que a sociedade ora denominada Estado é, na sua essência, igual à que existiu anteriormente, embora com nomes diversos, dá essa designação a todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros (DALLARI, 2011, p. 59)

Enquanto ente político-administrativo, o Estado associado a uma organização social sempre existiu, na medida em que o homem é, por essência, ser social. No entanto, será com a organização grega de suas *polis* (cidades-Estados) que se evidencia um conjunto de requisitos criados e mantidos por seus membros como forma de disciplinar a sociedade. Por meio da ocupação de território próprio, facilitado por questões geográficas; com corpo cívico de cidadãos e leis próprias, as *polis* asseguravam sua autonomia e autodeterminação.

Nelas, nem todos eram considerados cidadãos. A maioria da população era formada por escravos e estrangeiros, sendo o cidadão o detentor de direitos na condução da política e responsável pelo estabelecimento de conceitos de ética e de moral.

Ao tratar da essência da virtude, do bem, da felicidade e da política, Aristóteles, que se auto definia como amante da sabedoria e da verdade, ademais de afirmar que o fim da política é o bem geral, exorta quanto ao verdadeiro papel do político afirmando:

O homem verdadeiramente político também goza a reputação de haver estudado a virtude acima de todas as coisas, pois que ele deseja fazer com que os seus concidadãos sejam bons e obedientes às leis. (ARISTOTELES, 1991, p. 26).

Permeada por inúmeras cidades-Estados, houve na Grécia grande produção de conhecimento político e de intensa atividade filosófico-cultural. Distinguiam-se quanto à condução de sua vida, sendo cada uma das cidades possuidora de ordem político-administrativa, organização social e deuses protetores.

De acordo com Pessanha:

A própria dimensão da cidade-Estado impunha, de saída, grande solidariedade entre seus habitantes, facilitando a ação coercitiva dos padrões de conduta; ao mesmo tempo, propiciava à polis o desenvolvimento de uma fisionomia particular, inconfundível, que era o orgulho e o patrimônio comum de seus cidadãos (PESSANHA et al, 1991, p. 7).

Ao organizar a vida em sociedade a *polis* instituiu campo de experiência, racionalizou a vida e criou espaços de convivência com normas determinadas e aceitas pelo coletivo social. Quanto a estas últimas, em *As Leis*, Platão exorta para sua importância no novo Estado.

We can at best only hope to have magistrates who are the servants of reason and the law. This leads to the enquiry, what is to be the polity of our new state. And the answer is, that we are to fear God, and honor our parents, and to cultivate virtue and justice; these are to be our first principles. Laws must be definite, and we should create in the citizens a predisposition to obey them (PLATO, 1999, p. 6).<sup>27</sup>

Já em *A República*, ao discutir a justiça, Platão expande a perspectiva para uma visão sobre a cidade. Ao fazê-lo, não só tratou do tema contido em *As Leis*, como, sobretudo, refletiu quanto a necessidade desta ser bem fundada, por constituir a base do Estado. No diálogo entre Sócrates e Glauco diz:

Sócrates — Espero que deste modo encontremos o que procuramos.  
Se a nossa cidade foi bem fundada, creio que nosso Estado é perfeito.  
Glauco — Necessariamente.  
Sócrates — Claro, pois é evidente que é sábia, corajosa, ponderada e justa (PLATÃO - 124, 1997, p. 147)

---

<sup>27</sup> Tradução livre: Nossa maior esperança é termos magistrados cumpridores da razão e da lei. Isto leva à pergunta, qual é a política de nosso estado. E a resposta é, que nós devemos temer a Deus, e honrar nossos pais, e cultivar a virtude e a justiça; estes são nossos primeiros princípios. Leis devem ser definidas, e nós devemos criar nos cidadãos a predisposição de obedecê-las.

Como se vê, a preocupação com a instituição e a composição do Estado na antiga Grécia passou necessariamente por sua regulamentação. Mais adiante, ver-se-á que estes princípios determinaram a acumulação histórica fornecedora de elementos formadores de diversos conceitos aos dias de hoje. O marcante destaque à necessidade de leis justas e magistrados para aplicá-las, como forma de se constituir um Estado forte, autônomo aos limites da cidade e cujas leis recaíam sobre seus cidadãos, foi ponto recorrente e basilar na coesão social na Grécia clássica e trazido aos nossos dias, conforme indica Barroso, pois "Atenas é historicamente identificada como o primeiro grande precedente de limitação do poder político – governo de leis, e não de homens – e de participação dos cidadãos nos assuntos públicos" (BARROSO, 2009, p. 6).

Com a ascensão do Império Romano surgem as *civitas*. Estas, em termos genéricos, foram as *polis* romanas, por meio das quais o poder era exercido em determinado território e sob cidadãos romanos ou aqueles que se subjugavam a seu império. Ao se expandir, como forma estratégica de dominação, Roma, por um lado, adequava-se à cultura e aos costumes de seus conquistados; por outro, editava leis principiológicas gerais, lastreando e considerando as locais.

Mesmo assim, para Veyne (1989), o movimento expansionista romano negava a pluralidade de nações, pois entendia ser o único Estado autêntico, "Roma encarna uma forma arcaica não de imperialismo, mas de isolacionismo. Nega a pluralidade das nações, comporta-se, dizia Mommsen, como se fosse o único Estado no sentido pleno do termo" (VEYNE, 1989, p. 12).

Marcus Tullius Cícero (106-43 a. C.), contemporâneo de uma Roma clássica (150 a. C a 284 d. C), relaciona seu ideal ético e fundamento do direito a causas naturais. Influenciado por filósofos gregos, relacionava o bem e o mal ao cosmos, projetando aqueles opostos a um mesmo referencial, o qual é a base da conduta na república. Ao comentar esta perspectiva ciceriana, Bittar e Almeida dirão:

Assim, o bem e o mal só podem ser dados como razões da natureza. O parâmetro da conduta humana deverá ser a observância da lei natural, e isso porque nela se encontra a noção de bem que deve ser seguida. Aí reside a felicidade, a ordenação da conduta individual, e, por consequência, como se verá adiante, da conduta social na república (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 145-146).

Esta influência é ressaltada nas obras de Cícero, para quem os princípios de ética

e moral não são convencionados, senão pré-estabelecidos por uma lei maior. As leis humanas são inspiradas e regidas por leis naturais, responsáveis por nortear os princípios da justiça e estariam presentes mesmo antes da instituição do Estado. Nesse sentido, assevera:

Sem dúvida, para definir Direito, nosso ponto de partida será a lei suprema que pertence a todos os séculos e já era vigente quando não havia lei escrita nem Estado constituído.  
Por isso buscarei a fonte do Direito na Natureza, que há de ser nosso guia no curso de toda essa discussão (CÍCERO, 1967, p. 41).

Estas leis igualam os homens e os desigualam em relação aos animais, já que estes não possuem razão. A sua vez, o direito é razão e a base da República, cuja finalidade é a busca da felicidade geral e somente será alcançada por meio da ética. Como mencionado, para Cícero, a base da organização social era o direito, cujas raízes eram fincadas em leis naturais, no que afirma: “não há felicidade sem uma boa constituição política; não há paz, não há felicidade possível, sem uma sábia e bem organizada República” (CÍCERO, 1996, p. 60).

Conforme Bittar e Almeida (2005, p. 174-195), as ideias de Cícero e a base filosófica helênica, em especial a platônica, fundamentaram o pensamento de Santo Agostinho e de seus seguidores. Sua conversão ao cristianismo, em 386, colocou-o como teorizador da nova religião e permitiu a interação das escrituras sagradas com os princípios pagãos, a partir de pressupostos teológicos no discurso político.

Nada obstante a projeção histórica romana, seu fundamento, tanto em relação ao pensamento filosófico quanto a sua organização sócio-política, guardou vínculos com a Grécia clássica. Com efeito, as novas referências principiológicas cristãs projetaram Roma para além do discurso de fé, fundamentando nova perspectiva de organização e de discurso político. Conforme Dallari:

Apesar do longo tempo decorrido e do extraordinário vulto das conquistas, Roma sempre manteve as características básicas de cidade-Estado, desde sua fundação, em 754 a.C., até a morte de Justiniano, em 565 da era cristã. O domínio sobre uma grande extensão territorial e sobretudo o cristianismo iriam determinar a superação da cidade-Estado, promovendo o advento de novas formas de sociedade política, englobadas no conceito de Estado Medieval (DALLARI, 2011, p.72).

É neste contexto que o teocentrismo alcançado, pautado na dicotomia platônica - entre o bem e o mal, o corpo e a alma, o terreno e o divino, o mutável e o imutável, o

transitório e o perene – expressa a lei humana e a lei divina. Esta, ligada à ideia de pré-existência, tendo em Deus o idealizar e legislador do universo; já aquela responsável por comandar o comportamento social. Divina será na medida em que o homem é fruto do Criador, sendo suas imperfeições derivadas das fraquezas humanas e de seu livre arbítrio.

Como tal, a noção de direito se associa à de justiça, pois Deus é bom. Assim, as instituições respaldadas pelo direito somente seriam boas se voltadas para a condução da coisa pública (*res publica*) e da justiça, de forma a não haver República sem ordem, ou ordem sem direito e direito sem justiça. O desequilíbrio desta lógica é afronta a Deus, já que Ele está na origem de tudo.

Associada à noção de divino, de direito, de instituições e de justiça, é de se registrar as implicações destas percepções frente à organização estatal. Note-se que este pensamento metafísico não deixou de considerar a preocupação com o Estado. Ao contrário, o poder político, exercido por meio de legítimos representantes, torna o Estado instrumento de efetivação da lei divina, evidenciando, assim, seu sentido teocrático e justificando suas intervenções em conflitos sociais e na manutenção da ordem.

Desta forma, para Santo-Agostinho, a legitimação e existência do Estado estão associadas à busca da justiça e da paz. É a Igreja – modelo de cidade celeste e virtuosa – que poderá orientar a ação estatal em direção a estes objetivos. Com isso, o teocentrismo alcançado, a partir deste filósofo e de seus sucessores, respaldou a manutenção do clero e legitimou a ideia de um pacto entre soberanos e súditos:

O fundador da cidade terrena foi fratricida. Levado pela inveja, matou o irmão, cidadão da cidade eterna e peregrino na terra. Por isso não é de maravilhar haja tal exemplo, ou, como diriam os gregos, tal arquétipo, sido imitado, depois de tanto temo, pelo fundador da cidade que com o tempo havia de ser cabeça da cidade terrena de que falamos e senhora de inúmeros povos (AGOSTINHO, 2012, p. 212).

Visto a partir da análise das linhas de fundamentação do direito, quiçá se deveria enfrentar mais amiúde, neste momento, a questão do jusnaturalismo, que surge em oposição ao racionalismo teocêntrico. Em seu contexto, Deus já não é mais a base da reflexão sobre justiça, direito e Estado. Ao retomar fundamentos filosóficos gregos, a natureza se sobressai novamente como fundamento do pensamento.

Contudo, como o enfoque do trabalho, neste item, é refletir sobre a formação histórica do Estado, considerando, para tanto, eventual reflexo da norma e sua principiologia na constituição deste, é prudente perseguir a linha temporal proposta.

Assim, segue-se reflexão quanto a alguns pensadores cujas teses fundamentam o Estado aos nossos dias e que forjaram as bases de sustentação da revolução francesa.

Considerado o criador da ciência política moderna, Maquiavel destinava à concepção de Estado atenção especial. Seu pensamento introduz noções do que viria a ser o então Estado-nação, formado séculos após sua existência. Compreendeu o significado deste na história e vislumbrou seu papel como condutor da vida moderna.

Estes traços de pensamento vinculavam-se diretamente à intenção de unificação da Itália proposta por Maquiavel, o que, segundo ele, ocorreria por meio de guerras em várias frentes com vistas a subjugar diversos condados, feudos, repúblicas espalhadas por toda extensão italiana.

A seu tempo, este Estado deveria ser dirigido por um príncipe absoluto e inteligente para gerir os negócios públicos e manter seu domínio. Mesmo sendo precursor deste pensamento, dita unificação na Itália somente ocorrerá na segunda metade do século XIX, denotando um atraso em relação aos demais Estados europeus.

Enquanto Aristóteles entendia o Estado como assegurador da felicidade e da virtude, ou mesmo seria a preparação dos homens para o reino de Deus; para Maquiavel, que dissocia ética *religiosa* de política, o Estado tem sua lógica própria e age por meio de atos políticos. Ao príncipe, nem sempre é possível ser piedoso, como seria desejável e possivelmente gostaria de sê-lo. Por isso, caso não fosse amado, fosse então temido por seus atos de sorte a manter a unidade e preservar o poder (MAQUIAVEL, 2001, p. 79-82).

Apresentará sua ideia de Estado e os tipos deste como sendo:

Todos os Estados, todos os governos que tiveram e têm autoridade obre os homens são Estados: ou são repúblicas ou principados. Os principados, por sua vez, ou são hereditários, neste caso o príncipe é por descendência antiga ou são novos (MAQUIAVEL, 2001, p. 3).

O foco de Maquiavel é o absolutismo. Entre os vários tipos de principado, ao discorrer sobre o civil, denota a clara divisão de classes e o jogo pelo poder estatal. Ao passo em que o novo príncipe, alçado a esta condição por meio de poderosos, terá dificuldades em governar, o mesmo não ocorrerá quando chegar ao poder por meio do povo, pois este se submete com parcimônia ao jugo soberano. Daí afirmar:

Quem chega ao principado com a ajuda dos grandes mantém-se com mais



dificuldade do que o que se torna príncipe com a ajuda do povo, porque o primeiro se vê cercado por muitos que parecem ser seus iguais, não podendo, por isso, comanda-los nem maneja-los a seu modo. Mas quem chega ao principado com o favor popular encontra-se sozinho e não tem em torno de si ninguém ou pouquíssimos que não estejam prontos para obedecê-lo (MAQUIAVEL, 2001, p. 43 e 44).

A figura do príncipe soberano de Maquiavel percorreu séculos e, a cada momento da história, tratou de dar sua contribuição para a formação do Estado, sua gestão e manutenção. Como aficionado da obra, Napoleão Bonaparte mantinha consigo um exemplar da produção do florentino na qual o conquistador francês, por meio de notas, dialoga com o autor italiano discordando de suas afirmações, mas usando-as como referência. Se por um lado Nicolau Maquiavel introduziu o pensamento do Estado moderno, coube a Napoleão Bonaparte ser o grande protagonista do marco histórico de sua criação, como será visto mais adiante.

Entre os pensadores do Estado, destaca-se também a figura de Thomas Hobbes, para quem o homem tinha a natureza má, sendo ele o lobo do próprio homem. Reconhecido entre os jusnaturalistas racionais como o teórico do poder soberano, expõe suas ideias na obra *Leviatã, ou matéria, ou forma e poder de uma comunidade eclesiástica e civil*.

Para Bobbio (1997, p. 37), Hobbes não chega à mesma conclusão dos demais naturalistas quanto à igualdade. Ao reverso, considera a igualdade material intolerável e, como tal, obriga aos homens a criarem a sociedade civil. Com efeito, cita o autor, em outra obra sobre Hobbes:

O Estado, responde Hobbes, não é por natureza, e sim por convenção. Precisamente porque satisfaz uma exigência elementar do homem, são os próprios homens que o desejam e lhe dão vida através de um acordo recíproco. Na base do Estado, portanto, ele põe a hipótese contratualista (BOBBIO, 1991, p. 79).

Desta forma, o contrato entre o soberano e os súditos implica a observância destes às leis civis, submetendo-se, de forma irrestrita, àquele e outorgando a ele todos seus direitos e liberdades. Grondona (2000, p. 19) chega a afirmar que, para Hobbes, os homens consideram melhor a ditadura de um só do que a de todos, pois a ordem é fundamental em uma sociedade. Melhor seria um mal governo do que governo nenhum, de maneira a evitar a anomia social, já que o homem tem natureza essencialmente má.

Note-se que a pessoa do soberano, ou do deus mortal, como o chamou Hobbes, se confunde e é o próprio Estado, cuja razão de existir é preservar a vida dos súditos e

oferecer o melhor direito. Como dito, a vontade de todos se resume a dele, diante da transferência do direito e da autonomia individual. É o que afirma o próprio Hobbes em sua obra *Leviatã*:

Cedo e transiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim civitas (MALMESBURY, 1983, p. 109-110).

O raciocínio contratualista é inovado pelo pensamento de John Locke, cuja doutrina se baseia na preservação da propriedade (bens materiais e imateriais) como função da atividade do Estado e no direito à resistência do súdito em face do argumento de que o magistrado fundamenta sua autoridade na proteção dos direitos naturais, pelo que não poderia ele desrespeitar a lei natural. Branco e Mendes indicam que:

Para Locke, no estado de natureza, os indivíduos já eram capazes de instituir a propriedade, segundo os ditames da lei natural, mas, para preservá-la, não poderiam prescindir de estabelecer uma sociedade política (MENDES; BRANCO, 2011, p. 48).

Sua obra também é destaque pela postura incisiva na defesa dos direitos civis. Estes, mesmo não sendo inatos, já que Locke refuta as leis inatas, originam-se de leis naturais e encontram na sociedade o instrumento de sua proteção e manutenção. A função do Estado civil é a preservação dos direitos naturais e, concomitantemente, aplicar o contrato. Para ele:

O maior inconveniente do estado de natureza é a falta de um juiz imparcial para julgar as controvérsias que nascem – e não podem deixar de nascer – entre os indivíduos que participam de uma sociedade (LOCKE *Apud* BOBBIO, 1997, p. 145).

Em síntese, o Estado contratualista de Locke resguarda os direitos civis – dentro dos quais o direito à propriedade –, diante de seu precedente que é o próprio direito natural, e possibilita ao súdito o direito à resistência. Como se vê, estão postas as bases para o questionamento da figura absolutista, até então capaz de dispor da vida do homem segundo seu ato de vontade:

123. Se o homem no estado de natureza é livre como se disse, se é senhor absoluto de sua própria pessoa e suas próprias posses, igual ao mais eminente dos homens e a ninguém submetido, por que haveria ele de se desfazer dessa liberdade? A resposta evidente é a de que, embora tivesse tal direito no estado de natureza, o exercício do mesmo é bastante incerto e está constantemente exposto à violação por parte dos outros, pois que sendo todos resis na mesma proporção que ele, cada homem um igual seu, e por não serem eles, em sua maioria, escritos observadores da equidade e da justiça, o usufruto que lhe cabe da propriedade é bastante incerto e inseguro. Tais circunstâncias o fazem querer abdicar dessa condição, a qual, conquanto livre, é repleta de temores e de perigos constantes. E não é sem razão que ele procura e almeja unir-se em sociedade com outros que já se encontram reunidos ou projetam unir-se para a *mútua* conservação de suas vidas, liberdades e bens, aos quais atribuo o termo genérico de *propriedade*.

124. O *fim maior* e principal para os homens unirem-se em sociedades políticas e submeteram-se a um governo é, portanto, a *conservação da sua propriedade* (LOCKE, 2005, p. 494-495).

Nas palavras de Realle (1962, p 546), “o contratualismo não é uma doutrina, mas um movimento que abrange várias doutrinas muitas vezes conflitantes”. A ebulição de pensamentos deste caracteriza a passagem histórica e a transição de organização social vivida. Vista em um contexto histórico de linha do tempo, aos nossos dias, é de fácil visibilidade. No entanto, não se pode perder de vista se tratar de eventos lentos e cumulativos, fornecedores de elementos caracterizadores do que se convencionou chamar de contratualismo. Neste viés, o próximo pensador a ser tratado é Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), para quem o homem em seu estado natural é bom e assim poderá continuar por meio do contrato social.

Segundo Rousseau, “Man is born free; and everywhere is in chain. One thinks himself the master of others, and still remains a greater slave than they<sup>28</sup>” (ROUSSEAU, 1946, p.3). O contrato social se projeta não como forma de privar a liberdade e sim garanti-la. Com efeito, a vontade geral é mais que a vontade de todos, conquanto esta é a soma das partes e aquela visa o interesse público, no que Branco e Mendes afirmam:

Assim, a vontade geral não está repousada no soberano senão é pertencente ao povo. Extrai-se de seus ensinamentos o conceito de soberania vinculado ao pacto social, pois os indivíduos se transformam em corpo político, mediante a renúncia à liberdade natural, porém, vinculando-a à liberdade civil, que é garantida pelo próprio corpo político, promotor de leis genéricas (MENDES; BRANCO, 2011, p. 51).

Desta forma, ao passar do estado da natureza ao cívico, por meio do pacto

---

<sup>28</sup> Tradução livre: O homem nasce livre; e por toda parte está em corrente. Um pensa ser o mestre de outros, e ainda permanece maior escravo que eles.

contratual, os indivíduos passam a compor o todo, de maneira que ninguém tem direito sobre ninguém e sim o Estado tem direito sobre todos. No entanto, este poder estatal não é ilimitado. Sua função é reforçar a liberdade individual pertencente a cada um, encontrando o contrato social seu limite nos próprios direitos naturais dos contratantes. Infere-se, então, que os direitos civis são os direitos naturais declarados pelo Estado.

Para Rousseau (Livro I, capítulo VII), “não há nem pode haver nenhuma espécie de lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem mesmo o contrato social”, de sorte que a vontade soberana é pertencente ao povo. Ao tratar deste tema, Del Vecchio afirma que o “resultado é precisamente que todos os homens permanecem livres e iguais como no estado de natureza, mas os seus direitos adquirem uma garantia tutelar, antes inexistente” (DEL VECCHIO, 1979, p. 123).

Em breve relato, o pensamento rousseauiano associa justiça à ordem do Estado. Busca a liberdade, por meio do contrato social e consequentemente dos direitos civis, os quais são a expressão dos direitos naturais e da liberdade do homem.

Ao fazer esta síntese histórica, a partir da Grécia clássica até os revolucionários franceses, buscou-se caracterizar o Estado como instituição presente em distintos lugares e épocas, notadamente se destacando a forte influência do pensamento grego ao longo desta jornada. Estado e direito mantiveram relações estreitas e justificadoras do exercício do poder, sendo o pensamento filosófico seu vetor convergente.

Presentes as acepções de Estado diante de distintas abordagens temporais, há de se avançar no sentido de compreender o marco fundacional do Estado-nação, a ser tratado no próximo capítulo, para então submeter este que se tornou um paradigma a um conjunto de fatores tendentes a alterá-lo ou dar-lhe novas perspectivas.

Ressalte-se que o pensamento filosófico tratado foi contemporâneo ao evento histórico a ser discutido no próximo item e mesmo o perpassou. Não há, pois, divisão temporal de pensamentos senão incidência destes, influenciando e sendo influenciado, sobre os fatos históricos.

## 1.2 Estado-nação: os tratados de Westfália.

Com o advento da guerra dos 30 anos na Europa, além do aspecto religioso, houve conotação essencialmente política ao episódio na medida em que significou o enfrentamento das principais potências europeias do século XVII na busca de poder. Diversas dinastias, com destaque para a dos Bourbons - da França -, levantaram-se contra

o Sacro Império Romano-Germânico.

Como elemento norteador da paz, foram assinados os tratados de Westfália, em 24 de outubro de 1648. Curiosamente, as assinaturas ocorreram em dois lugares distintos, Münster e Osnabrück, dada a recusa de dois dos oponentes ao Sacro Império Romano-Germânico, os reis da Suécia (protestante) e o da França (católico), aliados em tese, recusarem a se encontrar.

Atribuem-se aos tratados de Westfália a delimitação territorial e o reconhecimento da soberania dos reinos sobre seu povo e sua terra. Como tal, ao fazer uma profissão de fé, seja a católica ou a protestante, a opção do ora senhor vincularia seus súditos. Daí a frase latina *cujus régio, ejus religio*, significando cada rei com sua religião, registrando assim a autonomia de cada monarca em relação à Igreja e sua soberania diante de seus súditos.

Ao se reportar aos tratados de Westfália, Dallari afirma que “os tratados de Westfália tiveram o caráter de documentação da existência de um novo tipo de Estado, com a característica básica de unidade territorial dotada de um poder soberano” (DALLARI, 2011, p. 78).

De forma objetiva, o autor indica não ser aquele o momento de criação de qualquer tipo de Estado e sim ter sido marco no registro de características essenciais a ele, pelo que não se pode assumir que a origem do Estado Moderno tenha ocorrido com o advento dos tratados de Münster e Osnabrück.

Citado por Dallari, Pallieri (1969) ressalta que além de marco indicador do Estado e de limites territoriais, os tratados de Westfália definiram a separação do Estado Medieval e o Estado Moderno:

A paz de Westfália, que esses autores indicam como o momento culminante na criação do Estado, e que muitos outros consideram o ponto de separação entre o Estado Medieval e o Estado Moderno, foi consubstanciada em dois tratados, assinados nas cidades westfálias de Munster e Onsbruck. Pelos tratados de Westfália, de 1648, fixaram-se os limites territoriais resultantes das guerras religiosas, principalmente da Guerra dos Trinta Anos, movida pela França e seus aliados contra a Alemanha (PALLIERI *apud* DALLARI, 2011, p. 60).

A percepção do Estado moderno ou do Estado-nação, foi consolidada ao longo de anos, décadas ou mesmo séculos, considerando os distintos estágios em que se encontravam os reinos. Como exemplo, veja-se que a Itália somente foi unificada em 1860-70 e a Alemanha em 1871, pelo que a indicação de Dallari no sentido de ter sido um marco e não a fundação parece a mais apropriada.

Ainda, de acordo com Kennedy, citado por Moita:

Entre os finais do século XV e do século XVII a maior parte dos Estados europeus testemunhou uma centralização da autoridade militar e política, habitualmente sob um monarca (mas nalguns casos sob um príncipe local ou um oligarca mercantil), acompanhada por um aumento dos poderes e métodos de imposição fiscal do Estado e executada por uma burocracia muito mais elaborada. (...) Houve várias causas para esta evolução da nação-estado europeia. A mudança económica já minara muito da velha ordem feudal. A Reforma, ao dividir a cristandade (...) expandiu o secularismo numa base nacional. O declínio do latim e o uso crescente das línguas vernáculas pelos políticos, advogados, burocratas e poetas acentuou esta tendência secular. (...) não é de admirar que muitos filósofos e escritores da época considerassem que a nação-estado era a forma natural e a melhor sociedade civil, (...). Mas foi a guerra, e as consequências da guerra, que forneceu uma pressão muito mais premente e contínua à construção da nação do que estas considerações filosóficas e lentas tendências de mudança social (KENNEDY apud MOITA, 1988, p. 99).

Assim, a guerra e a consequente paz precipitaram a formação do Estado-nação, ou melhor, criaram as condições para sua formalização e consequente consolidação. Neste ponto, permite-se um aparte para direcionar o leitor a um tópico a ser tratado nos próximos capítulos, relativo à formação da União Europeia. De forma coincidente ou não, é a partir do final da II Guerra Mundial que esta tem seu caráter embrionário, como será melhor apresentado no capítulo 3.

Os tratados de Westfália se associam ainda à questão da soberania. Por um lado, várias unidades principescas adquiriram soberania em relação ao Sacro Império Romano-Germânico; por outro, ela não foi consolidada e igualmente não surgiu apenas com o advento destes tratados. Elas existiam ou foram consolidadas em momentos históricos distintos.

De qualquer sorte, os tratados deram a ela configuração política do futuro Estado moderno. A partir deles, a soberania se vincula à noção de nação e não mais à figura do monarca. Para demonstrar esta soberania, Moita cita o § 63 do Tratado de Münster, relativo ao art. VIII, 2 do Tratado de Osnabrück:

Que eles gozem sem contradição do direito de sufrágio em todas as deliberações relativas aos assuntos do Império; sobretudo quando se tratar de fazer ou interpretar leis, declarar guerra, impor um tributo, ordenar recrutamento e instalação de soldados, construir para o público novas fortalezas nas terras dos Estados ou reforçar as antigas guarnições; (...) que sobretudo cada Estado do Império goze livre e perpetuamente do direito de fazer entre si, e com estrangeiros, alianças que visem a manutenção e a segurança de cada um, na condição todavia de que estas alianças não sejam contra o Imperador e o Império, nem contra a paz pública, nem principalmente contra esta transação, e que sejam feitas sem prejuízo, em todas as coisas, do juramento que liga cada um ao Imperador e ao Império (MOITA, 2012, p. 29-30).

A soberania tratada implica em duas dimensões, uma interna e outra externa. Na primeira, é o centro de poder, convergindo o mando de forma absoluta. Na segunda, assegura independência em relação a outras nações.

Em tese, o poder soberano outorgado a partir dos tratados de Westfália remeteria à dimensão territorial determinada. Porém, assim não o foi. Na mesma medida que o conceito de Estado-nação e soberania, a territorialidade somente será alcançada nos séculos seguintes, com a estabilização da Europa já toda constituída de Estados-nação. Tal não é de se admirar, considerando ser a detenção da propriedade, historicamente, objeto de constantes disputas. É o que defende Moita, ao citar Teschke:

Ninguém ousaria pretender que nos meados do séc. XVII a paz de Vestefália tivesse inaugurado uma ordem territorial rigorosa que de seguida não sofresse nem contestação nem inversão. A afirmação seria ingênua, tanto mais quanto lógicas imperiais e lógico estado-nacionais se entrecruzaram e que as aventuras coloniais muitas vezes as complicaram. Todavia, durante perto de três séculos, a concepção vestefaliana do território foi claramente dominante e, dir-se-ia, federativa de uma ordem internacional que então emergia (TESCHEKE *apud* MOITA, 2012, p. 33).

Diante das considerações precedentes, ficam evidentes duas perspectivas: o relativismo histórico dos fatos e a importância de eventos na determinação de recortes históricos e consolidação de conceitos. Neste sentido, revela-se a importância dos tratados de Westfália, ainda que sua referência deva ser feita com ressalvas. Ao considerar a dinâmica de consolidação dos princípios tidos como nele originados, não há como negar seu destaque na formação e caracterização do Estado-nação, laico, soberano e com território próprio. É o Estado moderno.

Estes fundamentos são, aos nossos dias, ainda válidos conforme afirma Soares:

(...) primordialmente, constata-se que o Estado contemporâneo corresponde, em sua essência, ao modelo de Estado emergente da Paz de Westfália (1648), logicamente adequando-se aos novos paradigmas de Estado de Direito construídos desde as revoluções burguesas (SOARES, 2004, p. 93).

Mais adiante, no capítulo 3, será possível repensar o conceito e a perspectiva deste modelo de Estado-nação apresentado, diante de uma nova ordem mundial e do Estado constitucional de direito. Por ora, segue-se, no próximo tópico, a análise de um dos elementos constituidores do Estado, qual seja: a soberania ou o poder soberano.

### 1.3 Elementos constituidores do Estado-nação: a nota soberania.

Conforme discutido anteriormente, os tratados de Westfália foram marco na constituição de novo paradigma de Estado, o Estado Moderno ou Estado-nação. Em relação às notas características deste Estado, ou elementos essenciais, como também conhecidos, há certa divergência entre os autores de quantos e quais seriam.

Conforme indica Dallari (2011, p. 79), alguns entendem serem somente a soberania e a territorialidade. Já outros, enumeram três elementos, divergindo entre si em relação a quais. De qualquer sorte, este grupo concorda na existência de duas notas materiais, o povo e o território, e associam a terceira nota a um aspecto formal, em geral relacionado ao poder ou formas de exercer este poder.

Bem verdade a existência de autores cuja perspectiva engloba quatro elementos, como o próprio Dalmo Dallari (2011, p. 79-112). No entanto, sem travar maiores reflexões, a existência da finalidade, como nota característica, parece compor a própria razão de ser do Estado e não ser esta condição de sua existência.

Ainda que para o recorte proposto pelo presente tema seja destacada somente a soberania, registre-se a associação deste autor a Novelino, para quem devem ser considerados como elementos do Estado, além da soberania, o território e o povo. Em suas palavras, sintetiza: *A doutrina tradicional aponta três elementos constitutivos do Estado: I) povo; II) território; e III) governo soberano ou independente, ou ainda, poder político (NOVELINO, 2012, p. 709).*

No mesmo sentido, Kelsen já afirmara:

Desta forma, o Estado, cujos elementos essenciais são a população, o território e o poder, define-se como uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no domínio espacial e temporal de vigência, soberana ou imediata relativamente ao Direito internacional e que é, globalmente ou de um modo geral, eficaz. (KELSEN, 1999, p. 203).

Diante das implicações do conceito de soberania e reflexo desta, inclusive nos dois outros elementos - território e povo -, e nos desdobramentos que dela advêm, há grande número de interessados em seu debate. Esta atenção despertada a seu estudo mantém íntima relação com a conveniência e o momento em que é utilizado, pelo que são frequentes suas distorções. Os teóricos do poder soberano tratarão de montar ou ajustar suas teses a partir do interesse que defendem, em particular frente às crescentes relações internacionais e temas comuns a vários países, os quais transcendem as barreiras da



territorialidade.

Diante desta perspectiva, mesmo com parâmetros de incertezas e sujeito a distintas interpretações, é primordial o papel do direito em disciplinar o conceito, ainda que este seja acomodado para justificar posições opostas, sob o argumento de estarem as partes a defender sua soberania, como indica Dallari:

Atualmente, porém, não obstante a imprecisão e as controvérsias, a expressão soberania vem sendo largamente empregada na teoria e na prática, às vezes até mesmo para justificar as posições de duas partes opostas num conflito, cada uma alegando defender sua soberania (DALLARI, 2011, p. 81).

Para expressiva doutrina, o conceito de soberania era desconhecido da Grécia clássica. As cidades-Estados eram concebidas e idealizadas como autarquias, autossuficientes e promotoras da vida do cidadão. Enquanto organização da sociedade e mantenedora do equilíbrio social, pautada em leis, estas cidades não conheceram a oposição do poder do Estado a outros poderes. Nas palavras de Bonavides:

Representava o Estado para os antigos gregos aquela ambiência social onde todas as necessidades humanas se pudessem prover ou satisfazer plenamente, aquela esfera dotada, em suma, de indispensável auto-suficiência na qual se desenrolava o plano de vida do cidadão grego. O Estado-cidade desconhecia assim o conflito interno dos poderes sociais, a rivalidade intestina de instituições, grupos facções ou partidos políticos, intentando quebrar a unidade monolítica do Estado (BONAVIDES, 2000, p. 66).

Este modelo foi replicado no Estado romano. O limite da atividade estatal esbarava no limite de sua força física. Desta forma, tanto nos aspectos internos quanto nos externos, a segurança é que nortearia seu agir, seja ela contra os invasores ou mesmo como forma de sobrevivência.

Para alguns autores, o fato de as cidades-Estados terem autonomia em suas relações com outras cidades e terem capacidade postulatória de declarar guerra e celebrar a paz, é sinal do exercício de suas soberanias, ainda que não fosse usado este termo.

É o que nos diz Mello:

(...) os institutos que regiam as relações internacionais, como o envio de representantes diplomáticos, conclusão de tratados em pé de igualdade, a realização de confederações, bem como a arbitragem para a solução de litígios internacionais. Tudo isso era facilitado pela existência das cidades-Estados (MELLO, 1999, p. 9).

Considerado o teorizador da soberania, Jean Bodin editou a obra por meio da qual se tornou referência neste tema: *Os seis livros da república*. Com ela, estabelece relação

de significância entre a república (a quem se dirige) e o conceito de Estado, forjado a partir da era moderna. De partida, indica sua preocupação com a conceituação de república e assim afirma:

República es un recto gobierno de varias familias, y de lo que les es común, con poder soberano. Colocamos esta definición en primer lugar porque, en todas las cosas, es necesario buscar el fin principal y sólo después los medios de alcanzarlo. La definición no es otra cosa que el fin del tema que se presenta y, si no está bien establecida, todo cuanto se construya sobre ella se vendrá abajo de inmediato<sup>29</sup> (BODIN, 1985, p. 9).

A definição de soberania dada pelo autor é apresentada logo de início em seu livro I, capítulo VIII, ao afirmar “La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república...”<sup>30</sup> (BODIN, 1985, p. 47). O exercício do poder não corresponde à soberania. Os poderes exercidos por príncipes estavam sempre subjugados a outros. Por sua vez, o rei dividia seu poder com os nobres. De acordo com Bodin, não se poderia chamar de soberania o poder exercido temporalmente, ou a possibilidade de alternância deste poder, ou ainda chamar de poder absoluto aquilo que não era, já que se devia compromisso a terceiros. Por isso declara:

Puestas estas máximas como fundamentos de la soberanía, concluiremos que ni el dictador romano, ni el harmoste de Esparta, ni el esimneta de Salónica, ni el llamado arcus en Malta, ni la antigua balie de Florencia, que tenían la misma función, ni los regentes de los reinos, ni cualquier otro comisario o magistrado con poder absoluto para disponer de la república por tiempo limitado, tuvieron ninguno la soberanía<sup>31</sup> (BODIN, 1985, p. 48).

O reconhecimento da inexistência de soberania, nos termos em que eram defendidos e postulados pelo filósofo, faz crer assistir razão aos defensores de seu surgimento apenas com o advento do Estado Moderno.

O modelo adotado, tanto pelas *polis* gregas quanto pelas *civitas* romanas, não se

---

<sup>29</sup> Tradução livre: República é um reto governo de varias famílias, e do que lhes é comum, com poder soberano. Colocamos esta definição em primeiro lugar porque, em todas as coisas, é necessário buscar o fim principal e somente depois os meios de alcançá-lo. A definição não é outra coisa que o fim do tema que se apresenta e, se não está bem estabelecido, tudo quanto se construa sobre ela virá abaixo de imediato.

<sup>30</sup> Tradução livre: “A soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma república...”

<sup>31</sup> Tradução livre: Postas estas máximas como fundamentos da soberania, concluiremos que nem o ditador romano, nem o governador de Esparta, nem o esimneta de Salónica, nem o chamado arco em Malta, nem a antiga balie de Florência, que tinham a mesma função, nem os regentes dos reinos, nem qualquer outro comissário ou magistrado com poder absoluto para dispor da república por tempo limitado, tiveram qualquer soberania.

replicou na idade média. Como é cediço, este período foi palco de grandes disputas envolvendo, para citar algumas: o Sacro Império Romano-Germânico, a Igreja, os reinos protestantes em ascensão, a ascensão da burguesia. Some-se a isso a dinâmica das relações feudais abrangendo distintos nobres e diferentes níveis de poder; melhor exemplificado na pessoa dos barões, que eram senhorios, cada qual de seu território, e o rei senhorio sobre todos.

Por força dessas circunstâncias, há necessária abstração da noção de soberania com viés de aproximação de um caráter absoluto, defendido por Bodin, o que, como mencionado de princípio, não sucederá diante dos interesses em disputa.

De qualquer sorte, ao final da Idade Média, o conceito já se encontra amadurecido. Assim, a soberania passa a estar relacionada ao poder, mas não poder perene, temporal, sucessório, revogável. Trata-se de um poder, no plano interno e externo, central e irradiador de comando, sendo o Estado detentor único do poder soberano. Para Reale (2002, p. 127), é “um poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de conveniência”.

Na síntese de Bobbio:

(...) a formação do Estado moderno coincide com o reconhecimento e com a consolidação da supremacia absoluta do poder político sobre qualquer outro poder humano. Esta supremacia absoluta se chama soberania. E esta significa, diante do exterior, em relação ao processo de libertação, independência; diante do interior, em relação ao processo de unificação, superioridade do poder estatal sobre qualquer outro centro de poder existente num determinado território (BOBBIO, 1991, p. 65).

O poder a que se refere pode ser exercido por distintos personagens, em nome do Estado. Bodin afirma pertencer ele a Deus e, em seguida, aos príncipes soberanos:

Dado que, después de Dios, nada hay de mayor sobre la tierra que los príncipes soberanos, instituidos por Él como sus lugartenientes para mandar a los demás hombres, es preciso prestar atención a su condición para así, respetar y reverenciar su majestad con la sumisión debida, y pensar y hablar de ellos dignamente, ya que quien menosprecia a su príncipe soberano menosprecia a Dios, del cual es su imagen sobre la tierra<sup>32</sup> (BODIN, 1985, p. 72).

Registre-se, a teoria de Bodin não foi a única, apesar de ser a marcante quando da

---

<sup>32</sup> Tradução livre: Dado que, depois de Deus, nada há de maior sobre a terra que os príncipes soberanos, instituídos por Ele como seus representantes para mandar nos demais homens, é preciso prestar atenção a sua condição para assim, respeitar e reverenciar sua majestade com a submissão devida, e pensar e falar com eles dignamente, já que quem menospreza a seu príncipe soberano menospreza a Deus, do qual é sua imagem sobre a terra.

discussão da soberania, por sua sistematização. A doutrina hobbesiana, ao assumir ser o homem de natureza má, deposita a soberania e o poder sobre o estado soberano (seja uma pessoa ou uma assembleia), que limitará o estado de guerra e propiciará a paz. Com Rousseau, a soberania pertence ao povo que, por meio de um pacto, delega ao Estado esta condição soberana de realizar a vontade geral destes.

Passados séculos desde os pensamentos apresentados, vários doutrinadores buscaram exercer suas influências sobre a teoria da soberania. Em alguns casos, buscaram separá-la por completo da teoria do Estado, como cita Bonavides ao se reportar a Preuss, Duguit e Kelsen:

Aceitar porém a soberania como qualidade do poder, elemento relativo não essencial, ou categoria histórica, arredando-se portanto das posições rígidas dos que costumam torná-la em termos absolutos, não deve por outro lado significar se professe a mesma opinião de Preuss, Duguit e Kelsen que, com maior ou menor intensidade, buscam eliminar por inteiro da teoria do Estado o conceito de soberania (BONAVIDES, 2000, p. 160).

Na contemporaneidade, a teoria não alcança os liames determinados por Bodin ou Hobbes quanto a seu poder absoluto, ilimitado, incontestável. Esta flexibilização ocorre na proporção em que são intensificadas as relações entre Estados-nações em um plano internacional e destacam-se eixos temáticos supranacionais. Este fenômeno é absolutamente compreensível, vez que a realidade sob a qual foram forjados os pressupostos teóricos de ambos não se coaduna aos de hoje. Enquanto Bodin se preocupava com as relações entre Estado, Hobbes buscava legitimar o poder do soberano.

Superada a relativização do absoluto, aos dias de hoje resta refletir sobre o detentor desta soberania estatal. A legitimação de sua titularidade remete à origem da própria teoria. Bonavides (2000, p. 160-168) indica existirem duas correntes: a teocrática e a democrática. Enquanto esta assenta no povo sua fonte incontroversa de todo poder político, aquela é a justificação da divindade de Deus expressa por meio do monarca.

Já Canotilho (1993, p. 257-258) observa que o problema da soberania está vinculado à sua legitimidade e legitimação. Para ele, não se trata de invocar o carisma de um líder ou a justificação racional da dinastia para compor estes elementos, pois se enveredaria para o absolutismo. Desta forma, “só a Nação é soberana, só os poderes derivados da Nação são legítimos”. (CANOTILHO, 1993, p. 257).

Com o advento da teoria da personalidade jurídica do Estado, a soberania passou a compor seus elementos essenciais, culminando, então, na teoria jurídica da soberania.

Ela deixa de ser vista desde um ponto de vista político e passa a ser percebida como norma jurídica. Com isso, os Estados se posicionam em relação de igualdade entre si e não mais esta é relativizada em face do poderio militar ou econômico de cada um. Portanto, por mais forte que seja o Estado, sua norma ou exercício do poder poderá ser contestada. No plano internacional o Estado é independente (*soberano*) e se submete às normas com as quais consentiu. Nas palavras de Dallari:

Uma concepção puramente jurídica leva ao conceito de soberania como o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas, vale dizer, sobre a eficácia do direito. Como fica evidente, embora continuando a ser uma expressão de poder, a soberania é poder jurídico utilizado para fins jurídicos (DALLARI, 2011, p. 86).

Esta abordagem puramente baseada no direito é rechaçada por uma corrente culturalista, para quem não há exclusividade política ou jurídica, já que, por ser fenômeno do Estado, agregam-se a elas também os aspectos sociais e culturais.

A despeito de qual ou quais teorias é vinculado, o Estado-nação será produtor de normas como forma de externar seu poder e vincular aqueles a ele subordinados. Ocorre que a internacionalização das relações e a instituição de organismos supranacionais indicam não ser ele o detentor único deste poder aos dias de hoje. Nesta medida, ao passo em que edita norma, mas também se submete a elas, a percepção do poder soberano é flexibilizada. Em outras palavras, ainda que discricionária sua adesão, uma vez aceitas, há sujeição do Estado-nação a normas emitidas por órgãos supranacionais. Normas estas que extrapolam os limites territoriais, nos quais, até então, o poder soberano do Estado-nação se bastava, atingindo e vinculando seus cidadãos. Debate mais intenso quanto a este tema será travado mais adiante, no capítulo 3.

## 2 - ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO DO ESTADO-NAÇÃO

### 2.1 - Notícia histórica: fases e evolução

O Estado constitucional de direito<sup>33</sup> é fruto da construção histórica de pensadores e de eventos sócio-político-econômicos marcantes de uma sociedade em desenvolvimento. Deve ser entendido como processo evolutivo e contemporâneo dos conceitos de Estado, tratado no capítulo 1; e consolidado ao longo dos séculos XIX e XX, ressalvas as palavras de Barroso:

nem todos os Estados percorreram os mesmos caminhos ou se encontram no mesmo estágio institucional. Aliás, bem ao contrário, em muitas partes do mundo – talvez na maior parte – o ideal constitucional e a luta pela liberdade ainda são uma aventura em curso (BARROSO, 2009, p. 6).

Como abordado, a formação do Estado moderno passou por sua vertente absolutista, personificada na pessoa do soberano, o qual não se submetia aos desígnios da lei e, quando o fazia, tal ocorria de forma mitigada, significando cessão de poder somente admitida frente a embates com distintos segmentos da nobreza.

Com a nova perspectiva de Estado, o moderno, a lógica normativa deixou de assentar sua justificação na pessoa do soberano e repousou sua sujeição aos desígnios das instituições estatais, legitimadas pelo cidadão. Este, mediante relação contratual, outorgou ao Estado o poder normativo, porém, em última instância, conforme discutido em Rousseau, permaneceria como detentor do direito, pois seriam apenas representados por aqueles que elaboram a norma.

O deslinde deste princípio propiciou ao direito ser visto não como norma específica e individual, e sim com o caráter de generalidade e abstração. Por sua vez, a base e a organização do Estado se fundaram nos princípios da separação e do equilíbrio dos poderes, com seus métodos de freios e contrapesos, pautados no pensamento de Montesquieu e, posteriormente, de Kant. Alcança-se, aos nossos dias, o Estado constitucional de direito comentado por Novellino:

A concepção mais conhecida de constitucionalismo se identifica com a

---

<sup>33</sup> Ressalte-se o entendimento de Barroso (2009, p. 245), para quem, a aproximação de constitucionalismo e democracia produziu nova forma de organização política, pelo que várias terminologias surgiram como Estado constitucional democrático de direito, Estado constitucional de direito ou mesmo Estado constitucional democrático. Assim, ainda que guardem sutilezas semânticas, seria inócua discussão a este respeito. Por isso, opta-se por utilizar, na presente produção acadêmica, a expressão Estado constitucional de direito.

separação dos poderes – nas versões desenvolvidas por Kant e Montesquieu – como forma de impedir o seu uso arbitrário. Contrapõe-se, assim, à ideia de concentração do exercício do poder (constitucionalismo x absolutismo). Mais do que uma simples técnica constitucional, o constitucionalismo é uma técnica de liberdade que assegura direitos fundamentais aos cidadãos de modo a impedir sua violação por parte do Estado (NOVELINO, 2012, p. 17 e 18).

Com o advento das revoluções francesa e americana, forjadas nos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana, há, em especial na Europa, a consolidação da burguesia, já em ascensão ao final da idade média. Com ela, uma nova forma de pensamento e de exercício do poder passa a gerir e a organizar o Estado.

A liberdade do cidadão é apoiada no princípio da legalidade, cuja formulação normativa estaria a cargo dos órgãos legislativos competentes, dos quais os próprios cidadãos tomavam parte. Há, então, transferência da concentração das decisões das mãos do soberano para as assembleias legislativas. Conforme Canotilho:

A primazia da lei servira para a submissão ao direito do poder político “sob um duplo ponto de vista”: (1) os cidadãos têm a garantia de que a lei só pode ser editada pelo órgão legislativo, isto é, órgão representativo da vontade geral (cfr. Déclaration de 1789, artigo 6º); (2) em virtude de sua dignidade – obra dos representantes da Nação – a lei constitui a fonte de direito hierarquicamente superior (a seguir às leis constitucionais) e, por isso, todas as medidas adotadas pelo poder executivo a fim de lhe dar execução deveriam estar em conformidade com ela (princípio da legalidade da administração) (CANOTILHO, 2003, p. 95 e 96).

A instituição de direitos fundamentais de caráter individual, a generalidade das leis e o abstencionismo do Estado, caracterizado por sua intervenção mínima, foram marcas do Estado liberal. Frente a estes fundamentos, ainda que se tenha avançado do ponto de vista do Estado de direito, tendo como consequência a busca da igualdade formal, esta não implicou em nivelamento material.

Há, contudo, pilares na sociedade liberal marcados pela separação do público e do privado. Para Oliveira (2002), dentro desta lógica de Estado, a sociedade era dividida em civil e política:

Em linhas gerais, a imagem de sociedade implícita ao paradigma liberal de Direito e de Estado é caracterizada pela divisão em sociedade civil e sociedade política, representados, respectivamente, pela esfera privada, ou seja, vida individual, família e mercado (trabalho e empresa capitalista), e esfera pública, cidadania política, representação política e negócios do Estado (OLIVEIRA, 2002, p. 55).

A passagem do Estado liberal para o Estado social foi fruto da incapacidade daquele em responder as demandas sociais oriundas, entre outros motivos, das relações do capital e do trabalho. Ao tratar da crise das

Constituições liberais, Bonavides é certo ao afirmar:

Em verdade, porém, a brevidade das Constituições liberais derivava sem dúvida de sua inteira indiferença ao conteúdo e substância das relações sociais. A Constituição, que não podia evitar o Estado, ladeava, contudo, a Sociedade, para conservá-la por esfera imune ou universo inviolável de iniciativas privatistas: era uma Sociedade de indivíduos e não de grupos, embebida toda numa consciência antioletivista. A Constituição cabia tão-somente estabelecer a estrutura básica do Estado, a espinha dorsal de seus poderes e respectivas competências, proclamando na relação indivíduo-Estado a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governados, os chamados direitos da liberdade (BONAVIDES, 2004, p. 229).

O poder, mesmo com o contrato social, não restou latente para todos e sim se concentrou na classe burguesa, diante do que, a partir da organização dos trabalhadores e dos movimentos de massas, houve conquistas e materialização paulatina de direitos sociais, dando origem ao Estado social.

Enquanto a primeira fase, a do Estado liberal, é determinada como formadora do que hoje chamamos direitos de primeira geração; a segunda, a do Estado social, dá origem aos direitos de segunda geração. Como assevera Carvalho Netto:

Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direitos de segunda geração (os direitos coletivos e sociais, mas inclusive da redefinição dos de 1ª (os individuais); a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material (CARVALHO NETTO, 1999, p. 480)

Para Streck e Morais (2003, p. 59-60), o Estado social, ou, conforme nomeiam, o Estado do bem-estar social (*Welfare State*), surge a partir do final do século XIX na Europa. Suas conquistas, ademais de associadas a eventos históricos (fim da escravidão, maior tolerância religiosa, liberdade de associação e outros), tem cunho político na medida em que o sufrágio passou a abranger os não proprietários de terra, os trabalhadores. Isso determinou a inversão da lógica do Estado mínimo, pois os partidos políticos e respectivos governos passaram a estar suscetíveis às reivindicações populares.

Ainda que os termos Estado do bem-estar social e *Welfare State* sejam usados pelos autores como equivalentes à Estado social, no sentido de ser um movimento sucessório do Estado liberal, pelo que implica sua abordagem de forma ampla, note-se o



aparte feito por Novelino à utilização deles como equivalentes:

Em geral, as expressões Estado social e Estado do bem-estar social (Welfare State) são utilizadas para designar o modelo de Estado voltado à satisfação das necessidades individuais e coletivas dos cidadãos. Contudo, há quem identifique o conceito de Welfare State a um dos aspectos específicos da ação política do Estado social, qual seja a preocupação com o bem-estar da coletividade. Nesta acepção, o Estado do bem-estar poderia ser associado também a outros modelos, como alguns Estados absolutistas (NOVELINO, 2012, p. 43 e 44).

Um dos maiores marcos constitucionais de cunho social foi a Constituição de Weimer, na Alemanha, promulgada em 1919. Apesar de sua curta duração, pois foi sucedida, em 1933, pela lei de autorização, de viés nazista e que permitiu ao chanceler Adolf Hitler editar normas contrárias à própria Constituição; coube a ela o mérito de conciliar normas estruturantes da organização do Estado, disciplinar direitos fundamentais – de origem liberal – e incluir a proteção aos trabalhadores (BARROSO, 2009, p. 34 e 35).

O Estado social de direito tem como signo a versão paternalista do ente estatal por meio de suas políticas públicas, com a organização e compensações sociais a determinados setores. Em verdade, em pouco mais de dois séculos, foi capaz de outorgar aos homens mais direitos do que os conquistados em toda história da humanidade. Porém, restou patente a incipiente participação dos sujeitos destinatários destas ações em sede de definição de tais políticas públicas e organizacionais.

De forma paulatina, organizações da sociedade civil e das minorias lideraram o debate diante de um Estado pluralista. Sobretudo, demonstraram engajamento de distintos setores na elaboração do sistema normativo. A estrutura estatal passou então por processo dialético e aberto a revisões, deixando de lado modelo padrão e avançando na perspectiva do Estado democrático de direito, para o qual Soares é categórico ao afirmar:

O Estado Democrático de Direito distribui igualitariamente o poder e racionaliza-o, domesticando a violência, convertendo-se em império das leis no qual se organiza automaticamente a sociedade. Este tipo de Estado não é uma estrutura acabada, mas uma assunção instável, recalcitrante e, sobretudo, falível e revisável, cuja finalidade é realizar novamente o sistema de direitos nas circunstâncias mutáveis, ou seja, melhor interpretar o sistema de direito, para institucionalizá-lo mais adequadamente e para configurar o seu conteúdo mais radicalmente (SOARES, 2001, p. 306).

A égide da norma no Estado democrático de direito evidencia não só sua legalidade como também sua legitimidade, por meio de um processo legislativo pautado

na representação e na soberania popular. A legitimação da norma compõe aspecto de sua formação e implantação. Em outras palavras, seu poder coercitivo é legitimado com base em seu processo de elaboração, o qual se submete a rito próprio cujos autores, de forma direta, são representantes populares, eleitos democraticamente. De acordo com Habermas:

Debe ser posible, por lo menos, obedecer las normas del derecho, no porque sean coercitivas, sino porque son legítimas. La validez de una norma indica que el poder estatal garantiza simultáneamente la legítima producción del derecho y la fática imposición del mismo<sup>34</sup> (HABERMAS, 2000, p. 149)

Neste contexto, os sujeitos de direitos são, ao mesmo tempo, produtores e destinatários da norma jurídica. Dentro do Estado democrático de direito, a lei se converte em instrumento de garantia das liberdades, sendo o povo a voz que pronuncia o direito por meio do parlamento. Participam da vida pública e do sistema de representação, instaurado a partir da égide constitucional, o que remeterá ao Estado constitucional de direito.

Neste ponto, antes de avançar quanto à configuração do Estado constitucional de direito, vale destacar a figura de Hans Kelsen (1881–1973), austríaco, nascido em Viena, perseguido pelo nazismo e adepto do positivismo jurídico, diante de sua importância na teorização da organização das leis, com base em sua teoria pura do direito.

A partir da reflexão do ser e do dever ser, Kelsen distingue realidade e direito. Assim, diferencia o fenômeno jurídico puro do não puro, ou seja, aquele que não sofre qualquer influência daquele cujas reações advêm de aspectos culturais, sociológicos, antropológicos, éticos, religiosos, entre outros. Ser e dever ser estabelecem relação com condição e consequência, imputando ou não sanção a comportamento com base no direito. Rocha (2008, p. 95) reporta que “muito antes de Hans Kelsen usar o termo “dever ser” para designar aquilo que a seu ver seria o Direito, seu compatriota Immanuel Kant da mesma forma já cunhara a expressão *dever do ser* como o imperativo categórico” a orientar eticamente as ações dos homens.

No entanto, o dever ser jurídico de Kelsen não está enraizado a fenômenos ou princípios morais que permitam corromper sua natureza pura e sim na validade da norma. Portanto, esta deverá ser criada dissociada de valores outros alheios à norma geradora.

---

<sup>34</sup> Tradução livre: Deve ser possível, pelo menos, obedecer as normas do direito, não porque sejam coercitivas e sim porque são legítimas. A validade de uma norma indica que o poder estatal garante simultaneamente a legítima produção do direito e a fática imposição do mesmo.

Para Kelsen, a norma jurídica é um fim em si mesma e o Estado a expressão máxima desta organização. Bittar e Almeida, a este respeito, comentam:

Se a norma jurídica encontra posição nuclear em seu sistema teórico, o conceito-chave, e de maior importância de sua teoria, é o conceito de validade. Essa consiste na existência da norma jurídica, ou seja, em sua entrada regular dentro de um sistema jurídico, observando-se a forma, o rito, o momento, o modo, a hierarquia, a estrutura, a lógica de produção normativa prevista em dado ordenamento jurídico. Ser válida não significa o mesmo que ser verdadeira ou falsa, mas estar de acordo com procedimentos formais de criação normativa, previstos por determinado ordenamento jurídico. A validade não submete a norma ao juízo do certo ou do errado, mas ao juízo jurídico, propriamente dito, ou seja, ao juízo da existência ou não (...). (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 338)

Para tanto, estabelece um sistema jurídico uno, rígido e que busca a previsibilidade. A base de criação normativa é estabelecida em normas superiores, às quais têm sua representação naquilo que chamou de norma fundamental.

À sua vez, esta norma fundamental não se confunde com a Constituição de um País, conquanto não é remetida a qualquer outra norma e seu fundamento é puramente lógico, pensado; distinguindo-se, então, dos fundamentos metafísicos como Deus, direito natural, ordem universal ou mesmo o contrato social. É de difícil caracterização dado seu teor abstrato, que pode ser visto como principiológico ou revestido de outra forma, como questiona Ferraz Júnior:

Este princípio (da unidade) recebe em Kelsen o nome de norma fundamental, noção intuitivamente simples de ser percebida (se as normas do ordenamento compõem séries escalonadas, no escalão mais alto está a primeira norma da série, de onde todas as demais promanam) mas difícil de ser caracterizada (é a questão do seu estatuto teórico: é norma? É um ato ou fato de poder? É uma norma historicamente positivada ou uma espécie de princípio lógico que organiza o sistema?) (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 176)

A despeito das limitações na materialização do conceito de norma fundamental, é de cristalina evidência na teoria kelsiana que, a partir dela, busca-se uma teoria pura, estruturante e positiva, livre de influências regionais ou culturais e válida para todos os povos. Em outras palavras, a organização proposta seria válida para qualquer nação, na medida em que a hierarquia e estrutura das normas são fundamento para produção do sistema jurídico puro. A Constituição, por sua vez, assume o ápice desta referência, de acordo com o próprio Kelsen:

Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada,

efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediatamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem de acordo com ela criada. (KELSEN, 1999, p. 141).

O aspecto rígido da organização proposta por Kelsen dissocia justiça de direito. Não é dizer que a justiça é desconsiderada por ele senão que o direito injusto não retira a validade da norma. Melhor seria fosse este justo, pois, por sua natureza deveria ser moral. Porém, o campo de discussão da justiça se encontra no estudo da ética e não do direito<sup>35</sup>.

A pureza de sua teoria pauta-se pelo estudo da norma dentro da lógica do direito e não com fundamento em normas sociais ou morais. A aplicação destas normas não as vinculam ao juízo de certo ou errado e sim ao juízo jurídico. Daí a denominação de teoria pura do direito<sup>36</sup>.

A lógica é de que a Constituição é fonte instrumental e centro irradiador de normas secundárias para a formação do sistema jurídico, tendo papel fundamental na determinação do Estado constitucional de direito.

Enquanto o Estado de direito foi consolidado ao longo do século XIX e início do XX, a segunda metade do século XX encontrará sua caracterização no signo da norma constitucional.

De acordo com Barroso:

O Estado constitucional de direito desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito. (BARROSO, 2009, p. 244)

Neste sentido, as atuações do Estado e de seus agentes, além da previsão de direitos e garantias dos cidadãos, encontram resguardo e limites na norma constitucional, conforme aponta Agra:

A força normativa é a prerrogativa que ostentam as normas constitucionais de serem obedecidas e cumpridas pelos entes estatais e pela sociedade de forma geral. Teoricamente, pela suprallegalidade de que elas gozam apresentam uma maior intensidade de coercibilidade, produzindo maior efeito do que as outras

---

<sup>35</sup> Para aprofundamento do tema, consultar *O problema da justiça*, de Hans Kelsen, tradução João Baptista Machado, Martins Fontes, 1998.

<sup>36</sup> Para maiores referências, consultar *Teoria pura do direito*, de Hans Kelsen, tradução João Baptista Machado, Martins Fontes, 1999.

normas. Ela se configura como requisito inexorável para que a Constituição deixe de ser um texto semântico, destituído de qualquer eficácia, e passe a ser uma norma respeitada, dotada de coercibilidade, e limitando as opções do lower lawmaking track. (AGRA, p. 37-38).

A Europa pós II guerra mundial é reestruturada a partir do reconhecimento da força normativa constitucional. A Constituição deixa de ser concebida como documento meramente político, subordinado às circunstâncias e a serviço do detentor do poder, e passa a ser instrumento jurídico. Em sua busca para defini-la, Lassale (2011, p. 9) já afirmara que esta deve ser “qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”. E segue dizendo: “Constituição não é uma lei como as outras, é uma lei fundamental da nação”.

Ao reconhecer o papel sociológico da Constituição imputado por Lassalle, enquanto soma dos fatores de poder que coexistem em uma sociedade, Mendes e Branco (2011) avançam em sua definição contemporânea ao afirmar que:

a Constituição emerge como um sistema assegurador das liberdades, daí a expectativa que proclame direitos fundamentais. As liberdades, igualmente, são preservadas mediante a solução institucional da separação dos poderes. Tudo isso, afinal, há de estar contido em um documento escrito. Quando esses traços são levados em conta, está sendo estabelecido um sentido substancial de Constituição. (MENDES; BRANCO, 2011, p. 63)

É o revestimento desta força da Constituição e de suas implicações que determinará o Estado constitucional de direito, pois eventual conflito de normas encontrará sua solução na norma constitucional, sendo o ato contrário a ela fulminado por nulidade absoluta. Conforme anota Canotilho:

o Estado concebe-se hoje como Estado constitucional democrático, porque ele é conformado por uma lei fundamental escrita (= constituição juridicamente constitutiva das “estruturas básicas da justiça”) e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática (CANOTILHO, 1993, p. 43)

O avanço do direito constitucional, forjado no positivismo jurídico, tem seu curso alterado a partir da segunda grande guerra. A rígida separação entre direito e ética, defendida por Kelsen, cede em razão das atrocidades justificadas por meio da norma positiva. No entanto, o estágio civilizatório da humanidade e os fundamentos racionais científicos não permitem o retorno ao jusnaturalismo, razão pela qual surge o chamado pós-positivismo, que, para Barroso, é como:

uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de trata-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente. (BARROSO, 2009, p. 248).

Com isso, acentua-se a influência axiológica dos princípios, os quais passam a sustentar o arcabouço jurídico dos sistemas constitucionais. Dentre estes princípios, avultam-se de importância aqueles associados à dignidade da pessoa humana, à democracia e à segurança jurídica.

