

**João Hélder Dantas Cavalcanti**

**O DIREITO À IGUALDADE NA APLICAÇÃO  
DA LEI E DO PRECEDENTE JUDICIAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico, sob a orientação do Professor Doutor Ari Marcelo Solon.

**Mackenzie/SP  
2007**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

---

---

---

*Aos meus pais, Jessé e Crinaura, pela educação que recebi.  
À memória de Sabino Gentile.*

*À minha esposa, Lygia; e aos meus filhos, João Gabriel, Luiz  
Felipe e Serena Valentina, pelas ausências durante os estudos.*

## AGRADECIMENTOS

Ao Profº Dr. Ari Marcelo Solon, exemplo de bondade, dignidade e permanente estímulo aos estudos, deixo registrada a minha gratidão e felicidade por ter usufruído sua inestimável orientação.

Muitíssimo obrigado, Professor!

Ao amigo e Profº Dr. José Francisco Siqueira Neto, de quem recebi o incentivo maior para fazer este mestrado.

Ao Profº Dr. Celso Antônio Bandeira de Mello, cuja vida e obra honra o rol dos brasileiros mais ilustres, registro minha felicidade e gratidão pela pronta disposição com que aceitou o convite para integrar o corpo de examinadores.

Ao Profº Dr. Giberto Bercovici, pela admiração que tenho à sua obra e inteligência privilegiada.

Ao Profº Dr. Alysson Mascaro, por renovar sonhos e esperanças.

Aos meus amigos e sócios, Marcos Oliveira e Manoel Batista, minha eterna gratidão pela ausência do escritório no período dedicado aos estudos.

À minha irmã Ana Célia pela inestimável ajuda, carinho e afeto recebidos

À Janice, minha Secretária, sempre presente.

Aos Professores da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

## RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a incidência do princípio da igualdade na aplicação da lei e do precedente judicial, quando o mesmo magistrado ou Corte, e os Tribunais, principalmente os Superiores – porque possuem a missão de uniformizar a jurisprudência nacional – decidem causas iguais de forma diferentes. Esta divergência não se coaduna com o modelo de Estado, com a Constituição e com os objetivos da República, além de violar direitos e garantias fundamentais. Leibholz e Radbruch formularam conceitos de Direito, Justiça e Igualdade. As desigualdades econômicas, sociais, políticas e culturais dificultam o acesso à justiça e à ordem jurídica justa, deixando os menos favorecidos – que são os mais necessitados – mais expostos a situações que reclamam por justiça. O desenvolvimento nacional é inclusivo e todo projeto voltado a este fim deve levar em conta esta característica. A legitimidade é essencial à democracia política, social e econômica de qualquer nação. O princípio da igualdade é, como bem disse Radbruch, a medula da Justiça. Quando a igualdade é violada o Direito e a Justiça devem ser restabelecidos. O juiz está vinculado eticamente com sua decisão. Para modificá-la quando se depara com um outro caso, porém igual àquele anteriormente apreciado, deve justificar de forma fundamentada, razoável e racional as razões pelas quais decidiu alterar seu ponto de vista, demonstrando também que essa alteração tem amparo em posições doutrinárias anteriores e que esta nova maneira de pensar será adotada para todos os casos futuros, de modo a não caracterizar julgamento *ad personam*, violador do princípio da igualdade, do juízo natural, do dever de imparcialidade, do devido processo legal e de outras garantias e direitos fundamentais. Comprovada a violação a esse direito e garantia fundamental do cidadão este pode acionar a Corte Interamericana de Direitos Humanos para que o Estado brasileiro repare o dano que lhe foi causado pela promessa não cumprida. O desrespeito às *regras do jogo* conduz a uma situação extremamente grave, porque só o Estado de Exceção – que chega até a contrariar a idéia de Direito – poderia, ainda que em tese, porque a Corte Interamericana já se posicionou com restrições a essa idéia, suspender os direitos e garantias fundamentais do cidadão. O princípio da igualdade, portanto, inspira a ordem jurídica interna e todo o arcabouço do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cabendo ao Estado velar diuturnamente por sua plena aplicação.