O primeiro inspirará a instalação de Cortes internacionais para julgamento de crimes contra a humanidade e servirá de fundamento para a intervenção em diversos países, por meio de missões de paz. Já o segundo, constituirá o elemento basilar de participação popular, garantindo formas e meios de controle do Estado, implicando a aceitação do direito por todos, pois o cidadão é autor e destinatário da norma. Porém, será a segurança jurídica o instituto estabilizador e, ao mesmo tempo, criador da previsibilidade necessária a mudanças.

É exatamente esta segurança o objeto de investigação do próximo tópico. Com ela, será possível dar um novo salto e enfrentar, então, com base nas reflexões cumuladas até o momento, a questão da relativização do conceito de Estado-nação diante da realidade europeia.

Ressalte-se, todo o contexto e base para evolução do direito, culminando em sua forma constitucional, somente foi possível dentro da lógica do Estado-nação e a partir de princípios formadores deste.

#### 1.4 - A norma e a segurança jurídica: pressupostos de estabilidade e de mudança.

Como visto, o Estado constitucional de direito é fruto do conhecimento adquirido ao longo de estágios da sociedade moderna. Por meio dele, garantiu-se não só a norma constitucional como fonte primeira de normas derivadas, mas, sobretudo, estruturou-se o sistema jurídico, permitindo ter-se previsibilidade no âmbito das relações privadas e estatais. A esta previsibilidade dá-se o nome de segurança jurídica.

É da natureza do homem a necessidade de segurança, sendo esta capacidade diretamente relacionada à previsão de seus eventos futuros. A certeza das coisas e dos fatos que o cercam permite equilíbrio social e emocional. Para Cavalcanti Filho (1964, p. 35), “a vida em sociedade é inconcebível sem ordem e regularidade nas situações”; e segue afirmando que “para que exista ordem, é também imprescindível uma ordenação jurídica”.

Por longo período, a norma foi ditada e interpretada pelo detentor do poder como instrumento de nele perpetuar-se. O arbítrio entre oportunidade e conveniência, assim, sempre esteve associado ao poderio, em regra militar. A cessão de poder pendia na medida em que forças opostas eram evidenciadas, culminando na superação de uma em relação à outra. Não era, portanto, equilíbrio e sim deslocamento de poder, permanecendo a lógica de sua manutenção.

Fruto de uma burguesia ascendente, ao Estado-nação foi requerido a prover estabilidade para o sistema capitalista, não só política, mas, sobretudo, econômica. À medida em que ocupa os espaços de poder, esta burguesia passa a desempenhar o clássico papel do parlamento na formulação de leis. Assim, ainda que de caráter geral e abstrato, a lei não desconhece seu cunho de defesa dos interesses econômicos da burguesia. Vale lembrar as palavras do mestre Canotilho ao dizer:

A economia capitalista necessita de segurança jurídica e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as frequentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda a construção constitucional liberal tem em vista a certeza do direito. O laço que liga ou vincula às leis gerais as funções estaduais protege o sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e a economia de mercado (CANOTILHO, 1993, p. 254)

Canotilho (1993, p. 372-389) trabalha com dois princípios que, em seu entender, estão relacionados com a segurança jurídica: o princípio da determinabilidade e o princípio da proteção da confiança.

O primeiro trataria da necessidade de leis claras, ao revés das obscuras e de difícil interpretação, e abrangentes o suficiente para albergar os casos por ela tratados. Já o segundo estaria vinculado à capacidade de confiança do cidadão nos resultados de seu comportamento. Desta forma, não há se falar de leis retroativas, ressalvadas as possibilidades constitucionais de alteração da coisa julgada, da capacidade de uma norma produzir seus efeitos antes do devido processo legislativo e da irrevogabilidade dos atos

administrativos constitutivos de direito.

Por sua vez, Holthe (2009, p. 315-317), ao discutir sobre segurança jurídica, que chamou de princípio da segurança das relações jurídicas, afirma estar este associado ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à não retroatividade da lei em prejuízo da parte. Assim, trata-se de incorporação ao patrimônio do indivíduo de determinado bem (material ou imaterial), não atingindo situações já consolidadas por decisão judicial e sem possibilidade de recurso, sem prejuízo, contudo, da retroação benéfica da lei.

Já Jamyl Silva (2013, p. 16-17), *in Constituição e segurança jurídica*, ao versar sobre a segurança no direito, afirma que esta diz respeito ao binômio segurança do direito e segurança jurídica. Primeiro, porque “exige a positividade do direito e é, neste contexto, que a segurança se entronca com a Constituição, na medida em que esta constitui o fundamento de validade do direito positivo. Segundo, pois esta é “uma garantia que decorre dessa positividade. Assim é que o direito constitucional positivo, traduzido na Constituição é que define os contornos da segurança jurídica da cidadania”.

Ao mencionar norma e positividade, são necessárias algumas ponderações. É de se recordar que a norma, seja ela produzida por meio do costume ou de sua positividade, opera no sentido de organizar a sociedade. A este respeito, Kelsen nos ensinou que:

Através do costume, tanto podem ser produzidas normas morais como normas jurídicas. As normas jurídicas são normas produzidas pelo costume se a Constituição da comunidade assume o costume - um costume qualificado - como fato criador de Direito (KELSEN, 1999, p. 7).

Portanto, a repetição habitual de membros de uma comunidade em relação à determinada situação fática é percebida como costume, fator gerador de norma. Não há, assim, desde o início do comportamento, o dever de se portar de uma ou outra forma, e sim esta expectativa surge com a repetição de dado comportamento. A partir daí, o desvio de conduta poderá ser censurado ou mesmo reprimido em busca do padrão aceito. No mesmo sentido, no sistema positivado, a produção normativa ocorre a partir de experiências de comportamento ocorridos ou desejáveis.

É esta norma condicionadora de padrões que conduz o indivíduo ao dever ser. Por meio dela, é possível se prever comportamentos esperados, pois, ao passo em que designa o comportamento desejável, diante de seu poder coercitivo e sancionador, inibe-se reação diversa, sob pena de o destinatário da norma sofrer as punições predeterminadas.

Tomando como referência estes pressupostos, é possível afirmar que o conjunto de normas organicamente sistematizado é definidor do Estado. Não é dizer que toda



ordem jurídica é Estado, porém, o Estado não pode prescindir de uma ordem jurídica. Ainda com Kelsen, aprende-se que:

Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. Mas nem toda ordem jurídica é Estado. Nem a ordem jurídica pre-estadual (ou interestadual) representam um Estado. Para ser um Estado, a ordem jurídica necessita de ter o caráter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, tem de instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para criação e aplicação das normas que a formam; tem de apresentar um certo grau de centralização. O Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada (KELSEN, 1999, p. 200).

Com isso, confere-se ao ordenamento jurídico a capacidade de manter a estabilidade da norma e de seus efeitos, além, claro, de assegurar a previsibilidade e eficácia desta para seus destinatários. Mesmo diante da possibilidade de alteração de determinado instituto jurídico, a previsibilidade de sua ocorrência dependerá de forma certa, promove a segurança necessária aos cidadãos e, até mesmo, nas relações entre Estados-nação, quanto a seus direitos e garantias. É o que nos ensinam Mendes e Branco:

A ideia de segurança jurídica torna imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico.

Daí porque se considera, em muitos sistemas jurídicos, que, em casos de mudança de regime jurídico, a não adoção de cláusulas de transição poderá configurar omissão legislativa inconstitucional grave (MENDES; BRANCO, 2011, p. 429).

Ao tratar da segurança jurídica e da razoável duração do processo, Jamyl Silva (2013, p. 13-14), retrata aquela como pressuposto do Estado de direito. Para tanto, invoca a docência de Ingor Sarlet, para quem:

O clamor das pessoas por segurança (aqui ainda compreendida num sentido amplo) e – no que diz com as mudanças experimentadas pelo fenômeno jurídico – por uma certa estabilidade das relações jurídicas, constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas. (SARLET apud SILVA, 2013, p. 14)

A segurança jurídica implica ideia de Estado de direito no sentido de ordem jurídica centralizada, estável, sob a qual os entes estatais agem mediante normas gerais e pré-estabelecidas. O binômio estabilidade e previsibilidade é, pois, intrínseco a esta segurança jurídica e garantidor do agir dos indivíduos e da coletividade, na medida em que define o dever de cada qual, associado, claro, aos aspectos coercitivos da norma,

requisito necessário à sua eficácia.

Validade e eficácia são atributos complementares da norma. Por isso, é possível a existência de norma sem sanção no ordenamento jurídico. Muitos autores se reportam à norma internacional como exemplo. Nela, em muitos casos, não há sanção explícita quando do não cumprimento. Assim, o critério de juridicidade não está vinculado à sanção, mas à validade desta segundo critérios pré-estabelecidos. Conforme indica Bobbio (2001, p. 167) “A sanção tem relação não com a validade, mas com a eficácia”.

A este respeito, ao discutir o que chamou de antropologia kelsiana em relação à sanção da norma, Ulhoa afirma:

É necessário que as consequências, normativamente estabelecidas para as condutas indesejadas, levem o homem a considerar menos vantajoso, sob o seu individual ponto de vista, a transgressão à norma. Desse modo, evitaria se comportar de acordo com a sua primeira inclinação natural, para ponderar as vantagens e desvantagens da obediência à ordem social. (ULHOA, 2001, p. 34)

A conduta, seja ela estatal ou privada, está submetida a um arcabouço jurídico positivo, elaborado por órgãos e entes revestidos de competência para tanto. Falar em Estado é então associá-lo a uma ordem jurídica, propiciadora de segurança jurídica e garantidora de regras claras e democráticas, inclusive quanto à sua alteração. O devido processo legislativo é o mecanismo de segurança e estabilidade frente à necessidade de se adequar a norma à realidade mutante da sociedade.

Com efeito, o conjunto de normas de um ordenamento não pode ser visto e não é sinônimo de estagnação ou inflexibilidade, diante realidade social. Ao contrário, é justamente ele que provê a segurança jurídica e cria os meios necessários para realização de eventuais modificações requeridas, de ajustes necessários com vistas a adequar a norma à realidade. Assim, a ordem jurídica, pilar do Estado de direito e, em particular do Estado constitucional de direito, é garantidora da evolução do próprio Estado moderno e da figura que o venha a suceder.

É por meio de suas instituições que o Estado promove a segurança jurídica. Dentro da perspectiva de controles e de balanços, a existência dos poderes<sup>37</sup> Executivo, Legislativo e Judiciário propicia o equilíbrio de suas funções. Apesar dos distintos papéis exercidos pelos poderes, todos interagem com vistas a exercerem e limitarem o

---

<sup>37</sup> Alinhamo-nos à Agra (2012, p. 128), para quem a utilização da expressão separação de poderes não deverá ser entendida como divisão do poder uno (soberano) do Estado e sim de suas funções, de acordo com o que for estipulado pela Constituição de cada país.

próprio exercício do poder estatal, buscando, por meio de distintos órgãos e atribuições, a unificação da expectativa do dever ser.

É exatamente esta diversidade do conjunto normativo, quase sempre harmônica<sup>38</sup>, que compõe o Estado de direito que para Kelsen é:

uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis – isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade da expressão do pensamento, são garantias. (KELSEN, 1999, p. 218).

O direito, em linha com os fatos sociais, organiza o poder do Estado e entes que o integram. Esta organização é, em verdade, instrumento de limitação do poder estatal frente ao cidadão. Do contrário, seria o retorno ao absolutismo, à submissão do súdito à força e à perda das conquistas de direitos e garantias.

Portanto, é a organização jurídica a propiciadora de estabilidade e segurança, limitando o exercício das prerrogativas estatais. O direito, pois, assegura a ordem na vida em comunidade. É o pêndulo que balança entre a estabilidade e a mudança, coibindo as incertezas e as arbitrariedades.

Ao contrário de imobilizar a sociedade, a segurança jurídica proporcionou condições para alterações de institutos e figuras forjadas ao longo de séculos. O Estado-nação, soberano, internamente na produção de normas de limitação do estado da natureza e externamente nas relações com outros Estados-nação, mantém equilíbrio elástico, segurança e estabilidade.

Até este ponto de nossa jornada, foi possível compreender a formação do Estado, sua configuração em distintas etapas históricas; sua transformação em Estado-nação, estudando-se seus elementos constitutivos: soberania, territorialidade e povo. Abordou-se, também, a figura do direito enquanto garantidor de um sistema jurídico propiciador de segurança nas relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado.

Pois bem, é justamente o arcabouço jurídico que permite repensar o conceito de Estado-nação e de seus elementos constitutivos no âmbito da União Europeia, refletindo sobre o paradigma do Estado-nação e as implicações advindas desta nova realidade sócio-

---

<sup>38</sup> Notar que os desvios de harmonia com a norma constitucional são atacados por ações próprias de controle de constitucionalidade.

política-econômica. Antes, porém, é necessário compreender a história do bloco europeu, suas instituições supranacionais e seu atual sistema jurídico. Este é o desafio do capítulo 3, para o qual o convido o leitor a continuar conosco nesta jornada.

### **3 - A UNIÃO EUROPEIA: ESTADOS-NAÇÃO E INSTITUIÇÕES SUPRANACIONAIS.**

Como visto nos capítulos antecedentes, um conjunto de fatos históricos e de pensamentos filosóficos contribuiu para formação do Estado-nação. Do conceito geral de Estado, enquanto espaço territorial e de poder - experimentado na Grécia e Roma – à formulação do Estado pensado por Maquiavel em *O príncipe*. Foi a partir destes pressupostos que se consolidaram as notas território, povo e soberania, introduzidas com o advento dos tratados de Westfália (1648), e tomadas como elementos constituidores do Estado-nação, historicamente caracterizado por ocasião da Revolução Francesa (1789).

Esta sequência de eventos tem, a partir da experiência da União Europeia, forjado novo modelo estatal, confrontando o conceito de Estado-nação até então conhecido.

Marco de uma nova dimensão nas relações jurídicas entre Estados-nação e mesmo entre seus próprios cidadãos, a experiência União Europeia será o tema do último capítulo deste trabalho. Dentro dos limites impostos pela natureza desta produção acadêmica, lançam-se indagações e afirmações que merecem ser aprofundadas em outros níveis de estudo. Em destaque, aqui, uma nova dimensão nas relações entre nações ou, quiçá, na formação de uma nação europeia, além dos fundamentos jurídicos de um constitucionalismo europeu emergente.

3.1 - A formação da União Europeia: o curso da história, entre aprofundamentos, alargamentos e críticas.

Nada obstante o marco institucional da União Europeia ser o tratado de Maastricht, em 1992, outros antecedentes históricos constituíram a formação do bloco, entre os quais o tratado de Roma<sup>39</sup>, em 1957; bem como efeitos econômicos e

---

<sup>39</sup> Instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE) – união aduaneira cujo objetivo era estabelecer um mercado comum, facilitando a livre circulação de bens (materiais e serviços), pessoas e capital entre seus membros; e a Comunidade Europeia de Energia Atômica (EURATOM) – buscava estabelecer cooperação na área nuclear entre os países membros. O tratado foi formado inicialmente por França, Alemanha Ocidental, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo.

globalizantes do século XX; eventos gerados a partir das duas grandes guerras mundiais e da própria formação do bloco comunista. Indo mais além, alguns estudiosos afirmam que a ideia de integração europeia remonta às tentativas de constituição do sacro império romano germânico, conforme indica Pecequilo.

(...) a localização do “início” da ideia Europa é mais controversa. Assim, dependendo das análises, o recuo histórico que se observa para a contextualização do processo de integração europeu é bastante variado. Para alguns, mesmo antes dos Estados nacionais já haveria, entre os povos do continente, um desejo e unidade em torno de uma comunidade de valores compartilhados, a qual teria sido sobreposta uma lógica de violência e guerra pela consolidação da soberania de territórios em nome de interesses de governantes. Para outros, refere-se às tentativas de constituição do Sacro Império Romano Germânico (PECEQUILO, 2014, p. 1).

Por sua vez, o século XX foi marcado por intensas inovações no campo tecnológico, facilitando e exigindo o processo de globalização em áreas como a financeira, a social e a industrial. Com isso, empresas multinacionais e transnacionais se espalharam pelo globo, provocando reflexos na noção de tempo, espaço, e, sobretudo, alterando a perspectiva de vida social de distintos países. Para estas empresas, os continentes se tornaram um, na medida em que as fronteiras já não eram mais obstáculos intransponíveis para a realização de seus negócios.

Para o constitucionalista Walber Moura Agra:

A globalização, forçosamente, imprime uma necessidade de reestruturação do Estado, haja vista que decisões relevantes são tomadas a despeito de sua vontade. Atores transnacionais como multinacionais e órgãos supraestatais passam a adquirir maior importância do que os Estados-nação. Com a amplitude desse processo, o conceito de soberania passa por uma reanálise, com um enfraquecimento das esferas de decisão nacionais e o consequente fortalecimento de alguns organismos internacionais (AGRA, 2010, p. 18-19).

De volta à linha temporal, para Santana (SANTANA *apud* FERNANDES, 2001, p. 7-8), “a globalização tem se caracterizado por duas tendências opostas: a regionalização e a globalização”. Em nosso sentir, se por um lado o fenômeno da globalização amplia fronteiras e permite o acesso a bens de consumo; por outro, aprofunda o processo de individualização do homem diante de seu aspecto predador. Na defesa de interesses regionais, a tendência é por agrupamento de similares.

Campos (2004) menciona discurso de Winston Churchill na Universidade de Zurich, em 19 de setembro de 1946, no qual o primeiro ministro inglês defende a necessidade de unificação da Europa, diante da cortina de ferro do leste europeu. De

acordo com o autor, Churchill afirma que este processo somente seria possível mediante prévia reconciliação entre França e Alemanha, implicando a constituição, entre os dois países, de uma confederação capaz de garantir uma comunhão de destinos.

Ao falar do mesmo momento histórico, porém já em Haia, Pecequillo (2014, p. 5 - 7), reporta-se a discurso do Primeiro Ministro britânico no qual ele destaca a bipolaridade existente entre os Estados Unidos e a União Soviética. Como resultado dos reflexos da segunda guerra mundial e frente a necessidade de responder à demanda globalizante, parece terem ecoado os discursos do *premier* Britânico no sentido de unificação europeia<sup>40</sup>.

Apenas como aparte, veja-se que em outros rincões do globo, pautados por necessidades semelhantes, porém, caminhos distintos, vários outros blocos foram criados como o *North American Free Trade Agreement* – NAFTA -, o Mercado Comum do Sul - MERCOSUL -, a Cooperação Econômica da Ásia e do Pacífico – APEC -, o Pacto Andino, entre outros. No entanto, em nenhum dos casos se avançou tanto no projeto integracionista e com impactos tão claros no conceito de Estado-nação quanto na Europa.

De volta à formação do bloco europeu. Em um discurso histórico, em 1950, o então Ministro dos Negócios Estrangeiros da França, Robert Schuman, previu que:

“Europe will not be made all at once, or according to a single plan. It will be built through concrete achievements which first create a fact solidarity. The coming together of the nations of Europe requires the elimination of the age-old opposition of France and Germany. Any action taken must in the first place concern these two countries”<sup>41</sup> (SCHUMAN, 1950, s/p).

Os papéis desempenhados por França, Alemanha e Reino Unido foram fundamentais na construção da hoje União Europeia. Em um primeiro momento, o Reino Unido assumiu papel de coordenação na reconstrução do velho continente, diante de sua proximidade com os Estados Unidos e na condição de vitorioso do conflito bélico. Já a França, de forma articulada, exerceu papel de líder e condutora dos processos integracionistas do continente. À sua vez, a Alemanha, derrotada e dividida entre a

---

<sup>40</sup> Ironicamente, aos nossos dias, o Reino Unido é o país com maior número de ressalvas à plenitude integracionista europeia. Reflexo da relação de parceria estabelecida com os Estados Unidos.

<sup>41</sup> Tradução livre: “Europa não será feita de uma só vez, ou de acordo com um plano único. Ela será construída por meio de realizações concretas que primeiro criará um fato de solidariedade. A união das nações da Europa requer a eliminação da antiga oposição de França e Alemanha. Qualquer ação tomada deverá primeiro preocupar estes dois países”. - The Schuman Declaration – 9 May 1950): disponível em [http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index\\_en.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_en.htm). Acessado em 22 de dezembro de 2014.

República Federal da Alemanha (Alemanha Ocidental, capitalista) e República Democrática da Alemanha (Alemanha Oriental, comunista), teve ações opostas. Enquanto esta se aproximava do bloco comunista, aquela realizava políticas voltadas para o continente em distintas frentes: a reconstrução dela própria, seu engajamento nas estruturas multilaterais; como instrumento de oposição frente ao crescimento e influência da Alemanha Oriental; e como mecanismo de autocontrole para não incorrer em nova insurreição nazista.

Apesar de inicialmente as ações integracionistas se centrarem na triangulação entre Reino Unido, França e Alemanha, serão estas últimas as responsáveis pela formação do eixo condutor do projeto europeu. Em 1951, por meio do tratado de Paris, a aliança franco-germânica formará, além da EUROTOM, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), considerada o embrião do bloco e responsável pelo controle estratégico, econômico e bélico, da matéria-prima necessária para construção de armamentos.

Para o exercício de suas funções, foi criada a figura de uma Alta Autoridade, de caráter supranacional. A viabilidade do tratado pressupunha a cessão de poder de ambos os países em favor da instituição supranacional, mantendo-se aberta a possibilidade de ingresso de outras nações europeias ao acordo. Com ele, foi possível serem criadas as bases para o tratado de Roma, início da Comunidade Econômica Europeia (CEE), marco institucional da criação do bloco europeu, em 1957. Ao discorrer sobre o tratado, Cruz afirma:

Mantém-se a componente “supranacional”, consubstanciada, como na CEE, em três instituições: a Comissão (sucessora da “Alta Autoridade”), a Assembléia e o Tribunal de Justiça. No entanto, já não se emprega o termo “supranacional”, eliminado para salvaguardar as suscetibilidades que se haviam manifestado no Parlamento francês (...). Prevê-se que a Comissão exercerá suas funções como “plena independência, e no interesse geral da Comunidade. (CRUZ, 2006, p. 12-13).

As novas instituições corresponderiam às atribuições inerentes aos poderes executivo, legislativo e judiciário. Assim, a Comissão Europeia, gestora do tratado, seria responsável por negociar novos tratados, executar e zelar pelo orçamento; a Assembleia (futuro Parlamento Europeu), seria a representação popular do bloco, cujas funções principais são a produção legislativa e fiscalização da Comissão Europeia (órgão executivo); e o Tribunal de Justiça o prestador de jurisdição quanto às leis vinculativas

do bloco.<sup>42</sup>

O aprofundamento integracionista esbarrou, como ainda o faz, em sentimento forjado pelo Estado nacional, no qual os limites territoriais envolvem povo e estabelecem soberania estatal. Contudo, não foram capazes de cessar o ímpeto regional.

Inúmeras frentes, no campo da segurança, no político ou econômico foram criadas. A Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), em 1949, de cunho militar e defensivo contra a União Soviética. O Conselho da Europa, em 1949, por meio do tratado de Westminster, de características políticas. A união aduaneira entre Bélgica, Holanda e Luxemburgo (BENELUX), em 1948, considerada o primeiro movimento de integração econômica. Todos por instrumento de tratados internacionais e de caráter integracionista.

Os seis países signatários do tratado de Roma (Alemanha Ocidental, França, Itália, Holanda, Bélgica e Luxemburgo), entre os vários desafios, agiram no sentido de expandir o bloco e lidar com as assimetrias do continente, criando, para tanto, uma política de auxílio aos países periféricos (mais pobres), conforme aponta Pecequillo:

Tais assimetrias, assim como as diferenças de agenda internacional entre essas nações, em sua escala e dimensão regional e global, explicam, ao longo da história, muitas das divergências e disputas internas entre os membros. Essas disputas se acentuaram a partir de 1973 com o lançamento dos processos de expansão, incluindo a criação de mecanismos de ajuda a países mais pobres que desejavam incorporar-se ao bloco como Grécia, Portugal e Espanha (PECEQUILLO, 2014, p. 13).

Entre idas e vindas, o movimento expansionista do bloco ocorreu a partir de 1973 com a admissão de Reino Unido, da Dinamarca e da Irlanda, totalizando nove países. Nos dois anos seguintes, foram criados o Fundo Social Europeu (ESF)<sup>43</sup> e o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER)<sup>44</sup>, cujo aporte era feito pelos países mais ricos com vistas a criar forma de financiamento interno do bloco para transferência às nações mais pobres, ao revés de depender de apoio externo, como o plano Marshall.

Em 1965, dada a sobreposição de funções no bloco, foram fundidas a Comunidade

---

<sup>42</sup> Maiores discussões sobre estas instituições ou seus substitutos serão tratadas nos tópicos seguintes deste capítulo.

<sup>43</sup> Visava o desenvolvimento de políticas sociais. (PECEQUILLO, 2014, p. 21).

<sup>44</sup> Buscava a redução das assimetrias entre os países mais e menos desenvolvidos do bloco, direcionando auxílio aos setores estratégicos de infraestrutura, ciência e tecnologia. (PECEQUILLO, 2014, p. 21)



Econômica Europeia (CEE), a Comunidade Europeia de Energia Atômica (EURATOM<sup>45</sup>) – e a Comunidade Econômica do Carvão e Aço (CECA) na Comunidade Europeia (CE), por meio do tratado de Bruxelas, com vistas a unificar seus mecanismos e processos decisórios.

A atuação da comunidade passa a abordar temas distintos daqueles trazidos pela bipolaridade americana e soviética. Ademais de questões econômicas, de segurança e de políticas, a atuação passou a versar também pelo aspecto humanitário e ambiental, temas estes que seguem sendo fatores de conflito com o público externo, na medida em que o bloco é criticado por usar uma lógica para aplicação de princípios relacionados a estes temas em nível interno e outra no externo.

Entre integração e expansão; avanço e retrocesso, o movimento de elasticidade positiva teve de superar várias barreiras. A conjuntura política e econômica externa, caracterizada pelo período chamado de neoliberalismo, em particular, o praticado no Reino Unido e nos Estados Unidos, refletiu em distintas partes do mundo, criando mecanismos de defesa entre os próprios membros. As rejeições de setores da sociedade interna a temas supranacionais dificultaram a implantação de vários projetos, como o da unificação do sistema monetário, que somente foi aprovado após várias tentativas.

Crítico do processo integracionista, o General De Gaulle foi uma das figuras de destaque. Opositor das instituições supranacionais, ao reassumir o poder na França, em 1958, “freou” o avanço dos compromissos assumidos por ocasião do tratado de Roma, em 1957. Para ele, a única forma de organização europeia seria por meio dos Estados-nacionais, pois, em sua avaliação, a formação de instituições supranacionais distanciariam o exercício do poder em relação aos cidadãos, razão pela qual a Comissão (órgão executivo) teria, em sua visão, mais características de secretariado, dadas suas funções burocráticas, do que de gestora.

Esta posição é condizente com a lógica do Estado-nação e a relação do bloco mediante um conjunto de tratados por meio dos quais cada Estado resguardaria sua soberania.

De forma paradoxal, quando do ingresso dos três novos membros ao bloco, em 1973, dois deles, Reino Unido e Dinamarca, tinham pensamento semelhante ao francês De Gaulle quanto à dimensão supranacional. Conforme lembra Cruz:

---

<sup>45</sup> Criada por meio do tratado de Roma em 1957, era responsável por controlar e fomentar o estabelecimento e o crescimento de indústrias nucleares no espaço da União Europeia).

A ampliação da CEE de seis para nove membros, concretizada em 1973, trouxe para integração europeia dois novos membros que compartilhavam com a França – e mesmo a superavam em ênfase – a crítica à dimensão supranacional que era constitutiva do Tratado de Roma: o Reino Unido e a Dinamarca. A tendência predominante tanto em Londres como em Copenhague sempre foi a de enxergar a Comunidade como um todo que não seria maior do que a soma das partes. Se ingressavam na CEE, não o faziam porque suas lideranças ou elites fossem portadoras de grandes “visões” de uma Europa unificada, mas porque entendiam a necessidade pragmática de não permanecerem excluídos de um agrupamento cuja relevância econômica e comercial era crescente (CRUZ, 2006, p. 31).

Para não pairar dúvidas quanto aos objetivos do bloco, no ano de 1983, os chefes de governo e de Estado dos países membros foram signatários de uma declaração solene sobre a União Europeia, reafirmando o compromisso integracionista. Já em 1984, o Parlamento europeu aprovou a minuta da formação da União Europeia e, no ano seguinte, iniciou-se o processo de abertura das fronteiras entre França, Alemanha, Bélgica, Luxemburgo e Holanda. Em 1986, foi assinado o Acordo Único da União Europeia – AUE –, estabelecendo metas para a consolidação da União Europeia. Conforme assevera Herz e Hoffman:

O programa lançado pelo Ato Único foi um divisor de águas, ao marcar a passagem da integração econômica negativa, ou seja, a mera liberalização, para uma integração positiva (...) tornou-se cada vez mais difícil não estar envolvido em atividades cujas decisões não fossem tomadas pelo nível comunitário (...) a divisão entre as sociedades nacionais e a sociedade europeia tornou-se cada vez mais fluida. (HERZ; HOFFMAN, 2004, p. 185).

A projeção ambiciosa de cronograma de metas a serem cumpridas e o arcabouço revisional das instituições do bloco foram as marcas do AEU. Registre-se, nada obstante as críticas, desde o início da integração já era possível identificar a cessão de soberania e de poder dos Estados-nação em nome da formação do bloco europeu, como é o caso, já citado, da Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço. Esta lógica foi reproduzida nos demais tratados assinados ao longo da história da formação do bloco.

Contudo, de forma mais agressiva, as projeções estabelecidas pelo AEU, mais do que amplas, foram ambiciosas no sentido de agir em distintos domínios como a econômica, a política, a judiciária, a cultural, a ambiental, a executiva, e, em todas, implicando relativização do poder soberano do Estado-nação. Conforme identifica Pecequillo:

As prioridades estabelecidas pelo AUE foram: a reforma das instituições do bloco; a simplificação dos procedimentos decisórios e transparência em

resposta às críticas de crescimento da burocracia europeia; a facilitação dos procedimentos para o estabelecimento de legislação comum e de procedimentos de cooperação; o estabelecimento de novas competências nas áreas econômicas, sociais e de desenvolvimento (com destaque a temas como política ambiental, pesquisa e desenvolvimento tecnológico, e a política externa comum); e a criação do mercado comum (seguindo as orientações do “Livro Branco para a Consolidação do Mercado Interno”) até 1992.

(...) No que se refere à reforma das instituições do bloco, o AUE preservou o arcabouço organizacional criado no Tratado de Roma, mas ampliou as funções dos órgãos existentes, buscando estabelecer condições concretas para o aprofundamento da integração. (PECEQUILLO, 2014, p. 25).

Os movimentos de alargamento e aprofundamento oriundos do AUE culminaram, em 1992, com a assinatura do tratado da União Europeia, ou, como é conhecido, tratado de Maastricht. Este consolidou a União Europeia, tendo como eixos o mercado comum e a moeda única. Dos nove países de 1973, o bloco alçou seu quadro para 25 Estados-membros. Aos nossos dias, a comunidade conta com 28 nações nacionais.

A relação entre a soberania estatal dos Estados-nação e as diretrizes do bloco continua sendo fonte constante de tensão. Se por um lado existem instituições supranacionais capazes de formular e efetivar políticas em diversos campos; por outro, os Estados-membros têm diversas prerrogativas que, em muitos casos, permitem a eles escolherem de quais políticas participarão, seja por decisão de seus governos ou por meio de consultas populares, estas últimas inclusive fomentadas pelo próprio bloco como forma de legitimar democraticamente as decisões.

Não é possível afirmar que todas as metas projetadas pelo AUE foram alcançadas até o tratado de Maastricht, ou mesmo até aos nossos dias. Diversas delas permanecem sendo ponto de conflito. Na tentativa de adequar e aprofundar a integração do bloco, foram assinados, em 1997, o tratado de Amsterdã, e, posteriormente o tratado de Nice, em 2003, e o de Lisboa, em 2007<sup>46</sup>.

Foram divididas competências de domínio entre a União Europeia e os Estados-membros. Em sua última versão, o tratado de Lisboa indica, em seu artigo I-12º, os princípios gerais destas competências:

Quando a Constituição atribua à União competência exclusiva em determinado domínio, só a União pode legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos; os próprios Estados-Membros só podem fazê-lo se habilitados pela União ou a fim de dar execução aos actos da União.

Quando a Constituição atribua à União competência partilhada com os Estados-Membros em determinado domínio, a União e os Estados-Membros podem legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos nesse domínio. Os

---

<sup>46</sup> O tratado de Lisboa é considerado a Constituição da União Europeia. Maiores detalhes serão tratados mais adiante.

Estados-Membros exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua ou tenha decidido deixar de a exercer.

Os Estados-Membros coordenam as suas políticas económicas e de emprego de acordo com disposições, determinadas na Parte III, para cuja definição a União tem competência.

A União dispõe de competência para definir e executar uma política externa e de segurança comum, inclusive para definir gradualmente uma política comum de defesa.

Em determinados domínios e nas condições previstas pela Constituição, a União dispõe de competência para desenvolver acções destinadas a apoiar, a coordenar ou a complementar a acção dos Estados-Membros, sem substituir a competência destes nesses domínios (...) (TRATADO DE LISBOA, 2007, s/p).

Entre aquelas exclusivas da União Europeia se encontram, entre outras: a união aduaneira, o estabelecimento de regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno; a política monetária para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro; a Conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas; a política comercial comum e aquelas vinculadas à celebração de acordos. Por sua vez, entre as várias competências partilhadas, podem ser citadas: o mercado interno, a política social, a coesão económica, social e territorial; a agricultura e pescas (à exceção da conservação dos recursos biológicos do mar); a defesa dos consumidores; o transporte; a energia; o espaço de liberdade, segurança e justiça; a saúde pública; a indústria; a cultura; o turismo; a educação, juventude, desporto e formação profissional; a proteção civil. (TRATADO DE LISBOA, 2007, artigos I-13º à I-17º, s/p).

Ao realizar a evolução temporal desde o tratado de Roma (ou o tratado da CEEA, para quem o utiliza como marco inicial do bloco) ao mais recente, de Lisboa, há, de forma concreta, aprofundamento e ampliação das competências da União Europeia. Em poucos anos, historicamente falando, havia concentração de competências exclusivas dos Estados-membros, o que tem sido alterado em favor da comunidade europeia. Com este movimento, altera-se também a dimensão do poder soberano estatal, implicando em uma nova conformação ou modelo de Estado, se assim podemos chamar esta nova configuração.

A partir do tratado de Maastricht, a busca pela cidadania europeia tem como reflexo a aproximação do bloco à realidade das sociedades nacionais. Notório é o conjunto de fatores tendentes a superar as notas sob as quais se forjou o Estado-nacional, quais sejam: o território, o povo e a soberania. Como indica o próprio tratado, todos cidadãos nacionais de país membro também detêm a cidadania europeia, razão pela qual têm:

O direito de circular e residirem livremente na comunidade; O direito de votarem e de serem eleitos nas eleições europeias e municipais do Estado em que residem; O direito à proteção diplomática e consular de um Estado-membro diferente do Estado-membro de origem no território de um país terceiro em que este último Estado não esteja representado. O direito de petição ao Parlamento Europeu e de apresentação de queixa junto ao Provedor de Justiça Europeu. (TRATADO DE MAASTRICHT, 1992, s/p).

Atualmente, a União Europeia conta com várias instituições supranacionais responsáveis por tomar decisões vinculativas em domínios pré-determinados pelo tratado de Lisboa, tais como: o Conselho Europeu, o Conselho de Ministros, o Banco Central Europeu, o Tribunal de Contas, o Comitê Econômico e Social, o Comitê das Regiões, o Banco Europeu de Investimento.

Na impossibilidade de se discutir, dentro do escopo deste trabalho, todas as instituições, serão destacadas apenas a Comissão Europeia, o Parlamento Europeu e o Tribunal de Justiça, mormente por corresponderem aos papéis exercidos pelos poderes executivo, legislativo e judiciário, como indicado anteriormente.

### 3.2 - Comissão Europeia: a atividade executiva.

No contexto das atividades tidas como pertencentes ao poder executivo, existem prioritariamente três instituições dentro da União Europeia: o Conselho Europeu, formado pelos chefes de Estado de cada país membro e cujas funções residem em aprovar, por consenso, as diretrizes e prioridades do bloco; o Conselho de Ministros, composto pelos ministros de relações exteriores de governos de todos os países da União Europeia, os quais se reúnem periodicamente com vistas a tomar decisões sobre temas específicos; e a Comissão Europeia, órgão executivo do bloco, politicamente independente e representante dos interesses da comunidade.

É sobre esta última instituição que versarão as próximas laudas deste trabalho, na medida em que, no sentir deste bacharelado, entre as três instituições citadas, ela é a força motriz da comunidade e sobre a qual repousam competências anteriormente depositadas no âmbito de cada Estado nacional.

A Comissão Europeia teve sua origem na figura da Alta Autoridade, criada em 1952, na oportunidade do tratado franco-germânico do CECA (Comunidade Europeia de Carvão e Aço), e, posteriormente, na ocasião do tratado de Roma, em 1957, que institui a Comunidade Econômica Europeia (CEE), foi mantida com o nome de Comissão. Age de forma independente e idônea, conforme garantido pelo artigo I-26º.7 do tratado de

Lisboa:

7. A Comissão exerce as suas responsabilidades com total independência. Sem prejuízo do nº 2 do artigo I-28º, os membros da Comissão não solicitam nem aceitam instruções de nenhum Governo, instituição, órgão ou organismo. Os membros da Comissão abstêm-se de toda e qualquer acção que seja incompatível com os seus deveres ou com o exercício das suas funções. (TRATADO DE LISBOA, 2007, s/p).

Atualmente, é formada por 28 comissários (o que deverá ser alterado no próximo mandato, conforme programação específica), um de cada Estado-membro, com mandato de cinco anos, nomeados pelo Conselho Europeu e aprovados pelo Parlamento Europeu.

Entre as funções do órgão estão a gestão orçamentária da comunidade, a proposição de legislação ao legislativo do bloco, cumprir e fazer cumprir (juntamente com o Tribunal de Justiça) a legislação da comunidade, representar a organização frente a Estados estrangeiros e a outros blocos, conforme indica o artigo I-26º.1-4 do tratado de Lisboa:

1. A Comissão promove o interesse geral da União e toma as iniciativas adequadas para esse efeito.

A Comissão vela pela aplicação da Constituição, bem como das medidas adoptadas pelas instituições por força desta. Controla a aplicação do direito da União, sob a fiscalização do Tribunal de Justiça da União Europeia. A Comissão executa o Orçamento e gere os programas. Exerce funções de coordenação, de execução e de gestão em conformidade com as condições estabelecidas na Constituição. Com excepção da política externa e de segurança comum e dos restantes casos previstos na Constituição, a Comissão assegura a representação externa da União. Toma a iniciativa da programação anual e plurianual da União com vista à obtenção de acordos interinstitucionais.

2. Os actos legislativos da União só podem ser adoptados sob proposta da Comissão, salvo disposição em contrário da Constituição. Os demais actos são adoptados sob proposta da Comissão nos casos em que a Constituição o determinar.

3. O mandato da Comissão é de cinco anos.

4. Os membros da Comissão são escolhidos em função da sua competência geral e do seu empenhamento europeu de entre personalidades que ofereçam todas as garantias de independência. (TRATADO DE LISBOA, 2007, s/p).

Nos termos do artigo III-351º do tratado de Lisboa, as decisões da Comissão são tomadas por maioria dos membros e, em consonância com o artigo III-352º.2, ela deverá prestar relatório anual ao Parlamento Europeu sobre suas atividades.

Os desvios de conduta da Comissão ou de membro desta estão sujeitos, entre outras penalidades legais, à destituição do comissário ou mesmo de toda a Comissão, conforme prevê os artigos I-26º.8 e III-340º do tratado de Lisboa:

8. A Comissão, enquanto colégio, é responsável perante o Parlamento Europeu. O Parlamento Europeu pode votar uma moção de censura à Comissão em conformidade com o artigo III-340°. Caso tal moção seja adoptada, os membros da Comissão devem demitir-se colectivamente das suas funções e o Ministro dos Negócios Estrangeiros da União deve demitir-se das funções que exerce na Comissão. (TRATADO DE LISBOA, 2007, s/p).

Quando uma moção de censura sobre as actividades da Comissão seja submetida à apreciação do Parlamento Europeu, este só pode pronunciar-se sobre ela por votação pública e depois de decorridos, pelo menos, três dias sobre o depósito da referida moção.

Se a moção de censura for adoptada por maioria de dois terços dos votos expressos que representem a maioria dos membros que compõem o Parlamento Europeu, os membros da Comissão devem demitir-se colectivamente das suas funções e o Ministro dos Negócios Estrangeiros da União deve demitir-se das funções que exerce na Comissão. Devem permanecer em funções e continuar a gerir os assuntos correntes até à sua substituição, nos termos dos artigos I-26° e I-27°. Neste caso, o mandato dos membros da Comissão designados para os substituir expira na data em que expiraria o mandato dos membros da Comissão obrigados a demitirem-se colectivamente das suas funções. (TRATADO DE LISBOA, 2007, s/p).

Ao se confrontar as competências exclusivas da União Europeia e aquelas partilhadas com os Estados-membros, constata-se o poder a cargo da Comissão Europeia, pois é por meio dela que a maior parte das competências da comunidade são realizadas. Vinculadas a ela existem atualmente, conforme dados oficiais da comunidade<sup>47</sup>, 139 delegações do bloco espalhadas pelo mundo, responsáveis por sua representação junto aos diversos organismos internacionais, blocos regionais e Estados-nação.

Diante da organização e da concentração de poder em seu órgão executivo, a presidência da Comissão Europeia assume *status* de chefe de Estado, sendo recebida como tal em suas visitas oficiais.

Observe-se, por exemplo, que a Lei 40 de 25 de agosto de 2006, que trata das precedências protocolares do Estado Português, determina em seu artigo 35° que as autoridades estrangeiras devem ter tratamento equivalente às homólogas do país. Por isso, o artigo 35°.2, da mesma lei, determina que o presidente da Comissão Europeia deverá seguir (ser posicionado) imediatamente após o primeiro ministro, que é precedido somente pelo Presidente e vice Presidente da República. Em outras palavras, o tratamento prestado a ele é equivalente ao de chefe de Estado.

Outro viés importante é o orçamentário. Conforme dados do bloco, de 2011, o orçamento anual conjunto de todos os então 27 Estados-membros era de € 6.300 bilhões.

---

<sup>47</sup> UNIÃO EUROPEIA - Dados disponíveis em: [http://eeas.europa.eu/delegations/index\\_pt.htm](http://eeas.europa.eu/delegations/index_pt.htm). Acessado em 24 de dezembro de 2014.

Já o orçamento da Comunidade Europeia em 2014 ascendia ao valor de € 142 bilhões<sup>48</sup>. Do valor destinado ao bloco, apenas 6% é gasto com a administração da máquina e 6% na área de política externa. Os demais 88% são gastos nos Estados-membros, por meio de investimento<sup>49</sup>.

Para efeitos comparativos, o orçamento anual do Brasil (7ª economia do mundo<sup>50</sup>) projetado para o ano de 2015 é de R\$ 2.969 trilhões<sup>51</sup> (aproximadamente € 905, bilhões). Destes, R\$ 1.400 trilhões (€ 426,82 bilhões), equivalente a 47,16%, são dedicados exclusivamente para pagamento e rolagem da dívida pública. Assim, resta um saldo de € 478,18 bilhões para investimento e custeio da máquina pública, ou seja: 3,005 vezes o valor do orçamento da Comunidade Europeia para o ano de 2014.

Em rápida análise, constata-se que o valor orçamentário do bloco é irrisório quando comparado ao do conjunto de nações que o compõe. No entanto, ele é usado em sua quase totalidade na forma de investimento para a solução de assimetrias na comunidade. Ademais, comparado ao Brasil, trata-se de um orçamento significativo e que colocaria o bloco em situação confortável em relação à maioria dos países do mundo.

Desta maneira, detentora de importante orçamento e de competências robustas, a Comissão Europeia representa a Comunidade Europeia, ocupando função de destaque em relação aos países e blocos com quem faz interface e, sobretudo, às demais instituições do bloco.

### 3.3 - Parlamento Europeu: o enfrentamento do déficit democrático e a ampliação de suas competências.

Como já apresentado, a criação da União Europeia ocorreu diante de uma lógica globalizante do século XX, da necessidade de a Europa se unificar com vistas a superar o pós-guerra e de ser estabelecido equilíbrio na região. Mais do que anseio popular, tratou-se de iniciativa dos chefes de Governo e/ou de Estado de cada país. Enquanto o tratado

---

<sup>48</sup> UNIÃO EUROPEIA - Dados disponíveis em: [http://europa.eu/pol/financ/index\\_pt.htm](http://europa.eu/pol/financ/index_pt.htm). Acessado em 24 de dezembro de 2014.

<sup>49</sup> UNIÃO EUROPEIA - Dados disponíveis em: <http://www.europarl.europa.eu/news/pt/news-room/content/20141212IPR01102/html/PE-aprova-or%C3%A7amento-da-UE-para-2015-e-or%C3%A7amentos-retificativos-para-2014>. Acessado em 24 de dezembro de 2014.

<sup>50</sup> De acordo com dados do IPRI – Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais – Órgão da Fundação Alexandre Gusmão - disponível em [http://www.funag.gov.br/ipri/images/analise-e-informacao/01-Maiores\\_Economias\\_do\\_Mundo.pdf](http://www.funag.gov.br/ipri/images/analise-e-informacao/01-Maiores_Economias_do_Mundo.pdf). Acessado em 17 de abril de 2015.

<sup>51</sup> Dados disponíveis em: [https://orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2015/orcamento-2015/ploa/orcamento\\_cidadao\\_-2015\\_web](https://orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2015/orcamento-2015/ploa/orcamento_cidadao_-2015_web). Acessado em 24 de dezembro de 2014.



de Roma, de 1957, em seus mais de 248 artigos, nada fala de princípios democráticos, o tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, também assinado em Roma, em 2004, determina já em seu preâmbulo a democracia e o Estado de Direito como valores do bloco:

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. (TRATADO QUE ESTABELECE UMA CONSTITUIÇÃO PARA A EUROPA, 2004, s/p).

No âmbito do tratado de Roma, de 1957, uma possível participação popular, por meio de eleição de representantes junto à Comunidade Econômica Europeia (CEE), restaria na dependência de aprovação, por unanimidade, de projeto uniforme a todos os Estados-membros, por parte do Conselho (órgão executivo e composto por chefes de Estado ou de Governo). Somente 20 anos após a assinatura deste tratado, em 1976, foi ocorrer tal decisão do órgão executivo, permitindo aos cidadãos escolherem de forma livre e direta seus representantes junto ao Parlamento Europeu<sup>52</sup>.

Até a instituição do Parlamento Europeu, a representação legislativa ocorria, de forma indireta, por meio da Assembleia, criada pelo tratado de Roma<sup>53</sup>. Sem a legitimação popular, a instituição sempre representou “o lado mais fraco” entre os poderes executivo (Comissão), judiciário (Tribunal) e legislativo (Assembleia). Por isso, é possível afirmar quanto a existência não só um déficit democrático relacionado à representatividade como também um relacionado à divisão de poder republicano.

Ainda que o marco de criação do Parlamento ocorra somente em 1976 e com eleições diretas em 1979<sup>54</sup>, os legisladores, representantes indiretos da sociedade junto à Assembleia, pautaram suas atividades na busca da ampliação de competências legislativas a partir da transferência daquelas destinadas aos Estados nacionais; do controle sobre o executivo e da autonomia orçamentária.

Evidenciam-se, pelo menos, duas frentes de embates no Parlamento Europeu. A

---

<sup>52</sup> Para aprofundamento sobre o tema, ver Acto Relativo à ELEIÇÃO DOS REPRESENTANTES AO PARLAMENTO EUROPEU POR SUFRÁGIO UNIVERSAL DIRECTO, de 20 de setembro de 1976.

<sup>53</sup> O mesmo ocorre com o MERCOSUL. Criado por meio do Tratado de Assunção, de 26/03/1991, ainda hoje tem os representantes do Parlamento do Mercosul indicados entre os parlamentares nacionais. Único país a realizar eleições diretas, o Paraguai o fez por questões de política interna.

<sup>54</sup> De acordo com Pecequillo (2014, p. 20), o primeiro ciclo de eleições ocorreu em 1979, com uma participação popular significativa em torno de 61% dos eleitores aptos a votar e teve como propósito reativar a dimensão política da integração.

primeira, em relação aos Estados nacionais com vistas à ampliação de suas competências. A segunda, dentro do próprio bloco já que há acúmulo de funções por parte da Comissão Europeia (órgão executivo). Assim, há não só o desafio da legitimação do poder legislativo como também a clara necessidade de equilíbrio das estruturas de pesos e controle entre as instituições supranacionais da União Europeia. Antes e depois da criação do Parlamento Europeu estes temas permanecem “na pauta do dia”.

Em 1970, a partir da lógica de recursos próprios da comunidade, constituindo assim um orçamento próprio, o órgão legislativo viu crescer seu controle orçamentário. Ao revés do controle ser realizado pelos parlamentares nacionais, incumbiram-se desta missão os euro-parlamentares. A própria questão da legitimidade democrática na tomada das decisões, revestindo e aproximando as diretivas da comunidade à sociedade nacional, determinou o incremento de funções parlamentares.

A perspectiva conceitual do legislativo europeu era então a de ser “a espinha dorsal” do projeto de integração, dando-lhe vida e representatividade. Nele, estariam representados os diferentes segmentos ideológicos e diversidade cultural existente no bloco, formadores de opinião capazes de exercer influência em seus respectivos países e seguimentos.

Todavia, seguia-se o déficit democrático horizontal, na medida em que não existia real divisão de poder entre o Parlamento e Comissão Europeia. Note-se, como aduz Cruz (2014, p. 50-53), que ao ser transferida determinada competência à comunidade, ainda que esta fosse exercida originalmente pelos parlamentares nacionais, nos Estados-membros, por inúmeras vezes, eram transferidas para competência de outros órgãos da União Europeia e não necessariamente para o Parlamento Europeu. No geral, a transferência de competência se daria em benefício do Conselho ou da Comissão Europeia (executivo) em detrimento do legislativo, pelo que ocorria a acumulação de poder, provocando desequilíbrio institucional.

Ao se referir ao “enfraquecimento” da atividade parlamentar, o autor assevera:

Feitas as contas, parece inevitável concluir que a integração europeia produziu, de fato, um efeito de “desparlamentarização” da vida política, ao menos em alguns temas. É nessa perspectiva que já se pôde afirmar que “há amplo acordo tanto entre estudiosos da integração como entre peritos em questões legislativas no sentido de que a dinâmica da integração europeia tende a enfraquecer a capacidade dos Parlamentos nacionais de controlar o poder executivo”. A União Europeia tem, assim, uma dimensão intergovernamental, mas não uma dimensão “interparlamentar”. (CRUZ, 2006, p. 104).

Do ponto de vista da elaboração do presente trabalho, a cessão de competência

dos Estados-nação em benefício da União Europeia é o bastante para ilustrar a paulatina e constante ruptura com o conceito básico de Estado nacional instaurado na modernidade. Por isso, neste ponto e já caracterizado o histórico e as principais nuances relativas à formação do Parlamento Europeu, passam-se, nas linhas seguintes, a discutir as competências atuais deste órgão.

Mesmo com suas limitações<sup>55</sup>, o Parlamento Europeu trabalha em processo de codecisão, introduzido pelo tratado de Maastricht<sup>56</sup>, com o Conselho (executivo), e por meio de interface e colaboração com os Parlamentos nacionais, nos termos do artigo III-330º da Constituição Europeia (tratado de Lisboa):

(...) O Conselho delibera por unanimidade, por iniciativa do Parlamento e após aprovação deste que se pronuncia por maioria dos membros que o compõem. Essa lei ou lei-quadro entra em vigor após a sua aprovação pelos Estados-Membros, em conformidade com as respectivas normas constitucionais. (TRATADO DE LISBOA, 2007, art. III-330º, s/p).

O processo legislativo é caracterizado pelo procedimento ordinário, em regime colegislativo entre a Comissão e o Parlamento, naquelas competências, exclusivas e partilhadas, da União.

Por meio dele, o Parlamento exerce suas atribuições mais importantes, aprovando todos os tratados firmados pela União Europeia e controlando o orçamento, conforme indicam os artigos e 95 do Regimento Interno do Órgão:

1. O Parlamento procederá ao controlo da execução do orçamento em curso. Confiará essa missão às comissões competentes para o orçamento e para o controlo orçamental, bem como às demais comissões interessadas.
2. O Parlamento analisará todos os anos, antes da primeira leitura do projeto de orçamento relativo ao exercício seguinte, os problemas decorrentes da execução do orçamento em curso, se necessário com base numa proposta de resolução a apresentar pela comissão competente. (REGIMENTO INTERNO DO PARLAMENTO EUROPEU, art. 95, s/p).

Também, exerce a fiscalização sobre os atos da Comissão, podendo, no caso de aprovação de moção de censura, por dois terços de seus membros, implicar na destituição desta, conforme indica o art. 234º do tratado sobre o funcionamento da União:

(...) Se a moção de censura for adoptada por maioria de dois terços dos votos expressos que representem a maioria dos membros que compõem o Parlamento Europeu, os membros da Comissão devem demitir-se colectivamente das suas funções e o Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a

---

<sup>55</sup> As competências do Parlamento Europeu foram ampliadas a partir do tratado de Lisboa, quando comparadas com os acordos anteriores.

<sup>56</sup> A partir do tratado de Lisboa, este processo legislativo passou a se chamar ordinário.

Política de Segurança deve demitir-se das funções que exerce na Comissão. (TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA, art. 234º, s/p).

Nada obstante haver primazia na apresentação de projetos pela Comissão, conforme o tratado sobre o funcionamento da União Europeia, o Parlamento Europeu, por iniciativa de seus parlamentares, poderá requerer à Comissão a apresentação de proposta sobre determinada matéria. É a literalidade do artigo 225º de dito tratado e também do artigo 46º do Regimento Interno do Parlamento:

O Parlamento Europeu pode, por maioria dos membros que o compõem, solicitar à Comissão que submeta à sua apreciação todas as propostas adequadas sobre as questões que se lhe afigure requererem a elaboração de actos da União para efeitos de aplicação dos Tratados. Caso não apresente uma proposta, a Comissão informa o Parlamento Europeu dos motivos para tal. (TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA, art. 225º, s/p).

1. O Parlamento pode solicitar à Comissão, nos termos do artigo 225.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que submeta à sua apreciação qualquer proposta que entenda adequada para a aprovação de novos actos ou para a alteração dos actos existentes, aprovando uma resolução com base num relatório de iniciativa elaborado pela comissão competente nos termos do artigo 52.º. Para a aprovação da referida resolução são necessários os votos favoráveis da maioria dos membros que compõem o Parlamento na votação final. O Parlamento pode, simultaneamente, fixar um prazo para a apresentação da referida proposta.

2. Assiste a todos os deputados a possibilidade de apresentarem propostas de atos da União ao abrigo do direito de iniciativa conferido ao Parlamento pelo artigo 225.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. As propostas podem ser apresentadas por um máximo de 10 deputados. As propostas devem indicar a respetiva base jurídica e podem ser acompanhadas por uma exposição de motivos com um máximo de 150 palavras. (REGIMENTO INTERNO DO PARLAMENTO EUROPEU, art. 46, s/p).

Por sua vez, no que diz respeito ao trabalho colaborativo com os Estados-membros, as instituições da União Europeia, e no caso particular o Parlamento Europeu, atuam regidos pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Assim, é defesa a atuação tanto da União quanto do Estado nacional em competências alheias às suas. Em outro giro, naqueles domínios cuja Constituição Europeia (leia-se tratado de Lisboa) atribua competência partilhada, os Estados-membros atuam de forma subsidiária. É o que se extrai dos artigos I-11º e I-12º:

1. A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.
2. Em virtude do princípio da atribuição, a União actua dentro dos limites das

competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído na Constituição para alcançar os objectivos por esta fixados.

As competências que não sejam atribuídas à União na Constituição pertencem aos Estados-Membros.

3. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser melhor alcançados ao nível da União.

As instituições da União aplicam o princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Os Parlamentos nacionais velam pela observância deste princípio de acordo com o processo previsto no referido Protocolo.

4. Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da acção da União não deve exceder o necessário para alcançar os objectivos da Constituição.

As instituições da União aplicam o princípio da proporcionalidade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. (TRATADO DE LISBOA, art. I-11°, s/p).

(...) 2. Quando a Constituição atribua à União competência partilhada com os Estados-Membros em determinado domínio, a União e os Estados-Membros podem legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos nesse domínio. Os Estados-Membros exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua ou tenha decidido deixar de a exercer. (TRATADO DE LISBOA, 2007, art. I-12°, s/p)..

Os princípios regentes da proporcionalidade e da subsidiariedade, bem como o processo legislativo determinado no Regimento Interno do Parlamento Europeu, buscam manter a harmonia entre a União Europeia e os Estados-membros na busca de uma identidade pós-nacional. A importância dos Parlamentos nacionais é ressaltada pelo próprio tratado de Lisboa, que contém protocolo anexo relativo ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia, normatizando a interface entre os níveis comunitário e local, definindo procedimentos e instando a cooperação interparlamentar.

Entre as indagações relativas a esta relação e mesmo à nomenclatura aqui utilizada (União e Estado-membro), uma é ressaltada: não seria esta nova forma de organização apresentada na comunidade a estrutura de um Estado Federado? Por mais tentador que seja, entrar nesta discussão nos remeteria a outros aportes teóricos os quais não se coadunam com as limitações desta monografia de final de curso<sup>57</sup>. Por agora, resta-nos saber que as estruturas institucionais do bloco, ainda que em construção, privilegiam a harmonia de seu conjunto, ou seja: da União e dos Estados nacionais.

---

<sup>57</sup> Para reflexão sobre Estado Federado e Estado Confederado, reportar-se, entre outros, a MADISON, James; HAMILTON, Alexander e JAY, John, em O Federalista. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

O desafio constante do bloco é o de diminuir o déficit democrático nas instâncias da União Europeia. Neste contexto, o parlamento é de extrema importância dada sua característica de representatividade. A participação popular é mais efetiva em nível nacional, o que reforça o vínculo do cidadão com o conceito de Estado-nação. Esta lógica tende à alteração quão mais profunda for a representatividade e o processo de legitimação e participação dos parlamentares europeus.

Nas palavras de Habermas, ao discutir a participação do cidadão na comunidade europeia:

(...) os cidadãos ficam cada vez mais divididos entre uma participação ativa e uma afecção passiva. Um número crescente de medidas, decididas em nível supranacional, atinge cada vez mais pessoas, num número cada vez maior de áreas vitais. Como, porém, o papel de cidadão só é institucionalizado efetivamente em nível de Estado nacional, as pessoas não têm possibilidades de tematizar ou de influenciar decisões europeias. (HABERMAS, 1997, p. 292).

Em outro viés, a despeito da clássica discussão acerca da coercibilidade da norma internacional, pois esta - de regra e na lógica do Estado-nação - é conflitiva quando em confrontada ao direito interno, será possível identificar mudança de caráter normativo e interpretativo do direito internacional.

Em outras palavras, com as instituições suprapartidárias europeias, os Estados-nação evoluem no sentido de alterarem suas concepções desde uma perspectiva monista nacionalista ou mesmo dualista radical ou temperada, projetando-se a um conceito monista internacionalista<sup>58</sup>. No próximo subitem será possível identificar a capacidade de jurisdição outorgada ao Tribunal de Justiça da União Europeia, desde sua fundação até recentes julgados.

### 3.4 - O Tribunal de Justiça da União Europeia.

Relembrando, por ocasião do tratado de Roma, em 1957, criou-se a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e, como órgãos dela, foram criadas a Comissão, a Assembleia e o Tribunal de Justiça. Em sua atual formatação, esta última instituição é dividida em secções (composta por cinco juízes), grande secção (composta por treze juízes) e tribunal pleno, conforme o Estatuto do Tribunal.

---

<sup>58</sup> Para discussão quanto as correntes monista e dualista, referir-se a MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

É composto por, pelo menos, um juiz de cada Estado-membro, com mandato de seis anos, renovável por igual período. Além destes, nove advogados-gerais têm a função de intervir de forma independente nos processos em tramitação junto à Corte, naquelas matérias que lhes digam respeito.

Tanto juízes como advogados-gerais são escolhidos, nos termos do artigo III-357º do tratado de Lisboa, entre cidadãos europeus de reconhecido conhecimento jurídico e de conduta ilibada. A escolha do Presidente do Tribunal, por sua vez, é feita pelos próprios pares, podendo o mandato deste ser renovado.

O Tribunal conta ainda com uma espécie de justiça de primeira instância, denominado Tribunal Geral, responsável, entre outras atribuições, por conhecer: ações ou recursos interpostos por pessoas, singulares ou coletivas, contra atos das instituições ou órgãos da União Europeia; ações e recursos interpostos pelos Estados Membros contra a Comissão ou contra o Conselho, quanto aos atos cujo domínio reside na competência estatal; ações ou recursos impetrados contra contratos celebrados pela União Europeia, cuja competência seja expressamente determinado pelas partes como sendo a do Tribunal Geral.

Enquanto o direito material é oriundo da produção legislativa do Parlamento, da Comissão ou mesmo de outros órgãos, como o Banco Central Europeu; o direito processual do Tribunal Geral é obtido a partir de regulação aprovada pelo Conselho (executivo).

As decisões do Tribunal Geral (1ª instância) são passíveis de recurso ao Tribunal de Justiça (2ª instância), limitando-se estas às questões de direito, conforme o artigo III-358º do tratado de Lisboa (Constituição Europeia):

(...) As decisões proferidas pelo Tribunal Geral ao abrigo do presente número podem ser objecto de recurso para o Tribunal de Justiça limitado às questões de direito, nas condições e limites previstos no Estatuto. (TRATADO DE LISBOA, 2007, artigo III – 358º, s/p).

Entre as ações impetradas junto ao Tribunal encontram-se: os pedidos de decisão a título prejudicial, por meio dos quais os tribunais nacionais (responsáveis também pela aplicação da legislação europeia) solicitam esclarecimento quanto a interpretação de uma norma, pois se corre o risco de interpretações distintas entre os vários países, nos termos do artigo III – 369º do tratado de Lisboa; as ações por incumprimento, quando a Comissão interpela um Estado-membro por descumprir qualquer de suas obrigações (ou vice-versa),

conforme o artigo III – 360º e III – 361º do tratado de Lisboa; os recursos de anulação, nos quais um Estado-membro, o Conselho, a Comissão ou o Parlamento considerar que uma disposição legislativa da comunidade é ilegal, conforme o artigo III – 368º do tratado de Lisboa; as ações por omissão, cujo objeto é a declaração de omissão de ato a ser tomado ou implementado pelo Conselho, a Comissão ou o Parlamento, conforme o artigo III – 367º do tratado de Lisboa; e as ações diretas, que tratam da reparação de dano sofrido por particular ou empresa diante de ação ou omissão de algum dos órgãos da comunidade ou de seus agentes, conforme artigo III – 371º do tratado de Lisboa.

Dentro da estrutura judiciária europeia e de seus Estados-membros, ademais do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, poderão ser criados tribunais especializados, vinculados ao Tribunal Geral, e encarregados de conhecer determinadas matérias. Neste caso, das decisões tomadas por ditos tribunais caberá recurso ao Tribunal Geral, nos termos do artigo III – 359º.3 do tratado de Lisboa:

3. As decisões dos tribunais especializados podem ser objecto de recurso para o Tribunal Geral, limitado às questões de direito ou, quando tal estiver previsto na lei europeia que crie o tribunal especializado, que incida também sobre as questões de facto. (TRATADO DE LISBOA, 2007, s/p)

São exemplos dos poderes coercitivos do Tribunal de Justiça da União Europeia os indicados no artigo III – 362º do tratado de Lisboa, a saber:

1. Se o Tribunal de Justiça da União Europeia declarar que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força da Constituição, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal.
2. Se a Comissão considerar que o Estado-Membro em causa não tomou as medidas necessárias à execução do acórdão a que se refere o nº 1, pode submeter o caso ao Tribunal de Justiça da União Europeia, após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações. A Comissão indica o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-Membro, que considerar adequado às circunstâncias. Se o Tribunal declarar que o Estado-Membro em causa não deu cumprimento ao seu acórdão, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou de uma sanção pecuniária compulsória. (TRATADO DE LISBOA, 2007, s/p).