## ABSTRACT

This study aims at analyzing the equality's principle incidence in applying the law and of legal precedent, when the same judge or Court and the Tribunals, mainly the Higher Courts – because they have the mission of uniformizing the national jurisprudence - they decide similar causes in a different form. This divergence does not agree with the State model, with the Constitution and with the objectives of the Republic, besides violating rights and fundamental warranties. Leibholz and Radbruch formulate concepts of Right, it Executes and Equality. The economical, social, politics and cultural inequalities hinder the access to justice and the fair jurisprudence, leaving the less favored people – that are the most needy – more exposed to situations that claim for justice. The national development is inclusive and any project towards this end should take into account this characteristic. The legitimacy is essential to the political, social and economical democracy of any nation. The principle of equality is, as well said Radbruch, the core of Justice. When the equality is violated, the Right and the Justice should be reestablished. The judges are committed ethically with their decision. To modify it when one is confronted before another case, however, equal to the appreciated case, you should justify in a well-grounded, reasonable and rational report the reasons for the which you decided to amend your point of view, also demonstrating that such amendment is supported on previous doctrinaire positions and that this new way of thinking will be adopted for all of the future cases, in such a way to not characterize *ad personam* judgment, violating the principle of equality, natural judgment, impartiality duty, due legal process and other warranties and fundamental rights. Once the violation of that right and the citizen's fundamental warranty has been proved, the citizen may set in motion the Interamerican Court for Human Rights, so that the Brazilian State shall repair the damage that has been caused to the citizen by the non-complied promise. The disrespect to the *rules of the game* leads to an extremely serious situation, because only the State of Exception – that may even come to contradict the idea of Right – although in theory, because the Interamerican Court has been already positioned with restrictions to that idea, to suspend the citizen's fundamental rights and warranties. The principle of equality, therefore, inspires the internal jurisprudence and the whole framework of the International Law of Human rights, falling to the State to long lasting zeal for its full application.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>I – A IGUALDADE</b> .....	16
1.1 TÓPICOS HISTÓRICOS.....	16
1.2 IGUALDADE E CONSTITUCIONALISMO MODERNO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL.....	26
1.3 DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADE À IGUALDADE DE RESULTADOS.....	46
1.4 IGUALDADE E SOLIDARIEDADE.....	50
1.5 O IGUALITARISMO.....	52
<b>II – A IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988</b> .....	55
2.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	55
2.2 A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO, VALOR E DIREITO FUNDAMENTAL.....	68
2.2.1 A igualdade como princípio.....	71
2.2.2 A igualdade como valor.....	72
2.2.3 A igualdade como direito fundamental.....	74
2.3 DAS GARANTIAS PROCESSUAIS DO CIDADÃO.....	76
2.3.1 Acesso à justiça e à ordem jurídica justa.....	80
2.3.2 Devido processo legal, ampla defesa e contraditório.....	84
2.3.3 Independência judicial e legitimidade democrática do magistrado.....	88
2.4 IGUALDADE E SEGURANÇA JURÍDICA.....	93
2.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	95
<b>III – TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS E SEU PROCESSO         DE INTERNACIONALIZAÇÃO</b> .....	98
3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CARACTERÍSTICAS.....	98
3.2 OS TRATADOS INTERNACIONAIS.....	106
3.3 DESAFIOS E PERSPECTIVAS.....	113
3.4 INTERNACIONALIZAÇÃO E JUSTICIONALIZAÇÃO.....	124

3.5 OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS.....	127
<b>3.5.1 O Sistema europeu.....</b>	<b>129</b>
<b>3.5.2 O Sistema Africano.....</b>	<b>137</b>
<b>3.5.3 Sistema interamericano.....</b>	<b>141</b>
<b>3.5.4 A construção dos sistemas árabe e asiático.....</b>	<b>150</b>
3.6 O CARÁTER EMANCIPATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS.....	151
<b>IV – A IGUALDADE NA APLICAÇÃO DA LEI.....</b>	<b>155</b>
4.1 A DIMENSÃO DA IGUALDADE.....	155
4.2 ÉTICA, RAZOABILIDADE E RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	168
4.3 A CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO DE RADBRUCH.....	174
4.4 SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. HOMOGENEIDADE DE DIREITOS E UMA SÓ DECISÃO.....	183
4.5 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA APLICAÇÃO DA LEI À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA ALIENÍGENA.....	190
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>202</b>
<b>FONTES E BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>207</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>221</b>

*"Faz hoje cem anos precisamente que um pobre e esplêndido poeta, o mais atroz dos desesperados, escreveu esta profecia: 'A l'aurore, armés d'une ardente patience, nous entrerons aux splendides Villes' (Ao amanhecer, armados de uma ardente paciência, entraremos nas esplêndidas Cidades).*

*Eu creio nessa profecia de Rimbaud, o vidente. Venho de uma obscura província, de um país separado de todos os outros pela cortante geografia. Fui o mais abandonado dos poetas, e minha poesia foi regional, dolorosa e chuvosa. Contudo, sempre tive confiança no homem. Jamais perdia a esperança. Por isso talvez tenha chegado até aqui com minha poesia e também com minha bandeira.*

*Em conclusão, devo dizer aos homens de boa vontade, aos trabalhadores, aos poetas, que todo o porvir foi expressado nessa frase de Rimbaud: 'só com uma ardente paciência conquistaremos a esplêndida cidade que dará luz, justiça e dignidade a todos os homens.'*