O Tribunal de Justiça é o órgão máximo de interpretação a Constituição Europeia (tratado de Lisboa), capaz de decidir sobre os temas jurídicos atinentes ao bloco e sobre a validade e interpretação dos atos das instituições, órgãos e organismos da União. Assim, não há que se discutir a capacidade de jurisdição da qual é dotado o Tribunal de Justiça Europeu, apreciador de norma material e processual afeta à Comunidade Europeia e seus cidadãos.



Ao discorrer sobre o caráter inovador surgido a partir da regulamentação comunitária ocorrida na Europa dos anos 50, Cruz (2004, p. 18) ressalta o papel do Tribunal de Justiça na interpretação de normas primárias, os tratados; e das secundárias, editadas por instituições criadas pelos tratados. De acordo com o autor, as interpretações do Tribunal, paulatinamente, foram endossadas pelos Tribunais dos Estados-membros, de maneira a criar princípios relevantes, como:

*Doutrina do “efeito direto”.* Na decisão sobre o caso “Van Gend en Loos” (1963), o Tribunal afirmou que “a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, em favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, seus direitos soberanos, e da qual são sujeitos não apenas os Estados Membros mas igualmente seus nacionais”. (...)

Consolidada a doutrina, o número de ações judiciais cresceu exponencialmente e, em consequência, os indivíduos e empresas, assim habilitados a exigir os direitos que a “nova ordem jurídica de direito internacional” lhes assegurava, tornaram-se “os principais guardiões da integridade do direito comunitário”.

*Doutrina da primazia do direito comunitário.* Em 1964 (...), o Tribunal estabeleceu o princípio segundo o qual a integração do direito comunitário ao direito de cada país tem por corolário “a impossibilidade de os estados de fazerem prevalecer, contra uma ordem jurídica aceita por eles sobre base de reciprocidade, uma medida unilateral ulterior”. Afirmou, assim, a “preeminência do direito comunitário”, indicando ser esta confirmada pelo Art. 189 do Tratado de Roma (segundo o qual os regulamentos da CEE são obrigatórios e diretamente aplicáveis). (...).

*Mecanismos de recurso judicial.* A “constitucionalização” fortalece o quadro jurídico comunitário em sua pretensão de validade e de aplicabilidade no território dos Estados-membros. Com o funcionamento do sistema de recursos judiciais previsto no Tratado de Roma, esse processo ganharia seu significado pleno. Um elemento em particular revelou-se decisivo: o funcionamento, talvez além do previsto pelos redatores do tratado, do mecanismo de “decisão preliminar” sobre o qual dispunha o Art. 177 (e sobre o qual continua a dispor o atual Art. 234, TCE). Esse dispositivo estabelecia a possibilidade de que tribunais nacionais – e a obrigatoriedade no caso de tribunais com o status de instância suprema – submetessem questões ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, entre outros aspectos, sobre a interpretação do tratado e sobre a validade e interpretação de atos adotados por instituições da Comunidade. (CRUZ, 2006, p. 19 e 10). (grifou-se)

Tais decisões fomentaram uma linha de comunicação entre os Tribunais dos Estados-membros e o Tribunal de Justiça da União Europeia. Entre as grandes diferenças com os tribunais internacionais, no caso europeu, a decisão tem caráter vinculativo e não pode ser desconsiderada.

A partir do surgimento da Constituição Europeia, avultou-se de importância a discussão relativa à norma de referência, a europeia ou a do Estado-membro. Por isso, a seguir, mesmo sem a perspectiva de esgotar o tema, trataremos como sub-tópico deste item a questão relativa ao constitucionalismo europeu e o nacional.

### 3.5 - O tratado de Lisboa: entre o constitucionalismo europeu e o nacional.

A partir do Ato Único Europeu, em 1983, houve uma sucessão de iniciativas em prol da consolidação da comunidade europeia, culminando, como visto, com a assinatura do tratado de Lisboa, em 2007, que se auto intitula: *Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa*.

A este respeito, autores têm opiniões divergentes, pois, para alguns, não se trata de uma Constituição propriamente dita na medida em que esta carece de elementos constitutivos, pois não se originou a partir de um poder constituinte, razão pela qual falta-lhe legitimidade. Conforme Nunes:

Tem-se discutido muito acerca da questão de saber se, juridicamente, faz sentido falar-se de Constituição Europeia.

Entre os que rejeitam esta ideia, destacam-se os que recusam a possibilidade de uma Constituição Europeia com o fundamento de que uma Constituição só pode ser resultado de um poder constituinte e este só pode residir num povo que se assuma como comunidade de destino que se exprime através do sufrágio universal. E a verdade é que ninguém admite a existência de um povo europeu, organizado em um estado europeu. (NUNES, 2005, p. 323).

Para eles, o tratado que estabelece a Constituição Europeia não é nada mais do que um simples tratado, que não se confunde com a Constituição. Ademais, de acordo com estes postulantes, a não existência de um povo europeu impede a legitimação do ato por meio do poder constituinte originário. Em outra ronda, asseveram que o próprio processo de ratificação do tratado (Constituição) é prova de que não se trata de uma Carta Magna, na medida em que ela, mesmo por meio de ratificação, sujeita-se aos Estados nacionais. (NUNES, 2005, p. 321-325).

Ao discutir sobre processos constituintes e modelos constitucionais, Barroso (2009, p. 97-98) apresenta diversos cenários políticos por meio dos quais é instalado o poder constituinte, entre os quais, com ressalva, exemplifica o tratado:

Do exame dos eventos históricos referidos, é possível determinar e sistematizar os cenários políticos em que mais comumente se dá a manifestação do poder constituinte, com a elaboração de novas constituições. São eles: a) uma revolução; b) a criação de um novo Estado (normalmente pela emancipação de uma colônia ou pela libertação de algum tipo de dominação); c) a derrota na guerra; d) uma transição política pacífica. O poder constituinte se diz fundacional ou pós-fundacional, conforme resulte na formação originária de um Estado ou apenas na reordenação de um Estado preexistente. *Contemporaneamente, o mundo assiste ao processo de criação de uma Constituição pela via do tratado internacional, como se passa na União Europeia*. Trata-se, todavia, de fenômeno ainda inacabado e que enfrenta

momentos de incerteza. (BARROSO, 2009, p. 98). (grifou-se).

Ferrajoli (2002) ao refletir sobre constitucionalismo internacional, pondera a desnecessidade de um modelo constitucional estar vinculado à figura do Estado-nação.

Para tanto afirma:

Decerto é verdade que esse paradigma nasceu e ficou até agora amarrado à forma constitucional do Estado-nação. Porém, essa ligação entre Estado, constituição e garantias dos direitos fundamentais é totalmente contingente e não reflete nenhuma necessidade de tipo teórico (FERRAJOLI, 2002, p. 53).

A nosso ver, têm razão o jurista espanhol e o atual ministro brasileiro. A lógica de argumentação indicada por Nunes não se sustenta, pois busca interpretar um fenômeno (comunidade europeia) a partir de referentes pautados na lógica estruturante do Estado-nação. Os conceitos clássicos deste Estado não podem ser usados para interpretar forma outra em construção, pois esta não se adequa a nenhuma das anteriores. Ao se reportar à nova forma de organização política-administrativa trazida pela União Europeia, Habermas é categórico ao afirmar:

Nesta terminologia republicana, o conceito de nação-Estado perde as conotações populares pré-políticas que revestiam a expressão “Estado nacional” na Europa moderna. A dissolução das chaves semânticas que definem a cidadania e a identidade nacional corresponde ao fato de que a forma clássica do Estado nacional se encontra hoje em dissolução, à medida que a Comunidade Europeia se transforma em uma união política. (HABERMAS, 1997, p. 280-281).

Feita esta assertiva, resta, porém, a ressalva quanto ao processo de democratização das instâncias europeias, já que, somente assim é possível se falar em legitimidade.

Do ponto de vista da organização jurídica, é necessário determinar qual é a norma fundamental, visto que, a partir dela, derivam todas as demais normas do sistema. Some-se a isso o caráter soberano proporcionado por dita norma ao aspecto político-organizacional do Estado a ela vinculado, sendo esta referência última de recurso admissível.

Em decisão histórica relativa ao caso *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>59</sup> o Tribunal de Justiça Europeu afirmou:

O recurso às regras ou noções jurídicas do direito nacional, para a apreciação da validade dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade, teria por

---

<sup>59</sup> Discutia-se a competência da comunidade para adotar e regulamentar certificação de importação e exportação.

efeito pôr em causa a unidade e a eficácia do direito comunitário. A validade desses actos não pode ser apreciada senão em função do direito comunitário. Com efeito, ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, não podem, em virtude da sua natureza, ser opostas em juízo regras de direito nacional, quaisquer que seja, sob pena de perder o seu carácter comunitário e de ser posta e causa a base jurídica da própria Comunidade; portanto, a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes enunciados na Constituição de um Estado-membro, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado. (Trecho do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia relativo ao processo 11/70, de 17 de dezembro de 1970. Caso *Internationale Handelsgesellschaft vs. Vorratsstelle Getreide*. Acórdão nº 11/70 do Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 1970 ).

Antes mesmo do tratado de Lisboa, ao refletir sobre o direito comunitário do bloco, Maduro indicava:

(...) o direito da União Europeia afirma a sua supremacia sobre o direito dos Estados-membros e é, em geral, aplicado como tal pelos tribunais nacionais. As exceções são raras e apresentadas como situações patológicas, naquilo que é, em tudo o mais, um estável e crescente fluxo de submissão nacional ao primado do direito comunitário. Estes desvios são entendidos como situações patológicas e não como elementos que provêm que a legitimidade do direito comunitário ainda depende do direito nacional. (MADURO, 2006, p. 18).

Nos termos da Constituição Europeia, em seu artigo I-6º, segundo o qual “a Constituição e o direito adoptado pelas instituições da União, no exercício das competências que lhe são atribuídas, primam sobre o direito dos Estados-Membros” (TRATADO DE LISBOA, 2007, s/p).

Observe-se que em uma discussão relativa ao direito internacional e os tratados firmados entre Estados-nação, há a plena convivência entre estas normas e o direito nacional. Seja na perspectiva monista nacionalista quanto na dualista radical ou a temperada<sup>60</sup>, a recepção dos tratados depende necessariamente de harmonia com a norma fundamental do Estado-nação, não desafiando, portanto, a soberania nacional. Mesmo havendo concessão da Constituição nacional de “espaços” de soberania, ela guarda consigo o poder revisional<sup>61</sup>, respeitado o limite de denúncia dos tratados.

Desta forma, fossem tratados internacionais tradicionais, as normas da comunidade europeia não confrontariam, em tese, as nacionais, havendo resguardo da

---

<sup>60</sup> Para maiores reflexões quanto ao monismo e dualismo, referir-se a MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 75-99).

<sup>61</sup> Conforme Mazzuoli(2011), a exceção se encontra nas normas de direitos humanos, cuja prevalência é notória em relação ao direito interno, por estarem dentro do conceito de *Jus Cogens*.

soberania desta. Contudo, não se trata, no caso, de direito internacional senão de direito comunitário, norteador da formação de um bloco detentor de poderes até então tidos como nacionais.

Acresça-se o fato de ser o próprio tratado a se intitular: *Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa* e o caráter subsidiário das normas nacionais frente a competências tidas como originais da União Europeia. Em que pese o desafio de legitimação popular, frente ao já tratado déficit democrático europeu, a Constituição Europeia não se vincula à forma insculpida dentro da lógica do Estado-nação para sua elaboração.

É bem verdade que o processo de ratificação pelos Estados-membros seria uma possível forma de “concessão” da norma fundamental. Resta, porém, o registro de que este é estimulado e uma vez realizado não cabe mais recusa à implantação ou revisão da norma europeia, a partir da norma nacional<sup>62</sup>. Para não aplicação da norma comunitária seria necessária a saída voluntária da União, nos termos do artigo I-60º do tratado de Lisboa.

A discussão quanto à jurisdição se eleva nos casos de controle de constitucionalidade, diante do ainda carente sistema comunitário europeu. Ao discorrer sobre este controle, Maduro (2006, p. 25-26) menciona que um dos mais conceituados tribunais constitucionais, o alemão. Instado a fazer o controle de constitucionalidade de norma europeia, sob o argumento de que não havia tal mecanismo para as garantias fundamentais do cidadão, tendeu a realizá-la e, posteriormente, deixou de fazê-lo considerando que o Tribunal Europeu passou a exercê-la. Assim, diante de tal iniciativa, afirmou não ser necessária sua atuação, desenvolvendo assim a doutrina conhecida como Solange<sup>63</sup>.

Para Maduro, a doutrina Solange:

(...) preconiza o controlo constitucional nacional sobre os pilares constitucionais do sistema jurídico da União Europeia, e não uma fiscalização caso a caso da validade de seus actos. Enquanto esses princípios basilares forem compatíveis com os da Constituição nacional, não haverá lugar a qualquer fiscalização de actos da União Europeia, evitando-se assim conflitos entre os dois sistemas jurídicos (MADURO, 2006, p. 25)

---

<sup>62</sup> Em verdade, além do princípio democrático manifestado pelo referendo do Estado-membro, trata-se de segurança jurídica propiciada pelas Constituições dos Estados-nação.

<sup>63</sup> Para maiores informações, consultar sentença do Tribunal Constitucional Alemão de 29 de maio de 1974, Solange I, 37 BverfGE 271; e sentença de 22 de outubro de 1986, Solange II, 73 BverfGE 339).

Aponta o autor que outros tribunais constitucionais, como o da Itália e da Bélgica admitem a fiscalização de constitucionalidade caso a caso. Ressalta, no entanto, que ainda assim aceitam, nas mais das vezes, a reivindicação do direito comunitário sobre o nacional.

Como se vê, a discussão sobre a primazia do direito europeu e seu sistema constitucional está longe de ser resolvida. Quem sabe, o ~~grande~~ desafio do constitucionalismo europeu esteja em sua legitimação, pois sua Carta Magna foi criada a partir da concentração de poder dos líderes políticos, por meio de significativo número de tratados, sem respaldo popular e de forma a acentuar o déficit democrático. Na expressão usada por Maduro (2006), trata-se de “uma Constituição sem alma”, asseverando ainda que:

O processo de constitucionalização dos tratados acabou por criar um corpo constitucional sem se ter discutido a sua alma. A Constituição europeia aparece assim como uma simples consequência funcional do processo de integração do mercado, sem uma discussão sobre os valores que essa integração econômica necessariamente incorpora. (MADURO, 2006, p. 262-263).

O constitucionalismo ou neoconstitucionalismo foi a resposta dada ao positivismo jurídico, como já tratado. Por meio dele, questões principiológicas foram ascendidas ao patamar máximo de referência constitucional e passaram a ser parte integrante da maioria das Constituições mundiais. Estes princípios, entre os quais o da dignidade da pessoa humana, o da razoabilidade e o da proporcionalidade surgiram dentro da ótica do Estado-nação e após a segunda guerra mundial.

Assim, há, em um plano interno, a assimilação das respectivas Constituições pelos Estados nacionais europeu ao mesmo tempo em que, no plano externo, outro projeto, o da integração, busca solidificar seus pilares. Por isso e por todo o histórico do nacionalismo, é razoável compreender a existência (ou resistência) concorrente entre o euro-constitucionalismo e o constitucionalismo nacional.

A despeito destas afirmativas, o histórico comunitário no campo do direito parece indicar solidificação do direito europeu em face do nacional. Daí a importância para os operadores do direito conhecerem esta realidade.

## CONCLUSÃO

A discussão quanto a mudança de paradigma relativo ao conceito de Estado-nação

não é questão menor, mas tema contemporâneo na medida em que o processo integrativo ocorre em diferentes rincões do mundo. Por isso, para além de cumprir requisito formal para a conclusão do curso de Direito, este trabalho se propôs, dentro de seus limites, a enfrentar a questão e a dar conhecimento de sua relevância a distintos seguimentos acadêmicos. A reflexão quanto aos fundamentos e os efeitos de um processo integracionista nos campos teóricos e, sobretudo, jurídicos está posta, restando, contudo, o desafio em persegui-la em outros níveis educacionais e fóruns de discussão.

A nova lógica de organização europeia é formadora de estrutura jurídica que afeta não só ao operador do direito como também ao cidadão. Afinal, o Estado não pode prescindir de um sistema normativo, conforme já ensinara Kelsen.

A compreensão desta relação de interdependência entre Estado e norma, como tratado, ocorre desde a Grécia clássica. Para entendê-la, a opção histórico-temporal adotada no capítulo 1 (*Estado e Estado-nação*) se mostrou a mais coerente, porquanto o homem é ser social e como tal necessitou se organizar. No caso grego, esta organização se deu por meio de suas *polis*, ou cidades-Estado. A política, definida por Aristóteles como responsável pelo bem geral, pela busca do justo e da felicidade, foi o vetor estrutural destas cidades. Já as leis, conforme Platão e Kelsen, seriam a base da organização do Estado. Ocorre que esta se dava em um eixo político-administrativo e dentro dos limites geográficos das *polis*.

Este modelo foi reproduzido, em um primeiro momento, por meio das *civitas* romanas. Mesmo com o impressionante poderio do império romano e de sua força conquistadora, a organização do Estado se fundou nos limites da força militar estatal e segundo a lógica jurídica, forjada em princípios de ética e moral, consoante leis naturais. Tanto Cícero quanto Agostinho entendiam o direito como a base da república. Contudo, foi com a conversão do segundo ao cristianismo que as discussões dicotômicas entre bem-mal, divino-terreno, mutável-imutável, corpo-alma tomaram configurações tais que permitiram Roma superar a noção de cidades-Estados gregas e criar as bases do pensamento medieval.

A lógica do Estado então passa a ser fundada em Deus e seu exercício legitimado pela força divina, devendo a Igreja, modelo de cidade celeste, ser virtuosa. No entanto, observe-se que a relação Estado, moral, ética, bem, virtude seguia intimamente ligada e se confundia com a própria fundamentação e finalidade do Estado, o que foi superada a partir de Maquiavel.

Com ele, a noção de Estado até então conhecida sofreu significativa alteração, a

partir da dissociação da ética religiosa e da política. Foi o florentino o artífice do conceito de Estado protagonizado por Napoleão Bonaparte séculos depois, com o marco histórico da Revolução Francesa. A ruptura com a estrutura clássica e os aportes contratualistas, seja nas figuras de Thomas Hobbes, para quem o poder pertencia ao soberano; ou de John Locke, teorizador dos direitos civis e da propriedade; ou mesmo de Jean-Jacques Rousseau, para quem a vontade geral era distinta da vontade de todos e o poder pertencia ao povo, foram os grandes responsáveis pelo conceito de Estado-nação posto em discussão no presente trabalho.

Conforme abordado, as notas ou elementos constituidores do Estado nacional foram caracterizadas com o advento dos tratados de Westfália. Não porque estes deram origem a alguma espécie de Estado senão por estabelecerem limites de territorialidade, soberania e submissão de um povo a seu soberano. A opção por destacar o elemento soberania neste projeto foi importante para caracterizar a expressão de poder do Estado nacional, que, diferentemente da Grécia e de Roma, passou a ser *uno*, não perece e não revogável, irradiador de comando e organizado juridicamente.

Por um lado, o Estado e a norma jurídica, então, deixaram de ter caráter pessoal e passou esta, a norma, a ter projeção sobre o coletivo e de forma abstrata. Por outro, a base da organização do Estado se fundou na divisão de poderes administrativos (executivo, legislativo e judiciário), caracterizado por seu equilíbrio. Este conjunto deu origem ao Estado liberal que, em sua primeira versão e fruto da influência da burguesia em ascensão, foi marcado pelo liberalismo. A lei, elemento limitador do poder estatal, foi o instituto garantidor da propriedade privada e de igualdade formal.

Com a ebulição dos movimentos sociais e a gradativa conquista do exercício do sufrágio universal por parte dos trabalhadores não proprietários de terra, inaugurou-se o Estado social, marcadamente com o propósito de tornar os avanços formais em materiais, mitigando as extremas desigualdades, muitas vezes aprofundadas pela igualdade formal. Porém, conforme tratado por Habermas, a norma somente seria obedecida na medida em que esta fosse legitimada pela sociedade, o que ocorreria por meio de distintas formas de participação popular. Temos então o Estado de direito, ou Estado democrático de direito, cujo objeto central é atender a esta demanda.

A norma, estruturante e elemento indispensável no Estado, é realçada diante da discussão quanto a seu caráter vinculativo. Destaque à figura de Hans Kelsen, cuja reflexão versou sobre o ser e o dever ser da norma, ensinando ele que dever-se-ia dissociar aspectos morais de validade da lei (formal). Não é dizer que para Kelsen a norma não



deveria ser justa e moral e sim que o direito injusto não retira a validade da norma. O sistema jurídico único e rígido, defendido por ele, foi externado na figura na norma fundamental, a Constituição.

O Estado constitucional de direito, foi o ápice da materialização do sistema defendido por Kelsen, porquanto a norma fundamental, a Constituição, é a garantia de direitos aos cidadãos e de limites ao Estado. Com o final da segunda guerra mundial, emergem questões principiológicas, como a dignidade da pessoa humana (cortes internacionais), democracia (legitimação popular do poder) e a segurança jurídica (estabilizador e previsibilidade das relações), em contraponto à separação de ética e direito, formulada anteriormente.

Os pressupostos de estabilidade e previsibilidade, que surgem com a própria burguesia e alcançam na lei fundamental sua segurança, requerem leis claras e proteção ao ato jurídico perfeito, ressaltados os casos já previstos na norma. A segurança jurídica, pois, está vinculada ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a não retroatividade da norma. Ela não corrobora com a estagnação da norma diante dos fatos sociais, ao contrário, é a garantia da mudança e da redefinição paradigmática do Estado-nação. O direito sempre se portou como instrumento estatal responsável por regular as relações sociais, deslocando, com o tempo, o poder do soberano em direção aos cidadãos. O Estado, em suas distintas formas, nunca pode prescindir de ordem jurídica.

Feitos os aportes teóricos, esta produção acadêmica procurou demonstrar que a União Europeia é exemplo de que o conceito de Estado-nação sofre alteração e tende a migrar para nova forma de organização de Estado, a qual este autor nomina Estado Constitucional de Direito Comunitário.

Entre avanços e retrocessos, a União Europeia segue seu curso integracionista por meio de uma agenda com saldo positivo. As instituições supranacionais, em especial a Comissão Europeia, o Parlamento Europeu e o Tribunal de Justiça Europeu são representações das estruturas de poder pertencentes aos Estados nacionais. Com elas, há migração de competências com delegação de poder soberano, deixando o paradigma do Estado-nação de ser absoluto e possibilitando uma nova perspectiva organizacional transnacional, ainda insipiente, mas, que no momento, caberia bem a expressão tomada emprestada de Habermas de sociedade pós-nacional.

A atividade executiva exercida pela Comissão Europeia remonta ao tratado de Roma, de 1957, e condiz com aquelas exercidas pelo poder executivo dos Estados-nação, quais sejam: as de gestão orçamentária, proposição legislativa, representação frente a

Estados nacionais e organizações internacionais.

A sua vez, o Parlamento Europeu é a representação popular junto ao bloco. Inobstante ter realizado eleições direitas para seus representantes somente nas últimas décadas e, de forma constante, buscar a ampliação de suas competências, é a instituição representativa do poder legislativo junto à União Europeia. Sendo ele a expressão de representação popular e somente concebendo a plenitude do Estado de direito em consonância com princípios democráticos, a diminuição do *déficit* democrático vertical (popular) e horizontal (entre a própria União Europeia) se mostra o grande desafio do bloco. Conforme estudado, a norma, para sua completude, carece de legitimação, sob pena de ocorrer o que Maduro chamou de “Constituição sem alma”.

Entre os aspectos mais caros aos Estados nacionais está o princípio da jurisdição, conquanto a exerça em plenitude (a despeito da discussão de normas cogentes e de direitos humanos no plano internacional). Ocorre que a estrutura judiciária europeia tem se mostrado portadora de tal atributo, o qual é respeitado pelas Cortes Constitucionais dos países-membros. Não se trata apenas de identificar no atributo jurisdição o elemento soberania e a cessão do poder soberano estatal. Há tempos o conceito de soberania passou, e passa, por flexibilização diante das relações internacionais dos Estados-nação, tendo como exemplo tradicional a assinatura de tratados internacionais. No entanto, no caso da União Europeia, a estrutura do Estado é alterada diante do conjunto de ações tomadas e exercidas por meio de suas instituições supranacionais, com gradativa migração de competências (política, jurisdicional, legislativa, econômica, ambiental), em favor da comunidade europeia. Este conjunto de atribuições, juridicamente montado, culminou com o *Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa*.

Dizer que o modelo Estado-nação desaparecerá é prematuro e mesmo contraditório diante do conceito de paradigma enfrentado neste trabalho de final de curso e apresentado em suas linhas iniciais, qual seja: aquele forjado diante do consenso teórico em seu âmbito e passível de ser seguido. No entanto, por todo o exposto, não há como desconhecer que o paradigma do Estado-nação já sofre de alteração diante dos fatos globalizantes e dos projetos integracionistas, em especial o da União Europeia.

## REFERÊNCIAS

ACTO RELATIVO Á ELEIÇÃO DOS REPRESENTANTES AO PARLAMENTO EUROPEU POR SUFRÁGIO UNIVERSAL DIRECTO, de 20 de setembro de 1976, disponível em:

[http://www.parleurop.pt/resource/static/files/eleicoes/ACTO\\_RELATIVO\\_a\\_ELEICAO\\_DOS\\_REPRESENTANTES.pdf](http://www.parleurop.pt/resource/static/files/eleicoes/ACTO_RELATIVO_a_ELEICAO_DOS_REPRESENTANTES.pdf). Acesso em 22 de dezembro de 2014.

ACÓRDÃO Nº 11/70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, de 17 de dezembro de 1970. Disponível em

<http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt> e

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88063&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2715358>. Acesso em 28 de dezembro de 2014 e 18 de abril de 2015.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Nelson Coutinho. 3 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de política**. 11 ed. Brasília: UnB, 1998.

\_\_\_\_\_. **Thomas Hobbes**. 4 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la república**. Madrid: Tecnos, 1985,

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8 ed. Malheiros. São Paulo, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. Malheiros. São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_. **Constituição Aberta**. 3 ed. Malheiros. São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Ciência Política**. 10 ed ver. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**.

Belo Horizonte: Faculdade de Direito UFMG, v. 3, p. 473-486, maio de 1999.

CAVALCANTI FILHO, Teophilo. **O problema da segurança jurídica no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

CÍCERO, Marco Tulio. **Das leis**. São Paulo: Cultrix, 1967.

\_\_\_\_\_. **Da República**. Bauru: Edipro, 1996.

**COLECTÂNEA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS**. Luxemburgo. 1974. Disponível em: [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fbookshop.europa.eu%2Fga%2F1974-pbDX5890008%2Fdownloads%2FDX-58-90-008-PT-C%2FDX5890008PTC\\_001.pdf%3Bpgid%3Dy8dIS7GUWMdSR0EAIMEUUsWb0000SSaxKCBb%3Bsid%3D02wW79PZpYwWt4Ecgv6ISLH8pL8QPNQKpb8%3D%3FFileName%3DDX5890008PTC\\_001.pdf%26SKU%3DDX5890008PTC\\_PDF%26CatalogueNumber%3DDX-58-90-008-PT-C&ei=2I-gVNv7CYmXNt\\_5g4AM&usg=AFQjCNGkHS-\\_jEU3czg-HfDvDxHFUEQ5Lg&bvm=bv.82001339,d.eXY](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fbookshop.europa.eu%2Fga%2F1974-pbDX5890008%2Fdownloads%2FDX-58-90-008-PT-C%2FDX5890008PTC_001.pdf%3Bpgid%3Dy8dIS7GUWMdSR0EAIMEUUsWb0000SSaxKCBb%3Bsid%3D02wW79PZpYwWt4Ecgv6ISLH8pL8QPNQKpb8%3D%3FFileName%3DDX5890008PTC_001.pdf%26SKU%3DDX5890008PTC_PDF%26CatalogueNumber%3DDX-58-90-008-PT-C&ei=2I-gVNv7CYmXNt_5g4AM&usg=AFQjCNGkHS-_jEU3czg-HfDvDxHFUEQ5Lg&bvm=bv.82001339,d.eXY). Acesso em 28 de dezembro de 2014.

CRUZ, José Humberto de Brito. **Cidadania e integração**: o problema do “déficit democrático” no processo de construção da união europeia. Tese apresentada no curso de altos estudos do Instituto do Rio Branco. Brasília, 2006.

DALLARI, Dalmom de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. 5 ed. Coimbra: Armenio Amado, 1979.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo. Atlas, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes: 2002.

FERRAJOLI, Luigi; MORESO José Juan; ATIENZA, Manuel. **La teoría del derecho em el paradigma constitucional**. 2 ed. Madrid. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

GRONDONA, Mariano. **Os pensadores da liberdade: de John Locke a Robert Norick**. Tradução Ubiratan de Macedo. São Paulo: Mandarim, 2000.

HABERMAS, Jurgen. **La constelación posnacional – Ensayos políticos**. Barcelona: Paidós, 2000.

\_\_\_\_\_. Trad. Flávio Beno Siebenichler. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, MADISON e JAY. **O federalista**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Líder. Belo Horizonte, 2003.

HANS, Kelsen. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HERZ, Monica, HOFFMAN, Ribeiro. **Organizações Internacionais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

HOLTHE, Leo Van. **Direito constitucional**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEI Nº 40 DE 25 DE AGOSTO DE 2006 – **Lei das Precedências do Protocolo do Estado Português**. Disponível em [http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/Legislacao\\_Anotada/LeiPrecedenciasProtocoloEstadoPortugues\\_Simples.pdf](http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/Legislacao_Anotada/LeiPrecedenciasProtocoloEstadoPortugues_Simples.pdf). Acessado em 24 de dezembro de 2014.

MADURO, Miguel Pinares. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Principia, 2006.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. s/c: Victor Civita, versão digital.

MAQUIAVEL. Nicolau. **O príncipe**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MELLO, Celso de Albuquerque. A soberania através da história. In: **Anuário**: direito e globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOITA, Luís. Uma releitura crítica do consenso em torno do sistema vestefaliano. **JANUS.NET e-journal of International Relations**, Vol. 3, N.º 2, outono 2012. Disponível em: [http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol3\\_n2/pt/pt\\_vol3\\_n2.pdf](http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol3_n2/pt/pt_vol3_n2.pdf). Acesso em 08 de agosto de 2014.

MORIN, Edgar. **O método 4**: as ideias. Traduzido por Juremir Machado da Silva. 3 ed. Porto Alegre: Sulina, 2002.

MOTA, Joao de Campos. **Manual de Direito Comunitário**. 4. ed. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Método, 2012.

NUNES, Antônio José Avelãs. **Constituição Europeia: a constitucionalização do neoliberalismo**. Boletim de Ciências Económicas. Coimbra: 2005. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/24886>. Acessado em 23 de dezembro de 2014.

OLIVERIA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PLATO. **Laws**. eBook.1999. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/1750/1750-h/1750-h.htm>.

PLATÃO. **A república**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. **A união europeia: os desafios, a crise e o futuro da integração**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

PESSANHA, José Cavalcante de Souza; PALEIKAT, Jorge; COSTA, João Cruz. **Os pensadores**. 5 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

REGIMENTO DO INTERNO DO PARLAMENTO EUROPEU. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getLastRules.do?language=PT&reference=TOC#T2R1>. Acesso em 23 de dezembro de 2014.

REALLE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 1998

\_\_\_\_\_. **Filosofia do direito**. 14 ed. São Paulo. Saraiva, 1962.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord). **Constituição e segurança jurídica**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **The social contract and discourses by Jean Jacques Rousseau**. Great Britain: The Temple Press Letchworth, 1946.

SARMENTO, Daniel. **Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional**. Revista de Direito Administrativo, 215, jan/mar. 1999.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado – O substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2001.

SILVA, Jamyl de Jesus. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo código de processo civil: segurança jurídica e legitimidade democrática das decisões judiciais no Estado constitucional de direito**. Dissertação apresentada e aprovada como requisito para o título de mestre em direito, pela Universidade de Brasília – Faculdade de Direito -, 2013.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan. **Ciência política e teoria geral do**

**Estado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TRATADO DE MAASTRICHT, 1992. Disponível em [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/treaties\\_maastricht\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_maastricht_pt.htm). Acesso em 21 de dezembro de 2014.

TRATADO QUE ESTABELECE UMA CONSTITUIÇÃO PARA A EUROPA, 2004. Disponível em: [http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Constituicao/Constituicao\\_pdf/index.html](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Constituicao/Constituicao_pdf/index.html). Acesso dia 22 de dezembro de 2014.

TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: [http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated\\_versions\\_of\\_the\\_treaty\\_on\\_european\\_union\\_2012/consolidated\\_versions\\_of\\_the\\_treaty\\_on\\_european\\_union\\_2012\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_pt.pdf). Acesso em 23 de dezembro de 2014.

TRATADO DE LISBOA, 2007. Disponível em [http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty\\_establishing\\_a\\_constitution\\_for\\_europe/treaty\\_establishing\\_a\\_constitution\\_for\\_europe\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_establishing_a_constitution_for_europe/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf). Acesso em 23 de dezembro de 2014. Ou ainda [http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm).

ULHOA, Fábio Coelho. **Para entender Kelsen**. 4 ed. Saraiva. São Paulo: 2001.

VEYNE, Paul. **O império romano**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.



**CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB**  
**CURSO DE DIREITO**

**DANIEL PIMENTEL HORTA RODRIGUES**

**Justiça Fiscal – A carga dos tributos indiretos à luz da Constituição  
Federal de 1988**

Brasília, maio de 2014



DANIEL PIMENTEL HORTA RODRIGUES

**Justiça Fiscal – A carga dos tributos indiretos à luz da Constituição  
Federal de 1988**

Artigo científico apresentado ao Curso de  
Direito do Centro Universitário Instituto  
de Educação Superior de Brasília, como  
exigência parcial para a obtenção do  
título de Bacharel em Direito

Orientador: Professor Dr. Cleucio Santos Nunes

Brasília, maio de 2014

## RESUMO

Este artigo tem o objetivo de estudar os efeitos da carga excessiva dos impostos indiretos no sistema tributário brasileiro. A análise destes aspectos será feita à luz da Constituição Federal de 1988, demonstrando a incompatibilidade do atual sistema tributário com os princípios constitucionais. Com base nesta análise, este trabalho irá propor alterações no sistema tributário brasileiro, objetivando uma efetiva adequação da matriz tributária aos princípios constitucionais, em especial ao princípio da capacidade contributiva do sujeito passivo.

**Palavras-chave:** Tributação Sobre o Consumo. Justiça Fiscal. Capacidade Contributiva. Progressividade Tributária.

## INTRODUÇÃO

O Brasil hoje é reconhecidamente um país com altíssima carga tributária e um sistema tributário extremamente complexo e de difícil entendimento pela população. Muitos impostos são necessários para a manutenção da pesada, onerosa e ineficiente máquina pública brasileira.

De acordo com Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social – CDES, dos 34,9% do PIB brasileiro arrecadados com tributos em 2008, apenas 10,4% do produto retornaram à sociedade na forma de investimentos públicos<sup>64</sup>.

O IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário concluiu que o cidadão brasileiro trabalha em média 149 dias do ano<sup>65</sup> apenas para pagar impostos. A grande questão é quem realmente sustenta o Estado? Qual classe da população é realmente responsável por sustentar a máquina pública?

Mas os tributos são essenciais à manutenção do Estado e à soberania da nação. Sem o pagamento dos tributos, o Estado iria à falência por falta de meios de realizar as funções públicas que são sua obrigação, o que obviamente iria prejudicar a sociedade como um todo. Desta forma, é necessário que o sistema tributário seja eficiente, tanto na arrecadação quanto no retorno à sociedade, e também respeite as regras constitucionais.

Assim, o sistema tributário brasileiro como um todo deve respeitar, dentre outros, os princípios da legalidade, da anterioridade, da capacidade contributiva, do não confisco e ainda,

---

<sup>64</sup> Pesquisa realizada em 2011 pelo CDES – Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social.

<sup>65</sup> Trabalho realizado em 2014 pelo IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário.

Revista de Monografia Jurídica. Brasília, v.1, n.1, jul./dez.2016.

promover os objetivos da República, os quais são, construir uma sociedade livre justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Um dos grandes problemas da atual matriz tributária brasileira é que ela se mantém principalmente pelos chamados tributos indiretos. Estes tributos têm como característica o repasse da carga tributária das empresas para o consumidor final, através do preço do produto oferecido ao consumo.

No Brasil a carga tributária dos bens de consumo, constituída pelos tributos indiretos que incidem sob a venda do produto são bem superiores aos tributos de cunho pessoal, que tem como fato gerador a demonstração de renda e propriedade.

Esse sistema acaba gerando maior desigualdade social, pois os tributos cobrados sobre os bens de consumo resultam em cobrança idêntica entre as classes mais ricas e mais pobres do país. Ocorre que o mesmo valor tributário é proporcionalmente muito maior aos pobres do que aos ricos, se comparados à sua renda e à sua capacidade contributiva.

A forma de cobrança dos tributos indiretos é muito discutida no âmbito tributário, pois estes tributos acabam sendo pagos na realidade pelo consumidor final, ou seja, a população geral do Brasil.

O pior deste sistema é que por serem cobrados de forma indireta, pela complicação do sistema tributário brasileiro e pela falta de educação e entendimento da população sobre os tributos, o brasileiro nem percebe o quanto está arcando para a manutenção do Estado.

Também por serem de mais difícil percepção, os tributos indiretos normalmente sofrem majoração de maneira muito mais frequente do que os tributos de cunho pessoal, pois estes resultam em maior insatisfação popular.

Outro problema decorrente da incidência exagerada de impostos indiretos no sistema tributário brasileiro são as guerras fiscais. Diante da necessidade de obtenção de recursos pelos Estados, estes se utilizam dos tributos indiretos de sua competência, no caso ICMS, muitas vezes de forma ilegal, para obterem cada vez mais recursos financeiros.

O Estado Democrático Brasileiro, principalmente após Constituição Federal de 1988, tem a função de zelar pela igualdade social e econômica da população como um todo, o que significa tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, sendo, necessário estabelecer um sistema tributário mais justo e menos opressor.

Este trabalho tentará mostrar a desigualdade causada pelos tributos indiretos,

demonstrando que a matriz tributária brasileira é uma das mais regressivas do mundo. Analisará também as dificuldades encontradas para a solução do problema e ainda irá propor alterações na forma de captação de recursos para o Estado.

## **1) DIREITO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO**

Desde a Magna Carta de 1215 e a revolução Francesa de 1789, os Estados têm limitações em seus poderes ao lidarem com os bens jurídicos fundamentais de seu povo, a vida, a liberdade e a propriedade. A instituição de tributos também foi afetada pelas limitações históricas e constitucionais do Estado, pois estes estão diretamente relacionados ao patrimônio do sujeito passivo.

Assim, o contribuinte tem o dever de contribuir com seu patrimônio para a manutenção do Estado, mas este também tem seus direitos estabelecidos pelos limites ao poder de tributar. Tais limites existem para evitar insegurança jurídica e arbitrariedade na exigência do dever de contribuir para a manutenção da sociedade.

Hoje existem limites para a instituição e cobrança de tributos pelo Estado, devendo este respeitar as imposições constitucionais estabelecidas, pois caso contrário estes tributos serão inconstitucionais e, portanto, excluídos do mundo jurídico sem afetar o patrimônio privado.

Os princípios que norteiam a relação entre contribuinte e Estado estão estabelecidos na Constituição Federal. Dentre eles, deve-se destacar o princípio da legalidade, que determina que todo tributo deve ser estabelecido em lei; o da anterioridade, que impede que os tributos sejam cobrados no mesmo exercício financeiro em que foram instituídos; o da noventena, que não permite a incidência de tributos antes de decorridos 90 dias da data da publicação da lei; o da irretroatividade da lei tributária, que impede o Estado de cobrar tributos sobre fatos geradores anteriores à lei; e o da transparência, que determina a obrigação do Estado de demonstrar a arrecadação e os gastos públicos.

O artigo 145, §1º, da Constituição Federal de 1988 trata do princípio constitucional da capacidade contributiva. Ele traz a ideia de que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e respeitarão a capacidade econômica de contribuição do sujeito passivo.

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Para Roque Antonio Carrazza, mencionado princípio significa:

“Da só leitura deste dispositivo constitucional emerge, de modo inequívoco, a necessária correlação entre os impostos e a capacidade contributiva. De um modo bem amplo, já podemos adiantar que ela se manifesta diante de fatos ou situações que revelam, *prima facie*, da parte de quem os realiza ou neles se encontra, condições objetivas para, pelo menos em tese, suportar a carga econômica desta particular espécie tributária.”(CARRAZA, 2010, p. 93)

Desse modo, o sujeito passivo apenas poderá ser tributado de acordo com a sua situação financeira, analisando-se sempre a sua demonstração de riqueza, para uma cobrança justa de tributos.

Paulo de Barros Carvalho analisa a capacidade contributiva da seguinte forma:

“Desde logo cumpre fazer observação importante e que atina o momento da determinação do que seja a *capacidade econômica do contribuinte*, prevista §1º do art. 145 da Carta Magna. Havemos de considerar que a expressão tem o seguinte condão de denotar dois momentos distintos no direito tributário. Realizar o princípio pré-jurídico da *capacidade contributiva absoluta ou objetiva* retrata a eleição, pela autoridade legislativa competente, de fatos que ostentem signos de riqueza. Esta é a capacidade contributiva que, de fato, realiza o princípio constitucionalmente previsto. Por outro lado, também é *capacidade contributiva*, ora empregada em acepção *relativa ou subjetiva*, a repartição da percussão tributária, de tal modo que os participantes do acontecimento contribuam de acordo com o tamanho econômico do evento. Quando empregada no segundo sentido, embora revista caracteres próprios, sua existência está intimamente ilaqueada à realização do princípio da igualdade, previsto no art. 5º, caput, do Texto Supremo. Todavia, não custa reiterar que este só se torna exequível na exata medida em que se concretize, no plano pré-jurídico, a satisfação do princípio da *capacidade absoluta ou objetiva*, selecionando o legislador ocorrências que demonstrem fecundidade econômica, pois, apenas desse modo, terá ele meios de dimensioná-las, extraindo a parcela pecuniária que constituirá a prestação devida pelo sujeito passivo, guardadas as proporções de ocorrência.”(CARVALHO, 2010, p. 214)

Para Luis Eduardo Shoueri, a capacidade contributiva decorre dos deveres constitucionais do Estado de construir:

“(…) uma “sociedade livre, justa e solidária, buscando erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, é claro que o legislador, ao escolher quem suportará as despesas gerais do Estado, não deve

aumentar tais desigualdades. Daí a ideia de que devem pagar os impostos aqueles que tem condições para tanto. É o princípio da capacidade contributiva, positivado no art. 145, §1º, da Constituição Federal.”(SHOUEIRI, 2012, p. 196)

Com base neste autor, verifica-se que o princípio da capacidade contributiva decorre do objetivo fundamental do Estado democrático brasileiro de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e econômicas, previsto no art. 3º e do direito fundamental de igualdade do art. 5º, ambos da Constituição Federal de 1988.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

É possível perceber que é função do Estado prezar pelas condições econômicas e sociais dos menos favorecidos. Fica evidente, que a Carta Constitucional quis estabelecer ideais a serem buscadas na prática pelos três poderes da República.

Desta forma, além de programas governamentais que buscam alcançar tais objetivos, ainda é função do Estado, ao criar as leis e os sistemas estatais, como o sistema tributário brasileiro, que tais sistemas prezem por tais princípios.

Os tributos não só devem respeitar a capacidade contributiva para evitar aumentar a desigualdade social, mas também devem ter o objetivo de alcançar a igualdade entre os brasileiros. Para isto, a lei não deve apenas ser proporcional, mas principalmente progressiva.

O tributo proporcional aumenta conforme a base de cálculo, mas mantém a mesma alíquota independente da demonstração de riqueza. Os contribuintes que demonstrarem maior riqueza também irão contribuir com um valor quantitativo maior, resultando em valores monetários proporcionais à demonstração de riqueza do sujeito passivo.

É o que acontece com o ITBI – Imposto Sobre a Transmissão de Bens Imóveis. Este imposto incide sob o valor venal do bem imóvel, mas a sua alíquota não progride conforme haja maior demonstração de riqueza.

No princípio da progressividade, a alíquota, por sua vez, aumenta conforme o sujeito passivo demonstra ter maior capacidade de contribuição. Assim, incidem alíquotas diferentes

para classes econômicas distintas, definidas através da demonstração de riqueza no mundo dos fatos.

A progressividade acontece no Imposto de Renda. O imposto incide sobre a renda anual da pessoa física, mas incidem alíquotas diferentes de acordo com a faixa de renda que a pessoa física se encontra. Veja as diferentes alíquotas para o mesmo imposto, relativos ao IRPF 2014:

**Tabela Progressiva para o cálculo mensal do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física para o exercício de 2014, ano-calendário de 2013.**

Base de cálculo mensal em R\$	Alíquota %	Parcela a deduzir do imposto em R\$
Até 1.710,78	-	-
De 1.710,79 até 2.563,91	7,5	128,31
De 2.563,92 até 3.418,59	15	320,6
De 3.418,60 até 4.271,59	22,5	577
Acima de 4.271,59	27,5	790,58

Roque Antonio Carrazza explica a diferença entre progressividade e proporcionalidade:

“Lembramos, de passagem, que a progressividade não se confunde com a proporcionalidade. Esta atrita com o princípio da capacidade contributiva, porque faz com que pessoas economicamente fracas e economicamente fortes paguem impostos com as mesmas alíquotas. É claro que, se a base de cálculo do imposto a ser pago pelo economicamente mais fraco, o *quantum debeatur* do primeiro será maior. Mas isto desatende ao princípio da capacidade contributiva, porque ambos estão pagando, em proporção, o mesmo imposto. Não se está levando em conta a capacidade econômica de cada qual.

(...)

A progressividade das alíquotas tributárias, longe de atritar com o sistema jurídico, é o melhor meio de se afastarem, no campo dos impostos, as injustiças tributárias, vedadas pela Carta Magna. Sem impostos progressivos não há como atingir-se a igualdade tributária. Logo, o sistema de impostos, no Brasil, deve ser informado pelo critério da progressividade.

(...)

Realmente, impostos com alíquotas fixas agravam as diferenças sociais existentes, porque tratam de maneira idêntica contribuintes que, sob o ângulo da capacidade contributiva, não são iguais.”(CARRAZA, 2010, p. 95)

De fato, ao se analisar o princípio da capacidade contributiva, percebe-se que este está necessariamente atrelado à progressividade e a pessoalidade do tributo. É necessário que os tributos tenham caráter pessoal para que seja possível analisar e consequentemente se aplicar o princípio da capacidade contributiva, através da progressividade.

Quando nós analisamos o dispositivo constitucional do art. 145, §1º, este trata do caráter pessoal e da capacidade contributiva, com a expressão “sempre que possível”. Essa expressão implica que o legislador deve identificar e aplicar a orientação constitucional sempre que o tributo for passível de ter caráter pessoal, pois trata-se de norma constitucional programática.

José Souto Maior Borges explica os efeitos das normas constitucionais programáticas:

“Normas programáticas no texto constitucional não são simples ‘recomendações’, ‘conselhos’ ou ‘promessas’ dirigidos à legislação integrativa. Como já exposto, efeitos típicos se lhes há de reconhecer. A negativa de efeitos jurídicos às normas programáticas deve-se à pretendida, embora incorrente no sistema do direito positivo brasileiro, ausência de sanção para o descumprimento das diretrizes das normas constitucionais que instituem os vínculos da legislação integrativa. Como essa anomia constitucional era historicamente condicionada, hoje essa carência de sanção não mais se verifica, porque poderá ser decretada a inconstitucionalidade por omissão, na hipótese da falta de norma regulamentadora dos direitos e liberdades constitucionais (...)

Não são normas programáticas meramente declaratórias, mas revestem efeitos constitutivos ‘positivos’ (se mandamentais), ou constitutivos negativos (se proibitórias), ou seja, condicionam a legislação integrativa, vinculando-a aos limites da autorização e pela autorização mesma ou pela proibição. Sob esse aspecto, a sua eficácia é plena”.(CARRAZA, *apud* 2010, p. 101)

Assim, podemos concluir que a adequação dos tributos ao princípio da capacidade contributiva não é opcional, não ficando à mercê da discricionariedade do poder legislativo. Trata-se de uma obrigatoriedade de que sempre que o tributo puder ter caráter pessoal e adequado à capacidade contributiva, este assim deve ser.

Para Roque Antonio Carrazza, essa obrigatoriedade é muito clara:

“Em suma salvo exceções que a própria Lei Maior alberga, os impostos com alíquotas fixas são inconstitucionais, por ofensa ao princípio da capacidade contributiva, que exige que cada contribuinte seja tributado de acordo com suas manifestações objetivas de riqueza.”(CARRAZA, 2010, p. 96)

Outro aspecto importante do princípio constitucional é que ele não se destina a afetar somente os tributos de forma direta, mas todo o sistema tributário. Dessa forma, quando analisamos a adequação do princípio da capacidade contributiva, devemos analisá-lo conforme todo o sistema tributário brasileiro, incluindo os tributos indiretos, que não têm caráter pessoal.

Desta forma, quando percebemos que a maior parte da altíssima carga tributária brasileira é direcionada aos bens de consumo por meio dos tributos indiretos, concluímos que de uma forma geral, o sistema tributário brasileiro, como um todo, não respeita o princípio constitucional da capacidade contributiva.



A bem da verdade, se os tributos não respeitarem o princípio da capacidade contributiva, tornando-se impessoais e não progressivos, não só estarão aumentando a desigualdade social, mas também, ferindo outro princípio basilar do direito tributário, o princípio do não confisco.

O artigo 150, IV, da Constituição Federal institui o princípio do não confisco. Este proíbe que o Estado utilize seu poder de tributar como forma de confiscar a propriedade privada.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

(...)

Luciano Amaro explica a vedação do tributo confiscatório:

“O art. 150, IV, veda a utilização do tributo com o efeito de confisco, ou seja, impede que, a pretexto de cobrar tributo, se aposses o Estado dos bens do indivíduo.

É óbvio que os tributos (de modo mais ostensivo, os impostos) traduzem transferências compulsórias (não voluntárias) de recursos do indivíduo para o Estado. Desde que a tributação se faça nos limites autorizados pela Constituição, a transferência de riqueza do contribuinte para o Estado é legítima e não confiscatória. Portanto, não se quer, com a vedação do confisco, outorgar à propriedade uma proteção absoluta contra a incidência do tributo, o que anularia totalmente o poder de tributar. **O que se objetiva é evitar que, por meio do tributo, o Estado anule a riqueza privada. Vê-se pois, que o princípio atua em conjunto com o da capacidade contributiva, que também visa preservar a capacidade econômica do indivíduo.**”(AMARO, 2010, p. 167)

Obviamente que a tributação é compulsória, estando o contribuinte obrigado a contribuir com o Estado com parte de seu patrimônio. A grande questão que resta é sobre qual o limite máximo do patrimônio do contribuinte que pode ser confiscado por meio de tributos, sem caracterizar o confisco tributário.

Quando a carga tributária brasileira é analisada, nota-se que sua maior parte não tem caráter pessoal e não utiliza a progressividade, conseqüentemente, não respeitando o princípio da capacidade contributiva, o que gera a ocorrência do efeito de confisco, especialmente sobre as classes economicamente mais baixas.

Para as classes menos favorecidas, que já têm renda baixa devido à desigualdade social e econômica do país, e ainda são obrigadas a contribuir com o Estado, através principalmente dos impostos indiretos, estes tributos resultam no efeito confiscatório estatal.

Para essas classes, às quais têm uma grande dificuldade de realizar os atos mais básicos da vida, como pagar por comida, moradia, transporte, etc., o efeito da carga tributária sobre elas é tão impactante que impede que elas realizem atos normais para o resto da população.

No Brasil, a tributação sobre o consumo é o grande pilar de arrecadação do Estado, sendo responsável por mais da metade dos recursos tributários obtidos pelo Fisco.

A situação fica ainda mais agravada pela complexidade do sistema tributário brasileiro que, associada às deficiências educacionais do país, resulta na falta de consciência da população sobre os efeitos da incidência da alta carga tributária indireta sobre a sua renda.

Tais condições demonstram que o sistema tributário brasileiro é dissonante da Constituição Federal, por ferir os princípios da capacidade contributiva do sujeito passivo e do não confisco.

De acordo com a empresa internacional de contabilidade e auditoria UHY<sup>66</sup>, o Brasil também está distante do praticado pelo resto do mundo, sendo um dos países com maior tributação sobre o consumo, mas tendo uma tributação sobre a demonstração de renda, relativamente pequena.

Todavia, tal modelo de tributação não pode ser modificado repentinamente. É necessário que sejam feitas análises sobre as questões controversas para que possamos chegar a algumas soluções para o problema.

## **2) ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS – IMPOSTO INDIRETO**

Os tributos indiretos são aqueles em que o contribuinte de direito, qual seja o designado pela lei a pagar o tributo, repassa a carga tributária ao contribuinte de fato, que é o indivíduo que efetivamente suporta o ônus da carga tributária.

Valcir Gassen analisa os conceitos de tributos indiretos e diretos:

“Pode-se entender por repercussão econômica dos tributos a possibilidade de “transferência” a outrem do gravame tributário, do ônus, ou melhor, transferência a um terceiro encargo econômico representado pelo pagamento de determinado tributo. Este é o critério que fundamente, em regra, a classificação entre tributos diretos e indiretos. Não havendo repercussão econômica do tributo este será considerado “tributo indireto”, existindo será então “tributo indireto”. A expressão “direto” pode

---

<sup>66</sup> Estatística produzida em 2012 pela UHY.

ser vinculado à ideia de que é o contribuinte aquele quem paga o gravame. A expressão “indireto” indica que não será este quem pagará o tributo, mas sim um terceiro. Referindo-se a estas situações utiliza-se respectivamente da construção “contribuinte de direito” e “contribuinte de fato”. Será o tributo direto aquele que incidir diretamente sobre um contribuinte e este não repercuti-lo, ou seja, ele arcará com o ônus financeiro decorrente da incidência tributária. Será um tributo indireto quando o contribuinte de direito repassa ao contribuinte de fato os “custo” tributários.” (GASSEN, 2013, p. 92)

O repasse da carga tributária normalmente acontece na venda dos bens de consumo, tributados pelo imposto sobre produtos industrializados - IPI, de competência da União, imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços - ICMS, de competência dos estados, ou na prestação de serviço, a qual incide o imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS, que tem competência municipal.

Algumas contribuições também sofrem o efeito da tributação indireta, como a contribuição para o financiamento da seguridade social - COFINS, programa de integração social – PIS, programa de formação do patrimônio do servidor público - PASEP e até mesmo as contribuições de intervenção no domínio econômico – CIDE. Estes tributos normalmente são repassados ao consumidor final do produto ou serviço.

Nestes casos, o comum é que o valor pago ao Fisco esteja embutido no preço do bem de consumo ou do serviço, resultando na onerosidade para o consumidor final.

Os tributos diretos são os aqueles que incidem diretamente sobre o contribuinte, sem haver o repasse da carga tributária. Esses tributos normalmente têm cunho pessoal e podem auferir de modo mais preciso a capacidade contributiva do sujeito passivo, seja pela demonstração de renda ou de patrimônio.

Pelo caráter de pessoalidade, os tributos diretos são os únicos que podem ser tanto proporcionais quanto progressivos, pois os indiretos são impessoais, o que impossibilita a tributação diferenciada em busca de igualdade social e econômica.

Desta forma, os tributos diretos são mais ideais para a obtenção da almejada justiça fiscal. Através de um sistema tributário que foca primordialmente nos tributos diretos é possível criar uma tributação que seja adequada à situação do contribuinte permitindo uma melhor distribuição de renda.

Este não é o caso do Brasil, o qual tem como base fundamental para a manutenção do Estado a arrecadação baseada no consumo. Esta realidade resulta em uma distorção econômica, na qual os contribuintes de menor poder aquisitivo contribuem com percentual maior de sua renda do que os contribuintes em melhor situação econômica.

### 3) ANÁLISES E ESTATÍSTICAS INTERNACIONAIS

Apesar de o Brasil ter uma Constituição evoluída que já determinou dentre os seus princípios mais importantes, o princípio da capacidade contributiva, objetivando o alcance da justiça fiscal, podemos perceber que tal princípio não é respeitado.

Ao analisarmos a matriz tributária brasileira, podemos perceber que a tributação sobre o consumo é a maior responsável pela arrecadação de tributos no país. De acordo com a Receita Federal, a tributação indireta é responsável por quase 43% da carga tributária brasileira, enquanto a tributação sobre a renda e propriedade não passam de 25%<sup>67</sup>. A tributação indireta corresponde a 16% do Produto Interno Bruto brasileiro, demonstrando que, além de ser proporcionalmente alta, a tributação sobre o consumo é também enorme em termos absolutos.

Os efeitos de uma matriz tributária regressiva são facilmente perceptíveis ao analisarmos a desigualdade social e o resultado da política tributária brasileira.

De acordo com o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE)<sup>68</sup>, os contribuintes que possuem renda de até dois salários mínimos pagam em média 48,8% de sua renda em tributos de forma geral. Já as famílias com renda superior a 30 salários mínimos custeiam a matriz tributária com apenas 26,3% de sua renda, quase a metade em proporção.

Já a pesquisa realizada pelo Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social – CDES<sup>69</sup> constatou que famílias com rendimento de até 2 salários mínimos, contribuem com 45,8% de sua renda em tributos indiretos, o que é quase três vezes superior, em relação às famílias com renda de mais de 30 salários mínimos, que contribuem com apenas 16,4% de sua renda em tributos indiretos.

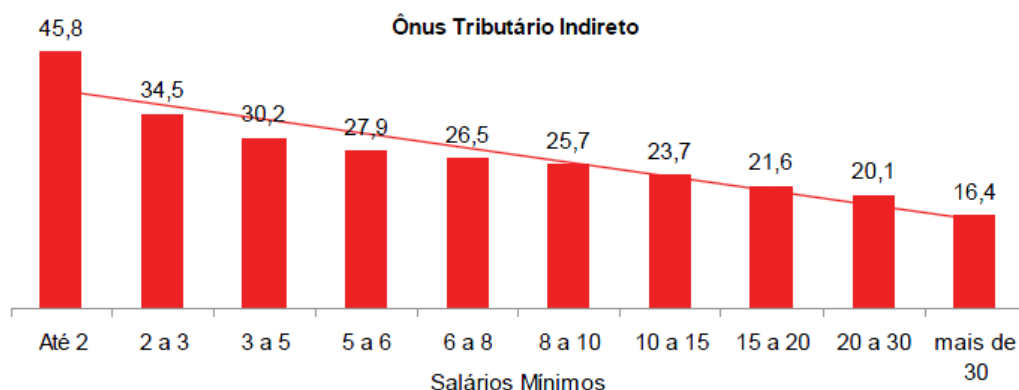
Conforme podemos perceber pelo gráfico abaixo, o ônus tributário relativo aos tributos indiretos cai drasticamente conforme analisamos contribuintes de maior poder aquisitivo.

---

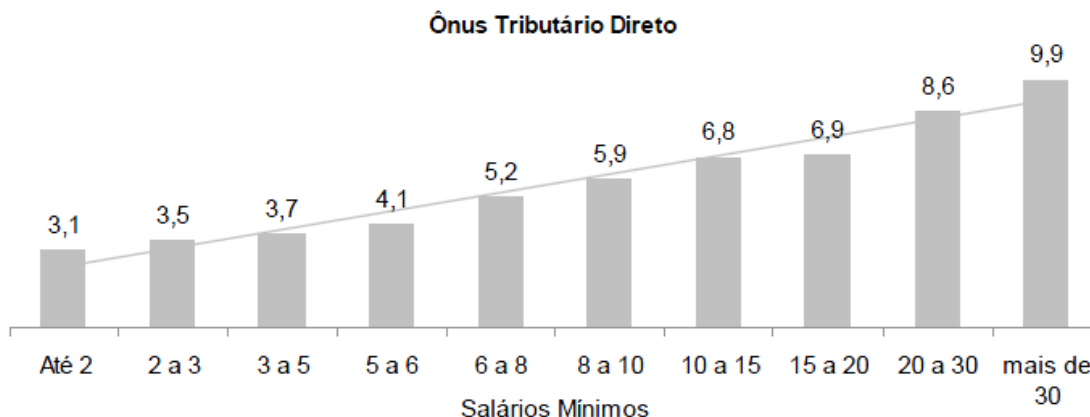
<sup>67</sup> Material disponibilizado pela Receita Federal relativo ao ano de 2005.

<sup>68</sup> Estudos realizados pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE)

<sup>69</sup> Pesquisa realizada em 2011 pelo Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social – CDES.



Já os tributos diretos, por terem cunho pessoal, são mais justos, tributando os contribuintes com maior renda de forma mais elevada, mas esta tributação ainda é muito pequena se comparada aos tributos indiretos.



Podemos perceber que os tributos diretos aumentam de importância conforme analisamos os contribuintes de maior poder aquisitivo, mas o que é insuficiente para compensar o peso dos tributos indiretos na matriz tributária brasileira.

Este efeito se deve à diferença estrutural do sistema tributário brasileiro, que se baseia primordialmente na tributação sobre o consumo, e tributando com menos intensidade a propriedade e a renda.

Ainda de acordo com a pesquisa do CDES, a carga tributária do país em 2008 foi da ordem de 34,9% do PIB, dentre os quais 46,8% foram resultante apenas dos tributos indiretos, os quais oneram mais intensamente a população de baixa renda, resultando em 16,3% do PIB. Já os tributos diretos, incidentes em renda e propriedade, responderam apenas por 25,6% da carga tributária ou 8,9% do PIB nacional.

Conforme é possível se constatar, o sistema tributário age de forma cruel com os menos

favorecidos na sociedade. Logo os que mais necessitam de ajuda do Estado para manter suas famílias são também os que mais são obrigados a contribuir para a manutenção do Estado brasileiro.

Desta forma, podemos perceber que o sistema tributário nacional onera mais as camadas de menor renda e menos os de maior poder aquisitivo. Tal sistema não só resulta em maiores desigualdades sociais como não respeita o princípio da capacidade contributiva.

Essa matriz tributária é bem diferente da utilizada em países desenvolvidos, os quais buscam atingir uma melhor igualdade social, já estabelecendo matrizes tributárias mais justas, diminuindo a tributação sobre o consumo e focando principalmente na tributação sobre a renda e propriedade.

De acordo com a uma pesquisa da empresa de contabilidade e auditoria internacional UHY<sup>70</sup>, o Brasil tem uma das maiores tributações sobre o consumo do mundo, sendo duas vezes maior do que a média dos países contabilizados.

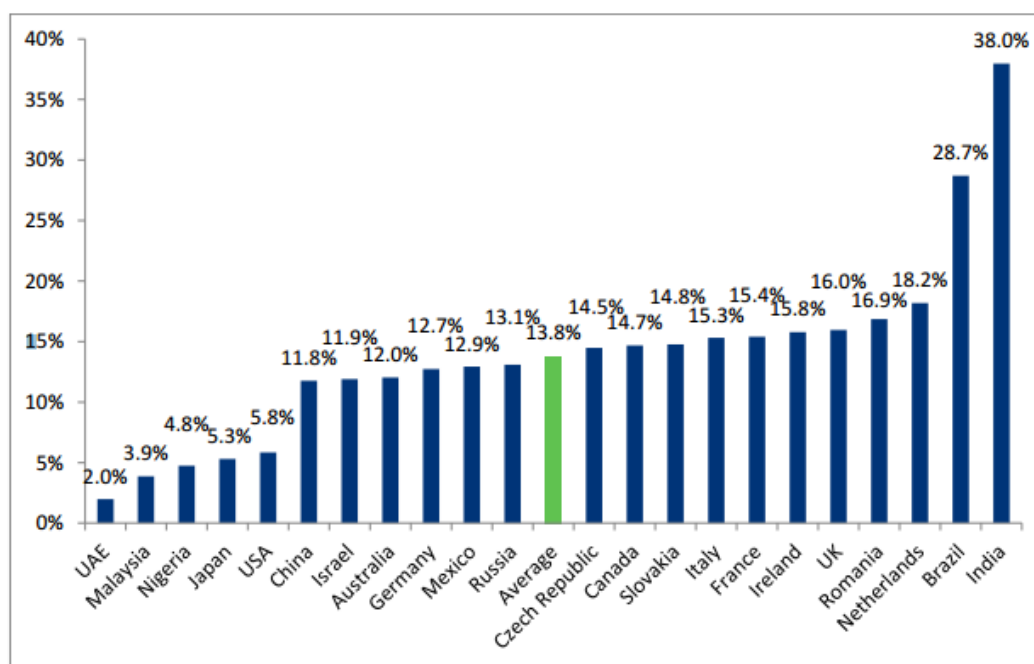


Figure 1 - Percentage of the total price of UHY's basket of goods that is tax, by country

Podemos reparar a grande diferença da tributação brasileira comparada a de alguns países do mundo. Esta diferença reflete a desigualdade social causada pela matriz tributária, que é muito grande no Brasil.

Tal diferença tende a aumentar consideravelmente a desigualdade social no país, tendo

<sup>70</sup> Estatística produzida pela UHY.

em vista que esta tributação sobre o consumo representará uma porcentagem da renda muito maior para as classes mais baixas, do que para as classes mais ricas.

Podemos perceber que a política tributária brasileira tem caminhado no sentido contrário ao da progressividade, o que vai absolutamente contra o princípio da capacidade contributiva.

O Imposto de Renda é o mais importante dos tributos diretos, devido ao seu caráter pessoalíssimo que permite a análise real da capacidade contributiva do indivíduo. Não obstante, esse importante imposto tem sido mal utilizado dentro do sistema tributário nacional, com progressividade baixa e pouca importância se comparado aos tributos indiretos.

Em 2008, o imposto de renda de pessoa física – IRPF foi responsável por apenas 6,7% da carga tributária total, o equivalente a 2,35% do PIB nacional. Apenas para fins de comparação, os países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE recolheram em média 9% do PIB, a título de IRPF, o equivalente, em média, a 25% da carga tributária.

A progressividade do Imposto de Renda de Pessoa Física é muito suave no Brasil, contendo poucas faixas de rendimento e pequenas diferenças. Nos países da OCDE, as alíquotas máximas de IRPF atingem em média 42,5%, enquanto no Brasil, apenas 27,5%.<sup>71</sup>

De acordo com levantamento realizado pela empresa de auditoria e contabilidade internacional Price Waterhouse & Coopers<sup>72</sup>, no qual foram contabilizados 26 países da Europa, Ásia e América, a grande maioria dos países adota alíquotas nominais máximas, referentes ao IRPF, muito superiores à brasileira.

Em um sistema tributário injusto que a tributação sobre o consumo é intensa, não é possível se estabelecer uma progressividade suave no IRPF, sob o risco de se estabelecer uma matriz tributária ainda mais regressiva e incongruente com o princípio da capacidade contributiva.

Dessa forma, é necessário estabelecer novas alíquotas para faixas de rendimento maiores, com o objetivo de aumentar a progressividade e consequentemente tributar de forma mais condizente com sua capacidade contributiva, aqueles em melhor situação econômica.

Impende ressaltar que a Constituição de 1988 previu o Imposto sobre Grandes Fortunas, mas ainda não foi instituído por falta de lei complementar, necessária para sua

---

<sup>71</sup> Dados disponibilizados pela OCDE (*apud* Indicadores de Iniquidade do Sistema Tributário Nacional – CDES)

<sup>72</sup> Levantamento realizado pela Price Waterhouse & Coopers (*apud* Indicadores de Iniquidade do Sistema Tributário Nacional – CDES)

regulamentação, que não foi aprovada até hoje.

Tal imposto seria de fundamental importância para o aumento da progressividade do sistema tributário brasileiro e consequentemente para uma maior adequação ao princípio da capacidade contributiva.

O nosso sistema tributário foi concebido junto com o Código Tributário Nacional, em 1967, época de regime militar e política econômica voltada para as classes mais altas.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tal sistema deveria ter sido completamente reformado, tendo em vista que os novos valores e objetivos estabelecidos pela nova Carta Magna brasileira eram conflitantes com os objetivos ditatoriais e suas formas de alcançá-los.

Talvez o fato mais cruel sobre a falta de justiça fiscal no Brasil seja a população nem ao menos poder compreender a situação tributária brasileira e muito menos os seus efeitos. Com regras tão complexas e tributos que oneram o produto final sem demonstrar o seu efeito econômico, é quase impossível para a população perceber tal situação, principalmente para a população de baixa renda.

Países da América do Norte costumam incluir os tributos indiretos apenas no momento final da compra, isto é, no pagamento. Tal técnica é utilizada para facilitar a compreensão e conscientização da população sobre a carga tributária incidente nos produtos finais.

Esta forma de cobrança de tributos não é utilizada no Brasil, já que apenas aumentaria a insatisfação da população com a alta carga tributária que permanece escondida atrás dos altos preços de consumo praticados no Brasil, tendo em vista que muitos produtos chegam a ter quase 50% de seu valor apenas em tributos.

No Brasil como os tributos indiretos são menos visíveis que as incidências sobre a renda e a propriedade, é comum a crença de que a classe de menor renda no país não paga impostos. Tal crença não podia estar mais longe da realidade, tendo em vista que a maior parte da carga tributária incide sobre o consumo, que afeta em maior proporção as classes mais baixas.

Diante da complexidade do sistema tributário brasileiro e da falta de instrução de grande parte da população brasileira, não há a consciência do brasileiro sobre a sua real participação no custeio da sociedade brasileira.

Caso o Brasil adotasse o sistema norte americano de incluir os tributos indiretos apenas no pagamento, com o intuito de elucidar a população, tal medida acarretaria graves efeitos políticos, tendo em vista que a consciência da população sobre a carga tributária é algo



extremamente impopular.

Além disso, caso os tributos indiretos fossem mais fáceis de serem identificados, isto acarretaria em uma enorme dificuldade para os governos aumentarem ou mesmo modificarem os tributos indiretos, o que hoje é feito com certa facilidade e habitualidade. Diferentemente dos tributos diretos, que não podem ser majorados com facilidade, tendo em vista que são medidas extremamente impopulistas.

Diante da grande desigualdade social, o Brasil deve adotar medidas urgentes para reformar o sistema tributário brasileiro, que onera mais os contribuintes de baixa renda, aumentando cada vez mais a desigualdade social do país.

Uma medida que pode amenizar o problema é aumentar a progressividade dos tributos diretos, aumentando a carga tributária sobre os contribuintes de maior poder aquisitivo. Tal ação pode diminuir a desigualdade do atual sistema tributário brasileiro.

Essas alterações no sistema tributário, além de almejar respeitar o princípio da capacidade contributiva e do não confisco, também devem facilitar a compreensão da população sobre o sistema tributário brasileiro.

#### **4) PROBLMÁTICA CAUSADA PELO SISTEMA FEDERALISTA**

Um dos grandes problemas da reforma do atual sistema tributário brasileiro está no sistema federalista, que estabelece que cada ente federativo terá competência para instituir e cobrar tributos dentro de sua respectiva área de controle.

O problema reside na divisão de competências para a instituição dos tributos, já que a Constituição definiu como principal forma de arrecadação para os Estados e Municípios os tributos indiretos, ICMS e ISS, respectivamente.

Hoje, o ICMS é de longe a principal fonte de renda dos Estados, os quais iriam ter graves crises financeiras e estruturais caso houvesse uma redução drástica, mas necessária, dos tributos indiretos. E com a dificuldade que os governos têm de lidar com as contas públicas, medidas de reforma tributária, as quais buscam diminuir os efeitos dos tributos indiretos, são medidas impopulares nas Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais.

Impende afirmar que a estrutura econômica brasileira está se modificando. Com as classes baixas tendo rendas cada vez mais altas, devido a programas sociais como Bolsa Família, e altas cargas sobre os tributos indiretos, o consumo tem cada vez mais importância para o crescimento econômico do País.

O Brasil tende a ter uma economia com as mesmas bases da economia americana, uma

economia baseada no consumo. Assim as indústrias tendem a crescer, produzindo mais, buscando incentivar o consumo, arrecadando mais e assim formando um ciclo de uma cadeia de consumo produtiva, voltada para a área interna do país.

Outro grande problema do sistema tributário nacional é que os critérios de distribuição de recursos entre os entes federados não buscam a equidade. De acordo com o CDES, os orçamentos dos 10 municípios com maiores rendas *per capita* (R\$ 9.478) superaram em 18 vezes o orçamento *per capita* dos 10 mais pobres (R\$ 512).

Devido aos direitos constitucionais, os brasileiros devem ter acesso a um nível mínimo de serviços públicos de qualidade independentemente de onde morem, sejam em grandes metrópoles ou pequenos municípios.

Desta forma, a renda obtida através dos tributos de competência municipal ou estadual muitas vezes não é suficiente para a manutenção do ente federado, o que resulta em busca incessante por mais recursos através da tributação, frequentemente utilizada de forma ilegal.

Um grande problema reside no fato da produção se concentrar mais regionalmente do que o consumo, resultando em grandes quantias relativas à arrecadação de ICMS, para os Estados mais produtores.

Tal realidade cria desigualdade. De acordo com o CDES, em 2009, dos 7,2% do PIB nacional arrecadados ICMS, mais da metade pertenceu aos quatro estados do sudeste, enquanto os nove estados do nordeste arrecadaram apenas 14,6% do ICMS.

Todos estes problemas criam situações onde os Estados brigam entre si, muitas vezes ilegalmente, para se aproveitar do crescimento do consumo no país, almejando arrecadar cada vez mais com os tributos indiretos. Tal situação resulta no atual problema das guerras fiscais dos estados brasileiros.

As guerras fiscais consistem nas tentativas, muitas vezes ilegais, dos Estados atraírem indústrias e empresas para seu território através de benefícios fiscais. Acontece que inúmeras vezes os benefícios fiscais são concedidos mesmo de forma ilegal, o que acarreta prejuízos para a empresa e para os outros Estados, resultando em uma verdadeira guerra fiscal em busca dos tributos indiretos, principalmente o ICMS.

A realidade é que o Brasil necessita de alterações nas legislações tributárias, seja para diminuir a desigualdade, seja para coibir as guerras fiscais, pois hoje os tributos indiretos, instituídos e utilizados da maneira que são utilizados, ferem a Constituição e os objetivos da nação brasileira.

## CONCLUSÃO

Os tributos indiretos são utilizados em todo mundo, tendo em vista sua relevância para o Estado. Eles são uma necessária fonte de renda sobre um importante viés econômico que é o consumo. Eles também podem ter a função da extra fiscalidade, coibindo o consumo de determinados produtos, como o álcool e o tabaco. Além disso, eles ainda são de muita importância para o sistema federalista e sustento dos entes federados.

O grande problema é que esses tributos vêm sendo instituídos de forma inconstitucional, não respeitando o princípio da capacidade contributiva e do não confisco, causando maior desigualdade social no país.

Hoje, o Estado brasileiro se sustenta de forma primordial nos tributos indiretos, seja pela facilidade de se instituir e cobrar tais tributos, ou seja pela necessidade, já que o Brasil é um país onde a população ainda tem uma renda muito baixa e consequentemente sem muitos bens patrimoniais.

O grande problema reside nos efeitos causados por tal distribuição da carga tributária, o que resulta em maiores desigualdades sociais e desrespeito ao princípio da capacidade contributiva.

Além disso, os tributos indiretos são utilizados de forma ilegal, o que gera prejuízo para a sociedade como um todo e causando as “guerras fiscais”. E ainda são uma maneira cruel de governos aumentarem a carga tributária sem o consentimento e compreensão da população.

É necessário que se aumente a progressividade dos tributos diretos, aumentando a tributação daqueles que têm maiores condições de ajudar na manutenção do Estado. Também é necessário que se diminua a intensidade de tributação nos tributos indiretos, os quais oneram de forma desigual aqueles que têm menos condições financeiras.

Essas ações são necessárias para diminuir a desigualdade causada pelo sistema tributário brasileiro, começarmos a modificar a matriz tributária de regressiva para progressiva e consequentemente atingirmos a tão almejada justiça fiscal.

Diante desses fatos e problemas, podemos perceber que são necessários ajustes importantes ao sistema tributário brasileiro, almejando reduzir os problemas causados pelos tributos indiretos, criando uma matriz tributária mais justa e de acordo com os parâmetros constitucionais.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 16.ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BORGES, José Cassiano; REIS, Maria Lucia Américo dos. **Manual de operações e prestações com impostos indiretos: IPI, ICMS, ISS**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário brasileiro**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. (2010). Disponível em: <<http://www.dieese.org.br>>.

GASSEN, Valcir. **A tributação na Origem e Destino**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

IBPT, Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário. (2014). Disponível em: <<http://www.impostometro.com.br/>>.

CDES, Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social. **Indicadores de Iniquidade do Sistema Tributário Nacional**. (2011) Disponível em: <<http://www.cdes.gov.br/documento/2651756/indicadores-de-iniquidade-do-sistema-tributario-nacional-relatorio-de-observacao-n-2.html>>

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. Ed. São Paulo: Editra Malheiros, 2010.

MELO, José Eduardo Soares. IPI. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.) **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

OCDE, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Revenue Statistics 1965-2008**. Disponível em: <[http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/revenue-statistics-2009/tax-revenuetrends-1965-2008\\_rev\\_stats-2009-3-en-fr](http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/revenue-statistics-2009/tax-revenuetrends-1965-2008_rev_stats-2009-3-en-fr)>. Acesso em: 18 abr. 2011.

RECEITA FEDERAL. Material disponibilizado pela Receita Federal relativo ao ano de 2005. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/Eventos/EspecialistasPoliticaTributaria>>

SANCHES, José Luís Saldanha. **Justiça Fiscal**. Portugal: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

UHY. **Brazil and India hit businesses with highest sales and consumption taxes.** (2012)  
Disponível em: <<http://www.uhy.com/brazil-and-india-hit-businesses-with-highest-sales-and-consumption-taxes/>>

VARGAS, Jorge de Oliveira. **Princípio do não-confisco como garantia constitucional da tributação justa.** Curitiba: Juruá, 2003.



**CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB  
CURSO DE DIREITO**

**RICARDO SAMESHIMA TABA**

**O Princípio da Juridicidade Administrativa: A constitucionalização do  
Direito Administrativo**

Brasília/DF  
1º/2016

RICARDO SAMESHIMA TABA

**O Princípio da Juridicidade Administrativa: A constitucionalização do  
Direito Administrativo**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro  
Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília, como  
exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Professor Me. Daniel Luchine Ishihara

Brasília/DF  
1º/2016

## Agradecimentos

Em primeiro lugar agradeço à minha amada esposa, Ananda Corezzi Taba, por todo o apoio, carinho, paciência e compreensão. Sem você ao meu lado nada seria possível;

Agradeço aos meus pais Honório Tenzi Taba e Lúcia Matiko Sameshima Taba, e à minha irmã Lillian Saeko Taba, que sempre me incentivaram e deram suporte;

Agradeço a todos os professores e funcionários do Curso de Direito, sempre prestativos e atenciosos, e em especial ao professor Me. Daniel Luchine Ishihara, pela confiança, orientação e amizade.

Agradeço, por fim, aos amigos do curso, especialmente Milena Palmeira Reis Caldeira Brant, Victorio Abritta Aguiar e Márcia Maria de Oliveira Assunção Farias que foram meus grandes companheiros ao longo desses cinco anos de faculdade.

“Não é bom se limitar a um conjunto de opiniões.

É um erro se esforçar para compreender as coisas e depois parar nesse ponto. Primeiramente se esforce muito para garantir que aprendeu o básico, depois pratique para que o que você aprendeu renda frutos. Isso é algo que se perpetuará por toda a sua vida. Não se conforme apenas com aquele conhecimento que você adquiriu e pense: ‘isso não é suficiente’.

Você deve buscar durante toda a vida a melhor forma de seguir o Caminho. E deve estudar, deixando que a mente trabalhe sem descanso. O caminho está nisso.”

-Trecho do *Hagakure*, de Tsunetomo Yamamoto (1659-1719), samurai da província de Saga.



## **Resumo**

O objetivo da presente monografia é apresentar o princípio da juridicidade administrativa como consequência da constitucionalização do direito administrativo. A pesquisa foi dividida em três capítulos: no primeiro, buscamos demonstrar como a atual configuração do sistema administrativo pátrio é fruto de uma evolução histórica, que se dá desde o período colonial; no segundo, efetuamos a revisão crítica das premissas fundantes do atual sistema e, em especial, dos princípios norteadores do direito administrativo. Por fim, no terceiro capítulo, passamos à análise do atual momento histórico da administração pública, marcado pela afirmação do Estado Democrático de Direito com o advento da Constituição de 1988 e, ainda, fortemente influenciado pelo chamado neoconstitucionalismo. Nesse contexto, buscamos demonstrar a construção do conceito de neoconstitucionalismo bem como a sua influência no direito administrativo, que se reflete, finalmente, com o princípio da juridicidade administrativa.

**Palavras-chave:** Direito público. Direito administrativo constitucional. Neoconstitucionalismo. Administração pública. Estado.

## Sumário

<b>Introdução .....</b>	<b>171</b>
<b>1. A evolução histórica e os fundamentos da administração pública brasileira. ....</b>	<b>173</b>
1.1. .... Do Brasil Colônia à República Velha .....	173
1.1.1 Panorama histórico e a administração no Brasil colônia (1500 a 1808). ....	173
1.1.2 A administração durante o período monárquico (1808 a 1889). ....	174
1.1.3 A administração durante a República Velha (1889 a 1930).....	177
1.2. .... Da Era Vargas à Nova República. ....	179
1.2.1 A modernização da administração a partir da Era Vargas (1930 a 1945). ....	179
1.2.2 A administração durante a Ditadura Militar (1964 a 1985).....	181
1.2.3 A administração pública a partir da redemocratização (1985 até o presente). .	184
<b>2. Os princípios jurídicos e a moderna administração pública brasileira .....</b>	<b>188</b>
2.1. ....Princípios jurídicos .....	188
2.2. ....O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. ....	190
2.3. .... O princípio da legalidade administrativa. ....	193
<b>3 O neoconstitucionalismo e sua irradiação no direito administrativo brasileiro.....</b>	<b>198</b>
3.1. ....Origens e desenvolvimento do novo direito constitucional (neoconstitucionalismo) .....	198
3.2. .... O neoconstitucionalismo no Brasil .....	201
3.3. ....A constitucionalização do direito administrativo. O princípio da juridicidade administrativa. ....	203
<b>Considerações finais .....</b>	<b>207</b>
<b>Referências .....</b>	<b>210</b>

## Introdução

No Brasil, foi a partir do Estado Novo, na década de 1930, que se buscou a formação de uma burocracia profissional. O intuito, à época, foi o de organizar e profissionalizar a Administração Pública de modo diminuir a influência dos particulares nas funções administrativas do Estado, ou seja, buscava primordialmente diminuir o fisiologismo, herança ainda dos tempos de colônia.

Para tanto, buscou-se a criação de um instrumental normativo rígido, em que os administradores públicos estariam, *a priori*, estritamente vinculados à legislação, sem autonomia para agir conforme seus próprios interesses ou mesmo cedendo a interesses de particulares. A vontade da administração se consagra, em teoria, como a vontade da lei, firmando-se o princípio da legalidade no âmbito da Administração Pública.

A premissa axiológica do modelo de administração pública adotado baseou-se no já citado princípio da legalidade bem como no princípio da supremacia do interesse público. Este último, deriva da ideia de que o Estado, representante do bem comum, poderia colocar-se em posição superior aos interesses particulares. Nesse sentido, nos casos concretos, havendo conflito entre interesses particulares e os interesses coletivos, estes últimos deveriam prevalecer. Sobre estes dois princípios se erigiu todo o arcabouço normativo e lógica de exegese que dão sustentação e legitimam as ações da Administração.

As transformações pelas quais a concepção do Estado e as suas finalidades passaram ao longo do século XX trouxeram, consequentemente, novas formatações e orientações para a Administração Pública. Nesse sentido, novos arcabouços jurídicos foram formados para alinhar a Administração a esses novos contextos. A redefinição do papel do Estado, que passa da concepção de Estado liberal, para o Estado-providência e posteriormente para o Estado neoliberal, reflete-se no plano jurídico e em especial no ramo do direito administrativo.

A partir da primeira década do século XXI, no direito pátrio, novas acepções acerca da constituição e sua força irradiante sobre os diversos ramos do direito novamente redefinem o direito administrativo e seus institutos. A Administração Pública não mais se submete à estrita legalidade, mas a todo o arcabouço jurídico e constitucional visto de forma ampla, com o intuito precípua de fazer valer os direitos fundamentais e a democracia. É nesse contexto que surge o princípio da juridicidade administrativa, que tem sido evidenciado na doutrina mais moderna. Porém, como qualquer novo paradigma, este princípio encontra ressalvas, principalmente entre

doutrinadores clássicos, que apresentam suas preocupações quanto à aplicação do princípio e seus desdobramentos no sistema jurídico pátrio.

O presente trabalho buscará demonstrar as origens e os fundamentos desse novo paradigma do sistema administrativo pátrio que, por força normativa da Constituição e em vista da chamada nova hermenêutica (neoconstitucionalismo) impõe a prevalência da juridicidade em detrimento de uma leitura estrita do princípio da legalidade e o enfraquecimento do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

## **1. A evolução histórica e os fundamentos da administração pública brasileira.**

### **1.1. Do Brasil Colônia à República Velha**

#### **1.1.1 Panorama histórico e a administração no Brasil colônia (1500 a 1808).**

Para compreendermos a estrutura e os fundamentos jurídicos do atual sistema administrativo brasileiro faz-se necessária uma breve digressão histórica. Nesse sentido, abrangeremos, no presente estudo, o desenvolvimento da administração pública desde o período colonial até os dias atuais. Trataremos, porém, com maior detalhe, as transformações e as instituições delineadas a partir da década de 1930.

Para Santos (2004), a explicação da realidade (política, economia ou social) parte do princípio de que podemos dividi-la em períodos, mais ou menos delineados no tempo. Essas realidades, ao longo desses períodos, evoluem de formas diferentes e muitas vezes desagregadas umas das outras, mas compõem um todo, um sistema. Nessa percepção, não é possível explicar a história como uma mera sucessão de fatos isolados ou como simples causas e consequências. A construção de uma explicação da realidade passa pela análise dos diversos elementos desse sistema, que atuam de forma concomitante e com expressões de força variáveis. Logicamente, em alguns momentos um elemento se torna mais preponderante que outro.

Na construção do panorama histórico da administração pública brasileira fica claro que os elementos políticos, econômicos e sociais se entrelaçam e dão conformidade aos períodos delineados. No recorte epistemológico proposto, em que se evidencia o Estado e a administração pública em suas origens, partiremos dos estudos feitos por Costa (2008), Prado Júnior (1972, 1986), Holanda (1995) e Bresser-Pereira (1995, 2006).

Sobre a necessidade de construção do panorama histórico da administração pública no Brasil para o melhor entendimento de sua atual conformação, Costa (2008) é enfático:

[...] não é possível entender as recentes transformações do Estado, da organização governamental e da administração pública brasileira **sem tentar reconstruir os processos de formação e diferenciação histórica do aparato estatal que se constituiu no Brasil** [...] (COSTA, 2008, p. 831, grifo nosso).

Este recorte epistemológico temporal (1930 aos dias atuais) é uma opção baseada no fato de que, segundo este autor, o período colonial (1500 a 1808) foi marcado por uma administração descentralizada, caótica e com pouco aparelhamento de Estado, e o período absolutista (1808 a 1889) tratou-se, em suma, de um regime administrativo lusitano, somente deslocado ao Brasil por força da vinda da família real portuguesa, com as devidas adaptações circunstanciais. Já primeiro período republicano, denominado de República Velha (1889 a 1930), conforme Costa (2008) e Prado Júnior (1986), se mostra marcado por práticas patrimonialistas,

com graves resquícios da estrutura e da cultura administrativa dos períodos anteriores, ainda que com uma roupagem republicana liberal, o que será explanado adiante. Por essa razão, é somente a partir de 1930 que efetivamente temos a construção dos alicerces jurídicos e estruturais que resultaram na atual administração pública brasileira.

Sobre a administração que se firmou em terras brasileiras durante o período colonial, Costa (2008) afirma:

Tratava-se de um cipoal de ordenamentos gerais, encargos, atribuições, circunscrições, disposições particulares e missões extraordinárias que não obedeciam a princípios uniformes de divisão de trabalho, simetria e hierarquia. O caos legislativo fazia surgir num lugar funções que não existiam em outros; competências a serem dadas a um servidor quando já pertenciam a terceiros; subordinações diretas que subvertiam a hierarquia e minavam a autoridade. (COSTA, 2008, p. 832)

Nessa seara, Prado Júnior (1986), ao abordar a lógica colonial brasileira, demonstra que a ocupação do território pátrio se deu sob a força de mandatários do reino português e não houve, ao menos nas primeiras décadas de ocupação, logo a partir de 1500, a instituição de um comando central que organizasse ou desse direcionamento para os interesses de Portugal no Brasil.

Mesmo após a efetiva ocupação do território brasileiro, com os principais centros rurais e urbanos já firmados, a administração estatal se manteve frágil e autoritária. Como principais características desse período histórico Costa (2008) aponta:

[...] a centralização, a ausência de diferenciação (de funções), o mimetismo, a profusão e minudência das normas, o formalismo e a morosidade. Essas disfunções decorrem, em grande medida, da transplantação para a colônia das instituições existentes na metrópole e do vazio de autoridade (e de obediência) no imenso território, constituindo um organismo autoritário, complexo, frágil e ineficaz. (COSTA, 2008, p. 834)

Este autor salienta, ainda, a importância de, ao analisarmos o Brasil-colônia, desfazer-nos das noções contemporâneas de Estado, de espaço público e de espaço privado, ou mesmo de níveis de governo e de distinção de poderes. Nesse sentido, esmiuçar a administração existente durante este período seria inócuo ao presente estudo visto a sua pouca influência nos dias atuais, ao menos no sentido estrutural e jurídico.

### **1.1.2 A administração durante o período monárquico (1808 a 1889).**

O panorama estrutural e jurídico colonial começa a mudar a partir da transferência da corte portuguesa para o Brasil, em 1808. O traslado alterou sobremaneira a lógica metrópole-colônia na qual estava inserido. Esse foi o marco histórico que “criou condições para a emergência do espaço público e a formação da burguesia nacional, tornando possível a

restauração da situação colonial anterior e favorecendo a independência nacional” (COSTA, 2008, p. 831).

Entretanto, para Prado Júnior (1972) o que efetivamente ocorreu foi tão somente a migração da administração estabelecida na metrópole para terras coloniais. A confluência entre os interesses pessoais e os interesses do Estado era explícita posto o caráter absolutista da estrutura social, política e econômica então vigentes. A organização administrativa, ainda que baseada na legalidade e no formalismo, herança do sistema romano-germânico e adotado por Portugal e transferido para o Brasil, não afastava os procedimentos e práticas essencialmente patrimonialistas<sup>73</sup>.

Sobre essas características e a mudança de *status quo*, trazidas com o traslado da corte para o Brasil, Costa (2008) afirma:

Todo o acervo administrativo estava a bordo: arquivos, documentos e papéis de governo, e de tal maneira arranjados que, ao desembarcarem no Rio de Janeiro, nenhuma falta ou dificuldade especial se fez sentir, e a faina de dirigir a monarquia continuou no novo continente tão normalmente como se estivera o regente em Lisboa [...]

O primeiro problema era de edificações para acolher as residências da nobreza exilada e as novas repartições do reino. Isso se fez desalojando os prepostos da Coroa, os poucos fidalgos e os ricos comerciantes que cederam suas casas e palacetes. Por outro lado, acentuou-se a tendência patrimonialista de reunir no mesmo edifício o domicílio e o local de trabalho. (COSTA, 2008, p. 835).

A referida alteração do *status quo*, as transformações inerentes que o traslado da corte portuguesa proporcionou e a instalação de todo o aparato administrativo fundamentou a possibilidade de construção de uma nação independente. D. João VI, sem a perspectiva de retornar a Portugal buscou equipar o Brasil da melhor forma possível, o que revolucionou a vida da colônia transformada em centro do Império Português:

[...] cuidou também o governo de criar instituições e organismos úteis e necessários, como a Academia de Marinha, a de Artilharia e Fortificações, o Arquivo Militar, a Tipografia Régia, a Fábrica de Pólvora, o Jardim Botânico, a Biblioteca Nacional, a Academia de Belas Artes, o Banco do Brasil e os estabelecimentos ferríferos de Ipanema. **São muitas as criações e inovações institucionais, jurídicas e administrativas que tiveram largo impacto na vida econômica, social, política e cultural do Brasil, tanto no plano nacional, quanto na esfera regional.** São leis, cidades, indústrias, estradas, edificações, impostos, cadeias, festas e costumes que foram introduzidos no pacato cotidiano da antiga colônia. (COSTA, 2008, p. 836, grifo nosso).

---

<sup>73</sup> Sobre o termo, seu conceito e sua aplicação ao contexto brasileiro, trataremos em momento posterior. Raízes do Brasil, Sérgio Buarque de Holanda, 1995, (pp. 145)

Foi somente em 1821 que, com a derrota de Napoleão, foi possível e necessário o retorno de D. João VI para Portugal. Nesse momento, D. Pedro, seu herdeiro, permaneceu como regente da parcela americana do reino português. Como dito anteriormente, D. João VI deixou o Brasil administrativamente aparelhado, aos moldes de uma metrópole portuguesa, e não seria mais possível ou aceitável o retorno à condição de colônia. Os atritos inevitáveis entre pai e filho e a exigência do retorno de D. Pedro a Lisboa culminaram, no ano seguinte ao retorno de D. João VI a Portugal, com a independência do Brasil (1822):

Os conflitos em matéria fiscal, as propostas em discussão nas cortes para a retomada da condição colonial do Brasil e a exigência do retorno do príncipe a Lisboa colocaram-no em franca oposição aos interesses da metrópole, ensejando a realização de uma seqüência de atos políticos de peso que culminaram com a independência, pouco mais de um ano depois da partida de d. João VI. A sete de setembro de 1822, d. Pedro I declarou a independência e instituiu o governo do Brasil [...]. (COSTA, 2008, p. 837).

A partir da independência o Estado brasileiro foi estabelecido e governado por D. Pedro I (de 1822 a 1831), pela Regência Trina (de 1831 a 1840), e foi herdado por D. Pedro II (de 1840 a 1889). Conforme noticia Prado Júnior (1986) e Holanda (1995), foram décadas extremamente conturbadas tanto na esfera econômica como na política.

De acordo com Costa (2008), após quase 10 anos da declaração de independência e de outorgar a primeira Constituição Brasileira (1824), D. Pedro I abdica em favor de seu filho, Pedro II, quando este contava com somente 5 anos. Seguiu-se o período regencial (1831 a 1840), quando foram feitas alterações substanciais na Constituição, em 1834, bem como outras reformas que buscaram manter a estabilidade do governo. Logo após, em 1840, D. Pedro II, assume o poder com apenas 15 anos de idade e governa até o golpe de estado que instituiu a República em 1889. Durante todo esse período, houve poucas mudanças na estrutura administrativa brasileira, que apesar de solidificar a herança deixada por D. João VI, mantinha-se essencialmente absolutista, com a existência do poder moderador largamente exercido pelo rei.

Segundo Prado Júnior (1986), o período monárquico, em suma, teve sustentação nas grandes propriedades rurais, na economia de exportação e no trabalho escravo. Já na década de 1870 começa a pressão das potências estrangeiras, principalmente da Inglaterra, em razão de sua necessidade em abrir novos mercados consumidores e fornecedores de matérias primas. Foram os conflitos internos e a pressão externa que criaram o ambiente para que o frágil movimento republicano ganhasse força.

Sobre estes elementos do final do período monárquico, Costa (2008) afirma que:

Nos 10 últimos anos do Império, esses conflitos tornaram-se mais agudos, exercendo forte pressão sobre o governo. Em primeiro lugar, a questão do trabalho escravo colocava, de um lado, grandes proprietários de terra e, de outro, os setores urbanos, Revista de Monografia Jurídica. Brasília, v.1, n.1, jul./dez.2016.



adeptos do abolicionismo. Sua libertação suprimiu uma das bases de sustentação da ordem imperial. Em segundo lugar, o problema da autonomia das províncias contrapunha os centralizadores e os partidários da descentralização. Em terceiro lugar, a Guerra do Paraguai trouxe como consequência o desequilíbrio das finanças públicas, o fortalecimento do papel político do Exército e a exposição da contraditória condição do soldado escravo, contribuindo para desestabilizar ainda mais o governo. Por último, o precário estado de saúde do imperador, muito querido pelos súditos de todas as classes, colocava em primeiro plano a questão sucessória e a ameaça de que o país viesse a ser governado com o concurso de um estrangeiro, o conde D'Eu, marido da princesa Isabel, extremamente antipatizado. (COSTA, 2008, p. 838).

Segundo Costa (2008, p. 840), “desde a guerra contra o Paraguai o Exército tornou-se um ator político cada vez mais importante”. Consequentemente, a insatisfação dos diversos grupos sociais frente à política centralizadora de D. Pedro II fez com que as províncias, em busca de liberdade econômica e política, apoiassem o Exército no golpe de Estado que ocorreu em 15 de novembro de 1889. Nascia assim no Brasil a República, altamente influenciada por ideais modernizadores e progressistas.

### 1.1.3 A administração durante a República Velha (1889 a 1930)

Sobre a motivação dos diversos atores para dar fim à monarquia, Prado Júnior (1986) afirma que foi a expansão econômica que ocorreu no Brasil nas últimas décadas da monarquia e no início da República, proporcionada pela cultura do café, que alterou significativamente as esferas social, política e econômica do país. Sob a influência das potências europeias, o Brasil adentra com maior envergadura na lógica imperialista mundial, na qual os mercados consumidores e produtores se relacionavam avidamente. Essa nova realidade contrasta com o Estado absolutista centralizador de D. Pedro II, o que gerou grande descontentamento entre as elites agrárias.

Nesse novo momento republicano criou-se ou deu-se maior ênfase a um espírito de busca pela prosperidade material, à ânsia pelo enriquecimento. Para o referido autor, entretanto, a mudança teve seu preço:

A transformação terá sido tão brusca e completa que veremos as próprias classes e os mesmos indivíduos mais representativos da monarquia, dantes ocupados unicamente com política e funções similares, e no máximo com uma longínqua e sobranceira direção de sua propriedade rurais, mudados subitamente em ativos especuladores e negociastas. Ninguém escapará aos novos imperativos da época. **Os próprios governantes terão sua parte nestas atividades, e até o espetáculo de ministros e altas autoridades metidos em negócios** – coisa que nunca se vira Império – será frequente (PRADO JÚNIOR, 1986, pp. 208/209, grifo nosso).

Fica claro que estas elites agrárias, chamadas por Holanda (1995) de oligarquias rurais, adaptaram-se aos novos contornos econômicos e políticos trazidos pela República,

principalmente frente à recente abolição da escravidão que não poderia ser restaurada. As práticas dessas elites frente à esfera pública permaneceram basicamente as mesmas, conforme noticia Prado Júnior (1986). Surge então o coronelismo, que se desenvolveu e se entranhou na prática de gestão do Estado, cuja concepção à época era a do Estado de Direito, com viés liberal e marcado pela limitação de seus poderes. No plano econômico, a meta era o ingresso dos produtos agrícolas brasileiros no plano internacional. Isso fortaleceu a iniciativa privada, notadamente os grandes e médios latifundiários, garantindo-lhes poder econômico e, conseqüentemente, poder político.

Segundo Holanda (1995) o entrelaçamento entre o poder político e poder econômico ocorre desde o período monárquico. Conforme já mencionado, a organização da oligarquia agrária culminou com o movimento republicano liberal e a proclamação da república. Sobre essa questão, afirma o autor:

Na Monarquia eram ainda os fazendeiros escravocratas e eram filhos de fazendeiros, educados nas profissões liberais, quem **monopolizavam a política, elegendo-se ou fazendo eleger seus candidatos, dominando os parlamentos, os ministérios, em geral todas as posições de mando, e fundando a estabilidade das instituições nesse incontestado domínio.**

Tao incontestado, em realidade, que muitos representantes da classe dos antigos senhores puderam, com frequência, dar-se ao luxo de inclinações antitradicionalistas e mesmo de empreender alguns dos mais importantes movimentos liberais que já se operaram em todo o curso de nossa história. (HOLANDA, 1995, p. 74, grifo nosso).

Conforme exposto, o movimento em direção à modernização do Estado nas primeiras décadas da república deu-se de modo contraditório. Se por um lado buscava-se modernizar práticas a fim de adequá-las aos moldes dos mercados internacionais, principalmente com o café, por outro lado as elites econômicas e políticas do país aglutinaram forças de modo a converter a administração pública em mera sucursal de seus negócios. A respeito dessa contradição entre a República e a convergência dos negócios privados com a administração pública, Costa (2008) afirma:

A República federalista, com estados politicamente autônomos, consagrou um novo pacto político que acomodava os interesses das elites econômicas do Centro-Sul e do resto do país. O governo federal ocupava-se de assegurar a defesa e a estabilidade e proteger os interesses da agricultura exportadora através do câmbio e da política de estoques, com reduzida interferência nos assuntos “internos” dos demais estados. **Lá vicejavam os mandões locais, grandes proprietários de terra e senhores do voto de cabresto, e as grandes oligarquias, que controlavam as eleições e os governos estaduais e asseguravam as maiorias que apoiavam o governo federal.** A política dos governadores garantia a alternância na presidência da República de representantes de São Paulo e Minas Gerais. Esse sistema era marcado pela instabilidade dos governos estaduais passíveis de serem derrubados e substituídos em função da emergência de novas oligarquias. (COSTA, 2008, pp. 839/840, grifo nosso).

Quanto às origens e a perpetuação, no Brasil, da representação do poder econômico dos médios e grandes latifundiários na esfera política, Holanda (1995) também é objetivo:

Na ausência de uma burguesia urbana independente, os candidatos às funções novamente criadas recrutam-se, por força, entre indivíduos da mesma massa dos antigos senhores rurais, portadores de mentalidade e tendência características dessa classe. Toda a ordem administrativa do país, durante o Império e mesmo depois, já no regime republicano, há de comportar, por isso, elementos estreitamente vinculados ao velho sistema senhorial. (HOLANDA, 1995, p. 88).

A primeira república desenvolveu-se por praticamente 40 anos e não se sustentou frente à diversificação da economia, o primeiro ciclo de industrialização, e, finalmente, pela urbanização e organização política das camadas urbanas. Foi principalmente a crise econômica mundial de 1929 que reverberou na economia nacional, fortemente marcada pela dependência das exportações de café, que possibilitou o apoio de diversas camadas da sociedade ao golpe de estado promovido por Getúlio Vargas em 1930.

## **1.2 Da Era Vargas à Nova República.**

### **1.2.1 A modernização da administração a partir da Era Vargas (1930 a 1945).**

Costa (2008) afirma que a partir da década de 1930 podemos distinguir três grandes movimentos de reforma da administração pública, separados por intervalos de 30 anos: o primeiro no ano de 1937, durante a Era Vargas (1930-1945); o segundo em 1967 durante o Regime Militar (1964-1985); e o terceiro, mais recente, em 1995 (ou 1998, considerando a promulgação da Emenda Constitucional nº 19), já após a restauração democrática (1988 até o presente).

A despeito da chamada Era Vargas (1930 a 1945) ser marcada pelo autoritarismo e pela centralização do poder, foi somente a partir de 1930 que se buscou a formação de uma burocracia profissional no Brasil. O intuito, à época, foi o de alterar o paradigma então vigente, de modo a organizar e profissionalizar a administração pública e diminuir a influência dos particulares nas funções administrativas do Estado, ou seja, primordialmente buscava suprimir o patrimonialismo, herança ainda dos tempos de colônia e que, como dito anteriormente, se manteve como prática comum na República Velha.

Para Costa (2008), nesse período houve a mudança dos centros de poder político no país com a emergência de novos grupos oligárquicos e o enfraquecimento das elites vinculadas ao campo. Isso, demonstra a passagem de um Brasil essencialmente agrário para um Brasil que buscava centrar-se na indústria.

A Era Vargas marca o início da busca pela modernização de práticas e procedimentos a fim de garantir uma melhor resposta do aparelho estatal frente às transformações econômicas,

internas e externas, pelas quais passava o Brasil. Segundo Bresser-Pereira (1995), tais reformas surgiram da necessidade de adequar o país, que se modernizava e passava por um recente processo de industrialização:

A partir da reforma empreendida no governo Vargas [...] a administração pública sofre um processo de racionalização que se traduziu no surgimento das primeiras carreiras burocráticas e na tentativa de adoção do concurso como forma de acesso ao serviço público. A implantação da administração pública burocrática é uma consequência clara da emergência de um capitalismo moderno no país (PEREIRA, 1995, p. 18)

Para alcançar esse objetivo, o de implantar uma administração burocrática em sentido weberiano, buscou-se a criação de um instrumental normativo rígido, em que os administradores públicos estariam, a priori, estritamente vinculados à legislação, sem autonomia para agir conforme seus próprios interesses ou mesmo cedendo a interesses de particulares. Nesse momento, ao menos no Brasil, busca-se que a atuação da administração vincule-se, em teoria, à racionalidade da lei, firmando-se no âmbito da administração pública o princípio da legalidade administrativa. (MEIRELLES, 2013).<sup>74</sup>

Entretanto, apesar dos esforços despendidos a experiência brasileira mostrou gargalos e imperfeições. Se durante a República Velha o coronelismo marcou o plano político e administrativo do Estado – em verdade todo o meio social de um país essencialmente agrário - com o início da industrialização e sua pretensa modernização deu-se lugar a outras práticas não menos descabidas como o clientelismo e o fisiologismo (Holanda, 1995).

Nesse sentido, Bresser-Pereira (1995) afirma: que “o patrimonialismo (contra o qual a administração pública burocrática se instalara), embora em processo de transformação, mantinha ainda sua própria força no quadro político brasileiro. O coronelismo dava lugar ao clientelismo e ao fisiologismo” (PEREIRA, 1995, p. 19)

Contudo, importantes avanços se solidificaram no sentido de racionalizar a administração. Bresser-Pereira (1995) cita como exemplos de avanços da Era Vargas a consagração do concurso público como forma de ingresso nos quadros, o treinamento de pessoal, a aplicação de métodos para a padronização de procedimentos, e a implantação de mecanismos de controle.

Segundo Bresser-Pereira (1995, 2006) e Costa (2008), foi o Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, criado em 1938, que operacionalizou as reformas pretendidas, tendo encabeçado o esforço sistemático de superação do patrimonialismo. Esta

---

<sup>74</sup> Sobre o princípio da legalidade no âmbito do direito administrativo trataremos em capítulo posterior.  
Revista de Monografia Jurídica. Brasília, v.1, n.1, jul./dez.2016.

reforma administrativa do Estado foi a mais ampla e a de maior alcance feita até então, já que as diretrizes do DASP chegaram aos estados membros da federação através de suas seções, que adaptavam as normas advindas do governo central. A reforma buscou induzir princípios na administração pública, hoje consagrados, tais como o sistema de mérito, a hierarquia, a impessoalidade, e o de separação entre o público e o privado. Segundo o autor:

O Dasp representou a concretização desses princípios, já que se tornou a grande agência de modernização administrativa, encarregada de implementar mudanças, elaborar orçamentos, recrutar e selecionar servidores, treinar o pessoal, racionalizar e normatizar as aquisições e contratos e a gestão do estoque de material. (COSTA, 2008, p. 846).

Segundo Costa (2008), as reformas empreendidas por Getúlio Vargas tiveram por base pelo menos duas vertentes: a primeira, controlar os reflexos negativos da crise mundial de 1929, promovendo a industrialização do país; a segunda, promover a racionalização e a burocratização da administração pública. Até 1945 haviam sido criadas ao menos 45 estatais, que englobam agências, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações entre as quais a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Siderúrgica Nacional.

### **1.2.2 A administração durante a ditadura militar (1964 a 1985)**

Bresser-Pereira (1995) afirma que ao longo das décadas de 1940 a 1960, com o fim da Era Vargas e retorno à democracia, mesmo que conturbada, restou claro que o modelo burocrático implementado apresentava diversas inadequações. O excessivo apego a procedimentos e à hierarquia weberiana transformou a administração pública em uma lenta e pesada estrutura, um fim em si mesma.

Assim, o curto período de democracia (1946 a 1964), segundo Costa (2008, p. 848) “foi marcado pela realização de estudos e projetos (visando modificações na administração do estado) que jamais seriam implementados”. O Exército mais uma vez toma o poder com o Golpe de 1964 e os dirigentes militares assumem o governo, novamente sob o pretexto de proteger o país de uma ameaça comunista e de alavancar o progresso do país.

Na esfera da administração pública buscou-se uma nova reforma a fim de adequar o país ao contexto econômico e político internacional. Se até então, Getúlio Vargas tinha instrumentalizado a administração pública com viés do chamado Estado de bem-estar social, altamente indutor e interventor na economia, as reformas propostas pelo Regime Militar - cujo principal instrumento foi o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 - delinearão os

primeiros passos no sentido de instituir um modelo gerencial de administração, descentralizando e dando autonomia aos diversos órgãos públicos a fim de expandir a intervenção do Estado nas esferas social, política e econômica. Para Bresser-Pereira (1995):

A reforma operada em 1967 pelo Decreto-Lei 200 [...] constitui um marco na tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Mediante o referido decreto-lei, realizou-se a transferência de atividades para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de obter-se maior dinamismo operacional por meio da descentralização funcional. (BRESSER-PEREIRA, 1995, p. 19)

Sobre o Decreto-Lei nº 200/67, Costa (2008) ressalta a sua importância descrevendo-o como:

[...] o mais sistemático e ambicioso empreendimento para a reforma da administração federal. Esse dispositivo legal era uma espécie de lei orgânica da administração pública, fixando princípios, estabelecendo conceitos, balizando estruturas e determinando providências. O Decreto-Lei nº 200 se apoiava numa doutrina consistente e definia preceitos claros e de organização e funcionamento da máquina pública. (COSTA, 2008, p. 851).

Salientamos que a necessidade de mudanças na forma da administração acompanhou as transformações sociais e políticas que alteram a própria concepção e a finalidade do Estado no período após 2ª Guerra Mundial. Se durante o governo Vargas (1930-1945) o Estado concentrava os meios de produção, atuando diretamente como um agente econômico, ao longo do período seguinte, que abarca o período ditatorial brasileiro (1964-1985) buscou-se, como dito, aprofundar a presença do Estado, porém de forma mais flexível, alterando o modelo weberiano e a buscando a implementação de um modelo gerencial. Foi nesse período que houve a separação clara entre a administração direta e a indireta, com diferentes contornos e funções. Nesse contexto, as reformas buscavam fortalecer e dar autonomia à administração indireta e, conseqüentemente, às atividades econômicas desenvolvidas pelo Estado através das empresas estatais (Cf. Bresser-Pereira, 2006, pp. 15/19 e 241/245).

Apesar das mudanças provocadas pelo Decreto-Lei nº 200/67 não se alterou a lógica da administração direta central. O Brasil manteve duas formas antagônicas em sua administração: a direta (central), ainda marcada pelo modelo burocrático e a indireta, que poderia ser flexibilizada, atendendo à lógica ou interesse do mercado. Nesse ponto, Bresser-Pereira (1995) resume:

[...] as reformas operadas pelo Decreto-Lei 200/67 não desencadearam mudanças no âmbito da administração burocrática central, permitindo a coexistência de núcleos de eficiência e competência na administração indireta e formas arcaicas e ineficientes no plano da administração direta ou central (BRESSER-PEREIRA, 1995, 20).

Além disso, ficaram claros os abusos que essa flexibilização da administração indireta

causou. Os dirigentes militares enfraqueceram a administração direta, não desenvolvendo as carreiras de administradores públicos de alto nível e contratando-os através das empresas estatais. O que se fez, segundo Bresser-Pereira (1995, p. 21), foi o “uso patrimonialista das autarquias e fundações (onde não havia a exigência de processo seletivo público para a admissão de pessoal)”. A série de privilégios<sup>75</sup> concedidos aos servidores públicos, uma clara influência patrimonialista na gestão da administração, fez com que ao longo do tempo houvesse a identificação da burocracia estatal com a ditadura militar, que naquele momento, já na década de 1970, encontrava-se em processo de degeneração.

Costa (2008) afirma que:

Esse período se caracteriza por uma crescente cisão entre a administração direta, entregue ao clientelismo e submetida, cada vez mais, aos ditames de normas rígidas e controles, e a administração descentralizada (autarquias, empresas, institutos e grupos especiais *ad hoc*), dotados de maior autonomia gerencial e que podiam recrutar seus quadros sem concursos, preferencialmente entre os formados em *think thanks* especializados, remunerando-os em termos compatíveis com o mercado. Constituíram-se assim ilhas de excelência no setor público voltadas para a administração do desenvolvimento, enquanto se deteriorava o núcleo central da administração. (COSTA, 2008, p. 848).

Ao longo das décadas seguintes o governo militar se desgastou ao ponto da insustentabilidade. A partir do final de década de 1970 e início da década de 1980 foi feita a transição para o governo civil, que foi definitivamente instalado em 1985. Segundo Bresser-Pereira (2000) e Costa (2008), na década de 1980 o país adentrou em uma profunda crise econômica e ficou claro que o aparato administrativo herdado dos militares necessitava ser novamente reformado. A estruturação da administração pública voltada para os fins de um Estado de bem estar social já havia se esgotado. Para Bresser-Pereira (2000) trata-se da passagem de um Estado Produtor, diretamente interventor no plano econômico, para um Estado Regulador ou Estado Gerencial.

Para os citados autores apesar de o Decreto Lei nº 200/1967 ter marcado a busca pela flexibilização da administração buscando a formação de centros de excelência, os governos militares permitiram a utilização da administração pública para perpetrar práticas patrimonialistas e fisiológicas. Não foi possível, nesse contexto, que o projeto de modernização prosperasse. Para Costa (2008):

O governo civil que acabara de se instalar em 1985, após mais de duas décadas de ditadura militar, herdava um aparato administrativo marcado ainda pela excessiva centralização. Apesar de representar a primeira tentativa de reforma gerencial da

---

<sup>75</sup> Bresser-Pereira (1995, p. 22) cita como exemplos “a estabilidade rígida para todos os servidores civis, diretamente relacionada à generalização do regime estatutário na administração direta e nas fundações e autarquias, a aposentadoria com proventos integrais sem correlação com o tempo de serviço ou com a contribuição do servidor.”.



administração pública pela intenção de mexer na rigidez burocrática, o Decreto-Lei no 200/67 deixou seqüelas negativas. Em primeiro lugar, o ingresso de funcionários sem concurso público permitiu a reprodução de velhas práticas patrimonialistas e fisiológicas. E, por último, a negligência com a administração direta — burocrática e rígida — que não sofreu mudanças significativas na vigência do decreto, enfraquece o núcleo estratégico do Estado, fato agravado pelo senso oportunista do regime militar que deixa de investir na formação de quadros especializados para os altos escalões do serviço público. (COSTA, 2008, p. 855).

Nesse cenário de crise política e de crise econômica que permeou o final da década de 1970 e praticamente toda a década de 1980 pouco foi feito para alterar a lógica administrativa herdada dos militares.

### **1.2.3 A administração pública a partir da redemocratização (1985 até o presente).**

A fim de inaugurar a Nova República, em 1986 foi instaurada a Assembleia Nacional Constituinte que finalizou seus trabalhos em 1987, permitindo a promulgação da nova Constituição Federal no ano de 1988. A nova carta magna poderia ter sido utilizada como instrumento para reestruturar a essência da administração pública brasileira, entretanto, Costa (2008) afirma que a Assembleia Nacional Constituinte ao menos no que tange à administração pública, cedeu aos diversos interesses corporativos permitindo, por exemplo, a existência de uma série de privilégios aos servidores públicos que destoavam dos da maioria dos trabalhadores brasileiros.

Nesse sentido, o autor cita como exemplo, a “aplicação de um regime jurídico único (RJU) a todos os servidores públicos [que] abruptamente transformou milhares de empregados celetistas em estatutários” que foi consubstanciada, na esfera federal, pela Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que “estabelecia mais de 100 direitos, uns dois ou três deveres e alguns poucos dispositivos sobre o processo disciplinar e as sanções cabíveis em caso de falta grave” (COSTA, 2008, pp. 858/859).

Em uma leitura de Bresser-Pereira, Costa (2008, p. 859) afirma que a Constituição Federal de 1988 fez com que no plano gerencial “houvesse uma volta aos ideais burocráticos dos anos 1930, e, no plano político, uma tentativa de retorno ao populismo dos anos 1950” não sendo possíveis grandes mudanças estruturais.

Para Bresser-Pereira (1995) a Constituição Federal de 1988 trouxe retrocessos ao aparelho administrativo do Estado, pois, como reação ao clientelismo instalado na Administração Pública

[...] o Congresso Constituinte promoveu um surpreendente engessamento do aparelho estatal, ao estender para os serviços do Estado e para as próprias empresas estatais



praticamente as mesmas regras burocráticas rígidas adotadas no núcleo estratégico do Estado. A nova Constituição determinou a perda da autonomia do Poder Executivo para tratar da estruturação dos órgãos públicos, instituiu a obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores civis da União, dos Estados membros e dos Municípios, e retirou da administração indireta a sua flexibilidade operacional, ao atribuir às fundações e autarquias públicas normas de funcionamento idênticas às que regem a administração direta. (BRESSER-PEREIRA, 1995, p. 21)

Já na década de 1990, sob o comando do primeiro presidente eleito diretamente pelo povo após mais de 30 anos de ditadura militar, buscou-se alterar a lógica de gestão do Estado. Entretanto, para Costa (2008), as próprias medidas que foram implementadas bem como as suas execuções foram desastrosas e muitas vezes sem um propósito claro. Ao mesmo tempo em que o Plano Collor buscou intervir na crise econômica, no plano administrativo, principalmente na administração direta, criou-se um verdadeiro caos. Para o referido autor, a tentativa de modernizar estruturas e processos foi desorientada e perdeu-se “até o que havia de consensual antes da posse [...] – a necessidade de redefinir o papel do Estado e redimensionar o tamanho do governo”. (Costa, 2008, p. 860)

Sobre o curto período em que Collor foi presidente Torres sintetiza:

A rápida passagem de Collor pela presidência provocou, na administração pública, uma desagregação e um estrago cultural e psicológico impressionantes. A administração pública sentiu profundamente os golpes desferidos pelo governo Collor, com os servidores descendo aos degraus mais baixos da auto-estima e valorização social, depois de serem alvos preferenciais em uma campanha política altamente destrutiva e desagregadora (Torres (2004 *apud* Costa, 2008, p. 861).

A partir de 1995, com o governo de Fernando Henrique Cardoso, tem início a maior reforma administrativa do Estado desde a Era Vargas. Sob o comando de Luiz Carlos Bresser-Pereira o Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE) e seguindo as diretrizes do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) buscou-se a implementação de um modelo gerencial de administração pública. (Bresser-Pereira, 2006).

Elaborado sob a direção de Luiz Carlos Bresser-Pereira, o PDRAE teve como premissa que a crise econômica brasileira era, em verdade, uma crise do Estado e nesse sentido, o próprio Estado precisava ser reformado. O documento diagnosticava as origens da crise e propunha pilares<sup>76</sup> para que o modelo proposto pudesse ser aplicado. Ainda, afirmava que o governo não

---

<sup>76</sup> Esses pilares, segundo Costa (2008, p. 863) são: “ajustamento fiscal duradouro; reformas econômicas orientadas para o mercado que, acompanhadas de uma política industrial e tecnológica, garantissem a concorrência interna e criassem condições para o enfrentamento da competição internacional; a reforma da previdência social; a inovação dos instrumentos de política social, proporcionando maior abrangência e promovendo melhor qualidade para os serviços sociais; a reforma do aparelho de Estado, com vistas a aumentar sua “governança”, ou seja, sua capacidade de implementar de forma eficiente políticas públicas”

carecia de governabilidade, visto que dispunha de legitimidade democrática para tanto. Carecia, entretanto, de governança, ou seja, não dispunha, por conta da rigidez e ineficiência da máquina administrativa, de capacidade para a implementação de políticas públicas eficazes e eficientes. (PEREIRA, 2006).

Em apertada síntese, o PDRAE propõe um modelo de atuação do Estado baseado em três dimensões: a) a reconceitualização das formas de propriedade; b) os tipos de administração pública e; c) níveis de atuação do Estado. Não entraremos nas minúcias do Plano Diretor mas os resultados práticos de sua execução se concretizaram, na esfera jurídico-legal, através da Emenda Constitucional nº 19, de 04 junho de 1998 (EC 19/98). (Bresser-Pereira, 2006).

Através da EC 19/98, efetivou-se a reforma da administração pública em seus contornos constitucionais com uma série de mudanças que modernizaram a atuação do Estado rumo, definitivamente, a uma administração de modelo gerencial. Nesse passo, entre outras importantes alterações, a EC 19/98 elevou ao patamar constitucional princípios como o da eficiência e da eficácia, já existentes no Decreto-Lei 200/67, buscou extinguir o regime jurídico único dos servidores e propôs o controle de despesas e das finanças públicas. (Bresser-Pereira, 2006).

As mudanças estruturais da máquina pública foram concomitantes às políticas de renovação econômica, que se deram a partir de 1994 com o Plano Real. Monteiro (2010) afirma que foi o Plano Real que possibilitou o controle da inflação e o posterior crescimento advindo com a estabilidade econômica. Sem adentrar profundamente no mérito das influências externas macroeconômicas, em sua análise o autor salienta o Plano Real só foi possível graças ao ambiente institucional que fora transformado.

Em sua análise o autor ressalta, porém, que houve um *deslocamento* da origem do poder institucional para a criação de políticas do poder legislativo para o poder executivo. Esse fato fica comprovado já que o Plano Real em sua conjuntura de instrumentação se deu pela utilização maciça de Medidas Provisórias (MP)<sup>77</sup>, que poderiam vigorar de imediato e serem reeditadas para ampliar sua vigência, sem que houvesse a derradeira análise pelo poder legislativo. Para Monteiro (2010)

Nos anos 1990, o roteiro de uma MP se inicia na teia gerencial-administrativa do Executivo e de lá é controlado por um período médio estimado de 20 meses, passando ao largo das virtudes da democracia representativa que envolve a apreciação do texto da MP pelo complexo processo de aprovação majoritária da Câmara dos Deputados e do Senado e, ao fim, pela consideração do presidente da República no uso do poder

---

<sup>77</sup> Essa lógica de utilização de Medidas Provisórias somente foi alterada em 2001 com a edição da Emenda Constitucional nº 32 que alterou as regras originais do artigo 62 da Constituição Federal de 1988.

de veto e a eventual manifestação do Congresso quanto ao veto presidencial (MONTEIRO, 2010, p. 281).

Assim, para o citado autor, apesar de o Plano Real ter obtido sucesso no controle da inflação houve um abalo nos fundamentos democráticos e no princípio da separação dos poderes visto que o poder executivo, a priori, não teria a legitimidade – ao menos não com essa abrangência - para legislar<sup>78</sup>.

Em suma, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e, principalmente, após a EC 19/98, foram instauradas as bases para o ambiente institucional gerencial, buscou-se orientar a administração pública para gerir e regular mercados e não mais para intervir diretamente através de empresas públicas e sociedades de economia mista. Não se tratou, entretanto, de uma total retirada do Estado das esferas produtivas. Nos setores onde se justifica a sua presença, seja por um caráter de proteção ou mesmo de relevância, o Estado se manteve presente.

Nesse novo contexto, nas últimas décadas houve a privatização de empresas públicas dos mais diversos setores como o petroquímico, elétrico, de siderurgia, de telecomunicações, de mineração, de instituições bancárias e etc.. Em paralelo foram criadas diversas agências executivas<sup>79</sup>, com grande poder decisório, regulador e fiscalizador em suas respectivas áreas, entre as quais citamos a Agência Nacional de Energia Elétrica (1996), a Agência Nacional de Telecomunicações (1997), a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (1997), Agência Nacional de Saúde Suplementar (1998), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (1999), a Agência Nacional de Águas (2000), a Agência Nacional do Cinema (2001), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (2001), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (2002) e a Agência Nacional de Aviação Civil (2005).

O objetivo, ao menos em teoria, era o de despolitizar a influência do Estado na economia e “criar um ambiente regulatório não diretamente *reponsivo* à lógica política-eleitoral, mas pautado por uma gestão profissional, técnica e imparcial” (BINENBOJM, 2014, p.42). Alcançou-se, com essas reformas, a alteração da estrutura do funcionamento do Estado, pois em certa medida a atividade regulatória restou externa ao alcance político do governo. Para Binenbojm (2014):

As autoridades independentes quebram o vínculo de unidade no interior da Administração Pública, **eis que a sua atividade passou a situar-se em esfera jurídica externa à da responsabilidade política do governo**. Caracterizadas por um grau reforçado da autonomia política de seus dirigentes em relação à chefia da

---

<sup>78</sup> Discorreremos sobre os *deslocamentos* de poder em capítulo posterior.

<sup>79</sup> A figura das agências regulatórias foi importada do modelo estadunidense, *independent regulatory agency*, existente desde 1887 (BINENBOJM, 2014, p. 43)

Administração central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de *recondução* direta de todas as ações administrativa ao governo (decorrente da unidade da Administração). **Passa-se, assim, de um desenho *piramidal* para uma configuração *policêntrica*.** (BINENBOJM, 2014 , p.44. Grifo nosso)

Para Santos (2004) o que se operou no Brasil e no mundo a partir da década de 1990 foi a internacionalização do mundo capitalista, traduzida pela globalização. A revolução da técnica (principalmente dos meios informacionais) permitiu a criação de um sentimento planetário com o surgimento de vários novos atores globais, regionais e locais. O sistema econômico capitalista produz e faz reproduzir, através da globalização, a ideologia que por discurso pretende homogeneizar o planeta mas, verdadeiramente, aprofundou diferenças. A revolução informacional possibilitou a diminuição das distâncias e a aceleração do tempo. Essa contração espaço-temporal fez surgir o mito da aldeia global mas cada país ocupou o seu lugar, ditado pela economia global. Com o Brasil não foi diferente.

As transformações pelas quais passou o Estado e em especial a administração pública brasileira no final do século XX e início do século XXI adequaram o país à nova lógica global. Diante de uma globalização perversa, na qual a soberania nacional cedeu espaço para empresas multinacionais e instituições supranacionais, dentre os poderes da República, foi no Judiciário que se depositou a confiança da sociedade na busca de proteção, paz social e consecução da justiça.

## **2. Os princípios jurídicos e a moderna administração pública brasileira**

### **2.1 *Princípios jurídicos***

A premissa axiológica do modelo de administração adotado a partir da Era Vargas (1930-1945), quando teve início a instalação do modelo burocrático de administração pública no Brasil, baseou-se no princípio da legalidade administrativa e no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular (e, logicamente, a indisponibilidade desse interesse público). Nesse contexto, conforme visto anteriormente, podemos considera-los como importantes heranças do formalismo burocrático, que ainda se encontram presentes e que foram solidificadas ao longo dos séculos XX e XXI. (BINEMBOJM, 2014)

A fim de assegurar a base conceitual sobre a qual fundamentaremos nosso estudo, apresentamos sucintamente a conceituação de princípio, partindo de sua conceituação geral e delimitando sua aplicação no ramo específico do direito administrativo.

Na lição de Reale (2001), assim como ocorre nas ciências puras, nas ciências aplicadas é possível e necessário delimitar premissas lógicas sobre as quais se constrói e se valida um campo do saber. Daí a acepção do termo princípio como origem de algo e, também, na lógica da ciência jurídica, como uma verdade fundante. Nas palavras do autor:

[...] os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pela necessidade da pesquisa e da *práxis* (REALE, 2001, p. 299)

Para Mello (2014) os princípios são os núcleos finalísticos do sistema jurídico. As normas que são produzidas e que orbitam ao redor desses núcleos não devem se afastar dessas finalidades primordiais. Nessa lógica, a própria hermenêutica, quando da interpretação das normas, deve ser guiada por esses núcleos:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico (MELLO, 2014, p. 54)

A importância dos princípios na ciência jurídica fundamenta-se no reconhecimento de que o sistema jurídico não abarca completamente a experiência humana. Seria impossível, por exemplo, o legislador prever todas as situações possíveis e todos os seus desdobramentos<sup>80</sup>. Daí a função integralizadora dos princípios, que preenchem as lacunas deixadas pela legislação quando da sua aplicação aos casos concretos. (REALE, 2001)

A função dos princípios, entretanto, é muito mais ampla do que suprir as lacunas das leis. Para Reale (2001) os princípios, como enunciados teleológicos, orientam a produção e a interpretação das normas bem como do próprio sistema jurídico. Nesse sentido:

A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. (REALE, 2001, p.300)

A doutrina em geral se atém não somente a conceituação dos princípios mas também a sua categorização o que amplia sobremaneira a compartimentalização dos estudos acerca desse tema. Para fins do presente estudo, apresentamos tão somente a divisão científica dos princípios aplicados ao direito em: a) princípios gerais e princípios específicos e; b) princípios explícitos (ou expressos) e princípios implícitos.

---

<sup>80</sup> A Lei de Instrução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) prevê em seu artigo 4º que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os **princípios gerais de direito**” (grifo nosso).

Segundo Reale (2001) os princípios gerais de direito são os enunciados normativos que estruturam o ordenamento jurídico como um todo, devendo ser considerados, em maior ou menor medida, em todos os ramos do direito. Os princípios específicos, por sua vez, são aqueles que se detêm a um ramo especializado do direito e, conforme visto, auxiliam na integração, orientam a produção de normas e harmonizam o subsistema.

A segunda divisão proposta é a de princípios explícitos (ou expressos) e princípios implícitos. Mello (2014) sustenta essa divisão em razão dos princípios encontrarem-se ou não expressos no texto constitucional ou infraconstitucional. Entretanto, os princípios implícitos não seriam menos importantes visto que decorrem logicamente dos princípios expressos ou por serem base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito.

No presente trabalho trataremos do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e do princípio da legalidade administrativa. São princípios que informam todo o sistema jurídico brasileiro e em especial o ramo do direito administrativo. Ainda, são os dois princípios essenciais visto que deles decorrem todos os demais. (DI PIETRO, 2014, p. 64)

## **2.2 O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.**

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular é um princípio geral e implícito. Deriva da ideia de que o interesse do Estado como representante do bem comum, poderia colocar-se em posição superior aos interesses particulares. A aplicação do princípio, nos casos concretos, determina que em havendo conflito entre um interesse público e algum interesse particular, o primeiro deve prevalecer. Consequência lógica da superioridade de um interesse sobre o outro é a indisponibilidade desse interesse público superior, ou seja, a impossibilidade de o Estado se eximir, repassar a terceiros ou mesmo renunciar à sua tutela, salvo quando a lei o autorize. (MELLO, 2014)

A doutrina administrativista clássica preconiza esse princípio como basilar para o afastamento do patrimonialismo e assevera que a sua existência assegura o caráter republicano do Estado moderno, onde a esfera pública se afasta da ingerência privada e a finalidade do Estado se confunde com o bem comum.

Como regra teleológica para a elaboração das leis e para a atuação da administração pública, o bem comum almejado não privilegiaria os interesses individuais ou de pequenas parcelas da sociedade. A premissa adotada é de que o interesse público é aquele “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua

qualidade de membros da sociedade” (MELLO, 2014, p. 62), ou seja, não se trata de um interesse dissociado do interesse dos indivíduos, mas de um interesse resultante do coletivo, que merece dessa forma a proteção do Estado.

É, ainda, do supracitado autor a mais tradicional definição do princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, reproduzida nos mais diversos manuais e cursos de direito administrativo:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento desse último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. (MELLO, 2014, p.70)

Nessa mesma linha de pensamento e premissa teórica, seguem os renomados professores Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Hely Lopes Meirelles. Para este último:

Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum. As leis administrativas visam, em geral, a assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins da Administração (MEIRELLES, 2013, p. 43).

Di Pietro (2014), por sua vez, salienta que o princípio vincula a elaboração das leis e a sua execução pela administração pública. Para a autora, desde o Império Romano tem-se a distinção entre o direito público e o direito privado pelo objeto que tutelam. Se o direito privado assegura os direitos dos indivíduos, o direito público assegura os direitos coletivos. Nessa lógica o direito público, ao longo das transformações pela qual o Estado passou nos séculos XIX e XX, “deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo” (DI PIETRO, 2014, pp.65/66).

A existência a priori de um bem comum representado e defendido pelo Estado e que fundamenta o princípio em comento encontra, atualmente, uma série de críticas. Para Binembojm (2014) foi sobre estes dois princípios que se erigiu todo o arcabouço normativo e a lógica de exegese que dão sustentação e legitimam as ações da administração. Segundo este autor, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado serve como “fundamento e fator de legitimação para todo o conjunto de privilégios de natureza material e processual que constituem cerne do regime jurídico-administrativo” (BINEMBOJM, 2014, p.23). Nesse contexto, sob o pretexto de uma suposta superioridade, alicerçada no bem comum,



o Estado promove privilégios que se afastam dos ideais republicanos.

Citamos como exemplos dos privilégios decorrentes do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular as próprias restrições do Estado sobre a propriedade privada (poder de desapropriar, as limitações administrativas, a ocupação temporária, o tombamento, a servidão e etc.) bem como as de natureza processual, como a diferença de prazos garantida a Fazenda Pública e a presença de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos.

Apesar da doutrina se debruçar sobre o princípio, pouco é discutido acerca das premissas filosóficas sobre as quais ele se erige. Dentre os preceitos filosóficos que poderiam justificar a prevalência de um interesse coletivo sobre o interesse individual identificamos as teorias organicista e utilitarista. Estas, com traços em comum, são diametralmente opostas ao conjunto de ideias que se denominou como individualismo (com viés nitidamente liberal). Conforme já demonstrado, a experiência liberal falhou politicamente, economicamente e juridicamente.

Nas palavras de Binenbojm (2014, p.84) “o pensamento organicista funda-se na ideia de que o indivíduo é, essencialmente, uma parte do todo social e de que o bem de cada um só se realiza quando assegurado o bem comum”. Essa premissa, difundida por Hegel (1997)<sup>81</sup>, defende que o indivíduo alcança sua liberdade ligando-se ao Estado e que os interesses do grupo social (Estado como uma associação transindividual) tem supremacia em relação aos interesses dos indivíduos que o compõe. Para Hegel (1997),

O Estado, como realidade em ato da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim **este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever.** (HEGEL, 1997, p.217)

Quanto ao utilitarismo, proposto por Bentham e Stuart Mill ainda no século XIX, Binenbojm (2014, pp.85/86) sintetiza: “segundo a visão utilitária, a melhor solução para cada problema sociopolítico seria aquela que promovesse, na maior escala, os interesses dos membros da sociedade política, individualmente considerados”.

Em uma primeira leitura, nada da premissa utilitarista está em sentido contrário ao Estado Democrático de Direito. A aplicação prática da visão utilitarista de interesse público demanda um “cálculo”: somente será legítima e moralmente justificável uma ação do Estado

---

<sup>81</sup> Binenbojm (2014, pp. 84/85) ressalta que é notória a ligação da filosofia hegeliana na afirmação e justificação teórica dos regimes autoritários do século XX como o nazista, o fascista e o comunista.



se for possível demonstrar que esta irá promover o bem da maioria dos seus integrantes. Assim sendo, os interesses individuais ou minoritários sucumbiriam, justificadamente, frente aos interesses da maioria da coletividade.

Binenbojm (2014, pp. 83/88) afirma que ambas as premissas filosóficas (organicista e utilitarista) não se sustentam frente à moderna concepção do Estado Democrático de Direito. O organicismo hegeliano sucumbe ao argumento da existência de um direito moral - a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o Estado não seria um fim para o indivíduo e nem mesmo poderia o indivíduo anular-se frente ao corpo social. Pelo contrário, a razão de ser do Estado é servir como instrumento para o indivíduo se realize, emancipando-se moral e materialmente. Para este autor:

É fácil constatar por que a ideia de uma propriedade absoluta do coletivo sobre o individual (ou do público sobre o privado) é incompatível com o Estado democrático de direito. Tributária do segundo imperativo categórico kantiano, que considera cada pessoa como um fim em si mesmo, a noção de dignidade humana não se compadece com a *instrumentalização* das individualidades em proveito de um suposto “organismo superior”. Como instrumento da proteção e promoção dos direitos do homem, o Estado é que deve ser sempre o instrumento da emancipação moral e material dos indivíduos, condição de sua autonomia nas esferas públicas e privada. (BINENBOJM, 2014, p. 85)

Da existência de direitos fundamentais, ancorados no imperativo categórico kantiano, surgem concepções como a da dignidade da pessoa humana. É o reconhecimento desses direitos fundamentais que quebra a lógica utilitarista pois impede que, por um suposto benefício da maioria, se subjugue qualquer esses direitos.

Trata-se da prevalência - no atual sistema jurídico - desses valores morais em plano superior a qualquer projeto coletivo, ou seja, ainda que a existência desses valores, transformados em direitos, tenha seu custo e não beneficiem uma maioria, contrariando a lógica utilitarista, não podem ser sublimados. Pelo contrário, devem ser protegidos pelo Estado. (BINENBOJM, 2014)

Conforme veremos em capítulo oportuno, o neoconstitucionalismo se apresenta como novo paradigma para as questões ainda hoje suscitadas sob a ótica do interesse público e sua prevalência sobre os interesses particulares.

### 2.3 O princípio da legalidade administrativa.

O princípio da legalidade, por sua vez, é axioma fundante do sistema jurídico brasileiro, expresso na carta magna de 1988, e pode ser considerado uma herança lusitana já que adotamos, por consequência histórica, o sistema romano-germânico ou *civil law*.

Para Reale (2011), o ordenamento jurídico adotado pelo Brasil, de tradição romanística, centraliza as forças normativas e estruturantes do sistema nas leis, frutos do poder legislativo instituído. Não se trata da desconsideração ou descarte das demais fontes do direito, como os costumes, a doutrina e a jurisprudência, mas da premissa de que a centralidade do poder está nos atos normativos emanados do poder legislativo. Para o autor, o sistema romano-germânico

caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*. (REALE, 2011, p.131)

Conforme dito anteriormente, o princípio da legalidade é um princípio geral e expresso na carga magna de 1988, sendo um dos eixos basilares do sistema jurídico brasileiro que se desdobra sobre os diversos ramos como o direito penal, o direito tributário e o direito administrativo. Em cada um desses ramos o princípio adquire peculiaridades próprias o que propicia a harmonização de cada subsistema.

O princípio da legalidade, como princípio geral, consta expresso no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa **senão em virtude de lei**” (grifo nosso).

Aplicado à administração pública, e em decorrência disso aplicado ao direito administrativo, o princípio está expresso no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela EC 19/98, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Grifo nosso).

Ao lado do já visto princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, o princípio da legalidade administrativa é considerado um dos núcleos orientadores do direito administrativo. Segundo Mello (2014)

Enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de *qualquer Estado*, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, **o da legalidade é específico do Estado de Direito**, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito; é consequência dele. **É fruto da submissão do Estado à lei**. (MELLO, 2014, pp.99/100. Grifo nosso).

Trata-se, em suma, da vinculação positiva à lei quando da ação dos administradores públicos. Contrastando com a autonomia da vontade, que rege a esfera privada, na esfera pública os administradores somente podem realizar atos e procedimentos que estejam descritos ou permitidos na legislação. Na acepção de Hely Lopes Meirelles, “na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a **lei autoriza** (MEIRELLES, 2013, p.83. Grifo nosso).

Da mesma forma, Mello (2014) compartilha a lógica de aplicação do princípio da legalidade administrativa, na qual não seria possível o administrador público se desviar dos ditames legais. A administração pública atuaria como uma extensão executora da vontade do legislador (*longa manus*) exercendo a subsunção dos fatos concretos à legislação. Para o autor:

além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem* [...] a função administrativa se subordina à legislação não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta **só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza** (MELLO, 2014, p.101. Grifo nosso)

Di Pietro (2014), por sua vez, salienta que a vontade<sup>82</sup> da administração pública é, em suma, é a vontade que decorre da lei. A autora salienta que os fundamentos do princípio decorrem da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que vincula a lei como único instrumento hábil a restringir a liberdade humana. Tais fundamentos consubstanciaram o texto do inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, como visto acima e, aplicado à administração pública, na cabeça do artigo 37, também já citado.

Nesse contexto o princípio da legalidade no âmbito administrativo alicerça o sistema a uma vontade do legislador (Poder Legislativo), que supostamente traduziria a vontade democrática e buscaria o bem comum. Como se demonstrou, a doutrina compreende que a lógica do sistema administrativo brasileiro deriva dessa premissa (princípio da legalidade administrativa) bem como da premissa alicerçada no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Entretanto, é possível visualizar através do panorama histórico apresentado no capítulo 1 do presente estudo, que ao longo do tempo, principalmente no século XX e neste início de século XXI, houve a transformação do papel do Estado e de suas finalidades. Se a sociedade, a economia e os meios de produção foram alterados pelo desenvolvimento técnico-científico que

---

<sup>82</sup> Vontade, nesse caso, é a terminologia utilizada pela autora para fazer um paralelo entre a autonomia da vontade privada e o agir da administração pública. É a capacidade de agir, ou não, conferida à administração pública por força de lei. (DI PIETRO, 2014, pp. 201/203).

se operou ao longo do século XX, e ainda mais com a revolução técnico-informacional da década de 1990, essas mudanças impactaram, logicamente, no plano jurídico. (SANTOS, 2004)

Segundo Bonavides (2011), no final do século XIX e início do século XX, sob a égide do Estado de Direito liberal as leis funcionavam como o centro gravitacional do sistema jurídico. Os ordenamentos jurídicos as tinham como pedras fundamentais do bem comum em razão do pressuposto de que seriam expressão da vontade geral, aptas, dessa forma a regular e determinar a vida social. O positivismo jurídico proclamava a separação entre o Direito, a moral e a política e as leis escritas como protagonistas dessa lógica. Criou-se a mítica de que as leis poderiam resolver todo e qualquer problema social.

Nesse contexto, “não havia limites para a atuação do legislador e os juízes e administradores eram meros repetidores do texto legal, numa clara adoção do pensamento de Montesquieu”. Daí o brocardo repetido pela doutrina administrativista de que “administrar é aplicar a lei de ofício”. (BINENBOJM, 2014, p.133)

Conforme Binenbojm (2014), ao longo do século XX desconstruiu-se o positivismo jurídico. Abandonou-se a crença de que as leis poderiam regular plenamente as relações sociais de modo dissociado da moral, da política ou mesmo da economia. Constatou-se ao longo das décadas que:

a promessa de racionalização do mundo, aspiração mais alentada da modernidade, jamais chegou a realizar-se completamente, no plano da organização das sociedades políticas, essa promessa foi frustrada, em larga medida, pelo fracasso da lei formal como projeto jurídico-político (BINENBOJM, 2014, pp.132/133)

O período pós-segunda guerra mundial foi marcado pelo início desse deslocamento desse centro de poder da lei para o Poder Judiciário. Binenbojm (2014) afirma que a chamada crise legislativa, ou crise da lei, é um fenômeno universal. Os Estados de tradição romano-germânica (*civil law*) sofreram com a chamada inflação legislativa, que atingiu seu ápice nas décadas de 1980/1990, caracterizada por uma quantidade gigantesca de leis versando sobre as mais variadas facetas da vida social, reflexo de um modelo estatal altamente interventor. Para o autor:

O excesso de leis é uma realidade em todas as nações civilizadas, notadamente nos países de tradição romano-germânica. O mito positivista de completude do ordenamento jurídico, aliado ao aumento significativo das funções do Estado social, inspirou os parlamentos a tratarem de qualquer assunto, sendo corolário deste movimento a noção (muito evidente no senso comum) de que a lei seria apta a resolver todos os problemas sociais. Banalizou-se a lei, o que fez com que se esvaziasse o sentimento de respeito que se lhe nutriu no período iluminista. Com a inflação legislativa, a norma do parlamento, inevitavelmente, “perde sua majestade” (BINENBOJM, 2014, pp.133/134)

A crise da lei representa, ainda, uma crise de legitimidade e de representação. Ao longo do século XX evidenciou-se que o papel dado ao Legislativo para regular as questões inerentes à sociedade não é devidamente cumprida. Dessa forma, como não existe vácuo de poder, coube ao Judiciário organizar-se e transformar-se para protagonizar as respostas aos anseios da sociedade. Nesse sentido, Barroso (2014) afirma:

Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais. Há causas diversas para o fenômeno. A primeira é o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve uma certa desilusão com a política majoritária. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas [...] (BARROSO, 2014, p. 39)

A migração do poder, entretanto, não se trata de uma opção política-institucional do Poder Judiciário, mas de uma decorrência do próprio texto constitucional. Por abarcar um enorme leque de temas e matérias todas estão, a priori, sujeitas ao tribunal constitucional. Fica fácil, nesse contexto, retirar o debate do âmbito político (Executivo e Legislativo) e trazê-lo ao Judiciário. (BARROSO, 2014)

A crise e o esvaziamento representativo das leis impactam no princípio da legalidade como referência primordial para as condutas da administração pública. Se as leis não mais consubstanciam a vontade geral perde-se a própria legitimidade da atuação da administração pública. (BINENBOJM, 2014)

A superação do positivismo jurídico, conforme visto, se deu pela mudança do eixo de poder do Legislativo para o Judiciário e este último também sofreu alterações (de ordem filosófica e teórica) que culminou com a atual formatação do sistema jurídico. A essa nova postura e referencial teórico que pautam a atuação do Judiciário deu-se o nome de neoconstitucionalismo. Dessa feita, a vinculação à legalidade passa a ser a vinculação à Constituição, que passa a orientar, justificar e legitimar a atuação administrativa. (BARROSO, 2014)

### **3 O neoconstitucionalismo e sua irradiação no direito administrativo brasileiro**

#### **3.1 *Origens e desenvolvimento do novo direito constitucional (neoconstitucionalismo)***

O que se convencionou denominar como neoconstitucionalismo é a cultura jurídica desenvolvida após a Segunda Guerra Mundial, marcada pelo pós-positivismo, na centralidade da Constituição e sua força normativa, pela expansão da jurisdição constitucional e por novas concepções acerca da hermenêutica e interpretação jurídica<sup>83</sup> das normas constitucionais.

A fim de sistematizar o nosso estudo, utilizaremos a divisão proposta por Barroso (2014) para construirmos os conceitos, o ambiente e a cultura jurídica do neoconstitucionalismo. Nesse sentido, o autor apresenta três marcos a serem analisados: a) marco histórico; b) marco filosófico e; c) marco teórico.

O marco histórico é construção do constitucionalismo surgido após a Segunda Guerra Mundial. As nações europeias marcadas, sobretudo pelas atrocidades cometidas contra minorias (judeus, homossexuais, ciganos, etc.), buscaram a reaproximação entre o Direito e a Ética. Houve, ainda, a reaproximação entre os ideais constitucionalistas e democráticos, o que possibilitou o surgimento dos Estados democráticos de direito. Como principais referências desses movimentos destacam-se a Constituição Alemã (Lei Fundamental de Bonn, 1949) e a Constituição Italiana (1947). A partir dessas duas leis fundamentais foi construída a produção teórica e jurisprudencial que se alastrou pelos países de tradição romano-germânica, firmando a ascensão do direito constitucional nos sistemas jurídicos. (BARROSO, 2013, pp. 245/246)

O marco filosófico é o pós-positivismo, que surge como uma terceira via, ou via integradora, entre o jusnaturalismo jurídico e o positivismo jurídico. O jusnaturalismo moderno surge a partir do século XVI e baseia-se na premissa da existência de princípios de justiça e de

---

<sup>83</sup> Barroso (2013, pp. 270/271) conceitua e diferencia os termos *hermenêutica jurídica* e *interpretação jurídica*, que são comumente utilizados em relação ao texto constitucional. A hermenêutica jurídica “é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito”. Já a interpretação jurídica “consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a texto ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas.”.

direitos que são universalmente aplicáveis e inerentes aos seres humanos, não podendo o próprio Estado suprimi-los ou violá-los. Foi a partir dessas concepções que se deram as revoluções burguesas liberais dos séculos XVIII e XIX e se chegou às codificações das leis e às constituições escritas do século XIX. (BARROSO, 2013, pp. 246/247)

O positivismo jurídico, em movimento contrário ao jusnaturalismo - muitas vezes considerado metafísico e anticientífico - buscava a racionalidade da lei, livre da filosofia e de questionamentos acerca da legitimidade e justiça. O positivismo permeou o pensamento jurídico do final do século XIX até a primeira metade do século XX separando o Direito, a moral e a política. (BARROSO, 2014, pp. 30/31). A experiência demonstrou que o posicionamento juspositivista legitimou as mais diversas arbitrariedades e crimes de guerra, com leis que, mesmo decorrentes de um poder legalmente constituído, se demonstraram destituídas de humanidade. Como visto, ao final da Segunda Guerra Mundial já não havia mais a aceitação de qualquer ordenamento jurídico “indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha uma aceitação no pensamento esclarecido”. (BARROSO, 2013, p. 242)

O pós-positivismo é construído, como dito, a partir da segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, e se traduz, em apertada síntese, numa via que compreende elementos do jusnaturalismo e do juspositivismo. Não se pretende abandonar a construção científica do ordenamento jurídico, baseado em critérios de clareza, certeza e objetividade (construção positivista) mas não se concebe a criação desse ordenamento livre de uma filosofia política. O Direito, a moral e a política não mais se apresentam como domínios segregados mas como elementos que se relacionam e se influenciam mutuamente. Para Barroso (2014)

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promoveu-se uma reaproximação entre o Direito e a ética. (BARROSO, 2013, pp.249/250)

Como marco teórico o novo direito constitucional se alicerça sobre três mudanças de paradigma, a saber: a) reconhecimento da força normativa da constituição; b) expansão da jurisdição constitucional e; c) nova interpretação constitucional.

Sobre o reconhecimento da força normativa da constituição, a história demonstra que nem sempre texto constitucional foi considerado uma norma jurídica autêntica e dotada de cogência e imperatividade. Ao contrário, as cartas magnas eram tidas como proclamações retóricas de valores, como diretrizes políticas a serem (ou não) observadas pelo Estado. Nesse contexto, os preceitos constitucionais deveriam inspirar os legisladores mas não tinha aplicabilidade direta pelos juízes nas resoluções dos casos concretos. Cabia aos magistrados a aplicação, em suas decisões, tão somente das leis e códigos em vigor, consideradas, como visto, expressões da vontade geral. (BINENBOJM, 2014, pp. 60/65)

Este modelo era denominado de Estado legislativo de direito, onde a centralidade do ordenamento jurídico restava nos Códigos e leis. Havia enorme dependência dos legisladores e vigorava a supremacia dos parlamentos. (BARROSO, 2011, pp. 358/349). Com a mudança de paradigmas proporcionada pela ascensão dos Estados democráticos de direito, e com alteração da centralidade do ordenamento jurídico das leis e Códigos para as Constituições, estas passaram a ter status de norma jurídica, podendo ser aplicadas de forma direta e imediata e, além disso, transformaram-se em fundamento para a interpretação de todo o ordenamento jurídico. (BARROSO, 2014, p. 31) Binenbojm (2014, p. 63) salienta que essa alteração “representou seguramente uma verdadeira revolução copernicana na ciência jurídica moderna, com profundas implicações em todos os ramos do direito”.

A expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional foram decorrências lógicas do novo modelo adotado. Ao redor do mundo, nos Estados democráticos de direito, foram criados tribunais constitucionais que passaram a ditar, em última instância, a conformidade do ordenamento jurídico aos ditames constitucionais. Nesse sentido foi a criação dos tribunais constitucionais alemão (1951) e italiano (1956). O caso brasileiro será tratado em momento oportuno. (BARROSO, 2013, p. 264)

A nova interpretação constitucional compreende a reelaboração doutrinária que passa a influenciar a hermenêutica jurídica e a interpretação constitucional. Sob a égide do pós-positivismo, o Judiciário passa a ter um papel *criativo* para solucionar as questões levadas ao seu conhecimento. Ao serem delimitados novos limites ao papel das normas constitucionais, também se deu novos limites às suas interpretações, em razão das suas funções e circunstâncias. Em um ambiente cada vez mais plural e complexo, seja no espaço privado ou público, as deficiências do processo político majoritário tornam-se mais evidentes e as demandas por justiça, promoção e preservação de princípios constitucionais fundamentais restaram sob a tutela do Judiciário. (BARROSO, 2013, e BINENBOJM, 2014)



### 3.2 O neoconstitucionalismo no Brasil

Conforme visto, as transformações pelas quais a concepção do Estado e as suas finalidades passaram ao longo do século XX trouxeram, conseqüentemente, novas formatações e orientações para a administração pública. Novos arcabouços jurídicos e teóricos foram construídos e pensados para alinhar a administração a esses novos contextos. A redefinição do papel do Estado, que passa da concepção do Estado-providência para o Estado neoliberal, tem reflexos no plano jurídico e em especial no ramo do direito administrativo.

Barroso (2014), em breve síntese, expõe o desenvolvimento do Estado ao longo do século XX e início do século XXI:

[...] o Estado percorreu, ao longo do século XX, uma trajetória pendular. Começou *liberal*, com funções mínimas, em uma era de afirmação dos direitos políticos e individuais. Tornou-se *social* após o primeiro quarto, assumindo encargos na superação das desigualdade e na promoção dos direitos sociais. Na virada do século, estava *neoliberal*, concentrando-se na atividade de regulação, abdicando da intervenção econômica direta, em um movimento de desjuridicização de determinadas conquistas sociais. E assim chegou ao novo século e ao novo milênio (BARROSO, 2014, p. 69)

Nota-se que ao longo do tempo, no Brasil, ao tempo em que a administração pública se desenvolveu e se firmou como a presença do Estado e do espaço público, conforme demonstrado no capítulo 1 deste estudo, não houve a presença de uma carta constitucional perene. Pelo contrário, ao longo de nossa curta história identificamos sete constituições que não se sustentaram frente às crises políticas, econômicas e sociais.

Silva (2014) elenca as cartas magnas brasileiras desde o período monárquico: Constituição Política do Imperio do Brazil (1824); Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891); Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934); Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937); Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946); Constituição da República Federativa do Brasil (1967), Constituição do Brasil (1969); e, finalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

Todas as constituições brasileiras estabeleceram prerrogativas e orientações para o poder público e seu funcionamento, cerne do objeto do direito administrativo. Entretanto, conforme Binenbojm (2014), o direito administrativo, ao longo da história, sempre apresentou um *descolamento* do direito constitucional. A administração pública, independente da descontinuidade das constituições, ao contrário, permaneceu contínua. Tal fato contribuiu para

que a disciplina se nutrisse de elementos próprios e de certa forma se desenvolvesse alheia às alterações constitucionais.

Um dos possíveis motivos para o *descolamento* a que se refere Binenbojm é que durante o desenvolvimento institucional brasileiro nem sempre as Constituições tiveram força normativa. Ao menos quando comparadas às demais normas produzidas pelo poder legislativo, as normas constitucionais muitas vezes eram consideradas meros programas, um dever-ser indicativo ao Estado. As disposições constitucionais careciam, em certa medida, de *status* de norma jurídica. Barroso (2011, 2014) cita exemplos emblemáticos do distanciamento entre a realidade e o dever-ser constitucional e, também, da falta de seriedade com o que a carta magna era tratada:

a Carta de 1824 estabelecia que “a lei será igual todos”, dispositivo que conviveu, sem que se assinalassem perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. Outro: a Carta de 1969, outorgada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, assegurava um amplo elenco de liberdades públicas inexistentes e prometia aos trabalhadores um pitoresco elenco de direitos sociais não desfrutáveis, que incluíam “colônia de férias e clínicas de repouso”. (BARROSSO, 2011, pp. 218/219).

Para o supracitado autor, havia o desvirtuamento da finalidade do texto das cartas magnas, que criava enorme disfunção no sistema constitucional brasileiro. Ao final do regime militar, a principal consequência era a inexistência de efetividade de muitos dos dispositivos e um esvaziamento das normas constitucionais. (BARROSO, 2014, pp. 27/28)

O que se buscou após o advento da Constituição de 1988 foi uma mudança de paradigma. No meio acadêmico desenvolveu-se um conjunto de ideias que se denominou doutrina brasileira da efetividade<sup>84</sup>. O resultado da aplicação dessas ideias, muitas delas oriundas das experiências constitucionais alemãs, proporcionou que nas últimas décadas houvesse a alteração dos limites e das possibilidades do direito constitucional. (BARROSO, 2011, 2014).

O momento histórico das últimas décadas, conforme visto, também propiciou que houvesse o deslocamento de poder das esferas executiva e legislativa para o judiciário e, nesse cenário, possibilitou-se que esse arcabouço teórico e legal desse efetividade aos dispositivos contidos na carta magna. Para Barroso (2014),

O positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento [de dar efetividade às normas constitucionais], não importava em *reduzir* o direito à norma, mas sim em *elevá-lo* a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A

---

<sup>84</sup> A doutrina tradicionalmente analisa os atos jurídicos em três planos (existência, validade e eficácia). A efetividade surge como um quarto plano, que se traduz como a eficácia social da norma. Nesse plano, analisa-se o ato jurídico como a realização do direito em sua forma concreta, em sua função social. A efetividade relaciona-se com a materialização, no mundo real, e representa a aproximação entre a norma (dever-ser) e a realidade social. (BARROSO, 2011, p. 221)

efetividade foi o tiro de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania. (BARROSO, 2014, p. 29)

Em suma, promoveram-se profundas mudanças na teoria e na prática do direito constitucional. Atribuiu-se normatividade plena à carta magna, consubstanciando-a como fonte de direitos e deveres, sem o intermédio do legislador, e, ainda, o judiciário passa a ter um papel de maior destaque e muitas vezes decisivo na concretização desses direitos e valores.

Sobre o sucesso e a estabilidade alcançada pela atual Constituição de 1988, Barroso (2014) comenta:

A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento, para um Estado democrático de direito. Sob a sua vigência, realizaram-se inúmeras eleições presidenciais, por voto direito, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder. **Mais que tudo, Constituição assegurou ao país duas décadas de estabilidade institucional.** E não foram tempos banais. Ao longo desse período, diversos episódios poderiam ter deflagrado crises que, em outros tempos, teriam levado à ruptura institucional. O mais grave deles terá sido a destituição, por *impeachment*, do primeiro presidente eleito após a ditadura militar. **Mesmo nessa conjuntura, jamais se cogitou de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional.** A Constituição de 1988 foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira. (BARROSO, 2014, p. 26. Grifo nosso)

Pelo exposto, fica claro que a experiência constitucional brasileira a partir da Carta de 1988 vem sendo bem sucedida. Aliada ao texto deveras extenso, que contempla amplo leque campos e temas elevados à categoria constitucional por força dos constituintes originais, as transformações trazidas pelo neoconstitucionalismo, que firmaram o poder judiciário como protagonista da afirmação de direitos e deveres, propiciou que se firmasse um *espírito constitucional* no Brasil.

A supremacia da Constituição no ordenamento jurídico aliado ao modelo de busca pela efetividade propiciou, como visto, que o judiciário se tornasse protagonista em questões que em momentos anteriores estariam a cargo do poder legislativo. Se anteriormente eram os Códigos e as Leis os centros gravitacionais do ordenamento jurídico, agora a Constituição firma-se nesse centro. Pelo fato da Constituição estar fundada em princípios e valores, todo o ordenamento jurídico passa, também, a ser guiado por eles, o que ocasionou a não recepção de dispositivos, ou mesmo de leis por completo, frente à incompatibilidade com o texto Constitucional. Trata-se da *constitucionalização do direito*. (BARROSO, 2014, pp. 32/34)

3.3 A constitucionalização do direito administrativo. O princípio da juridicidade administrativa.

Conforme visto, as normas e valores constitucionais se firmaram no centro do ordenamento jurídico tornando o texto constitucional um *filtro* pelo qual todo o sistema deve ser lido e interpretado. Esse ambiente transforma a Constituição e sua principiologia não apenas em uma referência para o sistema, trazendo ordem, unidade e harmonia, mas em um *modo de olhar*, um *espírito constitucional*. (BARROSO, 2014, pp.32).

O neoconstitucionalismo muda o eixo basilar da ação administrativa pautada pela aplicação estrita das leis para uma ação administrativa ancorada na própria Constituição. Essa mudança de eixo normativo relativiza ou mesmo invalida a premissa teórica do princípio da supremacia do interesse público, visto que os princípios fundamentais constitucionais colocam em xeque as garantias individuais frente aos interesses coletivos. Ainda, adotando-se a constituição como eixo normativo da administração, relativiza-se o próprio princípio da legalidade conforme sua acepção tradicional. (BINENBOJM, 2014)

Para Canotilho (2003, pp. 979/980), trata-se de aceitar, como fonte de legitimação da ação do Estado, não mais somente as leis mas o próprio texto constitucional e, conseqüentemente, todo o sistema jurídico-constitucional derivado, considerado de forma ampla. O constitucionalismo moderno entende o sistema constitucional como um sistema jurídico aberto composto por regras e princípios não apenas contidos no texto constitucional mas também na legislação infraconstitucional - o chamado bloco de constitucionalidade.

O princípio da juridicidade administrativa surge em um momento em que a concepção da Constituição, do Estado e da Administração Pública, está fundada na dignidade da pessoa humana e em seus desdobramentos. O neoconstitucionalismo, que dá primazia aos direitos fundamentais e os imprime como prisma da hermenêutica do Direito, também altera substancialmente o conceito de supremacia do interesse público sobre o privado não se podendo mais argumentar em favor, conforme visto, da existência de um interesse público superior e inconfundível com o interesse individual. Considera-se, entretanto, a necessidade de se proceder, no caso concreto, com a ponderação proporcional dos interesses que possam estar em conflito, a partir dos parâmetros delineados pela própria Constituição. (BINENBOJM, 2014)

A partir do momento em que a Carta Magna torna-se efetiva, o bloco de constitucionalidade passa a condicionar a validade e a leitura do ordenamento jurídico como um todo, sendo o Direito Civil, o primeiro ramo a ser afetado por sua força irradiante. Esse fato se deve, em parte, pelo fato dos mandamentos constitucionais incidirem sobre a esfera privada.

Logicamente, os fundamentos desse ramo do direito foram afetados pela axiologia transformadora neoconstitucional. Para Barroso (2014):

No direito civil, exemplificativamente, além da vinda para a Constituição de princípios e regras que repercutem sobre as relações privadas – *e.g.*, função social da propriedade, proteção do consumidor, igualdade entre os cônjuges, igualdade entre os filhos, novas formas de entidade familiar reconhecidas –, houve o impacto revolucionário da dignidade da pessoa humana. A partir dele, tem lugar uma *despatrimonialização* e uma *repersonalização* do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica. (BARROSO, 2014, p. 33)

Como se vê, a transformação proporcionada pelo neoconstitucionalismo é profunda e produz relevantes desdobramentos, inclusive sobre outros ramos do direito. Em relação ao direito administrativo, o supracitado autor afirma que:

[...] a constitucionalização produziu mudanças doutrinárias e jurisprudenciais importantes, que incluíram a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a vinculação do administrador à noção mais de juridicidade e não apenas à lei e a possibilidade de controle de mérito do ato administrativo, com base em princípios como razoabilidade, moralidade e eficiência. (BARROSO, 2014, pp. 33/34)

Conforme demonstra Binenbojm (2014), a constitucionalização do direito administrativo se opera, também, sobre os princípios basilares sobre os quais se alicerça todo o ramo do direito administrativo, já suficientemente apresentados no capítulo 2 do presente estudo. Estes princípios são postos à prova frente à nova perspectiva constitucional. Não se sustentam os fundamentos do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular na moderna concepção do Estado democrático de direito onde os mandamentos constitucionais operam com força irradiante sobre todo o sistema. Ainda, em razão da contemporânea estruturação da administração pública (policêntrica, por natureza) também o princípio da legalidade administrativa, vista de forma estrita, também não se sustenta.

Como solução para fundamentar a ação estatal através da administração pública, a doutrina apresenta o princípio da juridicidade administrativa. Trata-se de deixar para trás a concepção clássica consubstanciada no brocardo de que “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite”. Esta máxima, entabulada pela doutrina e pela jurisprudência buscou garantir que a burocracia tivesse como fonte de atuação somente a lei formal. Como visto, essa concepção da atividade pública desempenhada pelo Estado como uma atividade estritamente vinculada à legislação tem embasamento histórico visto que se buscou a eliminação de práticas fisiologistas e a instrumentação de uma burocracia estatal profissional. (BINENBOJM, 2014)

A atual estrutura administrativa, que comporta diversos núcleos autônomos de decisão e de normatização administrativa, até mesmo para enfrentar os problemas advindos de uma

realidade onde os atores estão cada vez mais conectados e onde o espaço e o tempo estão contraídos, o eixo norteador da atuação administrativa migrou do estrito cumprimento à lei para uma leitura constitucional de seus institutos e funções. Busca-se, dessa forma, uma visão e atuação mais dinâmica, porém, alicerçada no princípio da juridicidade administrativa que representa, de certa forma, o alinhamento da atuação Estatal com o bloco constitucional. Não se afasta totalmente o princípio da legalidade administrativa mas o mesmo passa a ser relativizado frente à nova dogmática constitucional. (BINENBOJM, 2014)

Em relação ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, Barroso (2013) afirma que este não deixa de existir na nova dinâmica imposta pelo neoconstitucionalismo, entretanto, ocorre uma reconceitualização. Para Binenbojm (2014), a nova proposta conceitual resulta em uma versão *fraca* do princípio, que se sustenta de forma frágil e não resolve os problemas apontados nas premissas filosóficas utilizadas para justificar a sua própria existência.

A despeito desses conflitos, que ainda despertam elevados debates doutrinários, Barroso (2013) aponta que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular ainda subsiste, visto que o Estado, mesmo com a redefinição de seu papel ao longo do século XX e início do século XXI, ainda é o principal protagonista na história da humanidade e a grande instituição do mundo moderno. Nesse contexto,

[...] sua presença em uma relação jurídica exigirá, como regra geral, um regime jurídico específico, identificado como de direito público. Os agentes do Estado não agem em nome próprio nem para o seu autodesfrute. As condutas praticadas no exercício de competências públicas estão sujeitas a regras e princípio específicos, como o concurso, a licitação, a autorização orçamentária, o dever de prestar contas, a responsabilidade civil objetiva. No espaço público não reinam a livre iniciativa e a autonomia da vontade, estrelas do regime jurídico de direito privado.

Ainda uma última observação: em um Estado democrático de direito, não subsiste a dualidade cunhada pelo liberalismo, contrapondo o Estado e a sociedade. O Estado é formado pela sociedade e deve perseguir os valores que ela aponta. Já não há uma linha divisória romântica e irreal separando culpas e virtudes. (BARROSO, 2013, p. 70)

Ao deixarmos de lado a supracitada dualidade entre Estado e sociedade, a juridicidade administrativa passa a alinhar a atuação do Estado frente aos conflitos aparentes que possam surgir entre o Estado e o indivíduo. A nova hermenêutica constitucional determina que tais conflitos sejam solucionados através da ponderação que pode, em tese, ser realizada pelo administrador público frente aos casos concretos.

Da mesma forma, conforme salienta Binenbojm (2014), a juridicidade administrativa socorre os conflitos que ocorrem no âmbito da atual administração policêntrica. Havendo vários núcleos de decisão e de formação de normas, cada qual em sua área de atuação, é impossível que, em certos momentos, não ocorram conflitos entre os vários núcleos emanadores de

regramentos. Dessa forma, os administradores públicos, pautados pelo princípio da juridicidade administrativa, teriam respaldo para atuarem *praeter legem* ou mesmo *contra legem*, a depender do caso concreto, quando a legalidade estrita entrar em conflito com outros princípios constitucionalmente protegidos. (BINENBOJM, 2014)

O princípio da juridicidade administrativa, por fim, consubstancia uma leitura constitucional do direito administrativo. Impõe-se um novo paradigma de pensamento para a atuação do Estado através da administração pública e não somente uma adequação do pensamento administrativo vigente ao novo panorama constitucional. Sendo uma recente manifestação da doutrina e da jurisprudência, poucas são as decisões que refletem a aplicação deste princípio.

### **Considerações finais**

Conforme exposto ao longo do presente estudo, fica claro que no atual momento e conformação jurídica-constitucional, um novo paradigma toma forma. Conflitos e divergências inexoravelmente surgem não sendo possível esquecer totalmente o passado mas extremamente necessário adotar novas práticas para a administração pública a fim de melhor adequá-la a esses novos contornos.

É natural que em uma cultura administrativa que tanto presou pela legalidade estrita e pelo método imposto pela legislação, muitas vezes sem reflexão prévia, a atuação do Estado pautada por normas, conceitos e princípios constitucionais, muitas vezes não aparentes em uma primeira leitura, cause estranheza. Portanto, faz-se necessário o entendimento e análise científica da administração pública em seu atual momento, bem como contextualizar os novos institutos que surgem, sejam eles criados pela legislação ou pela exegese do sistema jurídico, para que esta nova orientação esteja devidamente respaldada e legitimada.

Buscou-se, portanto, no presente estudo, a construção do panorama histórico da administração pública, vista e analisada através de um olhar contemporâneo. A contradição que se apresenta é que esse olhar também se altera com o passar do tempo. A História é contada a partir do olhar do observador, e esse olhar se transforma a partir do distanciamento histórico. Isso demonstra que o reconhecimento das novas tendências no direito administrativo, através da sua constitucionalização, atualmente tem um peso e uma importância, que somente será devidamente evidenciada e comprovada (ou não), com o desdobramento dos acontecimentos e

o distanciamento histórico proporcionado pelo passar dos anos. O panorama histórico e a atual conformação da administração pública foram apresentados através da visão predominante da historiografia e dos estudos contemporâneos, que podem e devem ser questionados futuramente.

A fundamentação, justificação e a conformação dos princípios de direito, gerais ou específicos, também se demonstram extremamente complexos e adentram às temáticas da Filosofia e da Filosofia do Direito. Conforme ocorre com a construção do panorama histórico também esses elementos não são absolutos e o caminhar da experiência trará novos desafios a serem vencidos. O recorte epistemológico que foi utilizado no presente estudo buscou delinear linhas gerais de pensamento a fim de explicar os institutos jurídicos e seus fundamentos. Não seria possível adentrar nas minúcias de cada um isoladamente e, portanto, buscou-se a construção de uma visão de conjunto (holística), com ênfase final no *novel* princípio da juridicidade administrativa.

O neoconstitucionalismo, a preponderância do judiciário na vida social e em relação aos demais poderes republicanos e, ainda, a constitucionalização do direito, são temas relevantes e atuais. O presente estudo buscou concentrar-se na formatação do atual ambiente jurídico e no princípio da juridicidade administrativa mas jamais poderia exaurir as temáticas abordadas. Consideramos o princípio da juridicidade administrativa como característico do novo modelo constitucional reverbera pelo ramo do direito administrativo e, também, todo o sistema jurídico brasileiro. Conforme apresentado ao longo do presente estudo, é o princípio que pode alinhar a atuação dos administradores públicos em uma estrutura descentralizada e policêntrica. Cria, ainda, condições científicas para legitimar a atuação do Estado e reafirma, frente à Constituição, os princípios da legalidade administrativa e do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

Apesar de uma aparente generalidade na abordagem dos temas, o presente estudo se traduz em um primeiro passo nessa linha de pesquisa. Busca-se a construção de um direito administrativo constitucional, em um ambiente descentralizado (policêntrico), alinhado por normas e princípios de um bloco de constitucionalidade e que pretende a máxima eficiência de seus institutos. Em última instância, a finalidade do direito administrativo nessa concepção é a consecução efetiva e eficiente do Estado e da máquina pública, dos serviços prestados pelo poder público à população, a paz social, a Justiça e o progresso.



## Referências

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construções teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3 ed. ver., atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 29 mar. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução Às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, DF, 9 set. 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em 29 mar. 2016.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O surgimento do Estado republicano**. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br> (Acesso em: 20/02/2015).

\_\_\_\_\_. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. 1995. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br> (Acesso em: 20/02/2015).

\_\_\_\_\_. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7 ed., Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. ver. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado: 200 anos de administração pública: 200 anos de reformas**. Revista de Administração Pública. ed. Fundação Getúlio Vargas, Set/Out 2008, pp. 829/874.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

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

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das Revoluções Científicas**. 5 ed. São Paulo: Perspectiva,

1998.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário.** Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, nº 171. 2006. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1172>. (Acesso em: 20/02/2015).

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio *Bandeira* de. **Curso de Direito Administrativo.** 31 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REALE, Miguel. **Noções Preliminares de Direito.** 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização.** 11 ed. São Paulo: Record, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37 ed. rev. atual., Malheiros, 2014.



**CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB  
CURSO DE DIREITO**

**FÁBIO ROMERO DA SILVA**

**A importância da participação do *amicus curiae* nos processos e da sua  
disposição normativa no Novo Código de Processo Civil**

**Brasília/DF  
2016/1**

FÁBIO ROMERO DA SILVA

**A importância da participação do *amicus curiae* nos processos e da sua  
disposição normativa no Novo Código de Processo Civil**

Projeto de Pesquisa apresentado ao curso de Direito do Centro  
Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB,  
como exigência na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso.

Orientador: Prof. Dr. Diogo Palau Flores dos Santos.

Brasília/DF  
2016/1

## Resumo

O *amicus curiae* ou “amigo da corte” é tradicionalmente identificado como um terceiro interveniente em processos que ele não figura evidentemente como parte, e a sua função precípua consiste na capacidade qualitativa do oferecimento de informações técnicas à Corte, e esta possa ter um maior domínio das complexidades às quais a demanda esteja submetida e uma vez que essas transcendam, de certo modo, a esfera dos conhecimentos dos julgadores a uma adequada aplicação da norma jurídica, e essas informações possam ser prestadas qualitativamente com o intuito de que seja proferida uma mais justa e democrática decisão, são basicamente esses pressupostos que legitimam a participação do *amicus curiae* nos processos. Isso tudo dentro de uma perspectiva de participação pluralista, sendo que a pretensão maior resida no interesse da resolução de questões de natureza eminentemente processuais sem maiores proximidades com as “partes” integrantes do “litígio,” e que visem como consequência uma maior legitimidade e efetiva decisão por parte dos julgadores. Em virtude dessas observações a presente pesquisa aborda o tema de maneira sintética sobre a trajetória do *amicus curiae* ou “amigo da corte,” tendo como parâmetro suas disposições jurídicas no direito pátrio, de forma a identificar possíveis mudanças estruturais de ordem jurídico-normativo desse instituto, semelhanças e peculiaridades aos demais institutos processuais, e se efetivamente suas participações nos processos contribuíram de alguma forma com a sua nova disposição normativa. Estudar-se-á o *amicus curiae* a partir dos dispositivos que os remetem nas leis esparsas, especialmente nos dispositivos que podem ser interpretado o *amicus curiae* como uma intervenção de terceiros. Notadamente as participações dos *amici curiae* ao longo do tempo de suas admissibilidades no ordenamento pátrio, acabaram por estabelecer uma identidade que era estruturalmente diferenciada da que é outorgada agora pela Lei n. 13.105 de março de 2015, e é baseado inclusive em tais considerações que, visa-se encontrar indícios que possibilitem a uma conclusão de que há naturalmente uma evolução significativa da estrutura do *amicus curiae* “antigo” com a do “novo” inserido no CPC de 2015.

Palavras chaves: *amicus curiae*; pluralista; mudanças estruturais e disposições normativas.

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	4
<b>1 - Contexto histórico do <i>amicus curiae</i></b> .....	7
1.1 Da adequação do <i>amicus curiae</i> no Direito brasileiro.....	8
1.2 Dispositivos jurídicos passíveis de interpretações ao <i>amicus curiae</i> .....	11
1.3 O <i>amicus curiae</i> nas ações do controle de constitucionalidade concentrado de competência do Supremo Tribunal Federal – STF.....	13
1.3.1 O <i>amicus curiae</i> nas Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais – ADPF.....	19
1.3.2 O <i>amicus curiae</i> no Mandado de Segurança – MS.....	20
<b>2 - Das possíveis interações do <i>amicus curiae</i> com os processos coletivos</b> .....	23
2.1 Dos sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil.....	23
2.2 Das peculiaridades e semelhanças com o <i>amicus curiae</i> .....	29
2.3 Das definições do <i>amicus curiae</i> .....	36
2.4 O <i>amicus curiae</i> sob a perspectiva da redução de custos.....	38
<b>3 - Panorama dos dispositivos jurídicos referentes ao <i>amicus curiae</i></b> .....	40
3.1 Dos aspectos estruturais do <i>amicus curiae</i> no CPC de 2015.....	40
3.2 Dos dispositivos legais do <i>amicus curiae</i> .....	43
3.3 Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR.....	48
<b>Conclusões</b> .....	51
<b>Referências</b> .....	53

## Introdução

A nossa Constituição Federal de 1988 – CF/88 é reconhecida como uma constituição cidadã, e dentro de uma contextualização histórica isso é visto como um avanço se comparado ao controle que o Estado detinha de forma quase que exclusiva das normas se dedicarem a assuntos estatais, e em decorrência desses “progressos” a Constituição Federal passou a influenciar, de certo modo, a vida e o cotidiano das pessoas, passando a conformar valores e os mais variados tipos de princípios como os da “dignidade da pessoa humana” (inciso III, art. 1º CF/88), maior eficácia das dimensões dos Direitos que acabaram por contagiar as mais diversas esferas no nosso ordenamento jurídico, e em decorrência disso a configuração desses Direitos como de caráter majoritariamente públicos.

Com a conformação desses valores e princípios que terminaram de certa forma consolidando os ideais democráticos e se percebendo, portanto, a observância de um não retrocesso, passou-se desde então a se ter um maior zelo com esses princípios e valores que derivam os mais diversificados tipos de interesses que não só o estatal.

Em virtude desses avanços surgiu a consolidação de vários princípios como o do “contraditório e ampla defesa” insculpido no inciso LV, art. 5º da CF/88, sendo esses princípios, aliados aos preceitos democráticos, um dos fatores que fundamentam e justificam a participação do instituto *amicus curiae* nos processos, e é a partir dessas premissas que busca-se abordar o tema intuídos pela verificação de uma evolutiva ou modificativa estrutura desse instituto.

Destarte, por fundamento as colocações anteriores, insurge-se a presente pesquisa que tem como escopo a análise do perfil evolutivo do instituto *amicus curiae* ou “amigo da corte” numa abordagem que se utilizará do método preponderantemente teórico, carreado pela busca de alguns dos conceitos doutrinários e jurisprudencial que possam inferir o instituto desde a sua origem no direito comparado, suas participações na Suprema Corte Brasileira, suas interações com os processos e com os sistemas de controles de constitucionalidade, e algumas das suas primeiras regulações de ordem jurídica até a inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil - CPC de 2015.

Tem-se, ainda, como objetivação a análise da trajetória do *amicus curiae* em alguns processos julgados pela Suprema Corte, e os estudos feitos por diversos autores referentes ao instituto, e se há ou não, possibilidade de uma mensuração do grau de importância dos *amici curiae* para o processo jurídico-democrático no nosso sistema processual.

Aborda-se num primeiro momento o *amicus curiae* envolto numa contextualização

histórica, em que as informações prestadas por diversos autores ao longo da pesquisa fundamentam os estudos que se iniciam dando conta do registro das primeiras participações desse instituto nos processos estrangeiros, e por conseguinte no direito interno. É a partir desses dados relevantes de uma das correntes que tratam da origem do *amicus curiae*, que estabelecemos os mesmos também como parâmetro no que concerne ao grau de importância e regulamentações que possivelmente possa ser identificado hoje o instituto, ou se esses patamares de importância e regramentos normativos se encontram estáveis sem maiores modificações.

Procuramos não nos atermos num antagonismo que vise estabelecer posicionamentos contrários ou favoráveis à necessidade das intervenções dos *amici curiae* nos processos, mas numa possível constatação do grau de importância que as participações dos *amici* nas demandas julgadas no Supremo Tribunal Federal – STF, possam ter colaborado com a inovação normativa conferida ao instituto.

O tema estrutura-se na evolução do *amicus curiae* e busca-se a identificação de alguns dos fatores determinantes para essa “consolidação” no ordenamento pátrio, procurando também identificar possíveis traços que possam demonstrar terem os órgãos e os regramentos jurídicos contribuídos, de certo modo, com o tratamento adequado ou correspondente à importância desse instituto.

Trata-se, após essa primeira abordagem, sobre o tema interagindo nos processos de natureza coletiva, numa perspectiva que almeja encontrar indícios que identifiquem o instituto *amicus curiae* inserido num padrão de correspondência evolutiva com esses processos coletivos, e também com os sistemas de controles de constitucionalidades, e se dos mesmos possa-se conferir em relação a esse critério “evolutivo” mais semelhanças do que distanciamentos.

Os posicionamentos doutrinários e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, que se relacionem com o *amicus curiae*, serão de grande relevância no que pertine a compreensão da definição dessa nova estrutura e importância do instituto.

A pesquisa fundamentar-se-á consubstancialmente nas proposições estabelecidas na obra de Peter Haberle, em que nela é encontrado elementos que podem sustentar boa parte das premissas que legitimam o *amicus curiae*, notadamente no aspecto que trata de uma maior interpretação caracterizada por uma pluralização de entendimentos que não a de um “grupo restrito de interpretes da Constituição” (HABERLE, 1997).

O tema também é tratado, em síntese, numa perspectiva de uma forma de redução de



custos para o Estado quando a opção é feita pela participação do *amicus curiae* se comparado a outras figuras que podem participar nas demandas processuais.

Na esteira de considerações relevantes que fundamentam as participações dos *amici curiae* nos processos, nos alinhamos às lições de Konrad Hesse, e também se tem como subsídios informativos os ensinamentos de outros autores que participam por intermédio das suas obras no nosso ordenamento jurídico, e nesse sentido procura-se abordar suas argumentações, certos de que elas servirão para enriquecer a qualidade das informações que irão aqui ser apresentadas ou discutidas.

No capítulo em que se encerra a presente pesquisa, trata-se dos regramentos normativos conferidos ao *amicus curiae* em dados momentos da sua trajetória nos processos, em especial, nas ações submetidas ao controle de constitucionalidade na via concentrada e julgadas junto ao Supremo Tribunal Federal.

Nesse aspecto, e de maneira conclusiva, procura-se demonstrar o grau de importância outorgado ao instituto em se tendo como parâmetro as inovações, e dentro destas, as prerrogativas conferidas aos *amici* desde as primeiras remissões jurídicas até os dispositivos normativos atuais, e sua interação com outros institutos, como no caso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR surgido também como uma das inovações no Novo Código de Processo Civil – CPC de 2015.

## 1 – Contexto histórico do *amicus curiae*

Numa perspectiva clássica de entendimento, tem-se de forma majoritária que historicamente a figura do *amicus curiae* ou segundo o posicionamento de parte da doutrina e jurisprudência que se refere a esse termo originário do latim como sendo um “amigo da corte,” que o mesmo tenha se originado no continente europeu, e deste remonta o direito romano, por conseguinte no direito inglês e francês, vindo sendo utilizadas desde o ano de 1823 as primeiras admissões de representatividade desse instituto no Estado norte-americano.

Nesse contexto, considera-se como relevante os trechos da obra de Ruth Colker:

O *amicus curiae* tem origem remota. A prática de um advogado afastado do caso concreto auxiliar a corte existia na lei romana, passando pela Inglaterra medieval, e, de uma maneira limitada, dentro do sistema legal francês. No tempo de Roma, o *amicus curiae* era um advogado nomeado judicialmente, que servia para aconselhar e ajudar o tribunal quanto aos casos. Mesmo com um longo histórico de uso do *amicus curiae* no sistema judicial inglês, os Estados Unidos não usaram o *amicus curiae* até 1823. Apesar do *amicus curiae* inicialmente ter participado na justiça norte-americana com relativa neutralidade, servindo à Corte por meio da submissão de argumentos orais ou estudos sobre a lei, eles assumem ao longo do tempo uma postura semelhante à do advogado que tenta persuadir os julgadores por meio da argumentação (COLKER, 2014, p.270, *apud* LEAL).

Confere-se também dos fragmentos extraídos da respectiva obra, a identificação das primeiras participações do *amicus curiae* nos Estados Unidos em que foram admitidos os *amici* nos casos dos julgamentos “Green v. Biddle” no ano de 1823, e como precedentes o caso “The Schooner Exchange v. Mcfadden” no ano de 1812, em que naquele se “discutia direitos de propriedade de terras e dos lucros auferidos com a produção” e neste questões sobre a “propriedade de navio de guerra reivindicado por Napoleão Bonaparte” (LEAL, 2014, p.271). Podendo-se constatar que não são novas essas modalidades de intervenções nas lides.

A figura do *amicus curiae* que tiveram suas experiências principiadas na Suprema Corte estadunidense, evoluíram suas atribuições na defesa de direitos de cunhos precipuamente individuais, depois caracterizados como coletivos e hoje podendo ser vistos como difusos, sendo estes característicos por representarem a sociedade no âmbito de uma repercussão social de caráter geral, os do meio identificados mais por representarem os interesses de determinados grupos, mas que reflexamente possam atingir um grande número de indivíduos em decorrência das implicações jurídicas referenciadas aos fatos e os direitos ali envolvidos, e no primeiro a forma mais clássica da representação processual na qual se configura singularmente a tríade: autor, réu e juiz.

Destaca-se como relevante a atribuição do *amicus curiae* no que concerne o

fornecimento de informações técnicas, para suplementar ou servir como substratos ao entendimento dos julgadores para determinadas matérias que possam escapar das suas esferas de conhecimentos, uma vez que os julgadores não têm e não poderiam ter conhecimento de tudo que existe ou que possam impactar no mundo jurídico. Daí o surgimento da necessidade das informações prestadas pelos *amici*.

O instrumento de que se valem os *amici curiae* num julgamento prévio de admissibilidade pelos órgãos competentes às suas apreciações é denominado como memoriais, que podem ser elaborados por “pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada” (art. 138 da Lei n. 13.105 de março de 2015 - CPC de 2015), que não fazem parte diretamente da relação processual, mas que seus interesses estejam intimamente ligados e que possam sofrer prejuízos ou alterações em virtude das decisões a serem proferidas.

Ressalta-se que as participações dos *amici curiae* ocorrem em nosso País, tradicionalmente de maneira bem expressiva nos processos da competência originária do Supremo Tribunal Federal – STF, nas ações sujeitas ao controle de constitucionalidade na via concentrada: Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO, ou que as matérias tenham que ser apreciadas pelo Supremo, e de forma bem mais tímida nos Tribunais de Justiça Estaduais e demais Tribunais. Mais adiante se aborda esse assunto de maneira mais específica, quando o mesmo for tratado nas participações dos *amici curiae* nessas principais ações do Controle de Constitucionalidade em âmbito Federal.

### 1.1 Da adequação do *amicus curiae* no Direito brasileiro

Inspirado na experiência do Direito Comparado, sobretudo o estadunidense, admitiu-se no ordenamento jurídico nacional a adequação participativa do *amicus curiae*, deduzido como uma espécie inserida em dispositivos que dispunham dele dentro de uma forma genérica como uma intervenção de terceiros, pessoas, “órgãos ou entidades” (disposto no § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868 de 1999), e outras definições no âmbito jurídico que se remetem ao instituto, mas nenhuma com a terminologia protagonista agora descrita no art. 138 do CPC de 2015. Por “protagonista” deve se entender o fato de nenhuma lei ordinária ou “equiparada” ter trazido antes a terminologia “*amicus curiae*” expressamente em seus dispositivos.

Em decorrência dos vários fatores nos quais se podem incluir as inovações normativas, pode-se perceber que as participações dos *amici curiae* são vistas de forma cada vez mais expressivas, naqueles processos em que as matérias tenham necessidades de esclarecimentos e estes puderem ser ofertados por um *expert*, para uma melhor identificação com os preceitos democráticos, e pluralismo de ideias em que se tenham por finalidade legitimar o conteúdo decisório. Conforme Gilmar Mendes:

Constitui, todavia, inovação significativa no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade a autorização para que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades (art. 7º, § 2º). Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões (MENDES, 2010, p.1287).

Nesse diapasão, vislumbra-se uma estreita correspondência valorativa acerca da importância da participação do instituto conferida por Peter Haberle quando explana de forma categórica que a “interpretação constitucional estão potencialmente vinculados [...] todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição” (HABERLE, 2002, p.13).

Por conseguinte Haberle fazendo referência aos procedimentos jurídicos da sua época, explica ser aquele modelo um contraposto ao aspirado, e no qual por ele é definido como o de uma “sociedade fechada” fazendo parte apenas um grupo restrito de “intérpretes jurídicos” qualificados pela busca de um interesse corporativo (HABERLE, 2002).

Deduzir-se-á do que fora observado por Haberle, e trazendo-se para o nosso Direito, uma continuidade desses interesses corporativos aludidos nessas explanações, a alguns grupos ou indivíduos da sociedade contemporânea, figurados naqueles que colocam em primeiro plano a defesa de seus próprios interesses, sendo eles majoritariamente econômicos, deturpando de certo modo a ideia precípua das participação do *amicus curiae*.

Em apertada síntese, pode-se concluir também que esse é um dos entendimentos da autora Damares Medina, quando interpreta as participações dos *amici curiae* imersas num questionamento do qual é intitulada a sua obra quanto ao *amicus curiae* ser: “Amigo da Corte ou Amigo da Parte?” (MEDINA, 2010), sendo que a conclusão mais plausível diante dessa indagação em certo grau e pedindo vênias para inferir nessa relevante interpretação da autora, que também se posiciona nesse sentido, seria a de que o *amicus curiae* devesse pautar-se em suas participações como amigos preponderantemente da causa, e desta os seus efeitos positivos afetos à coletividade em amplo espectro, dissociados em grau máximo dos interesses subjetivos

das partes e também longe de ser confundido com a “intervenção de terceiros” disposta no art. 119 do CPC de 2015.

Nesse aspecto é importante que se distinga o *amicus curiae* e desassocie suas admissibilidades dos três pressupostos que representam as condições da ação (art. 17 do CPC de 2015 - “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”), e se enquadrando além dessas duas espécies a “possibilidade jurídica do pedido”.

Impera-se, como necessário o entendimento de que o *amicus curiae* não se enquadre juridicamente em nenhuma dessas três espécies ou em suas derivações propriamente ditas, mas sim como um terceiro estranho às partes do processo, e quando se faz alguma referência que possa ser assimilada com alguns desses pressupostos da condição da ação, o mesmo deve ser interpretado de forma comparativa, ou seja, sendo as interações dos *amici* mais próxima do conjunto probatório das questões que se encontrem com a implicação jurídica em debate junto ao Poder Judiciário, e não o *amicus curiae* como sendo parte integrante da relação jurídica como tradicionalmente a identificamos.

É amplamente sabido que a cada indivíduo corresponde uma maneira de ver e interpretar as coisas no mundo, e a essa singularidade não cabe o Direito uniformizá-las ou procurar estabelecer padrões tidos como uma verdade única, mas dar abertura para que os diferentes pontos de vista converjam a um ponto comum e se torne adequado e igualitário a uma realidade jurídica. Conforme Paulo Nader:

Cada ser humano possui as suas peculiaridades, seu modo de ser, sua existência própria. Em lugar de submeter os indivíduos a uma camisa-de-força, mediante padrões uniformes, o Direito deve abrir espaço para as preferências e personalizar os métodos jurídicos. Esse amoldamento do fenômeno jurídico às condições individuais constitui propriamente a equidade, que significa uma adaptação da norma ao figurino do caso concreto, à justiça do fato real (NADER, 1994, p. 235).

Diante do exposto e transferindo essa compreensão para o instituto do *amicus curiae*, verifica-se uma correspondência do ideário precípua em admiti-los nos processos, visto que é da unidade interpretativa individual, somada a uma série de fatores externos que resultam como importante às conclusões dos julgadores ao objeto que está sendo debatido e será proferida uma decisão.

Conclui-se, que esses entendimentos podem ser interpretados no sentido de outorgar uma maior legitimidade ao instituto *amicus curiae*, se levado em consideração a relevância das informações prestadas ao longo desse trajeto pelos *amici* no nosso ordenamento jurídico.

## 1.2 Dispositivos jurídicos passíveis de interpretações ao *amicus curiae*

Tem-se, como uma das primeiras previsões jurídicas na qual se interpreta ser ela uma intervenção de *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro, o disposto no art. 31 da Lei n. 6.385 de dezembro de 1976, conferindo a participação da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, naqueles processos em que as matérias em debate disserem respeito à sua competência (LEAL, 2014, pp. 292-293).

Conforme se verifica nos termos desse mencionado artigo, nesses processos são vislumbrados direitos que vão além do mero interesse ou subjetividades das partes, pois, poderão afetar uma categoria institucional, devendo a CVM velar por esses direitos, prestando-lhes informações na qualidade de uma espécie de *amicus curiae*, sob pena da “fumaça do bom direito” ou do “perigo da demora” resultarem como prejudiciais aos preceitos democráticos e ao bom andamento ou continuidade dessa autarquia.

Examina-se dos termos do § 3º do art. 31 da supracitada lei sobre o mercado de valores mobiliários - CVM, a verificação da legitimidade ativa para ajuizamento de recursos quando as partes quedarem-se inertes, contrastando com a previsão genérica do art. 7º § 2º da Lei nº 9.868 de 1999 que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI e a Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC, que expressa de forma categórica a não admissibilidade de intervenção de terceiros.

Na esteira de formas interpretativas da participação como *amicus curiae*, Cássio Scarpinella chama atenção para o termo “querendo” da descrição típica do artigo 89 da Lei nº 8.884 de junho de 1994, que previa a possibilidade do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE participar nas demandas em que estivessem em discussão os direitos da concorrência, pois, dispõe o art. 89 que “processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente” (BUENO, 2012, p. 312).

Essa inscrição normativa foi revogada por meio da Lei nº 12.529 de 2011, juntamente com muitos outros dispositivos e com o advento da Lei antitruste (12.529 de 2011), essa previsibilidade interventiva voltou a ser disposta no seu artigo 118, com a mesma redação dada ao dispositivo revogado. E, complementa Cássio Scarpinella:

Trata-se, assim, inegavelmente, de mais uma hipótese em que a intervenção do ente estatal justifica-se em função de sua atividade fiscalizatória, no sentido de verificar, ainda que em juízo e diante de um litígio concreto, de que forma os bens jurídicos que competem a ele, CADE, tutelar estão sendo interpretados e aplicados. A Lei n.

12.529/2011, não obstante as novidades trazidas para o direito brasileiro, continuou, quanto ao ponto aqui examinado, sendo tímida quando optou, a exemplo do revogado art. 89 da Lei n. 8.884/94, por usar o nome ‘assistente’. A hipótese por ela regulada difere da figura tradicional do nosso direito. O caso é, inegavelmente, de *amicus curiae* (BUENO,2012,p.315).

Seguindo-se a trajetória de relevantes instituições que podem ser interpretadas como *amicus curiae*, tem-se a participação da OAB, e os fundamentos de tal previsão é o definido no parágrafo único do artigo 49 da Lei n. 8.906 de 1994 – Estatuto da Advocacia e da OAB estabelecendo que as autoridades que estão sendo ali mencionadas no caput do referido artigo, têm elas, ainda, a legitimidade para querendo, poder intervir, inclusive como assistentes em atos de inquéritos e processos em que eles sejam indiciados, acusados ou ofendidos, se estendendo também aos inscritos na OAB.

As autoridades à que se refere o respectivo parágrafo único são aquelas elencadas no caput do referido artigo 49, quais sejam: os Presidentes dos Conselhos e também os Presidentes das Subseções da OAB.

Observa-se quanto a essa atribuição, uma conformidade que tem o intuito na preservação de prerrogativas, preceitos morais e éticos da instituição OAB representados pela unidade de seus integrantes.

E por fim, tem-se, como uma espécie de intervenção anômala, sendo que este último termo também é utilizado para definir o *amicus curiae*, se tem a participação da União, do que se confere no disposto do artigo 5º da Lei nº 9.469 de 1997, na qual já no seu preâmbulo dispõe sobre a possibilidade de intervenção da União em causas em que figurarem, como autores ou réus, os entes da administração pública indireta, qualificando-os de maneira interpretativa com a possibilidade de serem *amicus curiae*, mas vale destacar que essa possibilidade de intervenção da União não pode ser sustentada de maneira absoluta como modalidades pertencentes ao instituto *amicus curiae*, pois como já exposto, trata-se de uma figura anômala e por isso como alguns defendem: fora das hipótese características do *amicus*.

No artigo 5º da lei supra, há a previsão de que União tem o poder de intervir nas demandas em que estiverem envolvidas como rés ou autoras as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas federais e as sociedades de economia mista, e no seu respectivo parágrafo único há disposição no sentido de que as pessoas jurídicas legitimadas a intervir, poderão fazer essa intervenção “independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria,” (BUENO,2012,p.217).

Depreende-se, um maior alcance à União, pelo fato dos interesses difusos que certamente estarão envolvidos no deslinde das demandas envolvendo essas pessoas jurídicas. Estendeu ainda a possibilidade de recorrer e que se for reconhecido eventuais deslocamentos de competência, essas pessoas serão consideradas como partes na relação processual.

Reitera-se, que essas observações alinham-se numa corrente que interpreta serem essas últimas figuras enquadradas como uma espécie de *amicus curiae*, e há outros entendimentos que sustentam não poder ser enquadrados os entes públicos como modalidades interventivas próprias de *amicus*. Conforme o trecho extraído da obra de Cassio Scarpinella:

Gustavo Santana Nogueira também nega tratar-se a hipótese descrita no art. 5º da Lei n. 9.469/97 de *amicus curiae*. Para o Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, a hipótese é exclusiva (portanto uma ‘prerrogativa processual’) das pessoas de direito público federal; a duas porque a intervenção se justificaria, em última análise, em virtude de o patrimônio da União, de um interesse econômico e não institucional; e a três porque o art. 5º reconhece a legitimidade recursal do interveniente o que não é dado ao *amicus*, salvo na expressa previsão do art. 31 da Lei n. 6.385/76, incluído pela Lei n. 6.616/78, com relação à CVM (BUENO, 2012, p. 223).

Nogueira não defende tratar-se a hipótese do art. 5º da Lei n. 9.469/97 como sendo uma espécie de intervenção a ser definida como *amicus curiae* e elenca as suas justificações, mas ressalva seu entendimento no sentido de reconhecer à CVM como uma espécie de *amicus curiae*.

### 1.3 O *amicus curiae* nas ações do controle de constitucionalidade concentrado de competência do Supremo Tribunal Federal - STF

Não há que se falar em *amicus curiae* dissociado das ações do controle concentrado no âmbito da competência do Supremo Tribunal Federal, pois hodiernamente existe um relevante número de participações dos *amici curiae* que se fizeram presentes nessas ações: Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC, e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Além dessas expressivas ações se verificam dados de participações dos *amici curiae*, significativamente em Recursos Extraordinários – RE’s e até em *Hábeas Corpus* – HC’s, julgados pelo Supremo.

No entanto, elencamos algumas partes correspondentes às ações julgadas no âmbito da competência do STF em que se fizeram presentes ou pretensas participações dos *amici curiae*. Embora se saiba que as ações no controle de constitucionalidade podem ser julgadas também no âmbito dos Tribunais Estaduais tendo como parâmetro suas respectivas Constituições.

Procura-se restringir nosso campo de atuação nas ações do controle de constitucionalidade intentadas no Supremo, e a razão disso se justifica em virtude da abrangência que isso poderia resultar fossemos analisar de forma genérica, e no momento o



espaço não daria para tratar tudo isso de uma maneira bem ampla sem deixarmos de abordar requisitos imprescindíveis de serem analisados.

As participações dos *amici curiae* são vistas no nosso ordenamento pátrio nas ações submetidas aos dois tipos de sistemas de controles de constitucionalidade, ou seja, na via concentrada, quanto difusa, e que nessa última a maior incidência de participações dos *amici* ocorrem nos Recursos Extraordinários e estes não são da competência originária do Supremo, mas é submetido a este uma vez que o incidente inconstitucional nos juízos das instâncias *a quo* enseje uma apreciação exclusiva do STF.

Em exame aos requerimentos de ingressos como *amicus curiae* nas ações de competência do STF, é transcrito no que se segue a síntese da fundamentação do Ministro Gilmar Mendes admitindo uma empresa e mencionando a respeito dessa admissibilidade, que não se confunde com a intervenção de terceiros próprios das características na esfera processual civil, e também manifesta suas observações no tocante à excepcionalidade do pedido fora do prazo:

No tocante à Petição no 66.661/2005, da Federação das Indústrias do Estado do Paraná - FIEP, requerendo seu ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, compete ao Relator, por meio de irrecurável, acolher ou não pedido de interessados para que atuem na situação de *amici curiae*, hipótese diversa da figura processual da intervenção de terceiros. Esclareço que, em princípio, a eventual manifestação deveria ocorrer no prazo das informações (arts. 6º e 7º, § 2º, da Lei no 9.868/1999). Em recente julgamento, porém, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, resolveu questão de ordem no julgamento das ADIn's nos 2.675-PE (Rel. Min. Carlos Velloso) e 2.777-SP (Rel. Min. Cezar Peluso), ambas julgadas em 27.11.2003, para reconhecer, excepcionalmente, a possibilidade de realização de sustentação oral por terceiros, admitidos no processo de fiscalização abstrata de normas, sob a condição de *amicus curiae*. Essa nova orientação, apesar de ter contrariado os precedentes existentes [...], garante a possibilidade de que o procedimento de instrução da ação direta de inconstitucionalidade seja subsidiado por novos argumentos e diferentes alternativas de interpretação da Constituição. Esse parece ser, pelo menos, o espírito da norma constante da parte final do art. 7º, § 2º da Lei no 9.868/1999. [...] Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às "intervenção de eventuais interessados", assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição (cf. Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997, p. 47-48) (BRASIL, STF, 2005).

Observa-se, de um modo geral, terem os membros da Suprema Corte o cuidado da manutenção dos preceitos consolidados, inclusive ao longo da trajetória da incidência das participações dos *amici curiae*, pois, fica evidente o zelo com que os ministros do Supremo têm conferido ao instituto, balizando-lhes e conferindo liberdades de atuações eminentemente necessárias ao processo de efetivação das instituições democráticas.

Ressalta-se, por oportuno, o fato da maior incidência das participações como *amici curiae* acontecerem nas Ações do Controle de Constitucionalidade na via concentrada, pois isso é plenamente justificável em virtude das demandas de ações dessa natureza junto ao STF corresponderem, em regra, às repercussões sociais e terem seus efeitos vinculantes, além da eficácia *erga omnes* que irá se manifestar das decisões advindas pelo Supremo Tribunal Federal (não estamos com isso desmerecendo os julgamentos dos Recursos Extraordinários ou outros dessa natureza), mas o fato é que esses processos, como já dito anteriormente, não são da competência originária da Suprema Corte, sendo apresentados para esta última quando a apreciação da controvérsia tiver aparecido de forma incidental e esgotadas as instâncias inferiores, respeitado os critérios como repercussão geral, os de prequestionamentos, restando a apreciação da Corte a matérias eminentemente constitucionais.

Imperioso destacar, ainda, a importância dos *amici curiae* em alguns julgamentos realizados no Supremo Tribunal Federal tratando do caso das Células-Troncos Embrionárias, Fetos Anencéfalos, Caso Reserva Raposa Serra do Sol, e muitos outros, onde as participações

de pessoas, órgãos ou entidades representados por um *expert* figurados como *amici curiae* contribuíram de forma significativa nos esclarecimentos de questões técnicas e pluralizaram o debate, decorrendo com isso um viés consubstancialmente democrático com vistas a uma decisão eminentemente legítima quando deparadas tais ações com essas complexidades.

Posicionamento alinhado às relevantes participações dos *amici curiae* nos julgamentos das causas submetidas ao órgão de Supremacia Jurisdicional (STF), esclarece Inocêncio Mártires Coelho:

A presença do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, não apenas se reitera a impessoalidade da questão constitucional, como também se evidencia que o deslinde desse tipo de controvérsia interessa objetivamente a todos os indivíduos e grupos sociais, até porque ao esclarecer o sentido da Carta Política, as cortes constitucionais, de certa maneira, acabam reescrevendo as constituições. Nessa perspectiva, se é verdade que os autores ingleses consideram os *statutes* do seu Parlamento como erratas e adendas do *common law*, não seria exagerado dizermos que, à luz da experiência da jurisdição constitucional, os julgados das cortes que a exercem têm funcionado como correções e acréscimos no texto das Constituições (COELHO, 1998, p.163).

Demonstra-se nesse trecho da obra de Inocêncio Mártires a importância que a pluralidade de informações fornecidas ao debate, transcendendo a esfera do Tribunal se configura de uma importância acima dos interesses subjetivos das partes.

Conferindo uma maior legitimidade e até mesmo a demonstração de algumas das formas corretas de serem interpretadas as participações dos *amici*, tem-se essa breve consideração do voto do Ministro Celso de Melo na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 748 em Agravo Regimental do Rio Grande do Sul, de 18 de novembro de 1994, junto ao Supremo, onde o mesmo se alinha ao entendimento de que o termo genérico “intervenção de terceiros” não representa verdadeiramente essa atuação dos *amici*, mas sim como colaboradores informais de prestações informativas de questões técnicas favoráveis ao melhor juízo cognitivo da questão jurídica em discussão a ser proferida pela decisão na Suprema Corte.

Para melhor elucidação no que pertine às participações dos *amici* no âmbito jurisprudencial, transcrevemos no que se segue, partes de algumas ementas, acórdãos e relatórios e abordaremos aspectos considerados aqui relevantes, como conceitos, o que ficou acordado pelo Supremo, e partes das atuações dos *amici curiae* nesses processos.

Apresenta-se, no que se segue, fragmentos extraídos nos julgamentos junto ao STF, e enfatiza-se a relevância de alguns aspectos que as participações dos *amici curiae* em memoriais tiveram em alguns desses casos julgados pela Suprema Corte.

Destacamos como precípua a participação dos *amici curiae* julgada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI de n. 3.510/DF de então

Revista de Monografia Jurídica. Brasília, v.1, n.1, jul./dez.2016.

Relatoria do Ministro Ayres Brito pelo Tribunal Pleno:

Constitucional. Ação Direta De Inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Pesquisas com Células Troncos Embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de Células-Tronco Embrionárias Em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas Constitucionais conformadoras do Direito Fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. Descabimento de utilização da Técnica De Interpretação Conforme para aditar à Lei de Biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Improcedência total da ação ( DJe-096 DIVULG 27-05-2010,PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043) (BRASIL,STF,2010).

Nesse julgamento em que estava em discussão a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105 de 2005), que regulamenta a utilização de Células-Troncos Embrionárias para pesquisas com a finalidade terapêutica, entrou em debate fatores relevantes aos conhecimentos científicos em espectro bem amplo, e como forma exemplificativa a um desses fatores temos: o momento exato para o reconhecimento do início da existência da vida humana após a fecundação.

Em decorrência dessa incapacidade de se aferir com precisão ou de se chegar a um consenso por fatores que fogem à compreensão humana, e a necessidade da manutenção de uma regulamentação para a prática das pesquisas para curas de doenças que impescinde dessa técnica, surgiram posicionamentos contrários requerendo pela inconstitucionalidade da norma, e favoráveis pedindo pelo prosseguimento da constitucionalidade da mesma.

Apresentou-se o caso como controverso e foram várias as emissões opinativas, bem como que a discussão ganhou maiores contornos, não se limitando a um juízo rápido e superficial valoração tão somente jurídica, para a satisfativa decisão sem que se tomasse os depoimentos de seguimentos da sociedade como a científica e a religiosa, e por esses motivos foram admitidos além das audiências públicas, os *amici curiae* para melhores esclarecimentos das matérias resultantes de experimentos científicos que fugiam do âmbito de conhecimentos dos julgadores.

Defendendo pela inconstitucionalidade da norma apresentou-se como *amicus curiae* a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB.

Requerendo fosse continuada reconhecida a constitucionalidade da norma, sobretudo a do art. 5º dessa lei de regência, foi admitido também como *amicus curiae* o Movimento em Prol da Vida – MOVITAE, cuja fundamentação para admissão deste movimento se resume em parte deste trecho que fora extraído do respectivo acórdão:

Há argumentos respeitáveis na posição dos que sustentam que embriões isolados não se caracterizam nem definem como pessoas. É, por exemplo, a formulação da AGU, segundo a qual "a ofensa à dignidade da pessoa humana exige a existência da pessoa humana, hipótese que não se configura em relação ao embrião in vitro", e, ainda, a do *amicus curiae* MOVITAE, que, ao afirmar não ser "o embrião uma pessoa", invoca esta lição do Prof. ANTONIO JUNQUEIRA AZEVEDO: "[D]o embrião pré-implantatônio, resultante de processos de fecundação assistida, ou até mesmo de clonagem, constituído artificialmente e que ainda está fora do ventre materno, por não estar integrado no fluxo vital contínuo da natureza humana, é difícil dizer que se trata de 'pessoa humana'. É verdade que, por se tratar da vida em geral e especialmente da vida humana potencial, nenhuma atividade gratuitamente destruidora é moralmente admissível, mas, no nosso entendimento, aí já não se trata do princípio da intangibilidade da vida humana; trata-se da proteção, menos forte, à vida em geral.." (Referente às Petições nºs 52.144 e 52.978) Juntem-se. Ante a relevância da matéria e a representatividade da postulante, defiro a inclusão, como *amicus curiae*, da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB. À Secretaria, para as anotações cabíveis. Publique-se. Brasília, 17 de abril de 2007. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator (BRASIL, STF, 2007). (grifos no original).

Do cotejo decisório de admissibilidades como *amici curiae*, restou firmado o entendimento para esse caso em face das controvérsias que acometeram essa discussão, a necessidade da participação de entendimentos diversos, pluralizando, democratizando e dando uma maior legitimação para os fundamentos dos votos dos Ministros, como no que se verifica a seguir em partes do relatório decorrente da decisão proferida, no qual foram expressos os *amici curiae* que tiveram os seus pedidos deferidos:

Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Carlos Britto (relator) e da Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), julgando improcedente a ação direta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza; pelo *amicus curiae* Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, o Professor Ives Gandra da Silva Martins; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli; pelo requerido, Congresso Nacional, o Dr. Leonardo Mundim; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos - CDH, o Dr. Oscar Vilhena Vieira e, pelos *amici curiae* Movimento em Prol da Vida - MOVITAE e ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, o Professor Luís Roberto Barroso. Plenário (BRASIL, STF, 2008). (grifos no original).

Restou comprovado a importância do papel da sociedade por meio dos seus mecanismos de participações poderem influenciar os votos dos Ministros no Supremo.

### 1.3.1 O *amicus curiae* nas Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais – ADPF:

No âmbito das Arguições de Descumprimentos de Preceitos Fundamentais - ADPF, regulamentada pela Lei nº 9.882 de 1999, é posta para uma sintética análise a de nº 54 do DF, em que nessa ADPF sobre os fetos anencéfalos se discutiam os direitos de se poder provocar o aborto quando os fetos humanos fossem diagnosticados com essa “anomalia”.

Para o esclarecimento de questões de cunho eminentemente técnicos e religiosos, no que diz respeito ao valor da vida humana, surgiram vários seguimentos da sociedade requerendo a admissão como *amicus curiae*. Conforme o que se segue:

ADPF 54 / DF 1. Eis as informações prestadas pela Assessoria: A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB – requer a intervenção no processo em referência, como *amicus curiae*, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias. 2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo – ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal. 3. Indefero o pedido. 4. Publique-se. A impossibilidade de exame pelo Plenário deságua na incidência dos artigos 21, incisos IV e V, do Regimento Interno e artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, diante do perigo de grave lesão (BRASIL, STF, 2012).

Constata-se, diante desse indeferimento de pedido de vista dos autos, não estar vinculado o Tribunal a critérios subjetivos dessa modalidade de “intervenção de terceiros,” de certo que, agisse o Tribunal no sentido da admissibilidade, seria a de submetê-lo numa exegese analógica à lei n. 9.868 de 1999 que trata das ações de índole eminentemente objetiva. Em suma, nesse caso restou entendido não se tratar de deferir o pedido da requerente, pela possibilidade de “tumultuar” o processo demandado, e complementa o relator sinalizando que sua fundamentação é procedente, inclusive no tocante ao fato que a esses terceiros intervenientes não é dado a abertura de uma impugnação por meio de recursos nos casos de serem indeferidos os seus pedidos de admissibilidades nos processos.

Nesse sentido se tem as lições de Cássio Scarpinella:

Isso não significa afirmar, no entanto, pura e simplesmente, que o ingresso de um colegitimado para a propositura da ação pode se dar sob as vestes de ‘*amicus curiae*’ e não como ‘assistente litisconsorcial’. Essa solução apequena o problema, colocando-o em um ambiente de discussão restrito, com referencial do processo civil ‘tradicional’, que, por definição, não se amolda ao processo civil que rege as ações em que o exercício do controle abstrato de constitucionalidade é efetuado, e que tem poucas condições de fornecer ao intérprete elementos para solução de todas as dificuldades hermenêuticas. Mas: dá a falsa impressão de que mais importantes do que os regimes jurídicos dos institutos jurídicos são os nomes dados a eles (BUENO, 2012, pp158-159).

Extraí-se, desses fragmentos e das interpretações supra, que não são raras as tentativas de terceiros estranhos ao processo tentarem suas participações figurando como *amicus curiae*, uma vez que o termo genérico “intervenção de terceiros” e os dispositivos que se remetem ao instituto podem dar margens à interpretações diversas.

### 1.3.2 O *amicus curiae* no Mandado de Segurança – MS:

No caso intitulado “Raposa Serra do Sol” em que estavam em discussão conflitante as demarcações de terras indígenas, algumas madeireiras e outros seguimentos como o agropecuário que faziam parte daquela região, impetraram o Mandado de Segurança 28952/DF, que fora submetido à relatoria do então Ministro Dias Toffoli junto ao Supremo Tribunal Federal, reivindicando fosse reconhecida a coação insurgida por ato do Ministro do Estado da Justiça advindos da edição da Portaria nº 1.140 em que nela estampava a “posse permanente dos grupos indígenas,” mas que no caso restou configurado o direito da posse dos Índios em face do que pleiteavam como tendo pra elas (entidades) direito líquido e certo, invocando também desrespeito aos “princípios constitucionais do devido processo legal” além da “ampla defesa e do contraditório,” e que não foram identificado as delimitações de terras na FUNAI, em decretos do poder executivo e portaria 14 de 1996 do Ministério da Justiça.

Em virtude da impetração do recurso que trazia em seu bojo o pedido de liminar que fora deferido no sentido de suspender o ato supostamente coativo, houve a concessão da liminar em favor das entidades requerentes até que fosse julgado o mérito da segurança, e teve por consequência a oposição do Agravo regimental promovido pela União, e como relator o Ministro Teori Zavascki que em juízo de retratação revogou a decisão agravada, e autorizou que as demarcações prosseguissem o seu curso. Conforme se verifica da ementa e partes da fundamentação do referido *mandamus*:

MANDADO DE SEGURANÇA. HOMOLOGAÇÃO **DO** PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS **RAPOSA SERRA DO SOL**. IMPRESTABILIDADE **DO** LAUDO ANTROPOLÓGICO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS. DIREITO ADQUIRIDO À POSSE E AO DOMÍNIO DAS TERRAS OCUPADAS IMEMORIALMENTE PELOS IMPETRANTES. COMPETÊNCIA PARA A HOMOLOGAÇÃO. GARANTIA **DO** DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. BOA-FÉ ADMINISTRATIVA. ACESSO À JUSTIÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUALMENTE ESTREITA **DO** MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. A apreciação de questões como o tamanho das fazendas **dos** impetrantes, a data **do** ingresso deles nas terras em causa, a ocupação pelos índios e o laudo antropológico (realizado no bojo **do** processo administrativo de demarcação), tudo isso é próprio das vias ordinárias e de seus amplos espaços probatórios. Mandado de segurança não conhecido, no ponto. Cabe à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (caput **do** artigo 231 da Constituição Federal). Donde competir ao Presidente da República homologar tal demarcação administrativa. A manifestação **do** Conselho de Defesa Nacional não é requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira. Não há que se falar em supressão das garantias **do** contraditório e da ampla defesa se aos impetrantes foi dada a oportunidade de que trata o artigo 9º **do** Decreto 1.775/96 (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Na ausência de ordem judicial a impedir a realização ou execução de atos, a Administração Pública segue no seu dinâmico existir, baseada nas determinações constitucionais e legais. O procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas **Raposa Serra do Sol** não é mais **do** que o proceder conforme a natureza jurídica da Administração Pública, timbrada pelo autoimpulso e pela autoexecutoriedade. Mandado de Segurança parcialmente conhecido para se denegar a segurança (BRASIL, STF, 2009) (grifos no original).

Por conseguinte apresentamos a ementa colacionada pelo Tribunal, enfatizando-se parte do pedido de intervenção de *amicus curiae* nesse remédio constitucional impetrado junto ao Supremo:



MANDADO DE SEGURANÇA - PETIÇÃO INICIAL DESACOMPANHADA **DOS** DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À COMPROVAÇÃO LIMINAR **DOS** FATOS ALEGADOS - INDISPENSABILIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - CONCEITO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - FATOS INCONTROVERSOS E INCONTESTÁVEIS - PRETENDIDA INTERVENÇÃO DE TERCEIRO, NA CONDIÇÃO DE "**AMICUS CURIAE**", NO PROCESSO MANDAMENTAL - INADMISSIBILIDADE - RECURSOS DE AGRAVO IMPROVIDOS. - Refoge, aos estreitos limites da ação mandamental, o exame de fatos despojados da necessária liquidez, não se revelando possível a instauração, no âmbito **do** processo de mandado de segurança, de fase incidental de dilação probatória. Precedentes. - A noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico-processual, ao conceito de situação decorrente de fato incontestável e inequívoco, suscetível de imediata demonstração mediante prova literal pré-constituída. Precedentes. - Não se revela juridicamente possível a invocação da Lei nº 9.868/99 (art. 7º, § 2º) para justificar o ingresso de terceiro interessado, em mandado de segurança, na condição de '*amicus curiae*'. É que a Lei nº 9.868/99 - por referir-se a processos de índole eminentemente objetiva, como o são os processos de controle normativo abstrato (RTJ 113/22 – RTJ 131/1001 - RTJ 136/467 - RTJ 164/506-507, v.g.) - não se aplica aos processos de caráter meramente subjetivo, como o processo mandamental. - Não se revela admissível a intervenção voluntária de terceiro, "*ad coadjuvandum*", na condição de assistente, no processo de mandado de segurança. Doutrina. Precedentes" (MS nº 26.553 AgR-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 16/10/09) (BRASIL,STF,2009). (grifos no original).

Em consonância a esse entendimento se faz necessário algumas considerações relevantes ao mesmo, haja vista, a orientação jurisprudencial no sentido da observância de corresponderem os pedidos de admissibilidades como *amicus curiae*, com a natureza processual abstrata e de índole eminentemente objetiva, e não como a desse caso que se configura o referido mandado de segurança como de um caráter exclusivamente subjetivo.

## 2 – Das possíveis interações do *amicus curiae* com os processos coletivos

Numa perspectiva de maior incidência dos processos de natureza coletiva, e diante da amplitude dos direitos e deveres outorgados pelo Novo Código de Processo Civil de 2015 ao instituto *amicus curiae* e, ainda, tendo como parâmetro os ideais democráticos implícitos na nossa Constituição Federal vigente, e no novo *Codex* Processual Civil, conferindo uma maior inclusão social nas discussões de âmbito coletivo, se verifica uma correspondência da importância do *amicus curiae* inserido numa estreita ligação com os processos coletivos, ainda que estes tragam em seu bojo interesses subjetivos, mas com o crescente entendimento jurisprudencial do STF essas participações de *amicus curiae* nos processos que tenham essa índole “subjetiva,” poderem se revestir de características que os identifique também como de natureza objetiva.

### 2.1 Dos sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil

Antes da análise quanto a possível incidência dos controles de constitucionalidade nos processos coletivos, se faz necessário tecermos breves considerações a respeito dos sistemas de controles de constitucionalidade na via difusa e concentrada e, ainda, mencionarmos alguns dos aspectos relevantes a essas ações, que, como regra, não cabe Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI contra leis anteriores à Constituição da República de 1988, ressalva-se apenas a necessidade de um controle de constitucionalidade ser feito à luz da constituição que vigorava na época em que tais leis foram editadas.

Nesta última hipótese não se poderia julgar uma lei anterior à constituição de 1988 e declara-la inconstitucional tendo como parâmetro esta nova constituição, porque deve ser levado em consideração a presunção da constitucionalidade das leis, e não seria crível imaginarmos que o legislador quisesse elaborar uma lei que em momentos posteriores viesse uma constituição e a declarasse como inconstitucional, portanto, nesses casos o correto e que está pacificado como entendimento tanto jurisprudencial quanto doutrinário é a utilização terminológica da não recepção da lei ou revogação em suas variadas formas de disposições que estiverem em confronto com as normas constitucionais.

Aspectos que se apresentam como relevantes, dizem respeito às normas constitucionais emanadas pelo poder constituinte originário, atos de efeitos concretos, lei já revogada e às leis

municipais e do Distrito Federal de competência municipal, e que neste último caso também não são cabíveis ADI, conforme a súmula 642 do STF. Portanto há que ser levado em consideração uma série de fatores para que se submeta uma lei ou atos normativos emanados pelo poder público aos controles de constitucionalidades.

A fundamentação que se apresenta pertinente a não incidência do controle de constitucionalidade na via concentrada em relação às leis ou atos de competência municipal, reside na quantidade de municípios que temos no território nacional, que estatisticamente e conforme os dados coletados no sítio do IBGE, no ano de 2010 o Brasil constava de 5.565 (cinco mil quinhentos e sessenta e cinco) municípios, e em virtude disto seria inviável que o Supremo apreciasse todas as demandas advindas desses entes municipais (disponível em: [www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br). Acesso em: 23/05/2016).

O controle de constitucionalidade de natureza concentrada originada do direito alemão é o adotado pelo nosso no âmbito das competências das Constituições Federais e Estaduais, principalmente na seara da competência do Supremo que é onde mais são vistas e difundidas as participações dos *amici curiae*.

Na esfera do controle concentrado de competência Federal os legitimados para proporem a Ação Direita de Inconstitucionalidade - ADI e a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC são aqueles elencados nos incisos do art. 103 da nossa Constituição Federal.

Esse controle de constitucionalidade na via concentrada é o que se realiza pelo Supremo Tribunal Federal – STF nas ações de processos de índole objetiva, de forma abstrata em que se discute a lei em tese, e que não se está adstrito à resolução de interesses *inter partes*, mas sim à adequada aplicação da norma ou demais atos emanados do poder público ao texto da nossa Constituição Federal, pois, uma vez que essas leis ou atos emanados pelo poder público estiverem em desacordo com as normas e suas correlações constitucionais podem sofrer seus respectivos controles de constitucionalidades.

Observação importante quanto ao julgamento de uma lei ou ato normativo oriundo do poder público, que se faz necessário tecer algumas considerações, diz respeito à cláusula de reserva de plenário, visto que a mesma estabelece prerrogativas que se apresentam como

exclusivas à apenas o plenário dos tribunais e não às suas turmas, e naqueles tribunais onde existe um contingenciamento maior de magistrados o órgão especial formado por seus respectivos membros poderão por intermédio do voto da maioria, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato emanado pelo poder público, tal previsão é conferida dos termos do art. 97, CF/88 e do que dispõe o parágrafo único do artigo 949 do CPC de 2015 estabelecendo que não podem os órgãos fracionários dos respectivos tribunais submeterem a estes a “arguição de inconstitucionalidade,” quando o Supremo ou esses mesmos tribunais já tiverem se pronunciado sobre a mesma questão.

Ressalta-se, que são nas demandas submetidas ao controle de constitucionalidade na via concentrada, que se verifica uma maior incidência das participações de *amicus curiae* admitidos nesses processos antes do advento do CPC de 2015, e agora neste se compreende um comando normativo outorgando ao *amicus curiae*, poderes que abrange um número maior de instâncias jurídicas, podendo-se pressupor que o mesmo se vinculará a essas ações do controle difuso de constitucionalidade em espectro bem mais amplo.

Para Teori Zavascki a atuação quando objetiva uma efetividade à ordem jurídica impulsionada por um controle abstrato, em ações que não se distingue partes, e nem se constata com exclusividade uma lide no processo (ZAVASCKI,2014). O autor observa o entendimento consolidado pela Suprema Corte no seguinte sentido:

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, nessas ações o que se tem é ‘processo objetivo por ser processo de controle de normas em abstrato, em que não há prestação de jurisdição em conflitos de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas, mas em que há, sim, a prática, por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos poderes constituídos decorrente da aferição da observância, ou não, da Constituição pelos atos normativos deles emanados (ZAVASCKI, 2014, p.51).

Extraí-se dessas explicações a estreita relação em síntese do que exprime a participação dos *amicus curiae*, no ponto em que, tanto os requisitos no aspecto jurídico do processo quanto à parte que interessa objetivamente à sociedade, o instituto e essas ações em que ambos assumem uma repercussão geral, acabam por assumirem uma importância que como já é bastante difundido, vão além dos interesses subjetivo das partes que impulsionaram essas ações, e também por isso carecerem de uma maior fiscalização por parte dos poderes para evitarem lesão à ordem jurídica e zelo pelos preceitos normativos e princípios constitucionais.

alinham ao entendimento de que as participações dos *amici curiae* acabam por representarem um ganho positivo às melhores conclusões, e por conseguinte democráticas, plurais e legítimos proferimentos dos votos, se levadas em consideração inclusive em caráter preliminar o fato dessas informações poderem representar na decisão um alcance de uma repercussão social, ainda que os interesses envolvidos hipoteticamente possa representar à determinados grupos. Em sua tese de mestrado confeccionada no ano de 2008 ela apontou como um de seus dados estatísticos a seguinte constatação:

Todos os casos em que houve o pedido de ingresso de terceiros, esse requerimento foi feito após o julgamento da repercussão geral (em apenas um caso, o RE nº 583.955, o pedido foi feito após o início do julgamento da repercussão geral e antes de sua conclusão). Esses números mostram que o STF aprecia a preliminar sem a ajuda dos *amicus curiae*. Nesse exame preliminar, os *amici curiae* seriam a melhor ferramenta para indicar ao STF se os interesses envolvidos na questão constitucional controvertida ultrapassam o direito subjetivo das partes do processo. Nesse sentido, o *amicus curiae* poderia servir de indício, não apenas da opinião pública, por intermédio dos grupos de interesses que representam, mas, sobretudo, do alcance da decisão a ser. O número de grupos representativos subscrevendo um memorial pode ser um indicativo preciso da opinião pública [...], tomada no julgamento definitivo do recurso, mediante a intervenção dos grupos que seriam afetados pelo julgado (MEDINA, 2008, pp.132-133).

Depreende-se dessas substanciais informações, uma progressiva afirmação da admissibilidade do instituto *amicus curiae* ser visto como imperativo das suas contribuições em etapas anteriores do processo, como é o caso da verificação da repercussão geral, que podem representar um ganho significativo dessas informações prestadas, devendo ser as mesmas apreciadas preliminarmente e isso já poderia, como já dito, representar uma sinalização de como os processos poderiam ser conduzidos, ou seja, se poderia ter uma ideia prévia de informações concernentes ao conteúdo material prestados pelos memoriais e não só em momentos posteriores como tradicionalmente acontece a esse tipo de admissão.

A abordagem feita até aqui procurou demonstrar alguns dos aspectos relevantes do controle de constitucionalidade concentrado, e suas interações com as demandas de índole coletiva, em que se confere mais registros da admissibilidade dos *amici curiae* nos processos, salvo a incidência nos Recursos Extraordinários, mas este não faz parte do “quarteto” das ações originárias de competência privativa do Supremo no âmbito Federal para serem apreciadas. A via do controle de constitucionalidade que é afeta aos Recursos Extraordinários e que nesses, diga se de passagem, há um grande número de registros de participações de *amicus curiae* é o controle de constitucionalidade na via difusa, que a seguir teceremos breves comentários.

No tocante ao sistema de controle de constitucionalidade na via difusa e as implicações que surgem em decorrência dos Recursos Extraordinários, Damares Medina explana de forma bastante elucidativa nas suas considerações, demonstrando a dimensão que a repercussão geral consubstanciada pelo interesse das participações de *amici curiae* se configura do exame valorativo que o julgador atribui a esse interesse no conhecimento do recurso, de modo que, quanto mais demonstrado o interesse de participações que não os das partes em litígio, ou àquelas que originaram o objeto da demanda em que esteja sendo debatido incidentalmente a constitucionalidade da lei ou ato normativo, se faz por evidente uma participação que ganha contornos além do “espectro jurídico,” desaguando num interesse social que ultrapassa o mero interesse de quem impulsionou a demanda (MEDINA,2008). Conforme a autora:

No modelo incidental de controle de constitucionalidade, o *amicus curiae* ingressa, preponderantemente, nos recursos extraordinários com repercussão geral ou cujas decisões teriam repercussão direta ou indireta nos interesses dos grupos por eles representados. Em ambos os casos, o ingresso fica restrito ao exame de mérito, não ocorrendo durante a fase de reconhecimento da repercussão geral. Nesta fase preliminar do recurso o *amicus* pode ser uma eficaz ferramenta para se aferir a existência da repercussão geral, na medida em que seu interesse e sua manifestação podem oferecer ao STF um exato dimensionamento da objetividade da questão constitucional controvertida. Ao demonstrar a amplitude da questão controvertida e seus reflexos para segmentos alheios à relação processual originária, os *amici* podem aumentar sensivelmente as chances de conhecimento do recurso, demonstrando a repercussão geral (MEDINA, 2008, p.180)

Nesse controle de constitucionalidade na via difusa que também pode ser chamado de controle incidental, que é aquele que pode ser suscitado por qualquer pessoa para a discussão de questões de índole subjetiva em um caso concreto, podendo ser analisado por qualquer órgão do poder judiciário, poderão estes mesmos requisitar ou admitir as participações dos *amici curiae* nos processos, desde que em conformidade no que dispõe o art. 138 do CPC de 2015.

Destaca-se, que o incidente visto como inconstitucional de natureza subjetiva pode ser julgado por qualquer juiz em dado momento que estiver sendo questionado em um caso concreto, e nesse caso sendo a lei conclusa como inconstitucional, a mesma não será aplicada ao caso que está sendo julgado, mas isso não quer dizer que a lei será retirada do mundo jurídico, pois essa não é uma das competências de juízes que possam se utilizar do controle de constitucionalidade na sua forma difusa.

Outro dado que se deve observar, diz respeito ao fato da inconstitucionalidade incidir na causa de pedir, pois, a título de exemplo, não se pode utilizar de uma ação civil pública para

pedir que seja reconhecida a inconstitucionalidade de uma norma, porque isso não seria admitido, mas se pretendido como fundamento da causa de pedir a inconstitucionalidade é admitida essa análise de maneira incidental no processo coletivo de natureza comum.

Verifica-se, que essas delimitações impostas pelo poder legiferante e construção jurisprudencial, atende aos limites que as ações devem reconhecer para que não configure como prejudicada a segurança jurídica e também não sobrecarregue o sistema processual.

## 2.2 Das peculiaridades e semelhanças com o *amicus curiae*

O dinamismo dos acontecimentos sociais e suas respectivas mudanças, refletidos juridicamente nesse mundo, tem sentidos que ultrapassam o âmbito de natureza individual, sendo exigida a transposição de fases progressivas no que concerne a aquisição dos respectivos direitos. Posicionamentos vistos como métodos intransigentes são restringidos, cedendo lugar o caráter individualista ou de mera satisfação egoística à racionalidade do sistema jurídico, tendo esses posicionamentos individualizados nos seus limites uma diminuição com a cadeia evolutiva do Direito, prevalecendo o necessário e cada vez mais evidente interesse social.

Apresenta-se como uma das vertentes almejadas pelo Novo Código de Processo Civil, nas ações intentadas no poder judiciário, terem os processos: uma maior celeridade, menos litigiosidade e conseqüentemente figuradas como consensual.

Verificam-se nessas três características, fatores que podem corresponder aos processos de natureza coletiva e também ao instituto do *amicus curiae*, uma vez que, resguardada suas peculiaridades e limitações de ordem jurídica e procedimental, esses institutos acabam por conferir atributos que se assemelham aos dos *amici*, mesmo sabendo que estes não se perfilam a aspectos jurídicos privativamente, mas sim uma estreita ligação com a causa, tendo os mesmos uma maior intimidade com a ação no âmbito objetivo e mais distantes de interesses subjetivos das partes.

Partindo-se desses pressupostos, insurge-se como imperativa de reflexões, a possibilidade de ser submetido às ações coletivas o crivo do controle de constitucionalidade e para isso analisa-se em síntese, esses dois sistemas integrantes do controle de constitucionalidade a saber: Difuso e o Concentrado, traços de suas peculiaridades no nosso ordenamento pátrio e se ambos distanciam do instituto *amicus curiae* ou em que aspectos se

aproximam.

Coadunando de certo modo, nessa esteira interpretativa da verdadeira efetividade das participações dos *amici curiae* nos processos dos mais variados tipos, e que estes se vislumbre muito mais com o ganho patrocinado pelas informações prestadas pelos *amici* ao invés de caracterizar-se como de uma exclusividade aos interesses subjetivos das partes, se extrai nas lições de Cassio Scarpinella Bueno um referencial de tais premissas, visto que:

No seu devido contexto, o *amicus curiae* tem tudo para fazer as vezes de um ‘fiscal da lei’ – e não do fiscal da lei que o direito brasileiro conhece, que é o Ministério Público – em uma sociedade incrivelmente complexa em todos os sentidos; de atuar como se ele fosse o portador dos diversos interesses existentes na sociedade civil e no próprio Estado, colidentes ou não entre si, e que, de alguma forma, tendem a ser atingidos, em graus variáveis, mas que não podem mais ser desconsiderados pelas decisões jurisdicionais. O *amicus curiae* deve ser entendido como um adequado representante destes interesses que existem “fora do processo” mas que são afetados, em alguma medida, pela decisão a ser tomada “no processo”. O *amicus curiae*, neste sentido, atua em juízo em prol destes interesses e é por isso mesmo que sua admissão em juízo depende sempre e em qualquer caso da comprovação de que ele se apresenta no plano material (‘fora do processo’) como um ‘adequado representante’ de tais interesses (BUENO, 2012, p 37).

Em síntese analítica das explanações supra, se pode perceber o perfil evolutivo em que a figura do *amicus curiae* conseguiu amoldar-se, muito embora a linha interpretativa dessa figura seja bastante conturbada, não podemos desconsiderar as contribuições prestadas nas jurisdições de admissibilidade ao instituto e também que há cada vez mais uma crescente identificação dessas participações de maneiras diversificadas, assumindo critérios próprios relativos aos procedimentos e a finalidade em que se apresenta esse instituto que, de forma exemplificativa, não pode ser confundido com as prerrogativas conferidas a uma das nossas instituições democráticas denominada Ministério Público.

O *amicus curiae*, embora se assemelhe a vários outros institutos integrantes do nosso ordenamento jurídico não pode ser confundido integralmente, tampouco utilizados com a finalidade de suprimimento desses mesmos, visto que, a necessidade que justifica a participação do *amicus* nos processos assume peculiaridades que não são próprias de muitos outros institutos, como também a título de exemplo, os procedimentos no processo que devem ser observados pelas partes não são afetos de forma direta aos *amici*.

Portanto, em contraposição ao argumento de Cássio Scarpinella no ponto em que ele sugere poder o *amicus* funcionar como um “fiscal da lei” entende-se pela inadmissibilidade do



*amicus curiae* poder funcionar como um fiscal da lei, pois esta não é uma de suas finalidades.

Questão que se coloca como imperativa de reflexão diz respeito às interações que possam surgir no processo por terceiros estranhos à causa em decorrência dos seus argumentos, pois, “afigura-se, igualmente, difícil a questão sobre se e em que medida outros participantes, singular ou coletivamente considerados ou em grupos, devem ser normativamente constitucionalizados” (HABERLE, 1997, p.55), e nesse caso se percebe o papel importante que deve ter o legislador quando da elaboração das normas numa perspectiva consequencialista.

Nas considerações de Teori Albino Zavascki, “uma verdadeira revolução está se desenvolvendo dentro do processo civil” apontando um foco em que as preocupações se centralizavam “especificamente nos interesses difusos” sendo certo que “a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção” dos interesses em questão, uma vez que, segundo CAPPELLTTI e GARTH *apud* ZAVASCKI:

O processo era visto como um assunto entre as partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencem a uma grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares (ZAVASCKI, 2014, p 28).

A evolução no aspecto de se poder verificar os direitos que estavam em discussão nesses casos anteriores, afetando não só as “partes envolvidas” mas a um contingenciamento maior de indivíduos a depender da natureza jurídica do objeto material da demanda, e poder também atingir outros fora da relação jurídica, é demonstrado em síntese nessa explanação anterior essas possibilidades.

Em complemento a essas observações, há um alerta no seguinte sentido: se em um processo coletivo comum estiver no pedido a declaração de inconstitucionalidade isto é inviável, devendo estar inserido, portanto, na causa de pedir, isto porque a deflagração de um pedido com a finalidade do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo no âmbito federal só pode ser feito pelos legitimados do art. 103 da Constituição Federal, ao passo que na via difusa é indistinta tal legitimação.

Para melhores esclarecimentos e adentrarmos no cerne da discussão do objeto proposto a este capítulo transcrevemos o trecho abaixo de Teori Albino Zavascki:

Reafirma-se, do exposto, que não se pode confundir sentença genérica com sentença sobre a lei em tese. Também as sentenças genéricas produzidas no âmbito das ações civis coletivas para tutelar direitos individuais homogêneos fazem juízo de certeza, ainda que parcial, sobre relações jurídicas concretas, nascidas de específicas situações de fato. A norma jurídica, portanto, é apenas fundamento para a decisão, nunca seu objeto. O exame da validade ou do conteúdo do preceito normativo serve como elemento para o juízo de declaração a respeito da existência ou inexistência da relação jurídica, ou seja, dos efeitos que a sua incidência, sobre o suporte fático, produziu no mundo jurídico (ZAVASCKI, 2014, p. 230).

Extraí-se dessa passagem, eventuais confusões que podem surgir quando da interpretação das decisões proferidas pelos órgãos julgadores do poder judiciário, e a importância da diferenciação que o desdobramento do caso que se discute culmina, uma vez que a verificação sobre a inconstitucionalidade de uma lei é tomada de empréstimo de um caso concreto, mas não necessariamente a uma satisfação decisiva, haja vista não está vinculada objetivamente a uma das partes ou a um grupo que a deflagrou, a título de exemplo tem-se a ação coletiva.

Insurgiram-se como precursores a essa tendência participativa de interesses que representam o de grande parte ou parcela da sociedade, as seguintes ações: a) Ações Civis Públicas, b) Ações Populares, c) Mandado de Segurança Coletivo, vislumbrando-se com isso uma progressiva adequação dos anseios da sociedade de participar cada vez mais dos assuntos que traduzem em grande parte os seus interesses revestidos por uma repercussão geral, que é uma das características dessas ações, e esse ideal se assemelha, de certo modo, ao que justifica a interferência do instituto do *amicus curiae* nos mais diversos tipos de processos e podendo se fazer presente nos mais variados tipos de ações.

Não elencamos de forma exaustiva os mais variados tipos de ações que poderiam aqui ser comentadas, mas elegemos essas que fazem parte do subsistema dos processos coletivos para em síntese tecermos breves considerações:

a) Da Ação Civil Pública: Essa modalidade de ação que em decorrência de sua instituição surgiram outras derivações, é conceitualizada por Teori Zavascki nos seguintes e introdutórios termos:

Ação civil pública é a denominação atribuída pela Lei 7.347, de 1985, ao procedimento especial, por ela instituído, destinado a promover a tutela de direitos e interesses transindividuais. Compõe-se de um conjunto de mecanismos destinados a instrumentar demandas preventivas, reparatorias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos, nomeadamente ‘as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais’ causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos e valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica e à economia popular e a outros direitos ou interesses difusos e coletivos (art.1º) (ZAVASCKI,2014,p.53).

Importante frisar a observação que faz o autor se referindo às terminologias atribuídas pelo Código de Defesa do Consumidor, no disposto em seu art. 91 e sua respectiva rubrica, nos quais se referenciam aos termos “ação coletiva” e “ação civil coletiva”, sendo que, essas denominações não são tratadas pelo “legislador” nem pela “jurisprudência” que as tratam dentro da generalidade terminológica “ação civil pública” conforme elucida o autor, conferindo que “todavia, essa distinção terminológica, é bom reiterar, não constitui exigência científica. Sua importância é apenas prática e didática, e somente por isso a adotamos” (ZAVASCKI,2014,p.55).

Talvez já sinalizando a efetiva similitude dos processos coletivos e seus subsistemas com o instituto do *amicus curiae*, bem como às suas abrangências sob vários aspectos, se faz por relevante observarmos as explanações conferidas por Gilmar Mendes enfatizando de certo modo que:

Diante dos múltiplos aspectos que envolvem a própria argumentação relacionada com os fundamentos da inconstitucionalidade, sustentamos a razoabilidade, se não a obrigatoriedade, de que se reconhecesse a todos aqueles que participam de demandas semelhantes no âmbito do primeiro grau, o direito de participação no julgamento a ser levado a efeito pelo Pleno ou pelo órgão especial do Tribunal. Idêntica participação deveria ser deferida ao Ministério Público e à pessoa jurídica de direito público responsável pela edição do ato normativo (MENDES, 2014, pp. 1095,1096).

É constatável que há uma evolutiva e crescente participação, ainda que “tímida” da sociedade nos processos em que estejam em voga interesses ou direitos de natureza coletiva em vários aspectos como os homogêneos, transindividuais, transindividuais homogêneos, direitos esses que se configuram quando dentro de uma participação coletiva, numa órbita democrática e isso se configura também como uma tendência que pode ser vista como um grande ganho para as partes envolvidas, caracterizando com isso uma das principais vertentes pretendidas pelo CPC de 2015 que é a celeridade, observância do princípio da isonomia e segurança jurídica.

b) Ação Popular: Seguindo as explanações dos subsistemas dos processos coletivos, abordaremos agora alguns breves aspectos da Ação Popular que nas lições de Teori Zavascki intitulado-as como sendo uma “evolução legislativa”, nos apresenta traços de sua “origem” colacionando que “a ação popular entrou em nosso constitucionalismo pela carta política de 1934, nele se mantendo até hoje, como um único intervalo, na vigência da Carta de 1937, outorgada pelo Estado Novo” (ZAVASCKI,2014,p.76).

Em continuidade aos aspectos da Ação Popular o autor observa as estruturas da respectiva ação, confirmando terem elas se mantido “praticamente inalteradas” em “duas de suas linhas estruturais” quais sejam: “legitimidade ativa (invariavelmente atribuída a ‘qualquer cidadão’) e da finalidade (de ‘pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos’ ao patrimônio público) (ZAVASCKI,2014,p.76).

Verifica-se no tocante à preservação dessas duas linhas estruturais da Ação Popular ter tido a mesma “força” da manutenção de aspectos que não são comuns quando tais leis são acometidas por Estados figurados pelo autoritarismo, como ficou demonstrado no período anteriormente ilustrado pelo autor.

c) Do Mandado de Segurança Coletivo: Espécie que se distingue em alguns aspectos do Mandado de Segurança Individual insculpido no inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal – CF, em que aquele se encontra fundamentado no inciso LXX do art. 5º da CF, prevendo o mesmo poder ser impetrado por: “partido político com representação no congresso nacional”, também por “organização sindical” e “entidade de classe” ou associação que tenha suas constituições legais e que estejam em “funcionamento há pelo menos um ano”, exclusivamente em “defesa dos interesses de seus membros ou associados”. Tem-se, para tanto que o Mandado de Segurança Coletivo se presta a tutelar direitos de uma coletividade, ao passo que o Mandado de Segurança “tradicional” ou o mais “usual”, serve para a tutela de direitos individuais. Conforme Teori Zavascki:

Aparentemente, a única grande diferença entre um e outro, sob o aspecto de sua disciplina constitucional, reside na legitimidade ativa, que no mandado de segurança individual é pelo regime tradicional de representação, em estrita observância do princípio consagrado no art. 6º do CPC (‘ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei’), e que no mandado de segurança coletivo é pelo regime de substituição processual (= o impetrante está legitimado a tutelar, em nome próprio, direito de terceiro) (ZAVASCKI,2014,p.191).

Diante dessas breves considerações que podem ser estendidas ao instituto *amicus curiae*, no tocante ao aspecto democrático vislumbrado pela pluralidade do fornecimento de informações, e à rápida resolução ou condensação dos processos em decorrência dessas

atuações coletivas, podendo-se também perceber uma abertura do Estado para a sociedade poder participar nos processos sem a restrição imperativa que era plenamente verificada em momentos anteriores, visto que, essas participações eram tidas de forma mitigadas e sem muitos incentivos normativos, como a título de exemplo o *amicus curiae* que agora é que teve uma referência em termos terminológicos, diferenciando-se da denominação do instituto como costumeiramente o identificamos (intervenção de terceiros), que é forma genérica que serve para definir os intervenientes que não fizeram parte da relação processual quando foi deflagrada a demanda.

Nessa trajetória ampliativa da tendente conferência e incentivos para se vir cada vez mais uma pluralidade de interessados nos processos, e consequentemente isso se traduza em além da celeridade, uma mais justa decisão dos julgadores sem causar lesão a dispositivos legais ou afronta às garantias constitucionais, trazemos passagens do texto de José Joaquim Calmon de Passos em que o mesmo colaciona que:

Acredito estejamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os **limites da tutela dos direitos individuais**, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o **indivíduo e as coletividades** não só do agir 'contra legem' do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade (CABRAL, *apud* PASSOS, p.113). (grifos no original).

Nessa esteira de uma definição estrutural e legitimadora aos processos de natureza coletiva, se tem as considerações de Teori Zavascki, nas quais o mesmo elenca de forma bastante elucidativa institutos integrantes no nosso ordenamento jurídico que representam uma das evoluções no direito pátrio, e que também se insere o instituto do *amicus curiae*, sobretudo no que diz respeito de sua abrangência plural, e aos seus preceitos democráticos. Conforme o autor:

Com o advento da constituição de 1988, ficou expressamente consagrada, com a marca da estatura superior, a tutela material de diversos direitos com natureza transindividual, como o direito ao meio ambiente sadio (art. 225), à manutenção do patrimônio cultural (art. 216), à preservação da probidade administrativa (art. 37, § 4º) e à proteção do consumidor (art. 5º, XXXII). A Carta Magna também elevou à estrutura constitucional os instrumentos para a tutela processual desses novos direitos. Foi alargado o âmbito da ação popular (art. 5º, LXXIII), que passou a ter por objeto explícito um significativo rol de direitos transindividuais (moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural) e conferiu-se legitimação ao Ministério Público para promover inquérito civil e ação civil pública destinados a tutelar qualquer espécie de direitos e interesses difusos e coletivos (art. 129, III) (ZAVASCKI, 2014, p. 31).

Trata-se, portanto, da correspondência evolutiva e do grau de importância que se assemelham o instituto do *amicus curiae* com os processos coletivos, que na linha do tempo atingiram um patamar de expressividade que não tinha tanta notoriedade em princípio, pelo menos nos moldes de compreensão atual, donde se percebe uma estreita correspondência quanto à eficácia desses institutos com os preceitos constitucionalmente idealizados pelo autor alemão Peter Haberle, primando-o por “uma sociedade aberta” com vistas a uma maior e melhor “pluralidade de participações” nos processos (HABERLE, 1997).

### 2.3 Das definições do *amicus curiae*

Em que pese o *amicus curiae* no Brasil ter registros de uma considerável data das suas primeiras participações, como as expostas no início desta pesquisa, e disso a percepção de uma evolução quanto as suas interferências nos processos, não se tem com a mesma precisão de identificação a uma definição jurídica para o instituto, haja vista as variações interpretativas para denomina-lo, sendo as vezes chamado de um “terceiro interveniente”, “participação de terceiros”, “terceiro especial”, “amigo da corte”, “intervenção de terceiros”, “terceiro qualificado” e “figura anômala”.

A essas controvérsias interpretativas de definições terminológica do *amicus curiae*, pretende-se verificar se ao longo da utilização do instituto com essa inovadora “estrutura normativa” outorgada pelo NCPC, o instituto tenha assumido uma identidade mais precisa e difundida quanto a sua identidade terminológica própria.

Muito embora o *amicus curiae* tenha características próprias que o identifique, não ficam distanciadas as confusões com outras figuras como a do perito e da intervenção de terceiro processualmente descrito, mas o fato é que o *amicus curiae* assume peculiaridades que lhes são exclusivas, como a título exemplificativo: os limites das intervenções e os efeitos das decisões que não tem como objetivo atender os interesses dos *amici curiae*, uma vez que fora analisado pelo Tribunal exclusivamente a lei ou ato normativo deflagrado por outras partes e

não pelo *amicus curiae*.

Nesse sentido se tem as explanações de Alexandre de Moraes:

É incompatível com a finalidade da presença do *amicus curiae* no controle concentrado a formulação de pedido ou mesmo o aditamento de pedido formulado anteriormente pelo autor, pois como salientado pelo Supremo Tribunal Federal, ‘não obstante o relevo da participação do *amicus curiae*, como terceiro interveniente, no processo de fiscalização normativa abstrata, ele não disporia de poderes processuais que, inerentes às partes, viabilizassem o exercício de determinadas prerrogativas que se mostrassem unicamente acessíveis a elas, como o poder que assiste, ao arguente, de delimitar o objeto da demanda por ele instaurada’. Também não será possível a interposição de recursos, inclusive embargos de declaração ou impugnações, salvo, conforme já salientado, a recorribilidade da decisão que houver denegado seu pedido de admissão no processo (MORAES, 2014, p. 773).

Reiterando, tem-se que as participações dos *amici curiae* tem expressiva verificação em vários julgados ocorridos por nossos Tribunais e bastantes remissões conferidas ao instituto, o mesmo ainda não se vislumbra com uma identificação própria, capaz de ser conferido com precisão sem que hajam maiores controvérsias por nossos doutrinadores, sem ser confundido como: uma “intervenção de terceiros” (própria do direito processual civil brasileiro), assistente, perito, bem como outras definições terminológicas adotada por parcela da doutrina e jurisprudência, e se tem como representação doutrinária nesse sentido, a adesão do autor Cassio Scarpinella Bueno, definindo essa participação como sendo “intervenção *anômala* de terceiros” (BUENO, 2012, p. 42).

Para Scarpinella que explana na parte do trecho que segue, não ter as interpretações que se façam sobre a natureza jurídica do *amicus curiae* uma correspondência direta no sentido de uma objetividade de uma configuração como parte no processo, de modo que, essas participações estão submetidas a um juízo de valor “institucional” ultrapassando a esfera de interesses subjetivos das partes envolvidas e figurando as participações dos *amici curiae* num interesse que assume um caráter eminentemente democrático, e nada disso se confundindo com a natureza jurídica das partes legalmente constituídas. Conforme o autor:

A afirmação de que o *amicus curiae* é um terceiro, contudo, não o torna, ao contrário do que se lê em boa parte da doutrina que se manifestou sobre o assunto, um “assistente”, nem, tampouco, um “assistente *sui generis*”. É que a razão pela qual o *amicus curiae* intervém em um dado processo alheio não guarda nenhuma relação com o que motiva e justifica, perante a lei processual civil, o ingresso do assistente, seja na forma simples, seja na litisconsorcial. Também não guarda nenhuma relação com as demais modalidades de intervenção de terceiros conhecidas pelo direito brasileiro. O que enseja a intervenção desse “terceiro” no processo é a circunstância de ser ele, desde o plano material, legítimo portador de um “interesse institucional”, assim entendido aquele interesse que ultrapassa a esfera jurídica de um indivíduo e que, por isso mesmo, é um interesse metaindividual, típico de uma sociedade pluralista e democrática, que é titularizado por grupos ou por segmentos sociais mais ou menos bem definidos (BUENO, 2011, p.115)

Como visto as prerrogativas que cabem ao terceiro interveniente legalmente constituído inclusive pelas descrições normativas do Código de Processo Civil, não se confunde à admissibilidade conferida ao *amicus curiae* poder participar do processo.

Já com relação ao perito, este tem características exclusivas que não pode ser confundido com outras áreas, pois o mesmo em regra, deriva da identificação de uma categoria profissional que tem como objetivo a análise de questões que estejam intimamente ligadas a uma área de atuação previamente constituída, ao passo que o *amicus curiae* não decorre de uma predisposição em ser “amigo da corte” o mesmo se faz presente ao processo de maneira incidental, podendo ser vários tipos de pessoas: “naturais” ou “jurídicas”, e como exemplo a União na categoria das pessoas jurídicas, porém não seria crível concebê-la como um perito.

Diante do exposto, se levado em consideração os pressupostos que legitimam as ações de cunho coletivo, poderíamos concluir que tanto elas como o instituto *amicus curiae*, ambos guardam uma estreita relação com os princípios democráticos de direito preconizados por nossa Carta Magna, evolução das suas participações nos mais diversos procedimentos no processo, crescente permeabilidade nos controles de constitucionalidade na via concentrada tanto quanto na via difusa, o que nos permite, inclusive fazer prognósticos sobre uma maior inteireza desse instituto *amicus curiae* nos mais variados tipos de demandas e com os sistemas de controles de constitucionalidades, elevando ainda mais os preceitos de uma idealização pluralista de participações na busca de direitos consubstanciados por uma tutela em abrangência coletiva.

#### 2.4 O *amicus curiae* sob a perspectiva da redução de custos nos processos

Numa perspectiva da redução de custos, em termos gerais, incluindo nestes a interação do instituto com os processos coletivos, pode-se deduzir pelo menos em tese, que o *amicus curiae* representa ao Estado, em regra, um custo ínfimo ou até mesmo “zero” em comparação a outras figuras que podem também participar ocasionalmente na demanda, e que os custos expressamente se fazem presentes às suas atuações de formas imprescindíveis.



Importante frisar, que não se tem a participação dos *amici* nos processos como condição *sine qua non* de uma percepção financeira direta do poder judiciário, mas sim dos reflexos que a decisão afetará os interesses dos participantes como *amici*, sendo esses interesses das mais diversificadas formas, sendo estas em sua maioria econômica.

Seria de tudo ingênuo pensar que o *amicus curiae* participa nas demandas, em sua maioria, sem interesses econômicos e com vistas exclusivamente a uma boa administração da justiça, ética, valores e preservação dos princípios, mas é fato que suas colaborações nos processos acabam por agregar informações úteis na formulação do juízo decisório dos julgadores, ou seja, é o tribunal admitindo que não sabe de tudo e se abre à sociedade para que esta participe do processo na qualidade de informante para uma consequente plural, democrática e mais justa decisão. Pelo menos esse é o ideário que legitima a necessidade da participação do *amicus curiae*.

Destaca-se, que as participações dos *amici curiae* nos processos não são de todas defendidas com unanimidade pela doutrina. Conforme se verifica em partes da obra de Saul Tourinho Leal referenciando-se ao juiz estadunidense Richard Posner:

Richard Posner, da Universidade de Chicago, que também é juiz federal, chega a defender a abolição do *amicus curiae*. Expõe que os *amici curiae* muitas vezes se limitam a reiterar argumentos já apresentados, não colaborando com novas informações. Posner justifica sua posição com um argumento conhecido: o aumento dos custos (LEAL, 2014, p. 275).

Como se constata do entendimento de Posner, o mesmo não se vislumbra como simpatizante das participações dos *amici*, mas deve-se levar em consideração que esses argumentos são referentes a uma outra realidade, que não a nossa, pois, embora o *amicus curiae* esteja submetido a uma definição de caráter universal das suas interações nos processos, há de ser levado em consideração as peculiaridades jurídicas de cada País, e os procedimentos de admissibilidades dos *amici* que podem diferenciar nos ordenamentos jurídicos que os admitem.

Retomando a abordagem acerca dos custos financeiros que podem representar as participações dos *amici curiae* para o Estado, observa-se que não são todas as participações de peritos ou outras modalidades de profissionais ou colaboradores com a justiça, que podem representar um custo diretamente ao Estado, visto que também há de ser levado em consideração as hipóteses em que não cabe ao Estado a percepção de uma contraprestação financeira a esses profissionais, mas sim à parte sucumbente.

De maneira conclusiva a este subtítulo e ao capítulo exposto, tem-se, que as participações dos *amici curiae* não representa diretamente ao Estado um custo financeiro em

que o mesmo tenha que perceber aos *amici* na demanda, se levado em consideração que o papel do *amicus* se resume na prestação da informação, desvinculada de uma contraprestação financeira do poder judiciário.

A interação dos *amici* de forma complementar nos mais variados tipos de processos que os admitam, tem como intuito agregar ainda mais informações para o desenvolvimento e mais célere juízo decisório dos julgadores, em decorrência de informações qualificadas por representatividades adequadas, e ensejam como resultado a ocorrência da preservação e efetividade dos preceitos democráticos implícitos e explícitos no nosso sistema processual e na nossa Constituição Federal.

### 3 - Panorama dos dispositivos jurídicos referentes ao *amicus curiae*

Neste capítulo estabelecemos como um dos parâmetros para a análise do objeto em comento, as inovações insculpidas no art. 138 e §§ do CPC de 2015, no qual em sua “parte geral” deste novo código recebeu a rubrica de “*amicus curiae*,” dentro do título da “intervenção de terceiros” no capítulo da “assistência”. E como já dito, se tem a pretensão de identificar fatores que se configurem como relevantes e dignos de uma apreciação positiva da evolução do instituto *amicus curiae*, tendo como paradigma a inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil (Lei n.13.105 de 2015).

#### 3.1 Dos aspectos estruturais do *amicus curiae* no CPC de 2015

Dentro dessa inovação inserida no novo dispositivo está o alcance conferido ao instituto *amicus curiae* podendo o mesmo participar em todas as instâncias do poder judiciário, desde que no tocante a isso, seja necessário e atenda aos critérios de admissibilidade para essa “intervenção” e também sejam pretendidos por juízes ou relatores.

Convém destacar que o *amicus curiae* visto como uma espécie da qual a intervenção de terceiros é o gênero dentro do novo diploma legal, há peculiaridades correspondentes a esse instituto que não se ampliam aos outros, como exemplo os efeitos decorrentes da relação jurídica quando uma das partes deixarem de observar determinado ato no processo, não afeta diretamente a essa modalidade de “intervenção de terceiros”, por óbvio, visto que o mesmo não faz parte dessa relação como parte litigante, mas sim de colaborador com informações técnicas e pluralização do debate.

Transferindo essa observação acima exposta, de forma alusiva ao que é interpretado pelo autor alemão Peter Habele, temos que “a questão da legitimação coloca-se para todos aqueles que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de interprete da constituição” (HABERLE, 1997, p.29).

Nesse trecho o autor demonstra não ter que haver confusão ou usurpação de competências, tampouco a deslegitimação do julgador competente para o papel decisório, visto que “competências formais têm apenas aqueles órgãos que estão vinculados à Constituição e que atuam de acordo como um procedimento pré-estabelecido” (HABERLE, 1997), e cujo procedimento esteja baseado em critérios normativos de legitimação processual ou constitucional.

Embora já tenham ocorrido bastantes controvérsias quanto à natureza jurídica do *amicus curiae* e necessidade das suas participações, o instituto já se fez presente em diversas ocasiões de julgamentos na Suprema Corte brasileira e em virtude disso o mesmo acabou por

assumir uma identidade que é ilustrada, além de outros aspectos, na norma dispositiva e inovadora prevista no art. 138 do novo CPC de 2015.

Na doutrina brasileira pode-se encontrar os mais variados tipos de interpretações relativas ao *amicus curiae*, alguns poucos contrários, mas nitidamente um contingenciamento de doutrinadores e juristas como favoráveis à essas participações dos *amici*, como essas explicações produzidas por Fredie Didier Jr, demonstrando a importância do instituto para o processo-jurídico democrático brasileiro.

Define Fredie Didier Jr, o *amicus curiae* como “um auxiliar do juízo” e que deriva desse auxílio a “finalidade” do aprimoramento das “decisões proferidas pelo poder judiciário” e acrescenta o mesmo, em consonância com o que se debate aqui, o fato “que o magistrado não detêm”, apesar dos “necessários e suficientes” conhecimento para a devida “melhor e mais adequada” e ainda mais justa “tutela jurisdicional,” nas demandas submetidas às suas apreciações e que dependendo da natureza jurídica dessas demandas, ou de suas matérias em discussão, poderá afetar a sociedade em um nível de uma repercussão geral (DIDIER Jr.,2003).

Em síntese, poderíamos classificar esses fragmentos das lições de Didier Jr. Como imperativa de uma definição precisa do ideário pretendido ao instituto, e que de certo modo já se teve como experimentado na prática nos julgamentos, principalmente os realizados em nossa Suprema Corte, e ainda se considerarmos as diversas definições relevantes ao poder contributivo advindos pelas prestações qualitativas das participações dos *amici* ao longo da sua trajetória no direito pátrio, reconhecido por nossos juristas e doutrinadores, bem como, coincide com as interpretações de muitos autores como a exegese de Konrad Hesse no parágrafo seguinte.

Considera-se como imperativa as proposições de Konrad Hesse no tocante ao cuidado que as decisões devam ter, velando-as pela observância de técnicas racionais que não sedem a um mero juízo metafísico, e a estreita relação que a interpretação que objetiva uma decisão deva ter com as previsões constitucionalmente estabelecidas, e estejam competencialmente subordinadas a um controle que se insere numa esfera de previsibilidade revestida por um caráter consequencialista, objetivando uma “interpretação” que chegue a um “resultado constitucionalmente correto” e que seja “através de um procedimento racional e controlável” e que esses fundamentos se configurem como um “resultado de modo igualmente racional e controlável”, decorrendo disto uma “certeza e previsibilidade jurídica” e não a constatação de meras e simples decisões, sem a devida atenção a que as mesmas devam ser submetidas

(HESSE,2009).

Observa-se, portanto que em decorrência das proposições confeccionadas por muitos doutrinadores e a jurisprudência, ainda que indiretamente para este juízo de compreensão, acabam por estatuírem numa estruturação de amplitudes relevantes ao *amicus curiae* nos moldes que se apresenta hoje, numa configuração forjada nesses conceitos, além da contributiva participação da jurisprudência pátria, que terminam por atribuírem ao instituto um caráter eminentemente democrático.

Referindo-se em termos pertinentes à democracia decorrente de intervenções, vale frisar que uma das atribuições do *amicus curiae*, no qual cabe ao mesmo o direito de fazer sustentações orais, tal atribuição não tinha contornos tão ampliativos como o verificado agora, haja vista o posicionamento anterior do STF no sentido da inadmissibilidade do *amicus curiae* sustentar oralmente seus memoriais, como o demonstrado nos trechos da obra de Alexandre de Moraes mencionando que “Inicialmente, o STF, por maioria de votos, decidiu pela impossibilidade de sustentação oral do *amicus curiae*, que deveria, sempre, manifestar-se por escrito, sob pena de inviabilização dos trabalhos da Corte” (MORAES, 2014, p. 772).

Em regra, antes da previsão normativa estabelecida do Novo Código de Processo Civil de 2015, eram que as orientações para requerer ser admitido nos processos como *amicus curiae*, seria a previsão genérica legiferante dos comandos insculpidos no artigo 7º, § 2º da Lei nº 9.868 de 1999 que regulamentam as Ações Direta de Inconstitucionalidade – ADI e as Ações Declaratória de Constitucionalidade - ADC.

Para as Arguições de Preceitos Fundamentais – ADPF a disposição prevista na Lei nº 9.882 de 1999 em atendimento ao que estabelece os termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal, por intermédio do seu § 1º, art. 6º, dispõe sobre os critérios e as hipóteses de admissibilidade e quando as mesmas em âmbito nacional a competência ser do Supremo Tribunal Federal.

Já se verifica uma ampliação em caráter “evolutivo” correspondente ao instituto *amicus curiae* do disposto no art. 138 do CPC de 2015, conferindo a “oposição de embargos de declaração” prevista no seu § 1º e a hipótese da recorribilidade do § 3º, no caso “da decisão que julgar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” - IRDR. Vale lembrar que esta última possibilidade é verificável como uma das inovações, conferindo ao *amicus curiae* uma maior extensão de legitimidade nos processos.

Passa-se, portanto a análise desses diplomas normativos, bem como, suas respectivas normas regulamentadoras, intuídos pela verificação das peculiaridades e semelhanças dos

conceitos advindos pela doutrina e jurisprudência até a inovação relativa ao instituto *amicus curiae*.

### 3.2 Dos dispositivos legais do *amicus curiae*

Nos termos do art. 7º da Lei nº 9.868 de 1999 há previsão quanto à inadmissibilidade de um terceiro como interveniente nas ações de inconstitucionalidade nos processos que julgarem a lei ou atos emanados pelo poder público.

Pensar-se-ia fosse levado em consideração o sentido literal da descrição normativa tipificada no *caput* desse artigo, que não seria possível a participação de *amicus curiae* nos processos dessa natureza, mas isso seria uma eventual discussão ultrapassada, uma vez que já se admitem *amici curiae* nessas ações regulamentadas pelas suas respectivas leis de regências, desde um razoável prazo de tempo.

A exceção insculpida no § 2º do referido artigo dispõe que cabe ao poder discricionário do relator do processo, que em virtude de uma avaliação subjetiva do mesmo e dentro de uma previsibilidade de admissão que pode ser a dos *amici*, levando em consideração “a relevância da matéria” e a uma adequada “representatividade dos postulantes”, o relator poderá admiti-los, dentro da fixação de um prazo, e este também se reveste às vezes de uma subjetividade por parte da autoridade competente em admiti-los.

Vale lembrar que o termo “*amici*” aqui é relativo à forma plural do *amicus curiae*, não é descrito nesses termos na forma descritiva do referido parágrafo, fizemos aqui uma referência pelo fato de ser hoje em dia (antes do advento do CPC de 2015), esse dispositivo que mais direcionava à uma orientação do instituto inserido na previsão genérica “manifestação de outros órgãos ou entidades” quando, principalmente, se julgam as ADI’s e as ADC’s que pertencem ao âmbito do controle de constitucionalidade na via concentrada.

Verifica-se que o legislador teve o cuidado de não permitir que terceiros não pertencentes à relação com a causa em litígio, participassem como partes na relação jurídica no âmbito subjetivo, mas esse “terceiro” descrito aqui não se refere ao *amicus curiae* propriamente dito, e sim a figura contextualizada como um terceiro interveniente do processo civil que tem características próprias e um regulamento específico.

Dando continuidade aos termos do dispositivo, atribuiu a lei, ao relator a discricionariedade dessa admissão em caráter geral, uma vez que as partes litigantes que deram origem ao processo, e este se ver com um incidente inconstitucional, sendo essa uma das hipóteses para que esses incidentes cheguem até a Suprema Corte, essas “partes” na órbita de intenção geral de atendimento da decisão, elas se tornam irrelevantes para o Supremo, e tem a

Corte, toda sua atenção voltada para resolução daquilo que esteja trazendo alguma implicação ao corpo do ordenamento jurídico ou preceitos, normas ou princípios Constitucionais.

Embora se perceba que a expressão em latim do termo *amicus curiae* tenha ganhado maior relevância com o advento do CPC de 2015, posto que, nos outros diplomas de índole *erga omnes* a esse instituto era submetido à interpretações genéricas para sua admissibilidade. Encontra-se na Resolução nº 390, de 17 de setembro de 2004 a utilização descritiva da terminologia no art. 23 da referida Resolução prescrevendo que “as partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral” e no seu § 1º “o mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe [...] na função de *amicus curiae*, cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral”.

Nota-se que houve uma adequada aplicação do princípio da simetria, pois foram reproduzidos alguns termos de referência genérica da Lei n. 9.868 de 1999 que antes era a principal fundamentação para as modalidades de participações dos *amici*, mas se verifica que a previsão insculpida no dispositivo acima é direcionada a uma jurisdição específica, não se apresentando com o alcance vislumbrado pela inovação trazida pelo NPC de 2015 em seu art. 138, que amplia chegando inclusive aos órgãos de primeira instância do poder judiciário e confere maiores prerrogativas ao instituto, podendo o mesmo recorrer do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

### 3.3 Da descrição normativa do art. 138 no CPC de 2015

Trata-se neste subtítulo de maneira bastante sintética, da análise da previsão normativa expressa no Novo Código de Processo Civil de 2015, no qual em seu art. 138 traz a previsão de que além do relator que já era descrito no art. 7º da Lei n. 9.868 de 1999, poderão também os juízes, levando-se em consideração que a matéria se traduza como relevante, o tema se configure como específico do “objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia” admitir *amicus curiae*.

Nota-se que não é por qualquer motivo que os juízes ou relatores admitem essa modalidade de terceiros interessados, devendo esses interesses ter que ser demonstrado de maneira inequívoca às determinações que são subentendidas no dispositivo.

Por conseguinte a norma insculpida no art. 138 do CPC de 2015 adverte sobre a irrecorribilidade da decisão, mas o fato é que essa previsão sofre uma determinada mitigação, de acordo com a leitura que se faz do § 3º desse mesmo artigo.

O rol não é exaustivo quanto aos legitimados que devem ser: “pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade” devendo esta última ser “especializada”, ou seja, que esta especialidade coadune com o objeto da demanda ou da controvérsia, além disso, que esses legitimados se façam representarem adequadamente e não de forma indistinta. Conforme o art. 138 do CPC de 2015:

O juiz ou o relator considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (BRASIL, Lei 13.105 de março de 2015).

Dado relevante que pode trazer benefícios para uma melhor decisão dos magistrados e que já veio a ser reconhecido pela Justiça do Trabalho, diz respeito ao art. 138 e parágrafos do NCPC, que trata da figura do *amicus curiae*, podendo os mesmos servir de elementos consubstanciais a decisões inclusive no âmbito das tutelas provisórias, haja vista o CPC de 2015 ter conferido uma abrangência ao instituto do *amicus curiae* que antes, quando tinha como sua principal regulamentação o § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868 de 1999, era visto como quase de uma exclusividade às ações do controle de constitucionalidade na via concentrada ajuizadas originariamente junto ao Supremo Tribunal Federal – STF, e quase que imperceptíveis nas do



controle de constitucionalidade na esfera difusa, e neste âmbito quase que só nos Recursos Extraordinários.

O ora exposto coaduna com o entendimento disposto no art. 3º, inciso II da Instrução Normativa nº 39 de 2016 elaborada pelo pleno do TST, em que poderá se concluir sobre a possibilidade do julgador, agora dentro de qualquer esfera do poder judiciário, contar com a colaboração de um *expert* no esclarecimento de questões técnicas quando essas mesmas puderem transcender o âmbito de conhecimento do mesmo, podendo sinalizar formas dele chegar a uma conclusão de que aquela decisão que está sendo tomada tenha consonância com os preceitos e princípios democráticos e assumindo um caráter pluralista quando houver necessidade dessa modalidade de intervenção.

Analisando o mesmo dispositivo há a constatação de um alcance maior concedido ao instituto do *amicus curiae* na sua forma estrutural e para melhor ilustração elencamos nos itens que se segue:

a) Antes da edição desse novo código, a discricionariedade de requerer ou admitir o ingresso do *amicus curiae* se restringia ao relator.

Uma das principais modificações encontradas no novo dispositivo que trata da figura do *amicus curiae* (art. 138 do CPC de 2015), diz respeito ao alcance que os juízes de uma maneira geral acabam por serem legitimados para requererem conforme lhes convenham, seja adequado e representem necessidade para o esclarecimento de questões complexas, uma vez que poderão de forma bem mais ampla se valer desse instituto que antes era visto como quase de uma exclusividade dos processos juntos ao STF e da discricionariedade dos relatores.

Os pedidos de ingressos como *amicus curiae*, também poderão ser feitos nessas instâncias que agora se vislumbram em pé de igualdade com as superiores (no sentido da admissibilidade do *amicus curiae*), e observarão as regulamentações experimentadas estabelecidas no âmbito dessas instâncias maiores. Pelo menos é o que se pode concluir já que não existe uma lei específica regulamentando o instituto.

b) houve uma escolha em aspecto semântico do termo “repercussão geral” para o de “repercussão social”, mas isso não modificou do ponto de vista material, a estrutura desse instituto que permaneceu com suas prerrogativas, sendo lhes conferidas outras, mas não houve exclusões ou mitigações.

Indiscutivelmente, embora isto não tenha tanta relevância do ponto de vista prático, houve uma mudança terminológica do termo “geral” passando à denominação “social” inserido nos termos do art. 138 do NCPC, e isso talvez seja adequado com os parâmetros que elevam os

conceitos sociais estatuídos na nossa Carta Magna que outorga aos direitos sociais um *status* de superioridade estável e progressivo.

c) não havia expressamente a previsão de que pessoas “naturais” ou “jurídicas” pudessem habilitar-se como *amicus curiae*.

Dentro da previsão genérica “intervenção de terceiros” estabelecida no art. 7º da Lei nº 9.868 de 1999 não havia distinções entre “pessoas” na forma como a encontrada hoje no artigo representativo da figura do *amicus curiae*.

d) não se estabelecia prazos concernentes à intimação.

Os prazos que deveriam ser observados encontravam-se, em regra, quanto à admissibilidade das participações como *amicus curiae*, antes que o julgamento fosse colocado em pauta, após este evento restavam-se raras exceções, mas agora se tem expressamente o de 15 dias quando se referir às intimações feitas pelas autoridades competentes.

e) também não existia a previsão do § 3º conferindo ao *amicus curiae* a possibilidade de recorrer das decisões que julgarem o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR.

Essa novidade trazida pelo § 3º do art. 138 do NCPC é sem dúvida uma das maiores inovações (sem que com isso se esteja afirmando ser a mais relevante), conferidas ao instituto *amicus curiae*, haja vista a expressa previsão estabelecida no art. 7º da Lei nº 9.868 de 1999 estabelecendo à irrecorribilidade, inclusive a esse instituto em todas as esferas recursais.

Apresenta-se, esse mecanismo inovador, como uma das apostas trazidas pelo CPC de 2015, e a dinâmica de suas interações com as demandas podem ser concluídas dos fragmentos que se segue:

Em síntese, havendo uma questão comum de direito, repetida em diversos processos – individuais ou coletivos –, poderá ser instaurado o incidente, para que, a partir de um ou mais processo(s), seja formado um “modelo” do conflito repetitivo, para que a questão jurídica controvertida seja levada à apreciação do tribunal. O tribunal, por ocasião do julgamento e da definição da tese jurídica aplicável aos casos homogêneos, deverá ouvir amplamente todos os interessados, para que profira decisão completa, que sirva como padrão decisório para os casos repetitivos. Por outro lado, enquanto tramitar o incidente, todos os processos que versem sobre igual matéria deverão permanecer sobrestados, aguardando a definição da tese jurídica. Após o julgamento, compreendidos os eventuais recursos, a tese jurídica firmada no incidente será aplicável aos processos em curso e aos seguintes, até que haja superação ou revisão (MENDES; TEMER, 2015, p.4).

O IRDR está previsto no novo código do art. 976 ao 987 e neles, bem como em seus intermediários se encontram os legitimados, suas possibilidades de cabimento, os motivos que ensejam a admissibilidade do IRDR, procedimentos e prazos.

Inserido o IRDR de forma inovadora no atual *Codex* Processual Civil, e nessa atual configuração do instituto do *amicus curiae* podemos de forma ainda que *obter dictum* com as eventuais dúvidas interpretativa que essa inovação possa ocasionar, a verificação que, poderá o instituto agora participar de forma bem abrangente nas demais instâncias do poder judiciário e tem prerrogativas outorgadas pelo CPC de 2015 como é o caso da recorribilidade nos Incidentes de Resoluções de Demandas Repetitivas – IRDR.

Alinhando-se a forte tendência da utilização dos termos referente ao *amicus curiae* em sua forma terminológica denominativa, ou ainda, pela importância que o Novo Código de Processo Civil – CPC de 2015 tenha dado ao instituto, posto que, em um curto espaço de tempo já se encontra em novos textos jurídicos, como o informativo nº 39 do Tribunal Superior do Trabalho trazendo essa terminologia, como vemos no inciso II, e art. 3º do referido informativo a orientação de que poderá ser aplicado ao Processo do Trabalho, desde que não gere um prejuízo para outros preceitos do Código de Processo Civil, a incidência do art. 138 do CPC de 2015 que trata da figura do *amicus curiae*.

### 3.3 Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR

Impera-se como uma das principais inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil – NCPC de 2015 o IRDR, em que o mesmo insurge-se como uma das prerrogativas de conferência recursal passível ao instituto *amicus curiae*, quando da decisão que julgou esse incidente, conforme preceitua o § 3º do art. 138 do NCPC.

Poderão requerer junto ao presidente do respectivo tribunal seja instaurado o IRDR, os legitimados do art. 977 do CPC de 2015, quais sejam: o juiz ou relator, as partes e o Ministério Público ou a Defensoria Pública.

Em consonância com as premissas trazidas pelo novo código, que é a de dar maior importância para as ações, e celeridade para o julgamento de causas características por processos que sejam repetidos, e que contenham divergência de conteúdo material tratando exclusivamente do mesmo direito material ou processual, a ser aplicado ou que colidam com o princípio da isonomia ou da segurança jurídica, conforme preceituados nos incisos I e II, respectivamente do art. 976 do CPC de 2015, são esses alguns dos pressupostos que autorizam a aplicação desse incidente.

Pode-se comparar o IRDR com o “mote” no CPC de 2015, no que corresponde os tribunais “julguem melhor e por consequência julguem menos”, não deixando de ser respeitado com isso a duração razoável do processo, sendo portanto, essa aposta inovadora denominada IRDR como um dos auxiliares nesse sentido. Conforme preceitua Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer:

Os mecanismos de resolução coletiva de demandas repetidas são exemplos de técnica processual diferenciada, desenvolvidos para a árdua tarefa de julgar os litígios envolvendo direitos individuais homogêneos de centenas, milhares ou milhões de pessoas. Busca-se a racionalização e eficiência dos meios processuais, que precisam se reinventar para fazer frente às novas demandas. O incidente de resolução de demandas repetitivas é a grande aposta do novo diploma processual para enfrentar esse desafio (MENDES; TEMER, 2015, p.2).

Tem-se, portanto, o IRDR como sendo um conjunto de demandas e a essas sejam suas questões de direito idênticas, podendo a autoridade competente lançar mão de um desses processos e o julgamento desse tido como modelo irá resolver todas as outras demandas que versarem sobre a mesma questão e que possam ser colocado em risco o princípio da isonomia ou a segurança jurídica, conforme preceituado no art. 976 do CPC de 2015.

Percebe-se que o IRDR não se presta a resolver questões de natureza fática, mas sim como já frisado questões de direito afetos às demais demandas, não tendo que os julgadores submeterem essas demandas uma a uma, caracterizando com isso como era recorrente: uma morosidade no julgamento desses processos.

A questão que se apresenta, diz respeito à quantidade dessas demandas para que enseje o IRDR, haja vista a lei de regência não ter estipulado uma quantidade desses processos, mas quanto a isso, presume-se que poderá ser resolvido sem maiores complicações pela jurisprudência dos tribunais.

### Conclusões

Tendo-se como introito do presente trabalho, a perspectiva clássica dos entendimentos por diversos autores, que entendem terem os *amici curiae* surgido no continente europeu e por conseguinte no Direito estadunidense, constatou-se deste último a influência que o mesmo teve no modelo do *amicus curiae* adotado pelo Brasil.

Constatou-se, que houve um aprimoramento dessas intervenções dos *amici*, que se iniciaram tratando dos interesses na esfera individual, passando aos interesses coletivos e hodiernamente nos interesses de cunhos difusos.

Destacou-se, como importantes a qualidade das informações prestadas pelos *amici* e a importância dessas informações no que concerne a amplitude do alcance de algumas das decisões proferidas pelos tribunais.

Verificou-se a ampliação da estrutura relativa aos legitimados, que agora além das pessoas previstas na forma genérica do § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99 poderão ser admitidas pessoas “naturais ou jurídicas”, porque antes a previsão direcionava-se aos “órgãos ou entidades”.

Conferiu-se como imperativa de considerações, o tratamento dispensado por diversos autores ao instituto, que em sua maioria posicionam-se no sentido de uma importância e necessidade dessas colaborações informativas ofertadas ou requeridas dos *amici curiae* para qualidade da decisão judicial.

Constatou-se também, não haver dúvidas de que há controvérsias quanto à natureza jurídica do *amicus curiae*, e confusões no que diz respeito às interpretações das atuações de algumas entidades públicas poderem figurar como uma modalidade de *amicus*.

Verificou-se também a interferência dos *amici curiae* em julgamentos de grande relevância social, julgados pela Suprema Corte.

Ao que parece, restou configurado a importância conferido ao instituto pela jurisprudência do Supremo, e as considerações dos Ministros no sentido da admissibilidade dos *amici*, ressaltando-se a representatividade ter que corresponder exclusivamente aos comandos normativos relativos ao *amicus curiae*, e não essas intervenções transparecerem como travestidas da figura do *amicus*, quando na verdade se aproximam mais das intervenções de terceiros, próprias da relação processual tradicional.

Da interação do *amicus curiae* com os processos coletivos, vê-se que há uma correspondência evolutiva do instituto, e uma aproximação cada vez mais intensa do instituto com os processos de natureza coletiva.

Opera-se como evidente a interferência do instituto, que agora alcançou de forma mais expressivas as ações do controle de constitucionalidade na via difusa, uma vez que, antes a notoriedade do *amicus curiae* se restringia mais às ações do controle de constitucionalidade na via concentrada.

Impera-se como importante, a compreensão dispensada pelo legislador em conferir ao instituto um dispositivo normativo em uma lei ordinária, disponibilizando esse dispositivo e no mesmo inseriu a terminologia “*amicus curiae*”, diferenciando da interpretação genérica de “outros órgãos ou entidades” que era de onde se extraía, em regra, a legitimidade dos *amici*.

Analizou-se o instituto, de maneira sintética, sob a perspectiva de uma redução dos custos financeiros pelas “prestações dos serviços” patrocinados pelos *amici* se comparado a outras importantes figuras passíveis de participações nos processos.

Da descrição normativa do novo dispositivo referente ao *amicus curiae*, confere-se uma amplitude estrutural do *amicus*, uma vez que agora poderá o instituto requerer e ser admitidos por juízes nas instâncias do primeiro grau de jurisdição, pois antes restringia-se, em regra, aos relatores.

Conclui-se que o *amicus curiae* ampliou seu leque de atribuições e prerrogativas, visto que, poderá recorrer no inovativo instituto denominado como Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas – IRDR.

Conclusivamente, e de maneira geral, constata-se que há uma inclinação cada vez mais intensa e mais evolutiva no sentido do reconhecimento da importância das participações dos *amici curiae* nos processos, e seu aprimoramento evolutivo resulta das suas recorrentes participações e das contributivas interpretações da doutrina e jurisprudência. Isso tudo inserido o instituto no seu verdadeiro ideário, e de uma consonância do *amicus curiae* como os preceitos democráticos e princípios constitucionais.

## Referências:

AMORIM, Filipo Bruno Silva. **O *Amicus Curiae* e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade**. Brasília: Athalaia, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. a dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: Requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, maio/junho/julho, 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-GUSTAVO-BINENBOJIM.pdf>>. Acesso em: 14 de setembro de 2015.

BISCH, Isabel da Cunha. **As Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Os intelectuais e o poder: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea**. São Paulo: UNESP, 1996.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição federal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - **ADI: 2548 PR**, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 18/10/2005, Data de Publicação: DJ 24/10/2005<span id="jusCitacao"> PP-00035</span>RDDP N. 34, 2006, P. 176-177 RDDT n. 144, 2007, p. 218 acesso em: 06/03/2016>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 3494 GO**, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 22/02/2006, Data de Publicação: DJ 08/03/2006 PP-00045.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 3510 DF**, Relator: Min. Ayres Brito, Data de julgamento: 28/05/2010, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adi+3510+df%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oa2pmpe>>. acesso em: 06/03/2016>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54 DF**, que tratou da possibilidade de aborto eugênico, no caso de criança anencéfala. Relator: Min. Marco Aurélio, 31/07/2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 203, de 15 de março de 2016. **Edita a Instrução Normativa nº 39**, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>> acesso em: 20/05/16.

BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: Um terceiro enigmático**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO FILHO, Edgar Silveira. ***Amicus Curiae* – A Democratização do Debate nos Processos de Controle da Constitucionalidade**, in: Revista Diálogo Jurídico, n. 14, junho/agosto, Salvador, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 343p.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. Curitiba: Juruá, 2001.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 20. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2004.

GOMES, Magno Federici. A efetividade do processo e a celeridade do procedimento sob o enfoque da teoria neo-institucionalista. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 9, n. 57, p.69-85, jan. - fev. 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "Procedimental" da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

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

\_\_\_\_\_. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira. Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. (IDP - Instituto Brasiliense de Direito Público. Linha Direito Comparado).

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **A Constituição como Princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. [S.l.]: Manole. Disponível em: <<http://iesb.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520417195>>. Acesso em: 8 set. 2015.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. 3. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2014.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. **Amicus Curiae: Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

MATTOS, João Metello de. **A sociedade do conhecimento**. Brasília: UnB, 1982.

MEDINA, Damares. **Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?** São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES; TEMER. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais. <Revista de Processo|vol 243/2015| p.283-331| mai/2015 DTR\2015\7913 acesso em: 20/03/2016>



MOURA, Walter José Faiad de. A garantia de participação efetiva das entidades de defesa dos consumidores nos recursos repetitivos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 18, n. 71, p.195-220, jul. - set. 2009.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues Del. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.



**CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB**  
**CURSO DE DIREITO**

MILENA PALMEIRA REIS CALDEIRA BRANT

**Estudo da discriminação de gênero no mercado de trabalho brasileiro**

Brasília/DF

2016/1

MILENA PALMEIRA REIS CALDEIRA BRANT

**Estudo da discriminação de gênero no mercado de trabalho brasileiro**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.Me. Augusto César Leite de Carvalho

Brasília/DF

2016/1

## Epígrafe

“Por um mundo onde  
sejamos socialmente iguais,  
humanamente diferentes  
e totalmente livres.”

*Rosa Luxemburgo*

## Resumo

O presente trabalho versa sobre a temática do Direito do trabalho, Discriminação e Gênero, trazendo desdobramento da abordagem histórico-jurídico a proteção do trabalho à mulher destacando o marco legal e a constitucionalização desses direitos. A Constituição Federal, as normas infraconstitucionais e as normas internacionais asseguram o princípio da igualdade e o princípio da não discriminação estando presente em todos os campos do Direito, em especial na esfera trabalhista. No entanto a situação diferencial de homens e mulheres na sociedade, e em particular na seara trabalhista, ainda persiste parece ser justificada pela ideia de que o trabalho da mulher é algo secundário frente ao trabalho masculino. A diferença no âmbito trabalhista na questão de gênero envolvem os salários inferiores recebidos pelas mulheres em comparação aos pagos aos homens e dificuldade para ascensão em cargos de diretoria e chefia. A legislação trabalhista brasileira adotou uma posição protecionista em relação às trabalhadoras, baseada em princípios da fragilidade feminina e a defesa da moralidade, impôs assim diversas restrições ao trabalho feminino. Com advento da Constituição de 1988, o protecionismo foi atenuado nas questões que restringiam o labor das mulheres e intensificado os direitos que resguardavam a saúde, maternidade e igualdade de oportunidades na esfera trabalhista. A Organização Internacional do Trabalho desempenha um importante papel na implementação de convenções que tratam da remuneração feminina e da discriminação no emprego. A ausência delas dos espaços de poder e decisão significa um rompimento da democracia no país e uma dívida que a nossa sociedade tem para com as mulheres. A participação das mulheres é imprescindível para a mudança da sociedade e para o fortalecimento da democracia.

**Palavras-chaves:** Direito do Trabalho. Discriminação. Gênero.

## SUMÁRIO

<b>Introdução .....</b>	<b>6</b>
<b>Capítulo 1 Marco histórico das conquistas na seara trabalhista das mulheres .....</b>	<b>9</b>
<b>Capítulo 2 Princípios protetores das mulheres no Direito do trabalho .....</b>	<b>22</b>
2.1 Princípios da Igualdade .....	22
2.1.2 Igualdade formal e Material .....	27
2.2 Princípios da Não- Discriminação .....	30
2.2.1 Discriminação positiva e negativa .....	33
2.2.2 Discriminação direta e indireta .....	3
4 .....	4
2.3 Discriminações em razão das relações de gênero na seara trabalhista .....	35
<b>Capítulo 3 - Proteção contra a discriminação no trabalho da Mulher na CLT .....</b>	<b>40</b>
<b>Considerações finais .....</b>	<b>49</b>
<b>Referências .....</b>	<b>51</b>

## **Introdução**

Os relatos históricos demonstram que a estrutura familiar era primordialmente marcada pelo patriarcalismo. Durante um longo período cabia à mulher somente o papel de esposa, mãe e dona de casa. No Brasil, o processo de transformação da mulher no contexto familiar e laboral foi sendo observado ao longo das nossas Constituições permitindo a conquista de Direitos essenciais, como acesso a educação, a liberdade para escolha da própria profissão e a busca de sua emancipação.

A Consolidação das Leis Trabalhistas inovou no seu texto com normas protetivas que acolhiam a mulher trabalhadora. A CLT prevê ações diretas ou indiretas que evitam distorções no acesso da mulher ao mercado de trabalho, ao premunir que o seu acervo normativo disposições das condições gerais de trabalho da mulher.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco jurídico da transição democrática com o reconhecimento ou a consolidação dos direitos e garantias fundamentais. O direito à igualdade está presente no preâmbulo da Constituição Brasileira como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito. O texto constitucional dispõe que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza” e os “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. O êxito dessas conquistas pode ser observado em vários dispositivos constitucionais que relatam a igualdade de gênero, igualdade no âmbito familiar e a proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil.

No tocante à situação da mulher trabalhadora, afora a Constituição deu-se a criação de normas infraconstitucionais versando sobre o assunto. Com a promulgação da Lei nº 7.855 de 1989, revogaram-se artigos da CLT que tratavamdo impedimento ao trabalho da mulher com referência discriminatória. Posteriormente, a Lei 9.029/95 corroborou o propósito de combate à discriminação do trabalho feminino. A Lei 9.799 inseriu, na Consolidação das Leis do trabalho, determinada regras sobre inserção das mulheres no mercado de trabalho, tornando vedados parâmetros de discriminação.

No trato internacional, as convenções da Organização Internacional do Trabalho refletem estudos, programas e incentivos fiscais no combate à discriminação, auxiliando na

implementação de mecanismos que promovam a igualdade de oportunidades na esfera trabalhista (Convenção nº 110 e 111 da OIT).

O crescimento das trabalhadoras brasileiras trouxe uma adequação do legislador para essa nova realidade. A promulgação de normas proibindo as práticas de discriminações de gênero nas relações laborais apesar de existentes não eliminam por completo essas práticas. A discriminação pode ocorrer nas fases: pré-contratual, contratual e pós-contratual devido a vulnerabilidade da trabalhadora. A prática discriminatória no exercício abusivo do empregador pode ser realizada de forma arbitrária sendo de difícil constatação em juízo.

A discriminação de gênero no mercado de trabalho é ressaltada pela liberdade de escolha na contratação pelo empregador. Essa liberdade pode prejudicar a disputa igualitária entre homens e mulheres. Coibir a *desequiparação* injustificada no mercado de trabalho é primeiramente combater as formas de discriminação direta, indireta e oculta presentes na nossa sociedade. É nessa perspectiva que se percebe a isonomia de tratamento entre homens e mulheres no serviço público quando igualmente investidos por meio de concursos, afastando-se assim o caráter discriminatório.

O presente trabalho objetiva visualizar a legislação atual com o estereótipo em favor e desfavor das mulheres no que tange ao mercado de trabalho e às relações de emprego, salientando as variadas formas de discriminação no âmbito laboral. Para discorrer sobre se há igualdade de gênero nas oportunidades no mercado de trabalho brasileiro, a metodologia adotada será por intermédio de uma pesquisa teórica.

Uma vez definida a metodologia, cumpre esclarecer que a forma utilizada para melhor realizar essa pesquisa será explicativa, que consiste no estudo de obras, leis, pesquisas e artigos, pertinentes ao tema já publicado. O estudo que se segue foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, aborda-se a o início da inserção da mulher no mercado de trabalho e demonstra historicamente as transformações que foram ocorrendo ao longo dos anos, bem como as conquistas advindas da Constituição Federal, Leis, Consolidação das Leis do Trabalho e convenções internacionais.

No segundo capítulo, pretende-se estudar o princípio da igualdade e o princípio da discriminação e suas características, contextualizando a discriminação de gênero na seara trabalhista.

No terceiro capítulo, descrevem-se os artigos contidos na Consolidação das Leis Trabalhistas pertinentes às mulheres e aos avanços normativos na seara trabalhista feminina em questões que envolvem maternidade, saúde da mulher, inserção e ascensão no mercado de

trabalho, isonomia salarial e saúde da trabalhadora.

Nas considerações finais, discorre-se acerca das transformações ocorridas ao longo dos anos e o impacto ocasionado com as leis e normas no que tange à discriminação de gênero no ambiente laboral. Infere-se a importância das ações afirmativas envolvendo mulher, trabalho e discriminação contribuindo para a evolução de uma sociedade mais igualitária.



## **Capítulo 1 - Marco histórico das conquistas das mulheres na seara trabalhista**

A história é um processo de construção coletiva, a narrativa desse processo no Brasil foi protagonizada pelos homens. O silêncio das mulheres, a ausência de suas palavras na história em perspectiva histórica é reflexo da limitação do seu protagonismo escondido ao longo da nossa história. Porém, esse silêncio não reflete incapacidade, mas é sinal de uma postura social resistente à igualdade de gênero. O anonimato das mulheres ao longo da história foi decorrente da condição de opressão e a injustiça de carregar um “destino” demasiado pesado por ser mulher. O reprimido na visão da autora é o que silencia diante das tradições, costumes e regras impostos pela sociedade (BOCCHETTI, 1996, p.91)

As mulheres sempre levaram dentro de si um sujeito plural. Não se permitem separar a vida afetiva da razão social, vivendo sempre na multidisciplinariedade. No entanto, o discurso sobre a diferença entre homens e mulheres ao longo da história foi manejado por homens, cujo saber explicava as mulheres como seres que faziam parte da natureza, incapazes e inferiores. Diante deste pensamento ocorria a imposição de regras rígidas, submissão e espaços distintos com relação ao homem (BOCCHETTI, 1996, p.100).

Durante o período de instauração da República veio organizar a sociedade frente ao caos resultante de muitos anos de regime monárquico. O discurso de Duby e Perrot em relação à educação da mulher veio ao encontro dos conservadores da época, legitimando a permanência da mulher no espaço privado, produzindo dessa forma um achatamento cultural e profissional. Esse discurso positivista recebia o endosso da igreja Católica ao limitar a atuação da mulher na sociedade, funcionando assim como agente moralizador da sociedade (FONSECA, 2000, p.89)

O Brasil, no ano de 1822 separou de Portugal, mas apesar de sua independência, mantiveram em vigor as leis civis portuguesas anteriores, somente no ano de 1850 foi promulgado o primeiro código, que foi o Código do Comércio (Lei nº556, de 25 de junho de 1850). Nessa fase histórica, O homem possuía o perfil hierárquico e de dirigente, a ele era atribuído o querer do grupo e possuía o papel de chefe da sociedade conjugal, administrador dos bens da família e o provedor. A mulher incorporava um papel de coadjuvante limitada ao ambiente doméstico, à administração da casa e à criação dos filhos a base patriarcal era o centro econômico político da sociedade e constituía uma força que conseguia sobrepor ao Estado (FONSECA, 2000, p.122)

Com esse panorama de papéis rigidamente constituídos com postura de submissão por parte das mulheres, era assim o modelo familiar do início do século. A forte influência religiosa também deve ser destacada principalmente com relação ao matrimônio, que exerceu como base

para muitas regras do Direito da Família no Código Civil de 1916, destacando a indissolubilidade do casamento que vigorou até 1977 e corroborando o papel secundário da mulher (CABRAL, 2004, p.34).

Em 1827, surge a primeira lei sobre educação das mulheres permitindo o acesso nas escolas elementares e, em 1879 a conquista de que elas poderiam ingressar nas instituições de ensino superior. No ano de 1832 a brasileira Nísia Floresta Augusta ousou ao publicar um livro com reflexões acerca da situação da mulher brasileira, o título da obra: “Direito das Mulheres e a Injustiça dos Homens”, inspirada no livro da feminista inglesa Mary Wollstonecraft a autora faz duras críticas ao tratar dos direitos das mulheres à instrução e ao trabalho. A autora buscava uma educação igualitária entre meninos e meninas, apontada como a primeira feminista do Brasil (MATOS;CORTÊS, 2010, p. 24).

Com o advento da revolução industrial iniciada na Inglaterra no século XVIII, houve o surgimento do direito do trabalho e a cisão entre o capital e o trabalho. O processo de industrialização possibilitou a inserção de tecnologia e o implemento das máquinas para produção em série. Esse processo industrial contava com trabalhadores desprovidos de proteção legal, submetidos a longas jornadas, baixos salários e nenhuma forma de proteção e assistência a acidentes no ambiente laboral. No início da industrialização pregava-se o princípio da não intervenção estatal esse processo era regulamentado por leis próprias de acordo com a oferta e a demanda. A escassa mão de obra e a alta demanda das indústrias incorporou o trabalho feminino para atender à necessidade desse processo industrial. No entanto, essas trabalhadoras são submetidas a condições insalubres, discriminatórias e salários bem inferiores aos dos homens(HOBSBAWM, 2000, p.64).

No século XIX, Engels seguindo o legado de Marx cooperou para esclarecer a origem da opressão sobre as mulheres. Para Engels a igualdade entre homens e mulheres é uma realidade distante enquanto a mulher estiver rejeitada do trabalho produtivo social e inserida apenas no trabalho doméstico. A participação ativa das mulheres no mercado de trabalho levará a sua emancipação e desvincularia da imagem de submissão (MATOS;CORTÊS, 2010, p. 14).

Para as condições expostas aos trabalhadores nesse processo inicial da industrialização europeia eram péssimas e as somas desses fatores eclodiam nas greves e reivindicações de melhores salários e condições de trabalho. As greves organizadas pelos operários eram acaloradas e terminando quase sempre com repressão policial. Diante desses confrontos entre empregado e empregador, as operárias eram vistas pelos patrões com fáceis de

serem manipuladas, acostumadas a obedecer e a sua organização sindical era vista como fraca e que não prosperava (HOBSBAWM, 2000, p.65).

No Brasil, o processo de industrialização iniciou na segunda metade do século XIX, com a presença das fábricas têxteis e as de gênero alimentício. O panorama, no país, era de início da migração a partir da área rural de crescente urbanização da população. Na Europa, a predominância dos postos de trabalho era ocupada por homens, somente depois a presença de mulheres e criança na indústria foi sendo introduzida. Com a intenção de aumentar a renda familiar as mulheres foram ocupando espaço nas indústrias, e como em outros países, a mão de obra era de baixo custo, não havendo direito a férias ou ao pagamento de horas extras trabalhadas. O efeito desse processo foi o aumento da participação das mulheres nas fábricas brasileiras, porém esse efeito não perdura e ocorre uma substituição da força de trabalho feminina pela masculina :

Apesar do elevado número de trabalhadoras presentes nos primeiros estabelecimentos fabris brasileiro, não se deve supor que elas foram progressivamente substituindo os homens e conquistando mercado de trabalho fabril. Ao contrário, as mulheres vão sendo progressivamente expulsas das fábricas na medida em que avançam a industrialização e a incorporação da força de trabalho masculina (RAGO, 1997, p.581).

A autora salienta as diferentes formas como as sociedades reagiram diante dessa introdução da mulher no mercado de trabalho mundial e o efeito da retração por alguns países. O Brasil e a Inglaterra tiveram movimentos de redução do número de mulheres nas indústrias, e essa diminuição foi atribuída à falta de um estado social que garantisse creches e escolas aos seus filhos, durante a jornada de trabalho. No Brasil havia uma cultura que disseminava o sentimento de culpa, seja por deixar os filhos aos cuidados de outras pessoas ou pela recriminação sofrida tanto no ambiente familiar, como pela sociedade por se ausentarem do lar. Na França, o número dessas trabalhadoras continuava crescente, devido ao apego das mulheres francesas aos postos de trabalho como forma de ascender socialmente (RAGO, 1997 p.583).

No Brasil, a indústria têxtil responsável pelo beneficiamento da lã, fiação, tecelagem e confecção de vestuário foi um dos segmentos pioneiro na contratação das mulheres trabalhadoras. As operárias eram migrantes do campo e consideradas pobres, desta forma tornavam-se objeto fáceis de exploração de mão de obra. As mulheres ditas como pobres encontravam-se sem escolhas entre trabalho e não trabalho, assim ficavam submetidas a jornadas exaustivas (FONSECA, 2000, p. 52).

Ao longo da história sempre houve os chamados “desiguais”, as diferentes formas de

discriminação não surgiram com o capitalismo, muito embora seja ele um sistema reprodutor e amplificador de discriminações com relação à raça, cor e à sexualidade. O capitalismo, na verdade, reciclou a discriminação para utilizá-la para seus próprios fins e identificar o seu tempo como “era da exclusão”. O direito do trabalho da mulher foi construído à margem do direito do trabalho. Se a realidade das condições de trabalho já era difícil para os homens, situação pior encontravam-se as trabalhadoras por terem seus trabalhos vistos como de menores valores (CALIL, p.2 2007).

O capitalismo criou varias camadas de trabalhadores com uma exploração acentuada e escalonada. Uma dessas camadas de trabalho era representada por mulheres e considerada a mais explorada, pois exercia o trabalho doméstico e sem remuneração. Dessa forma, contribui para a desigualdade econômica, legitimando assim uma desigualdade no plano ideológico. O conceito ideológico de que as mulheres são fracas, desprovidas de inteligência e sensíveis demais, tinha como sustentação o fato das mulheres trabalhadoras não terem acesso as melhorias na sua educação e ficavam limitadas para exercerem atividades com habilidade intelectual (MATOS;CORTÊS, 2010, p. 15).

As leis de proteção à mulher trabalhadora no Brasil surgem de forma tímida como a lei nº1.596 de 29 de setembro de 1.917, pioneira como protecionista à mulher operária. Essa lei Estadual regulava o serviço sanitário do Estado de São Paulo e proibiu o trabalho da mulher em estabelecimentos industriais no último mês de gravidez e no primeiro puerpério. Em âmbito Federal, cabe destacar o decreto nº16.300, de 21 de dezembro de 1923,Regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública. O decreto facultava às mulheres, empregadas em estabelecimento industrial ou comercial, descanso de trinta dias antes do parto e igual período pós-parto além de facultar a amamentação de seus filhos, porém não estabelecia duração desse intervalo (COUTINHO, p.95).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos surge, em meados do século XX, com o movimento baseado na concepção de os direitos humanos são universais, ou seja, toda nação tem a obrigação de respeitar direitos humanos de seus cidadãos, porém a amplitude desses direitos não restringe aos limites e à competência apenas do Estado à abrangência é internacional, ultrapassando fronteiras.

Com o fim da primeira Guerra Mundial e com a convicção de que a paz universal somente pode estar baseada na justiça social, foi criada a Organização Internacional do Trabalho. A OIT possui uma estrutura tripartite, composta por representante de governos, organização de empregadores e de trabalhadores. O Brasil foi pioneiro na participação da

Conferência Internacional do Trabalho e está entre os membros fundadores. Pauta-se em torno de quatro princípios fundamentais, sendo eles: a liberdade sindical, erradicação do trabalho forçado, erradicação do trabalho infantil e a igualdade no trabalho (MARQUES.,et al,2001,p.9).

A igualdade de condições de trabalho, no que tange à questão de gênero,foi tema das Convenções nº3 e nº4 da OIT ambas do ano de 1919, ano da criação da organização sendo então as primeiras que tratavam da condição da mulher trabalhadora. Essas duas convenções retratavam a transformação e a necessidade de adequação da mulher no ambiente de trabalho.

A convenção número 3 da OIT; entrou em vigor no ano de 1921, e garantia à mulher trabalhadora direito a licença remunerada compulsória por seis semanas antes e pós parto e estabelecia intervalo com período de trinta minutos para a garantia do aleitamento de seus filhos essa convenção também dispôs que a dispensa da empregada durante o período de gravidez como também no pós parto seria considerada ilegal. Essa convenção foi ratificada pelo Brasil no ano de 1935 por meio do Decreto nº423.

Quanto à convenção de número 4 da OIT, estabelecia a proibição do trabalho noturno nas indústrias. O trabalho noturno era compreendido entre 22 horas de um dia até às 5 horas do dia seguinte. Porém essa proibição não prevalecia quando a trabalhadora; exercia seu trabalho com membros da mesma família. O Brasil ratificou essa convenção e a promulgou por meio do decreto nº1.396 no ano de 1935.

O século XX foi o responsável por grandes mudanças no cotidiano das mulheres, que foi amplificado para toda sociedade. A luta feminina desse século foi marcada com o direito a frequentar escolas e universidades, o direito de trabalhar com ganho salarial, trabalho fora do ambiente doméstico, direito de votar e ser votada, direito de liberdade reprodutiva, direito da separação conjugal, e direito à igualdade e de mesmas oportunidades que os homens(MATOS; CORTÊS, 2010, p. 23).

No entanto, a grande conquista dos direitos trabalhistas veio no ano de 1943, com a promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), visto como avanço de normas trabalhistas que asseguravam e garantiam direitos aos trabalhadores. A CLT também inovou com normas protetivas à mulher, dado que o capítulo III do Título III da CLT é totalmente destinado ao trabalho da mulher, são normas protetivas em questões que envolvem saúde, períodos de descanso, locais de trabalho, proteção à maternidade e outras questões que envolvem a manutenção da dignidade da pessoa humana.

As alterações realizadas na Consolidação das Leis Trabalhistas já iniciaram no ano seguinte em 1944, quando foi admitido o trabalho noturno para algumas atividades, desde que

maior de 18 anos. No ano de 1989 a Lei 7.855 revogou alguns artigos, entre eles o 379 e 380 da CLT, que tratavam da questão do trabalho noturno, por isso, as regras atuais são as mesmas para homens e mulheres. Outro artigo revogado foi o art. 387, na alínea “b”, pela mesma Lei acima citada, pois vedava a realização de trabalhos perigosos ou insalubres pelas mulheres. A revogação também do artigo 387 se deu no ponto em que vedava a realização do trabalho em mineração de subsolo, nas pedreiras e obras de construção pública e particular pelas mulheres.

No tocante ao artigo 379 da CLT, que previa a vedação ao trabalho noturno da mulher, atualmente revogado pela Lei 7.855 de 1989, esse dispositivo chamava atenção porque foi apoiado em dois pilares: a proteção à saúde e a proteção à moral. Calil pontua que esse dispositivo legal dificultava a utilização de mão de obra feminina nos períodos noturnos e, dessa forma, ocorria a negativa do acesso das mulheres a postos de trabalhos conotando-se uma intenção clara de acentuar a visão sexista das atividades desempenhadas por homens e mulheres. No entendimento da autora, a mulher que trabalhava à noite estava sujeita a julgamento sobre sua retidão moral.

A equiparação salarial prevista no artigo 461 da CLT atua como medida antidiscriminatória entre empregados e traz a equiparação salarial como medida protetiva para o empregado não sofrer diferenciação salarial em relação a outro empregado quando ele preencher os requisitos previstos em citado artigo. Esse dispositivo inovou com relação à Constituição Federal de 1934, que em seu texto contemplava a possibilidade de as mulheres receberem salários inferiores aos pagos aos homens. No texto constitucional, a trabalhadora poderia receber salários com dez por cento menos do valor fixado para o salário mínimo da época. O legislador atribuía, como justificativa para tal determinação, o fato da adoção de medidas de higiene e proteção nos estabelecimentos para as operárias no ambiente laboral e, dado que essas adaptações oneravam ao empregado (COUTINHO, 2006 p.40).

Com o decorrer dos anos as transformações no trabalho da mulher pressionavam mudanças em legislações que já não acompanhavam o crescimento e os anseios dessas trabalhadoras. A Lei nº 4.121 de 1962, o Estatuto da Mulher Casada, retira do ordenamento jurídico brasileiro a condição de relativamente incapaz da mulher casada, constante até então no Código Civil de 1916. Esse Estatuto surge devido ao papel social que a mulher passou a desempenhar em razão do seu trabalho e retira a permissão prévia do marido para trabalhar. (CABRAL, 2004, p. 42).

No percurso da internacionalização dos direitos humanos o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 reflete a situação política e social no pós-segunda

guerra mundial, insere nesse contexto a criação das Nações Unidas, garantindo a cidadania. Uma das principais qualidades da Declaração é constituir parâmetros e código de atuação para os Estados integrantes da comunidade internacional (MARQUES.,et al, 2001, p.13).

A concepção da universalidade dos direitos humanos transcende as peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, além de não se limitar aos direitos civis e políticos, mas também a direitos sociais. Com o advento da Declaração de 1948 e com a demarcação do Direito contemporâneo, começa a prosperar o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante implantação de inúmeros tratados internacionais voltados para a produção de direitos fundamentais. E no ano citado a Assembleia Geral da ONU divulga o cumprimento por parte dos Estados-Membros do compromisso firmado com os princípios mínimos de dignidade da pessoa humana. O preâmbulo dessa declaração assinala:

“... os povos reafirmaram, na carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humano, e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla”(MARQUES.,et al, 2001, p.11 ).

O Brasil, somente com o surgimento da democratização, passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos e os Tratados e Convenções obtiveram enfim força de lei. Os planos de Ação das diversas Conferências das Nações Unidas podem ser considerados princípios gerais do direito. No que tange ao tema da não discriminação contra as mulheres, há documentos internacionais, porém com abrangência geral, envolvendo aspectos relacionados a educação, meio ambiente, população e refugiados (MARQUES.,et al,2001,p33).

Sob essas considerações, o combate à discriminação, bem como a igualdade de oportunidades no emprego, fazem-se de maior importância, conforme dispõe a Convenção n. 111 da OIT, adotada desse 1959, que considera a discriminação como violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. A Organização Internacional do Trabalho objetiva assegurar a efetivação do trabalho decente, igualdade de oportunidades e com dignidade da pessoa humana do trabalhador (COUTINHO,2006, p.8).

Vale ressaltar que a Convenção n. 111- da OIT, foi marcada pelo número expressivo de ratificações. A convenção n.111 tratou sobre Discriminação em matéria de emprego e profissão. Essa convenção ratificada pelo Brasil elenca as hipóteses em que ocorre discriminação em matéria de profissão e emprego.

As convenções geram obrigações para os estados-membros que as ratificam e são normas jurídicas de eficácia no plano interno e passam a fazer parte formal de nosso direito pátrio:

“A internacionalização é uma característica fundamental do ordenamento jurídico trabalhista e não poderá ser vista apenas como uma etapa histórica é aceitação da ideia contemporânea de globalização dos direitos humanos”(BARROS, 2008, p.110).

A primeira conferência Mundial sobre a Mulher foi realizada no México no ano de 1975 e o resultado desse encontro foi a elaboração da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as mulheres no ano de 1979. Essa Convenção abordou temas jamais mencionados como o trabalho, saúde, educação, entre outros direitos que visam à proteção das mulheres. No entanto foi no ano de 1999 que houve o fortalecimento com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, nessa qual formalizou um protocolo com as denúncias sobre violações dos direitos humanos das mulheres (MARQUES.,et al,2001, p.31).

Acenava-se em verdade com um novo cenário político, social, cultural e principalmente com uma crise econômica intensa levando a um quadro de recessão. O Brasil na década de 70 e 80 encontrava-se com inúmeras famílias abaixo da linha da pobreza, em função da crise econômica somada aos altos índices inflacionários. Nesse contexto muitas mulheres saíram em busca de trabalho para complementar o orçamento familiar. O aumento do setor terciário, em áreas como o comércio e prestação de serviço, ofereceu o espaço laboral para o qual as trabalhadoras foram contratadas. Desse modo vale ressaltar que com essa inserção feminina no mercado de trabalho ocorreu uma reformulação das relações familiares.

A questão de gênero tornou-se uma das primeiras formas de desigualdade social, a nova sociedade brasileira passou e passa por vários fenômenos ocorridos ao longo da história e sem dúvida a entrada maciça das mulheres no mercado de trabalho contribui para essa transformação. Nesse cenário começam a intensificarem-se as desigualdades e os conflitos com essa inserção, as diferenças de gênero evidenciam-se no tocante à remuneração e no acesso a posições de chefia. Segundo Fonseca (2000), os empregadores diferenciam as mulheres e as utilizam como forças de trabalho específicas são ideais porque são mulheres. No entanto, a diferença ocorrida no primeiro momento da contratação por ser mulher, revela-se, em um segundo momento, como desvalorização, exigindo, por conseguinte, que tentem se igualar a



seus colegas homens (FONSECA, 2000, p.89)

A proteção da equidade de gênero no âmbito da família consagrada na Constituição de 1988, ao estabelecer os direitos e deveres referentes a uma sociedade conjugal, preconiza que devem ser exercidos igualmente por homens e mulheres. Apesar das conquistas trazidas com o texto constitucional de 1988, houve uma dificuldade prática pelo conflito existente entre dois ordenamentos jurídicos: o Código Civil de 1916 era uma codificação do século XIX, retratava a sociedade marcadamente conservadora e patriarcal, portanto não acompanhava os avanços elencados na Carta Magna de 1988. Com o advento do Novo Código Civil, que se revestiu de plena eficácia a partir de 11 de janeiro de 2003, houve a regularização do que já havia sido consagrado pela Constituição, principalmente no que tange ao Direito de Família que é baseado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, deixando de lado antigos e ultrapassados conceitos e dessa forma patrocinando reforma muito significativa no Direito da Família (CABRAL, 2004, p. 33).

A Constituição Cidadã (1998), revela os anseios de uma nova sociedade, com isso a aprofundou criar novos direitos para os sujeitos, e novas obrigações do Estado para com os indivíduos e a coletividade. Os segmentos sociais que eram esquecidos, marginalizados e submetidos à discriminação, com advento da Nova Constituição tem seus direitos ampliados, adquiridos e ou garantidos. A nova constituição preconiza a igualdade de direitos e deveres para homens e mulheres, como dispõe o artigo 5º, inciso I. Alguns direitos elencados na atual Constituição, no que tange à igualdade de gênero, foram regulamentados mediante legislação específica, anteriores à Constituição, a exemplo do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962), da Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977) e a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-Lei 5452/1943).

No âmbito trabalhista a Carta magna dispõe que o trabalho é considerado como um direito social (art. 6º). Nos dispositivos contemplados para o trabalho da mulher na Constituição/88, percebem-se direitos e proibições nas questões trabalhistas com relação ao gênero. Dentre as proibições vale ressaltar a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX e CLT/1943, art. 5º).

A proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, também esta consagrada no art. 7º, XX, prevendo legislação própria. Embora existam leis de apoio e proteção ao trabalho das mulheres, há uma lacuna sobre a regulamentação de incentivos específicos, que por sua vez, é uma questão polêmica. A criação de incentivos fiscais para

empresas que apoiem o trabalho das mulheres precisa ser bem avaliada em sua efetividade e impacto sobre o mercado de trabalho.

Em seu artigo 5º, título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, estabelece a Constituição Federal a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações, sem distinção de qualquer natureza:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição.

Conforme Calil (2007) com a promulgação da Constituição de 88 a estabilidade da gestante foi interpretada com atemorização pelos empregadores, pois o direito contra a despedida arbitrária das gestantes era cercado de proteção. Diante desse fato os empregadores iniciaram a prática de pedidos de exames de atestado negativo de gravidez para o ingresso ao emprego e das que já estavam empregadas a exigia-se a comprovação de esterilização, bem assim para as que postulavam cargos mais expressivos (CALIL, 2007, p.2).

A Lei 9.029 de 1995 surgiu para coibir a prática discriminatória. Em seu artigo 1º proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória para o acesso à relação de emprego, bem como sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

Constitui crime as práticas discriminatórias as que correspondem a exigência de testes, exames, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer procedimento que sinalize a esterilização ou o estado negativo de gravidez. A indução ou incitamento à esterilização genética também são considerados crimes (Lei 9.263/96).

Podendo ser apenados por cometer tal crime o empregador, dirigente, seu representante legal ou dirigente de órgãos públicos e ou entidades das administrações públicas diretas e ou indiretas e de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (COUTINHO, 2006, p.8)

As plataformas de ação com objetivo da igualdade de gêneros eram uma preocupação

mundial. A articulação internacional dos movimentos de mulheres promoveu intensos debates produzidos pelos ciclos de conferências sobre desenvolvimento social promovido pelas Nações Unidas ao longo da década de 1990. A IV Conferência Mundial da Mulher, realizada em Beijing, em 1995 foi um avanço para a igualdade de gênero e articulou para a ratificação das conquistas de conferências anteriores avançassem para a concretização da cidadania da mulher (MARQUES.,et al,2001,p.73).

A Conferência Mundial da Mulher assessorou o governo brasileiro e resultou na assinatura sem reserva da Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferencia Mundial da Mulher. Na área especial de preocupação da conferência o item 41, exalta que a conquista da igualdade entre homens e mulheres são uma questão de direitos humanos e justiça social. A realização do potencial do papel da mulher e a igualdade entre homens e mulheres são condições indispensáveis para conseguir a segurança política, social, econômica e cultural entre todos os povos (MARQUES,et al, 2001p.33).

Ao longo do processo da igualdade de gênero no âmbito trabalhista algumas Leis foram promulgadas para corrigir distorções na proteção ao trabalho da mulher. A Lei 9.799/99 inseriu novos artigos no capítulo III da Consolidação das Leis do Trabalho. O desígnio dessa lei é assegurar o igual ingresso de mulheres às vagas de emprego, vedando o empregador ou futuro empregador dificultar ou impedir a inserção das trabalhadoras em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez.

A Lei citada também condena considerar sexo, idade, cor ou situação familiar como variável determinante para estabelecer a remuneração e ascensão profissional. Houve a inserção de parágrafo que assegura à trabalhadora, durante o período gestacional, sem prejuízo de salário, bem como os demais direitos sua mudança de função, quando sua condição de saúde assim almejar. A dispensa do horário de trabalho para realização de consultas médicas e demais exames complementares durante a gravidez.

A Lei 10.421 de 2002 introduziu o artigo 392-A na CLT, estendeu as mães adotivas o direito à licença maternidade, em consonância ao princípio da igualdade. Essa lei gradua o tempo de licença maternidade em relação à idade da criança adotada.

Em 2009 a Organização Internacional do Trabalho lançou a campanha Igualdade de Gênero no Coração do trabalho Digno, a enfatizar que a igualdade de gênero é uma matéria transversal a todas as áreas de atividade da OIT, sendo de grande relevância não só para Organização, mas também para todos os seus membros tripartidos. O movimento para a promoção da igualdade de direitos entre mulheres e homens é um tema especialmente relevante para OIT (FILIPE, 2013, p. 20).

Neste quadro, percebe-se a preocupação dos Estados-Membros da OIT no combate a discriminação entre homens e mulheres na esfera trabalhista, diante da crise econômica internacional que tende a acentuar a desigualdade e a insegurança a tendência é a redução da eficácia de quaisquer ações que possibilitem o combate a discriminação. O esforço da organização diante dessa situação é garantir direitos e princípios fundamentais do trabalho e a inclusão do trabalho digno, dentre eles a igualdade de gênero (FILIPE, 2013, p. 24).

Dentro dessa retrospectiva histórica o direito do trabalho da mulher passou por diferentes transformações. Segundo Calil (2007) o contexto histórico das mulheres trabalhadoras esta dividido em três fases. A primeira fase foi de exclusão, porque não existia direito do trabalho da mulher, mulheres não deveriam sequer trabalhar e as raras trabalhadoras estavam à margem da lei e sem qualquer amparo legal. A segunda fase foi o período de proibição, essas proibições não eram restritas ao trabalho de determinadas atividades, mas também com a intenção de salvaguardá-las acabavam por desprotegê-las; nessa fase, a exigência da outorga marital era um fator proibitivo e limitador. E por ultimo temos a terceira fase, aquela considerada a protetiva; matérias que disciplinam a maternidade, igualdade entre homens e mulheres no âmbito laboral e as proibições de caráter discriminatório gradativamente foram sendo banidos do nosso ordenamento jurídico (CALIL, 2007,p.2).

## **Capítulo 2 - Princípios protetores das mulheres no Direito do trabalho**

### **2.1 Princípio da Igualdade**

O conceito de igualdade gera discussões e debates doutrinários devido entendimentos diferentes sobre o tema. A igualdade não deve ser assumida como uma identidade matemática, também não sofre alterações por pequenas diferenças. A concepção de igualdade sinaliza semelhanças de características ou elementos de duas coisas ou pessoas. A igualdade não é sinônima de identidade, até porque coisas iguais não se confundem, mostrando apenas traços de uniformização (COUTINHO, 2006, p.132).

A complexidade da definição de igualdade subsiste porque as pessoas não são iguais, a única característica comum a todos os homens é a natureza humana. O pensamento liberal clássico defendia que a igualdade seria alcançada por intermédio da igual distribuição de direitos fundamentais à vida, à liberdade e à propriedade (COUTINHO, 2006, p.134).

Ao outorgar a igualdade como direito, como uma determinação jurídica, os teóricos normalmente não conseguem definir teoricamente a sua aplicação, que muitas vezes é complexa quando analisamos o caso concreto. A igualdade não apenas permite a expectativa de transição da condição natural para a instância instituída, mas sua presença, na linha do direito natural, deve consistir em um Estado duradouro. Dessa forma, a igualdade entre homens é certificada e viabilizada com a criação de uma esfera comum de poder, que propõe a igualdade e sua conservação (LOPES, 2000, p.3).

Conforme Hannah Arendt, os homens não nascem iguais, as leis os transformam em iguais; o reconhecimento dos direitos fundamentais e o fato de todos serem iguais perante a lei, sem diferenciação de qualquer natureza, permitem a igualdade. Para a autora justiça realizada

através das instituições realiza a construção de direitos e de justiça e, dessa forma, a sociedade torna todos os homens iguais. A igualdade é perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (COUTINHO,2006,p.133).

De acordo com Dallari, para sustentar a relação de igualdade é preciso uma reformulação da própria concepção, porque o individualismo em excesso afirmou a liberdade como um valor, mas houve com isso a limitação de ser considerado um direito, sem ter a preocupação posterior de converter em possibilidade. Para o autor, a igualdade como igualdade de possibilidades corrige distorções pelo fato de enxergar a desigualdade decorrente das diferenças individuais imposta pela sociedade. Com base nisso, a organização flexível do Estado preserva a igualdade de possibilidade permitindo a expressão concreta da democracia e uma ordem social justa(DALLARI, 2007, p.311).

Ocorre que o princípio da igualdade delineia-se em múltiplas dimensões. A alusão à dimensão liberal, à dimensão democrática e à dimensão social está presente em estudos referentes ao Estado de Direito Democrático e Social apresentados por Canotilho e Moreira. A dimensão liberal é considerada universal devido a sua impessoalidade; já a dimensão democrática está relacionada às formas positivas e negativas de discriminação e a dimensão social é a prescrição de eliminação das desigualdades nas esferas econômicas, sociais e culturais (ROTHENBURG, 2008, p.81).

A classificação abordada Canotilho e Moreira na esfera da proteção ao princípio da igualdade acrescenta também outras três dimensões: a proibição do arbítrio, a proibição da discriminação e por fim a obrigação de diferenciação. Cada dimensão citada pauta-se por critérios de justiça e de redução das desigualdades, com a finalidade de promover uma igualdade jurídico-material.(ROTHENBURG, 2008, p.79).

Percebe-se que o princípio da igualdade é importante para a legitimação de um Estado Democrático de Direito, com grandeza axiológica e fator essencial do ordenamento jurídico brasileiro. A noção de igualdade é variável e possui essa transformação com as condições sociais, econômicas, culturais e políticas. Esse princípio é considerado alicerce para os demais direitos fundamentais.

O princípio da igualdade ultrapassa os limites das regras jurídicas no campo normativo. Diante das normas existentes do nosso ordenamento a igualdade norteia princípios basilares, no entanto a desigualdade a respeito de gênero ainda não está dissoluto. Na visão do autor a mulher continua sendo objeto da igualdade, enquanto o homem é o sujeito e o paradigma desejado sistema de igualdade (TREVISIO, 2008, p.10).

Deve-se ter em mente que esse princípio possui três elementos importantes para ser considerado como princípio da igualdade: o primeiro deles é o fundamento constitucional, doutrinário e internacional, que o relaciona à dignidade do ser humano. O seguinte, sua condição de fonte percussora de ideias e a consequência da sua aplicação. O terceiro aspecto é a indeterminação de seus limites. O princípio deve ser algo que não se discute em sua realidade nem em seu significado fundamental (RODRIGUEZ, 2002, p.440).

A igualdade na contemporaneidade está intimamente relacionada com a sua proclamação como norma jurídica, estabelecendo, basicamente, como atributo conferido aos indivíduos. Dessa forma, endossa, com a mera proibição de desigualar, a premissa de que não sejam elaboradas leis que estabeleçam desigualdades, nem estas seriam aplicadas em desconformidade com o princípio isonômico.

A concepção jurídica de igualdade é uma só e abrange as variações de igualdade formal e igualdade material, superando as diferenças no tocante à teoria e a prática. De acordo com Rothenburg (2008), o direito fomenta técnicas para a eliminação das discriminações negativas e promove a discriminação positiva.

Na retrospectiva histórica, a Revolução Francesa, na qual a bandeira defendida pelos seus manifestantes era “*liberté, Egalité, Fraternité*”, preconizava a transição do governo absoluto que era deixado para trás e dava início à contemporaneidade. Nesse enredo, a burguesia buscou o consentimento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento que contemplava direitos basilares, malgrado houvesse uma parcela da população que se encontrava excluída de direitos. A parcela feminina foi um exemplo dessa supressão com a omissão de direitos e a ausência de participação política (SALAVADOR, 2012, p.377).

Dentro de uma breve perspectiva histórica, o princípio da igualdade deve ser compreendido no conjunto dos direitos sociais. A transformação diante das nossas constituições, no que tange ao princípio da igualdade, está presente desde a Constituição de 1824, dispondo a igualdade de todos perante a lei. As demais constituições reverenciaram o princípio da igualdade, sendo que o conteúdo relacionado a esse tema foi realçado com a Constituição de 1937 e sustentado pela de 1946, a qual trazia em seu conteúdo importantes medidas para os trabalhadores, porém nenhuma modificação com relação ao trabalho da mulher (LIMA, 2010, p.19).

A Carta Magna de 1988, em seu texto, resguarda direitos consagrados, em especial a dignidade da pessoa humana e a igualdade de direitos. A referência a esse princípio na Constituição Brasileira é de tal envergadura que se encontra no preâmbulo:

“... igualdade e a justiça como valores supremos de uma e sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com solução pacífica das controvérsias...”

A Constituição Federal contém em sua estrutura inúmeros dispositivos que contemplam o princípio isonômico. O direito à igualdade vem expresso no caput do artigo 5º e remete à “igualdade perante a lei”. Dessa forma, o legislador veda distinções por motivo de sexo, cor, raça, idade, origem social, dentre outros.

No tocante aos direitos das mulheres, o princípio da igualdade, frente às questões de gênero, pauta-se nos princípios norteadores contidos na carta Magna. A aplicação de tal princípio ainda é insuficiente, haja vista a presença, como um dado mal disfarçado da realidade, da discriminação nas questões trabalhistas e especificamente nas relações de emprego no que tange à mulher.

O artigo 5º caput, da Constituição Federal, ao prever a igualdade de todos, definiu um princípio imperativo, guia de todos os processos legislativos. Os princípios, diferente das leis, apoiam-se na moral, determinando deveres ou direitos, no entanto sem uma previsão de fatos ou um fim constituído. Dessa forma, o princípio da igualdade dispõe de duas funções: a primeira é concernente à criação das normas e a segunda, à sua aplicação, apresentando-se então como uma fonte de interpretação, assim como sendo fundamento para os demais princípios (COIMBRA, 2011, p.11).

Documentos internacionais serviram como base para algumas das premissas constitucionais: a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, de Olympe de Gouges, de 1790, é um grande exemplo disso, quando dispõe em seu artigo primeiro que “as mulheres nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. A relevância desse dispositivo é a reconhecimento da mulher como pessoa digna de liberdade e igualdade, observando a capacidade de superar as desigualdades de gênero em todas as esferas do ordenamento jurídico (MARQUES, et al, 2001, p.36).

Com uma abordagem semelhante da Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, em 1979, recomenda realizar uma normatização internacional com o objetivo de motivar sobre as políticas públicas e o direito, dessa forma proporcionando a presciência de direitos protetivos das mulheres nos âmbitos nacionais (MARQUES, et al, 2001, p.31).

Através da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, ficou assegurado que os direitos das mulheres estariam posicionados no mesmo nível que os dos homens, afastando dessa forma a segregação do sexo feminino. Desse modo,



resultou demonstrada em âmbito internacional a relevância para a eliminação de todos os fatores negativos, a situação inferior em relação de gênero.

A igualdade de gênero é uma conquista para o Estado de direito podendo ser vista como uma nova forma de vida é considerada uma aprendizagem de cidadania. Aceitar as mulheres na vida social, política e laboral, sem conceder, de forma paritária. Não é possível concordar que a proteção da mulher esteja restrita apenas, à gravidez e à maternidade, sob pena de restrição da contratação da trabalhadora, as mulheres são vítimas de discriminação que não estão relacionadas apenas ao seu estado gravídico (TREVISI, 2008, p.9).

Assim, contemporaneamente, fala-se em um caráter promocional do Direito do Trabalho da mulher, em uma busca de promover a igualdade entre os gêneros e que a proteção legal à mulher trabalhadora apenas se faça presente onde diferenças, como as biológicas e de tratamento, assim o exigirem. Por isso mesmo, a questão atinente à inserção de direitos, em igualdade de condições no mercado de trabalho, desafia refletir-se sob a ótica de direitos humanos (PORTO, 2009, p.248).

As relações existentes entre homens e mulheres estão presentes em diversos setores da atividade social. Como são diferentes em vários aspectos, terão forçosamente direitos adequados a essa desigualdade, sem que isso possa significar a supremacia de um sobre o outro. A importância da igualdade não se restringe apenas perante a lei, o que não pode ocorrer é dar tratamento diferenciado a situações iguais (LIMA, 2010, p.32).

O capitalismo coloca a mulher em uma posição participativa no mercado de trabalho, a busca por condições de igualdade real e reciprocidade equitativa é o que se pretende no mercado laboral. A CLT, no artigo 461, versa sobre a igualdade salarial por trabalho de igual valor e mesma função desempenhada, ilustrando assim um exemplo da igualdade respaldada na lei. Verifica-se que há previsão legal de ações afirmativas no mercado de trabalho e a legislação infraconstitucional prevê que não pode haver restrições para a inserção no labor, a não ser que haja requisitos específicos para a realização da função, conforme dispõe o artigo 379-A da Consolidação das Leis do Trabalho (SALVADOR, 2012, p.380).

Uma reflexão pertinente é a diferenciação entre princípio da igualdade e princípio da não discriminação. Apesar das expressões parecerem equivalentes há distinções entre elas. O princípio da não discriminação é considerado a versão mais branda, porque de maneira simplificada consiste na proibição de introduzir diferenciações por motivos inadmissíveis, sendo exemplo revelador a discriminação com relação a gênero, embora a lista nesse caso não seja exaustiva. O princípio de igualdade, também denominado princípio de equiparação, é o

mais abrangente, no Direito do Trabalho, e conceder de forma totalmente igualitária ao trabalhador as vantagens ou benefícios para aqueles que executarem trabalhos equivalentes ou de mesmo valor, dessa forma servindo para igualar a situação desvantajosa do indivíduo com relação ao todo (RODRIGUEZ, 2000. p. 444).

A desigualdade ainda permeia o direito do trabalho da mulher, contudo o princípio da igualdade possui uma relevância para ajustar essas disparidades visíveis na aplicação do direito entre homens e mulheres nas relações laborais. É importante salientar que o foco existente para garantir o direito do trabalho da mulher, por si só, pressupõe uma situação de vulnerabilidade e a existência de inferioridade, onde se fez necessário a norma específica, cuja finalidade seria afastar essa expectativa negativa. No entanto, existe uma vasta disparidade entre a previsão normativa, o direito formal e a realidade social, de modo que é perceptível a necessidade de um direito do trabalho que garanta as necessidades biológicas e psicológicas da mulher.

#### 2.1.1 Igualdade formal e Igualdade material

O conceito jurídico de igualdade é um só e compreende a igualdade formal e a igualdade material. Nessa diferenciação a igualdade formal de direito é o fato de permanecer em parte em uma afirmação teórica. A igualdade material é a de fato, a prática. O que se tem é o esperado conflito entre o que está no plano normativo e o acontecido no plano da realidade (ROTHENBURG, 2008, p.81).

A igualdade formal é resultado do ponto de vista da política do Estado de Direito, que é baseado na lei, com o sentido igualitário da norma. Corresponde à concepção de que todos são iguais perante a lei como forma de garantia dos direitos fundamentais em consonância com o Estado. O comando legal de ser igual não pressupõe a aferição sobre qualidades ou atributos pessoais e deve estar explícito para os destinatários da norma (ROTHENBURG, 2008, p. 81).

A abstenção estatal é um traço marcante da igualdade formal, baseada numa concepção estática de igualdade. Isto é, o Estado não poderá intervir para garantir vantagem a determinada categoria de indivíduos. Ancora-se a igualdade jurídico-formal no plano político, de caráter autêntico negativo, pretendendo cessar as vantagens, isenções pessoais e prerrogativas de classe. Diante dessa perspectiva a igualdade formal tem uma vinculação ao comando legal sem auferir sobre qualidades e atributos pessoais a quem se destina a norma (SILVA, 2012, p.2).

Ao elaborar uma norma o legislador traçará um pacto isonômico, de forma que serão conferidos requisitos presentes de uma determinada coletividade para tratar de forma equivalente todos, abstratamente, sem distinção dos envolvidos. O conteúdo jurídico da

igualdade formal deve-se ressaltar nesse momento em que surge como destinatário desse princípio jurídico. A Constituição garante no artigo 5º “que todos são iguais perante a lei sem distinção [...]” e o faz sem distinguir quem seriam os destinatários específicos, servindo de orientação para todo o sistema legislativo-político-jurisdicional (SILVA, 2012,p.2).

Há, portanto, a distinção de *igualdade na lei e igualdade perante a lei*; a igualdade perante a lei possui a obrigação da aplicação das normas jurídicas gerais aos casos concretos, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza a isonomia puramente formal. Já a igualdade na lei demanda que, nas normas jurídicas, não pode haver distinções que não sejam autorizadas pela própria Constituição. De acordo com a doutrina, a igualdade perante a lei seria uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos, ao passo que a igualdade na lei seria uma exigência dirigida tanto àqueles que criam as normas jurídicas gerais como àqueles que as aplicam aos casos concretos (SILVA, 2012, p.4).

A Constituição, ao garantir no artigo 5º “que todos são iguais perante a lei sem distinção [...]” o fez, como visto há pouco, sem distinguir quem eram os destinatários específicos, servindo de orientação para todo o sistema legislativo-político-jurisdicional. O princípio da igualdade, se analisado pelo aspecto formal, poderá ser ineficaz, dado que a discriminação poderia estar presente na própria lei e a afirmação de sua vigência pelos órgãos do Estado converter-se-ia em desigualdade. (LOPES, 2000, p.2).

A sustentação da igualdade formal é baseada em fatos jurídicos, dessa maneira desponta a necessidade do tratamento igualitário, sem levar em conta as características pessoais, cultura, religião e gênero. Contudo, a igualdade formal não garante por si o tratamento justo razão pela qual buscamos a igualdade material (SALVADOR, 2012, p.376).

Diante do exposto, não basta apenas fomentar a igualdade formal porque a igualdade meramente formal não é capaz por si só de efetivar a igualdade no mundo substancial. Esse instrumento ideológico provocou, em verdade, a ocultação e exclusão das mulheres da cidadania (TREVISIO, 2008, p.8).

A igualdade formal busca cumprir os anseios do cidadão excelente, aquele que se doa a sua comunidade e deve ter seu esforço reconhecido. Dito de outra maneira, se as desigualdade não é reconhecida aos indivíduos, estes são tomados como seres abstratos. (DOMINGUES, 2002, p.132).

O conceito de igualdade material ou substancial está relacionado com a expectativa de considerar as desigualdades concretas existentes na sociedade e desapegar-se da concepção formalista de igualdade. A visão de ir além das condições fáticas e econômicas e ter um olhar

para certos comportamentos inevitáveis para a convivência humana é a característica da igualdade substancial (SILVA, 2012, p.6).

Para o alcance da efetividade do princípio da igualdade, não bastava apenas a inclusão no rol de direitos fundamentais. Assim, notou-se que para garantir a isonomia precisava-se de mecanismos da igualdade social e jurídica, pois não seria suficiente proporcionar apenas a igualdade de direitos com base na igualdade meramente formal.

A igualdade material, que conduz ao tratamento igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais, essa desigualdade de tratamento disposta em lei não pode ser de forma arbitrária. Para aferição da violação da igualdade deve ser baseado: no sentido legítimo, diferenciação jurídica com fundamento razoável e fundamento consistente (LOPES, 2000, p.3).

O texto constitucional no artigo 5º, I, prevê que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, mas mesmo com o tratamento de igualdade para as mulheres com ações afirmativas, percebe-se que os homens ainda recebem salários mais elevados e ocupam melhores postos de emprego. Na esfera da discriminação de gênero adota-se a diferença entre igualdade formal e igualdade material, possuindo a igualdade material intenção de produzir ações afirmativas com natureza política para um grupo marginalizado (ROTHENBURG, 2008, p.81).

Diante desse cenário, que visa mitigar menos o peso das desigualdades econômicas e sociais e promover a justiça social, a igualdade material auxiliou como embasamento para diversos ordenamentos jurídicos nacionais e na esfera do Direito Internacional, visando grupos socialmente fragilizados agora sujeitos concretos (SILVA, 2012, p.6).

## 2.2 Princípios da Não- Discriminação

Segundo Lopes (2000), a discriminação é a antítese da igualdade, é a negação do princípio de que todos são iguais perante a lei. As práticas discriminatórias nem sempre são manifestadas de forma clara e direta, na maioria dos casos o são de forma sutil e indireta. O autor relata que nas situações corriqueiras do acesso ao mercado de trabalho, que aparentemente estaria aberto a todos, indistintamente, o critério de seleção adotado, da “boa aparência”, possui um impacto negativo sobre certos grupos que pretende excluir (LOPES, 2015, p. 1).

Existem diferentes formas de discriminação e estereotipia que encontramos nas relações de gênero no campo do trabalho, na questão salarial, pois mulheres recebem uma remuneração abaixo dos homens para o mesmo trabalho e a diferença também é ressaltada na ocupação em

posição de comando na seara trabalhista, ou seja, as posições de chefia são ocupadas preponderantemente por homens, mesmo que estes tenham os mesmos ou menores anos de escolaridade. De acordo com a autora, a contratação de mulheres está relacionada à imagem de trabalhadoras problemáticas, pouco adequada ou diferente do modelo de trabalhador. Essa concepção de modelo no que refere à dedicação exclusiva ao trabalho, maior disponibilidade de tempo e a questão da flexibilização de turnos, além de limitações para fazer horas extras. Dessa forma, tida como “justificada”, contratações contratação no âmbito laboral e se forma assim a organização de papéis de gênero construída de maneira discriminatória (CHIES, 2010, p.56).

O combate à discriminação no âmbito trabalhista assume uma condição necessária para conseguir atingir um trabalho digno, em condição de liberdade, igualdade de oportunidades, proteção e garantir a dignidade humana da pessoa do trabalhador. A Constituição estabelece como objetivo a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceito de raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação (CF/88, art. 3º, III e IV).

A nossa Constituição prevê no artigo 11 que em empresas com número de empregados superior a duzentos assegura-se a eleição de um representante, cujo objetivo é a promoção da comunicação direta com os empregadores. Dessa forma, essa comunicação poderia ser potencializada com a criação de uma comissão equitativa no ambiente de trabalho e servir de instrumento de diversos assuntos pertinentes à empresa e conseqüentemente favorecer o combate à discriminação (PORTO, 2009, p. 258).

A sindicalização de mulheres trabalhadoras é uma importante ferramenta para o combate à discriminação na seara trabalhista. As discussões podem abordar questões que acometem as trabalhadoras, como os estereótipos de gênero nas questões de remuneração e na desigualdade de tratamento dos trabalhadores ocasionais e a tempo parcial, constituídos na sua maioria por trabalhadoras. Mas, apesar da sindicalização dessas trabalhadoras, o protagonismo nos sindicatos ainda está relacionado aos homens (PORTO, 2009, p.258).

O MERCOSUL possui relevância no tema trabalhista pela integração dos esforços para o princípio da não discriminação, valendo-se de dois caminhos: o primeiro é não deixar que alguns setores de trabalhadores sejam submetidos a exploração com mão de obra de baixo custo e com salários menores, incluído nesse caso o trabalho da mulher, que por razões sociais tem recebido remuneração inferior àquela recebida pelo homem. E a segunda é a permissão da livre circulação dos trabalhadores dos países que compõem o MERCOSUL, o que se relaciona com

a igualdade de direitos de todos os trabalhadores e o combate à discriminação (RODRIGEZ, 2000, p.447).

A convenção sobre Igualdade de Remuneração de 1951, ratificada pelo Brasil em 1957, reafirma e assegura a igualdade de remuneração por trabalho de igual valor, que sustenta o princípio fundamental disposto na convenção n.100 da OIT. O termo igual valor é considerado uma integridade de direito com força vinculante para que haja igualdade no trabalho sem comportamento discriminatório (LIMA, 2010, p.23).

O texto dessa convenção ainda dispõe que a igualdade não pode ser contemplada apenas incluindo a remuneração base, mas também nos componentes variáveis: “o termo remuneração inclui vencimentos ou salários, normal, básico ou mínimo, e quaisquer emolumentos pagos direta ou indiretamente, seja em dinheiro ou em espécie, pelo empregador ao trabalhado, em decorrência do emprego do trabalhador”, conforme disposto no artigo 1º, letra b, convenção nº 100.

Na seara trabalhista, a Convenção nº111 da OIT, ratificada pelo Brasil, aborda assuntos jurídicos cujo tema é o problema da discriminação no trabalho e a não efetivação da igualdade no trabalho. Ao abordar esse tema a Convenção elenca conjecturas de discriminação em matéria de emprego e profissão e atribui obrigações ao Estado Membros, ilustrando as situações que configuram discriminação no âmbito trabalhista (LOPES, 2000, p. 4).

O conceito de discriminação, previsto na Convenção nº 111 da OIT em seu artigo 1º, possui um impacto positivo porque além de elencar as formas de discriminação, a convenção não considera como atos discriminatórios os referentes a distinção, exclusão ou preferência quando o critério de seleção exigir qualificação ao emprego ofertado (LOPES, 2000, p.4).

Vale ressaltar que quando a OIT afirma a igualdade de remuneração não é indicativo que mulheres e homens devam receber a mesma remuneração, como também não quer dizer que deve ser alterar o trabalho realizado pelas mulheres. O intuito é a correção do fenômeno da subvalorização das profissões trabalhadas por mulheres e paga-las de acordo com o valor real da atividade, sem a inferiorização do trabalho por questão de gênero (OIT, p.80, 2007).

O princípio da não discriminação está disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual preceitua que todas as pessoas são iguais perante a lei, tendo os mesmos direitos, sem qualquer discriminação (art. 7º). A dignidade da pessoa humana está diretamente vinculada ao princípio da não discriminação. Na seara trabalhista a Organização Internacional do Trabalho prevê na Convenção nº111, ratificada pelo Brasil em 1965, que discriminação é:

“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”.

A discriminação entre homens e mulheres é verificada na prática e no mercado de trabalho. O único índice no qual a mulher apresenta maiores taxas do que os homens diz respeito ao número de empregadas domésticas, nas demais categorias o número de trabalhadores homens é sempre superior e a discriminação elevada (SALVADOR 2012, p.384).

Em síntese, podemos dizer que esse princípio leva à eliminação das diferenças que colocam um trabalhador numa situação de inferioridade ou mais vulnerável perante o conjunto, sem argumentos válidos e sem legitimidade. Dessa forma, o legislador vai acolhendo e alcançando a igualdade através da norma, condicionando limites. Onde há regras expressas não há necessidade de recorrer a princípios (RODRIGUEZ, p.445, 2000).

### 2.2.1 Discriminação positiva e negativa

O conceito de discriminar é caracterizado pela separação, diferenciar, distinguir, não se misturar, formar agrupamento com base em características étnica, cultural, religiosa e outros diante dessas características darem tratamento de forma desigual ou injusto a um indivíduo ou grupo (COUTINHO, 2006, p.13).

Os critérios são variados que poderiam evidenciar situações de discriminação. Aliando o conceito de discriminação à situação peculiar da mulher, para romper essa barreira é preciso romper com papéis e estereótipos assinalados para as mulheres com uma pretensa intenção protetora e diferenciada oriunda de sua especial natureza (LIMA, 2010, p.36).

Já o preconceito pode ser definido com a formulação precipitada de um determinado conceito. A ideia preconcebida de algo ou alguma pessoa, que pode ser um indivíduo ou um grupo; esta atitude pode levar a discriminação, determinando um tratamento diferenciado e com caráter de inferioridade, fundada no desconhecimento. A discriminação negativa não é apenas um preconceito, tanto o preconceito quanto a discriminação são situações de repúdio as diferenças (KLOSS, 2002, p.7).

As formas de discriminação podem ser caracterizadas por discriminação negativa e positiva. A discriminação negativa é aquela que segrega, excluem da vida social os membros de determinado grupo, tem como efeito provocar desigualdade injustificada. Essa discriminação pode ser manifestada de duas formas: direta ou indireta.

A discriminação negativa não é pertinente apenas ao quesito preconceito. Ela está relacionada ao preconceito e à discriminação, reproduzindo-se em formas de causar prejuízo de outro indivíduo ou de uma minoria menos abastada de pessoas que não possuem traços que correspondam às consideradas superiores (KLOSS, 2002, p.7).

A discriminação positiva é manifestada por compensação para sanar um desequilíbrio existente. Conforme Coutinho, a discriminação positiva é um conjunto de estratégias com finalidade de assegurar a igualdade de oportunidades e é uma medida excepcional para neutralizar os efeitos das desigualdades sociais. Para a autora, é um critério de justiça social através de procedimentos que vêm ao encontro das políticas protetivas para propiciar a equidade (COUTINHO, 2006,p.17).

A discriminação positiva as diferenças são tidas como importantes para justificar o comportamento diferenciador, a fim de promover o indivíduo que a possui. São as formas legítimas de se discriminar. Esse tipo de discriminação não ofende o princípio da igualdade. As ações afirmativas são consideradas formas diferenciada a categoria que possuem característica pouco ou não aceita de forma a emancipação daqueles indivíduos (KLOSS, 2002, p.8).

### 3.2.2 Discriminação direta e indireta

A forma direta é fundada em critérios proibidos, no ambiente de trabalho: o empregador trata de forma desigual em razão do sexo, cor, origem, raça, idade; esse tipo de discriminação é de vedação expressa no nosso ordenamento jurídico. Para discriminação direta e indireta, aplicam-se as regras contidas nos artigos 818, da CLT e 333, do CPC.

A teoria estática do ônus da prova, disposta nos artigos 818 da CLT e 333 CPC, para alguns autores são vista como de difícil aplicação na seara trabalhista nas situações de discriminação. Isso ocorre devido à dificuldade para demonstrar a prática discriminatória, porque o ato não se dá de forma velada, geralmente é oculto (CHEAB, 2010, p.65).

A teoria estática do ônus da prova é distribuída de acordo com as alegações das partes e com a natureza dos fatos deduzidos em juízo. A demonstração autor dos fatos que constituíram a promoção do seu direito ou o efeito jurídico, e ao réu cabe a demonstração dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos que possam revelar que as declarações do autor não procede aos efeitos por ele almejado (CHEAB, 2010, p.68).

Sobre a discriminação direta, Lima pontua a ocorrência do tratamento desigual fundado em razões arbitrárias e desmotivada. Essa discriminação é verificada quando empregador ou quem vai contratar exclui determinado grupo ou indivíduo(LIMA, 2010,p.38).



Essa forma de discriminação pode ser vista como uma forma de dominação de um grupo social sobre outro. No mercado laboral a discriminação direta relacionada a gênero pode ser observada, em que a situação civil da mulher, responsabilidades familiares e fatores relacionados a capacidade reprodutiva acabam preterindo essas trabalhadoras e os empregadores atuam sobre preferência ao trabalhador do sexo masculino tanto para a contratação como também na progressão funcional (COUTINHO, 2006, p.12).

Na forma indireta de discriminação o tratamento formal é igual, porém produz efeitos diversos, em desfavor de uma pessoa ou grupo. A manifestação aqui é a prerrogativa de certos critérios neutros, mas com a finalidade de eliminação no processo seletivo do candidato.

Visto sob esta ótica, a discriminação indireta se estreita muito com o significado de desigualdade. Os discursos jurídicos sobre discriminação indireta relatam que pela própria história do Brasil o alto grau de desigualdade sempre foi um fator marcante. A discriminação indireta manifesta no tratamento formalmente igual, porém produz efeitos diversos em desfavor do discriminado (COUTINHO, 2006, p.19).

Existem várias formas da manifestação da discriminação indireta no ambiente de trabalho, principalmente no critério de seleção para vaga de trabalho. Apesar do critério da contratação do empregado não possuir características discriminatórias, a discriminação pode ser mascarada, ocasião em que extrapola o plano objetivo das competências e recupera os estereótipos, principalmente nas questões de gênero (COUTINHO, 2006, p.19).

### 2.3 Discriminação em razão das relações de gênero na seara trabalhista

Os altos índices de ocupação das mulheres no mundo do trabalho é uma realidade na contemporaneidade, mas não significa que o acesso está relacionado a uma ocupação decente. A informalidade e a concentração em trabalhos de qualidade inferior têm crescido na América Latina (PORTO, 2009, p.245).

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho, a legislação e as políticas anti-discriminação são consideradas decisivas para o estado de desenvolvimento econômico de um país, isso não significa desenvolvimento para todos (OIT, p.22, 2007)

Ainda nos termos observados pela OIT, mesmo com um nível mais elevado de escolaridade as mulheres não conseguem suplantam a desigualdade salarial. O estudo realizado demonstra que mesmo com todas as atribuições e responsabilidades familiares, essas trabalhadoras, conseguem progredir no mercado laboral e almejam ocupação de cargos importantes, porém no tocante salário ainda recebem remunerações inferiores (OIT, p.25, 2007).

Na esfera trabalhista, a liberdade contratual que insere a liberdade de dispensa do empregado não tem compromisso com as cláusulas de não discriminação. No Brasil, a viabilidade de denúncia vazia nos contratos de trabalho, pois não se necessita de motivação fundamentada para que ocorra a dispensa do empregado, ficando embora assegurada a reparação econômica prevista na norma. Dessa forma, pode ficar oculta a discriminação nas relações laborais, porque com essa visão privatista sobre o contrato possibilita-se que o contratante possa tomar decisões preconceituosas e sem transparência, dificultando o controle judicial (PORTO, 2009, p.250).

O rompimento do contrato laboral por motivo de discriminação faculta ao empregado optar entre a readmissão com ressarcimento integral de todo o período afastado, percepção em dobro da remuneração corrigida bem como acrescida dos juros pertinentes, além do direito da reparação pelo dano moral. A discriminação deve ser provada e o ônus recai sobre o empregador, conforme dispõe o artigo 818 da CLT.

A dispensa discriminatória esta disposta na súmula 443 do TST, esta sumula é decorrente da Resolução nº185/2012. Presume-se discriminatória a despedida de cunho discriminatório os pacientes de HIV ou patologias graves que leve ao preconceito, nesse caso o empregado tem direito à reintegração no emprego e o ato é constituído como inválido.

Tratar como desiguais a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não desigualdade real. Haverá discriminação ou desigualdade flagrante se o legislador ordinário tratar com igualdade pessoas desiguais. No entanto não é possível presumir o ato discriminatório por parte do empregador. A fraude não se presume, deve ser provada. A presunção disposta na súmula é relativa, devido ser admitido o sentido contrário alegado pela empresa, a má-fé deve ser provada a quem alega (MARTINS,2015, p.371).

Devido à grande discriminação e abusos cometidos contra as mulheres no mercado de trabalho, a lei proibiu a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho (Lei 9.029/1995). Posteriormente, foi sancionada legislação inserindo regras sobre o acesso da mulher ao mercado de na CLT (Lei 9.799/1999). Foi retirada, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a expressão “aborto criminoso” (Lei 8.921/1994) em referência a redução dos dias de férias motivada pelo licenciamento compulsório da trabalhadora por motivo de aborto (Art. 131, II). Entretanto, na Seção V – Da Proteção à Maternidade, ainda consta a expressão “aborto não criminoso” (Art. 395) quando se refere ao repouso remunerado e ao direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento. Dessa forma, as normas existentes no

nosso ordenamento jurídico tentam coibir as práticas no exercício da função de chefia em relação a subordinados, baseadas na sua desqualificação e humilhação por parte dos empregadores/contratadores.

A discriminação reside no campo subjetivo e às vezes ocorre sem deixar vestígios, sendo dificultosa sua verificação e a produção dessas provas. O Estado ou o empregador podem praticar a discriminação, antecedendo a própria relação laboral, ofertando postos de trabalho, porém dificultando o acesso de determinado grupo por motivos variados, como cor, raça, gênero e religião. A discriminação também pode ser revelada na fase contratual e pós-relação laboral por parte do empregador, através de práticas discriminatórias, ofendendo o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa.

A fase pré-contratual, considerada anterior à assinatura do contrato, pode ser imbuída de práticas discriminatórias. A Constituição Federal, em seu artigo 7º, XXXIII, dispõe sobre a proibição dessas práticas. Com o objetivo de obter um trabalhador ideal, o empregador acaba invadindo a esfera pessoal do trabalhador e expõe esse futuro contratado à aplicação de questionários, com finalidades de obtenção de dados pertinentes a crenças religiosas, orientação sexual, situação familiar, pesquisa de proteção de crédito entre outras características da personalidade do trabalhador durante o processo seletivo (COUTINHO, 2006, p.110).

A lei n. 9.029 de 1995 é precisa para a mulher trabalhadora porque veda no tocante admissão de emprego, a exigência de exames e procedimentos relacionados a esterilidade ou estado gravídico. A prática desses atos por parte do empregador constitui crime, que pode culminar em detenção ou reclusão, sem nenhum prejuízo da sanção administrativa e o dano moral.

Dentro da seara de inserção do trabalhador no mercado de trabalho, a Lei n. 9799 de 1999, prevê a proibição de anúncio discriminatório de emprego referente a sexo, idade, cor e situação familiar e acrescenta também a adoção de critérios subjetivos e a proibição da revista íntima pelo empregador nas mulheres.

O acesso ao mercado de trabalho na fase pré-contratual pode ser dificultada com as chamadas “listas”, promovidas por ex-patrões com informações desabonadoras, principalmente para os empregados que procuraram reaver seus direitos através da justiça. Dessa forma, as referências do empregado para o futuro contratante são imbuídas de fatores negativos e os empregados são punidos com essas informações, dificultando-se a colocação no mercado de trabalho (COUTINHO, 2006, p.111).

A Carta Magna prevê no artigo 5º, X, a ofensa à liberdade, intimidade, vida privada ou

honra, surge o direito de reparação. Quando os atos lesarem o trabalhador, uma vez que atrapalhe a inserção no mercado de trabalho e se revele como cerceamento do direito a igualdade de oportunidade, desponta o direito à reparação.

A fase que se compreende do início do contrato até o momento anterior a extinção é caracterizado como fase contratual. Nessa fase, devido à decorrência do abuso do poder do empregador e à relação de subordinação, pode gerar-se situações insuportáveis no ambiente de trabalho, capazes de levar o empregado discriminado ao pedido de demissão. Essa prática pode estar presente nas mais diversas situações como a empregada grávida, o estado de saúde, questões de gênero e outras. O artigo 1º, III da Constituição Federal prevê que o empregador, durante essa fase, tem o dever respeitar a dignidade da pessoa do empregado (COUTINHO, 2006, p.112).

E a ultima fase é a presença da discriminação na extinção do contrato, ao findar a relação de emprego de forma unilateral. Como se vê, a discriminação pode ser vista em razão de condutas discriminatórias que sucedem em prejuízo de direitos do empregado. Nesse caso, quando a decisão da despedida imotivada por parte do empregador for um caso concreto de ato discriminatório, cabe a reparação do dano, pois é forte então a teoria da responsabilidade, que afirma do dever jurídico de ressarcir o dano causado a outrem (COUTINHO, 2006, p.110).

A conduta discriminatória, conforme já foi abordado, encontra sua vedação na Constituição Federal e também nas normas infraconstitucionais, preconizando a proibição da adoção de qualquer prática discriminatória, bem como a limitação ao acesso e manutenção do emprego.

### **Capítulo 3 - Proteção contra a discriminação no trabalho da Mulher na CLT**

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943, vigente até os dias atuais, é um instrumento na proteção dos trabalhadores e retrata uma afirmação social. Essa norma infraconstitucional, em sua estrutura possui um capítulo destinado à proteção do trabalho da mulher, encontra-se no título III, capítulo III e dispõe de 29 artigos.

A CLT assegura a proteção ao trabalho feminino embasado em resguardar à sua saúde, capacidade reprodutiva, condições de trabalho e moral. A Constituição Federal através de dispositivos específicos do trabalho da mulher amparou e estendeu essas garantias já previstas na CLT e resguardou o princípio da igualdade, dignidade da pessoa humana e acesso isonômico entre homens e mulheres no mercado de trabalho (CALIL, 2007, p.5).

A licença maternidade prerrogativa concedida para trabalhadora foi prevista pela CLT no período de 84 dias, com advento da Constituição Federal de 1988 a licença-maternidade passou a ser assegurada por um período de quatro meses (120 dias) para acolher as empregadas do setor privado, atendendo as mães biológicas e adotivas. O Estado visando à equiparação entre trabalhadoras públicas e privadas criou o Programa Empresa Cidadã (LEI 11.740/2008), que concede benefício às empresas que estendem à licença maternidade do setor privado de 120 para 180 dias período igualmente concedido a servidora pública. As empresas credenciadas que aderem a esse programa tem a dedução dos salários desses dois meses adicionais no imposto de renda.

A referida norma no artigo 391-A prevê a estabilidade no emprego durante o período gestacional, além de pagamento de salário integral e demais vantagens financeiras adquiridas. Essa garantia no ordenamento jurídico visava salvaguardar o trabalho feminino, ao não admitir a dispensa por motivo de gravidez. A dispensa da trabalhadora, durante aviso-prévio e a mesma encontra-se grávida, a empregada nesse caso faz jus à estabilidade provisória, ao salário maternidade e demais direitos previstos em lei. A proteção à maternidade é um direito

irrenunciável, não sendo permitidos contratos que estabeleçam disposição diversa (PAULA, 2008, p.132).

O Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu através da súmula nº244 que se o empregador não tem conhecimento do estado gestacional da empregada, o fato não afasta o pagamento de indenização, a trabalhadora tem direito à reintegração no período correspondente a estabilidade determinado pela garantia de emprego. O TST tem jurisprudência pacificada no sentido de que a empregada não precisa comprovar sua gravidez para o empregador, bastando apenas ter sua comprovação (MARTINS, 2015, p.143).

A confirmação perante o empregador é no sentido de dar ciência do estado gravídico é a teoria da responsabilidade subjetiva, entende que a empregada deve comprovar a gravidez perante o empregador. A confirmação deve ser realizada por ato formal, mediante apresentação do atestado médico ou exame laboratorial, desse modo o empregador tem a comunicação da gravidez da trabalhadora. Mediante o momento formal em que a empregada apresenta ao contratante é que estará protegida (MARTINS, 2015, p.144).

A situação da trabalhadora em contrato de experiência grávida, essa trabalhadora não fará gozo a estabilidade no emprego, visto que o contrato de experiência é por tempo previamente fixado e acordado e o vínculo empregatício termina ao fim do prazo do contrato e não por dispensa sem justa causa ou demissão arbitrária. A empregada terá direito ao salário e demais direitos assegurados desde rescisão do contrato até a data final de estabilidade (MARTINS, 2015, p.144).

Conforme já exposto, a disposição sobre a gestante e a estabilidade provisória encontra-se na súmula 244 do TST. Essa súmula foi definida pela Resolução Administrativa nº15/85 e posteriormente sendo modificada pela Resolução Administrativa nº121/03, que prevê a garantia de emprego à gestante só permite a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Caso contrário, a garantia delimita-se aos proventos e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade (MARTINS, 2015, p.144).

O legislador ordinário dispôs que o trabalho realizado pela gestante oferecer risco a gravidez pode ocorrer à mudança de função como medida protetiva para a trabalhadora, após o retorno desse período fica assegurado a retomada a função originária. A gestante pode solicitar dispensa de horário de trabalho, para a realização de no mínimo, seis consultas no decorrer do estado gravídico conforme dispõe a CLT, artigo 392.

A licença- maternidade e o salário maternidade por muito tempo era concedido apenas as mães biológicas, fundado na vinculação apenas ao sentido biológico da maternidade. Para as

mães adotivas, no ano 2002, com a promulgação da Lei 10.421, inseriu na CLT o artigo 392-A, estendeu essa garantia da licença-maternidade a empregadas, rurais, autônomas, domésticas, avulsas e especiais que adotar ou obtiver guarda judicial de uma criança (PAULA, 2008, p.127).

A nova redação do artigo 392 da CLT, prevendo a situação da mãe que adota uma criança tem concedida a licença maternidade, o entendimento normativo foi a equiparação da mãe biológica. Ao consentir a licença maternidade para mães biológicas com intuito do estreitamento dos laços iniciais entre mãe e filho, à adoção também traz essa mesma concepção com a chegada de um novo ser, dando início uma relação mãe e filho. A trabalhadora adotante ou aquela que obtiver a guarda judicial com finalidade de adoção de uma criança será conferida a licença progressiva de acordo com a idade da criança (SILVA, 2007, p.2).

A discriminação legislativa pode ser vista no que tange adoção, ao determinar que não existam fronteiras a adoção por casal e por famílias monoparentais formadas por um dos pais e seus descendentes. Porém mesmo com a previsão legal possibilitando essa composição familiar, não há previsão legal da extensão dessa licença quando um homem adota uma criança. Não há nenhuma disposição legal que garanta essa prerrogativa aos pais adotivos, apenas há um projeto de lei, dependendo de aprovação que garanta aos pais adotantes uma licença paternidade de cinco dias. Dessa forma, a legislação em vigor segue em desacordo com a Constituição Federal e a CLT, que prevê a proibição de qualquer distinção entre filhos adotivos e biológicos (SILVA, 2007, p.2).

O estado de saúde da gestante foi previsto na CLT e nos casos de gravidez interrompida espontaneamente, o empregador deverá liberar a empregada por duas semanas de repouso remunerado. O aborto devera ser devidamente atestado por profissional da saúde conforme disposto no artigo 395 da CLT. Alguns doutrinadores entendem que no caso do aborto não criminoso, a circunstância do filho da empregada falecer após o nascimento, em situações como parto prematuro, deve ter a estabilidade reconhecida mesmo com óbito de seu filho. Outra corrente doutrinaria possui entendimento que a estabilidade visa à proteção do nascituro, não havendo mais nascituro para proteger não há estabilidade (LEME, et al.,2012, p.9).

O retorno do período de licença-maternidade, a trabalhadora terá o direito a dois descansos de meia hora cada um durante a jornada de trabalho, para que possa amamentar o próprio filho até que ele complete seis meses de idade. A tutela assegura o desenvolvimento físico da criança, por entender que o leite materno possui ingredientes na sua constituição que não são suprimidos por qualquer outro gênero alimentar. Amamentar a criança é tanto um direito da mãe como da criança (SILVA, 2007, p.3).

A previsão do artigo 389 da CLT salienta a obrigação da proteção no ambiente de trabalho para as mães em período de aleitamento materno. Os estabelecimentos com no mínimo 30 mulheres e todas com idade acima de 16 anos, devem proporcionar locais nos quais as trabalhadoras possam deixar seus filhos para amamentação. O local deve ter um berçário, sala de aleitamento e cozinha. No entanto essas exigências podem ser atendidas com parcerias com convênios firmados entre setor público ou privado. De acordo com a portaria n. 3.296/86 do Ministério do Trabalho é permitida a substituição da concessão do estabelecimento de creche, pelo pagamento do auxílio-creche (MELO, 2011, p.5).

O impacto da licença-maternidade no âmbito laboral é um tema que gera divergência de opiniões, alguns especialistas acreditam que não há discriminação e não coloca em risco a contratação de mulheres, outros já analisam que há uma diminuição na inclusão da mulher no mercado de trabalho que encontram-se em idade fértil, o que vem ferir o princípio da igualdade (PAULA, 2008, p.134).

O governo entende que a concessão da licença- maternidade de seis meses é um benefício para mãe, criança e empregador. O benefício do empregador no caso é atribuído porque algumas mulheres completam a licença com férias, caso a licença seja estendida, o afastamento da trabalhadora pode chegar até sete meses. O ganho da licença maternidade vai além da mãe e da criança é um ganho da sociedade (PAULA, 2008, p.135).

A CLT foi concebida para a mulher de 1943. Havia, portanto, um contexto completamente diferente do que se tem hoje principalmente no ambiente laboral alguns dispositivos contidos no início tinham natureza protetiva e passaram a ser limitantes. A proibição da mulher ao trabalho extraordinário, salvo força maior era um dispositivo previsto no artigo 376 da CLT foi revogado no ano de 2001 por entender o caráter discriminatório (BARROS, 2008, p.78).

Algumas restrições previstas em lei referentes às mulheres no ambiente de trabalho ocasionaram a redução da contratação das trabalhadoras e na exclusão de inúmeras atividades. Os dispositivos restritivos foram revogados e dessa forma, atuaram como amplificador no acesso ao mercado do trabalho feminino e com o novo texto normativo surge uma aproximação para a nova realidade social. A falsa proteção era negligenciada e acarretava a trabalhos insalubres. As profissionais da área da saúde eram as trabalhadoras mais afetadas sob essa ótica, porque trabalhavam em hospitais sob-regime de hora extra, sem condições essenciais para o desenvolvimento do respectivo trabalho (BARROS, 2008, p. 76).

O trabalho noturno das mulheres previsto na CLT seguia essa linha protetiva no que



referia à proibição noturna do labor feminino na indústria, trabalho subterrâneo, nas minerações em subsolo, pedreiras, obras da construção públicas e privadas e atividades perigosas e insalubres. Atualmente, o preceito contido no artigo 376 do mesmo diploma legal no que limita o trabalho noturno feminino foi revogado em 2001, permanecendo apenas no que refere ao labor que venha demandar o emprego de força muscular superior a 20 quilos, para trabalho contínuo, ou 25 quilos para trabalho ocasional, conforme previsto no artigo 390 da CLT.

As restrições imposta as trabalhadoras no que compete ao trabalho noturno condiziam com a sociedade da primeira metade do século. A revogação da legislação sobre as essas restrições não estimula a prática do trabalho feminino em situações precárias, ao contrário, se o trabalho é arriscado, deve ser banido, reduzido com a utilização de equipamento de proteção e diminuição da jornada laboral, ate porque se o agente é capaz de acarretar tal dano ao trabalhador é indistinto ao homem ou a mulher (BARROS, 2008, p.79).

A proibição do trabalho com benzeno não esta previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, no entanto a convenção 136 da OIT foi ratificada pelo Brasil em 1992. Essa convenção dispõe os riscos provocados pela intoxicação por benzeno e proíbe mulheres grávidas ou aquelas que estejam em período de aleitamento trabalhem em locais que possam ter exposição com benzeno (Decreto nº76).

Dados estatísticos demostram que existem mais mulheres do que homens em idade economicamente ativa, com essa representatividade superior poderia pressupor que no mercado de trabalho, as trabalhadoras fossem em maior número que os homens, porém, não é o que os dados revelam. A pesquisa foi realizada em algumas capitais e constatou que o número de homens empregados era superior ao de mulheres, a única capital que destoava das demais estudadas, foi o Distrito Federal. Na capital Federal essa diferença foi bastante reduzida, acredita se que por seu um local predominante de servidores públicos concursados do país, a questão da distinção de sexo não interfere na contratação (SALVADOR, 2012, p.383).

A pesquisa do mercado de trabalho brasileiro segundo os sites de buscano Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE, OIT e Dieese, revela que o rendimento com relação a gênero, os maiores salários são atribuídos ao homem, mesmo as mulheres apresentando um grau superior de escolaridade. Essa realidade também persiste no que tange a ocupação de função e posição de chefia. Diante dessa pesquisa demonstram que as mulheres são relegadas as funções mais subalternas e aos homens as posições hierárquicas superiores (SALVADOR, 2012, p.383).

A busca da igualdade entre trabalhadores esta disposto na norma infraconstitucional, a

CLT destaca no artigo 460, que o empregado fará jus do salário igual ao daquele que fizer serviço equivalente e realizado na mesma empresa. Dessa forma, a CLT tenta coibir as práticas discriminatórias referentes a salários.

O combate à discriminação com a promoção da isonomia salarial e nas oportunidades de emprego entre homens e mulheres, foi o que dispôs a CLT no artigo 373-A. Conforme esse artigo a veiculação de anúncio de emprego com caráter discriminatório, com relação a sexo, idade e situação familiar esta proibido. No entanto há uma ressalva nos casos em que a natureza da atividade a ser exercida, assim exigir.

Com advento da Lei 9.799/99, algumas distorções contidas na CLT foram corrigidas no que tange à formação profissional e o acesso ao emprego. Assim, a referida lei veio garantir o igual acesso ao mercado de trabalho, a lei proíbe publicação de anúncio de emprego cujo texto faça menção a sexo, idade, cor ou estado de gravidez. O escopo dessa lei é impedir ou dificultar o acesso da mulher ao trabalho (CALIL, 2007, p.3).

A Lei 9.029/95 trouxe a proteção da mulher em duas vertentes; a primeira com a proibição da exigência por parte do contratante de atestados prévios de esterilização, gravidez e capacidade reprodutiva e a segunda foi tornar crime tal prática. Também ficam configurados como crime o incentivo e o instigamento por parte do contratante a práticas de controle de natalidade (CALIL, 2007, p.3).

A prática a discriminação por motivo de estado civil ou estado gestacional são proibidas conforme artigo 391 da CLT, essas proibições são intensificadas por pontos contidos no artigo 373-A. A investigação por parte do contratante do contexto pessoal e familiar pode acarretar em discriminação na época da admissão, no curso da relação de emprego e na finalização do contrato de trabalho.

No ensejo das proibições mencionadas a norma celetista dispõe no seu texto que fica vedada à revista íntima nas empregadas, como instrumento de fiscalização por parte do contratante. Mesmo sendo um direito do empregador a proteção de seu patrimônio, a revista é considerada uma extrapolação de direito. A revista não pode ser realizada como caráter pessoal no exercício do contrato de trabalho e pode ser considerada como fonte de discriminação (COUTINHO, 2006, p.25).

A obrigatoriedade de um descanso de quinze minutos, no mínimo, antes do início da jornada extraordinária da trabalhadora, encontra-se previsto no artigo 384 da CLT. Esse período não é remunerado e não computado na duração de trabalho. A penalidade imposta ao empregador por não conceder tal direito é o pagamento do intervalo não concedido de 15

minutos como hora extra. Ao conceder esse período de repouso o legislador atribuiu à existência de diferenças fisiológicas, garantindo a mulher um tratamento diferenciado porque o trabalho lhe exige um desgaste físico maior (STOPASSOLA, 2015, p.4).

O artigo 384 da norma celetista é motivo de muitos debates com relação à constitucionalidade e a inconstitucionalidade desse dispositivo. A inconstitucionalidade do artigo 384 esta relacionada a ferir o princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres previstos na Carta Magna. A tese da inconstitucionalidade do artigo 384, não foi recepcionada pelo Tribunal Superior do Trabalho ao considerar que não fere a constituição ao atribuir que a objetiva proteção à mulher esta pautada em tratamento desigual aos desiguais, tendo em vista as diferenças fisiológicas e físicas entre gênero (PORTO, 2009, p.260).

O assédio sexual no Brasil é considerado crime tipificado no Código Penal. As maiores vítimas dessa conduta são as mulheres e encontra se definida na convenção 111/88 OIT. O assédio sexual é caracterizado desrespeito a intimidade da trabalhadora e dessa forma considera uma violência contra a mulher.

O assédio sexual laboral é crime próprio. Esse crime a vítima possui uma relação de subordinação com o sujeito ativo, a consumação do crime é caracterizada quando a conduta praticada gerando constrangimento a vítima com propósito da obtenção de vantagem ou favorecimento sexual. O ônus da comprovação do assedio sofrido cabe à trabalhadora provar a ofensa sofrida, que ocorrera por queixa por ser crime de ação privada (COUTINHO,2006, p.119).

Na seara trabalhista o assédio sexual, tem uma característica *sui generis*, pois a prática dessa conduta por empregado ocupando posição hierarquicamente superior ou não, acarretará a rescisão do contrato de trabalho por justa causa. O fundamento da demissão será conforme dispõe o artigo 482, b, da CLT. A disposição do referido artigo é pautada na prática de incontinência de conduta ou mau procedimento, que reporta diretamente à moral e aos desvios de comportamento sexual (COUTINHO,2006, p.119).

As ações afirmativas com intenção de promover justiça social, em favor de grupos que sofrem desvantagens, visam corrigir desigualdade. E nesse contexto o paragrafo único do artigo 373-A da CLT prevê ações afirmativas na seara trabalhista, com adoção de políticas de igualdade entre homens e mulheres visando a correção de distorções no acesso ao mercado de trabalho, formação profissional e condições gerais de trabalho da mulher.

As políticas de ação afirmativa estão em terceiro estágio no quesito correção de desigualdades sociais, ficando atrás da isonomia e das medidas proibitivas de prática

discriminatória. A aplicação do princípio da igualdade e posteriormente o princípio da não discriminação assegura-se a equidade. Sendo assim, a ação afirmativa é uma tentativa por meio de medidas, estratégias de políticas públicas ou privadas, de trazer grupos com uma participação limitada na sociedade e discriminados para inclusão social e dirimir as desigualdades existentes (COUTINHO, 2006, p.178).

No âmbito do trabalho da mulher, as ações públicas são desenvolvidas para alcançar a equidade de gênero, no mundo do trabalho. As parcerias firmadas com organismos internacionais e órgãos nacionais, dentre outros objetivos, visa à eliminação de todas as formas de discriminação da mulher trabalhadora. O Plano Nacional de políticas para Mulheres possui um importante papel para ações afirmativas voltadas para a mulher em diversos segmentos que envolvem saúde, trabalho, educação e violência doméstica (COUTINHO, 2006, p.154).

O Estado deve promover igualdade de oportunidades por meio de políticas públicas e leis que atendem às necessidades e especificidades dos grupos menos contemplados, seja devido ao preconceito ou da própria realidade social e cultural. A necessidade de políticas públicas exige a atenção à variedades individuais. São políticas que enxergam a solidez da igualdade material e são chamadas de ação afirmativas (KLOSS, 2002, p.4).

### **Considerações finais**

Com o advento da industrialização a mão de obra feminina foi recrutada para suprir a demanda capitalista, mas as condições de trabalho eram desfavoráveis e precárias, ocasionando em exclusão social e política dessas trabalhadoras. Diante deste contexto histórico, a inserção da mulher no mercado de trabalho foi estigmatizada como um labor de menor valor e baixa remuneração quando comparada aos salários pagos aos homens.

Ao longo dos últimos anos, a mulher brasileira está participativa no mercado de trabalho, aumentou sua escolaridade e são chefes de família. Mas na seara trabalhista algumas características ainda perduram com relação ao passado, elas ainda ganham menos que os homens, não assumem funções de destaque e demoram a ser promovida, a desigualdade na questão de gênero é reveladora.

As conquistas referentes ao direito do trabalho da mulher são frutos de reivindicações na busca do respeito e igualdade, visando coibir as práticas discriminatórias. O direito do trabalho feminino passou por uma fase protetiva, que resguardava a mulher para a prática de alguns trabalhos, não obstante essa proteção ocasionasse, paradoxalmente, a exclusão da mulher do mercado laboral. Com a transformação da sociedade o caráter protetivo foi mantido apenas nas condições reais e atualmente se fala em caráter promocional de direitos do trabalho da mulher.

Constata-se que a mulher trabalhadora obteve protagonismo com o texto constitucional de 1988 que incorporou temas relevantes como igualdade de gênero, licença maternidade, proibição na diferença de remuneração e igualdade de direitos. Nesse sentido, entende-se que o princípio da igualdade material é reconhecido pelas constituições democráticas, com a garantia do tratamento igualitário para os iguais e de tratamento desigual quando a igualdade não se faz presente.

Na esfera trabalhista a igualdade perante a lei é permitir o tratamento igual nos planos de oportunidade de acesso ao trabalho, remuneração e promoções e do exercício de profissões. O princípio da não discriminação no mercado laboral feminino beneficia a construção da sociedade em termos econômicos e sociais e não apenas as mulheres.

É possível perceber, que as leis tradicionais não são suficientes para a correção das

distorções na desigualdade de gênero na seara trabalhista, que permearam nossa sociedade por décadas. As ações afirmativas somadas à aplicação das normas que proíbem a discriminação manifesta permitem ao Poder Público o consubstanciar o princípio da igualdade, promovendo assim mudanças de comportamento e atitude da sociedade.

## Referências

- BARROS, Alice Monteiro de. **Cidadania, Relações de Gênero e Relações de Trabalho**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3 Reg. Belo Horizonte. 2008.
- BOCCHETTI, Alessandra. **Cidadania e Feminismo. Edição Especial**. São Paulo: Metis, 1996.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. 05 de out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)
- CABRAL, Karina Melissa. **Direito da Mulher de Acordo com o Novo Código Civil**. Leme: LED, 2004.

- CALIL, Léa Elisa Sillingowschi. **Direito do trabalho da mulher: ontem e hoje**. 2007
- CANOTILHO, Gomes JJ. **Direito Constitucional e teoria da constituição** 5ed. Almedina.
- CHEAB, Gustavo Carvalho. **O Princípio da Não Discriminação e o Ônus da Prova**. 2010
- CHIES, Paula Viviane. **Identidade de Gênero e identidade Profissional no Campo de Trabalho**. 2010
- COIMBRA, Patrícia. **Direito das Mulheres Pós- Constituição: Um estudo descritivo**. Brasília 2011.
- COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação no Trabalho: Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades**. OIT. Igualdade Racial.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007
- FILIFE, Odete. **A OIT e a Igualdade de Gênero no Mundo do Trabalho**. Lisboa: Msess, 2013.
- FONSECA, Tania Mara Galli. **Gênero, subjetividade e trabalho**. Petrópolis RJ: Vozes, 2000.
- HOBBSAWM, E. J. **Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- KLOSS, Larissa Renata. **A Discriminação da Mulher Negra, No Mercado de Trabalho**. Rev. TRT 9 Curitiba. 2002
- LEME, Fabrício Augusto Aguiar, et al. **Da Aplicabilidade da Estabilidade Gestante no Caso de Aborto**. Rev. Ele. Fac. Don Domêncio, 2012
- LIMA, Maria da Glória Malta Rodrigues Neiva. **A proteção da Igualdade de Gênero no Ordenamento Jurídico Nacional e Internacional e os Mecanismos Asseguratórios**. Ver. TRT – 9. Curitiba a.35, n.65, 2010.
- LOPES, Otavio Brito. **A questão da discriminação no trabalho**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_17/Artigos/art\\_otavio.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_17/Artigos/art_otavio.htm).
- MARQUES, Eliza; et al. **As Mulheres e os Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Cepia, 2001.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários às Súmulas do TST**. São Paulo: Atlas, 2015.
- MATOS, Marlise; CORTÊS, Iáris Ramalho. **Mais Mulher no Poder – Contribuição à Formação Política das Mulheres**. Brasília: Presidência da Republica, Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2010.
- ODETE, Filipe. **A OIT e a Igualdade de Género no Mundo do Trabalho**. Lisboa. 2013
- PAULA, Liria dos Santos; MUNIZ, Débora Lídia Lobo. **Licença-Maternidade: O Aumento do Período de Afastamento para a Mãe Trabalhadora**. 2008.
- PORTO, Noemia. **Entre o Global e o Local: O Princípio Fundamental da Igualdade no Trabalho na Perspectiva de Gênero**. Brasília 2006.
- RAGO, M. **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1997.
- RODRIGUES, Paulo Jorge, et al. **O trabalho Feminino durante a Revolução industrial**. Soa Pulo: LTR, 2002.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade Material e Discriminação Positiva: O Princípio da Isonomia**. 2008.
- SALVADOR, Tatiana Francio. **Desigualdade entre Gênero no Universo do Trabalho: Um Hiato entre a Constituição e a Realidade**. Boletim Científico ESMPU, Brasília 2012.
- SILVA, Aarão Miranda da. **O Direito do Trabalho da Mulher e a Maternidade** 2007. <http://www.ambito-juridico.com.br>.
- SILVA, Nicolas Trindade. **Da Igualdade Formal a Igualdade Material**.

Conteúdo Jurídico, [http:// www. conteudojuridico.com.br](http://www.conteudojuridico.com.br).

STOPASSOLA, Ariane. **Análise Contextual do artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho a Luz do Julgamento do Recurso Extraordinário 658.312 do Supremo Tribunal Federal.**

TREVISO, Marco Aurélio Marsglia. **A Discriminação de Gênero e a Proteção à Mulher.** Uberlândia. 2008.