*Assim a poesia não terá cantado em vão."*

*Pablo Neruda, Parte final do discurso pronunciado por ocasião da entrega do Prêmio Nobel de Literatura, em 1971.*

## INTRODUÇÃO

*A tese da igualdade em si já tem um papel decisivo em outros contextos, ou seja, na fundamentação do meio de organização que domina o mundo de estados modernos, a democracia.*<sup>1</sup>

Ao alvorecer desse novo século permanecemos em nossa incansável busca pela paz e harmonia entre os povos. Sabemos que para alcançarmos esse objetivo é fundamental uma justa e equitativa distribuição da riqueza. E com o olhar na história nos damos conta da exata dimensão do princípio da igualdade para a evolução da vida em sociedade e para a compreensão do verdadeiro papel do Estado e do seu futuro.

As organizações políticas e os movimentos sociais mais comprometidos com o projeto de construção de um novo homem, de uma nova sociedade, compreendem desde o final da II Guerra Mundial que para complementar a democracia política é fundamental aprofundar a democracia econômica. Há, portanto, um compromisso histórico do homem com a *igualdade*.

Dos inúmeros escritos sobre a igualdade um ganha destaque: “Crítica ao Programa de Gotha”, de Karl Marx. Nele Marx não se limita a formular uma crítica à **igualdade formal**. Vai mais além. Investiga as causas da desigualdade social e põe em relevo que a máxima de Lassalle do “direito igual de cada um ao igual produto do trabalho” significa apenas “o direito da desigualdade”.<sup>2</sup> Contudo, a abordagem marxista do Direito baseada no materialismo histórico não é o objetivo desse ensaio.

O objeto da presente investigação é o princípio da igualdade como orientador do sistema jurídico de uma nação e como ele opera na aplicação da lei e do precedente judicial ou jurisprudência uniformizada. Estudar sua dinâmica histórica é tão relevante que para Gerhard Leibholz sua interpretação deve ser feita em consonância com o momento histórico-constitucional, sendo também inimaginável pensar o princípio da igualdade sem se considerar os escritos de Gustav Rabruch, para quem a *igualdade é a medula da justiça*.

---

<sup>1</sup> LEIBHOLZ, Gerhard. *Die Gleichheit vor dem Gesetz – Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*. Tradução livre. Berlin: Verlag von Otto Liebmann, 1925. p.16.

<sup>2</sup> MARX, K. *Crítica ao programa de Gotha. Obras Escolhidas*. São Paulo: Alfa-omega, s/d. p.214.

Ademais, a crescente complexidade do ordenamento jurídico e as demandas sociais vistas em um contexto globalizado e em permanente transformação, em que as desigualdades crescem em todos os setores da vida humana, impõem que se estabeleça na agenda nacional lugar de destaque ao tema e à sua relação com a realização dos direitos fundamentais, indagando-se, conseqüentemente, em que base constitucional opera a independência judicial plasmada nos pilares da igualdade, da segurança e da legalidade. Isto porque as normas hoje não se encontram apenas na Constituição, nos Códigos e nas leis em geral, mas também em outros níveis, como os Tratados Internacionais relativos aos Direitos Humanos, sendo que estas não são as únicas fontes de direito.

Portanto, as fortes transformações sociais e suas repercussões em âmbito legislativo levam a uma vasta produção de leis que, quando acrescida ao fluxo interminável de decisões judiciais díspares, provoca uma verdadeira crise na informação jurídica que se convencionou chamar de “segurança jurídica”.

Por outro lado, não se pode esquecer que os valores sócio-culturais não são homogêneos e que os juízes, como cidadãos, não são neutros em suas formulações. Tal fato evidencia a dificuldade em se estabelecer um marco divisório a partir do qual o cidadão possa se sentir seguro contra os subjetivismos arbitrários do julgador na aplicação do direito, sem que isto represente uma violação à garantia de imparcialidade, mas, ao contrário, a reafirme aos olhos do cidadão e da sociedade como realização do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais em sua dupla dimensão: como direitos subjetivos e como valores objetivos que vinculam o legislador, a administração pública e o aplicador da lei.

Dessa forma, a reflexão aqui proposta acerca das decisões judiciais díspares quando oriundas da mesma Corte, em especial aquelas dos Tribunais Superiores e a Corte Suprema, cuja missão é uniformizar a jurisprudência nacional e exercer o controle de constitucionalidade, pela ordem, leva em conta que o princípio de motivação das decisões judiciais constitui também um direito fundamental e que a divergência jurisprudencial em si representa apenas uma das diversas maneiras de se interpretar a legalidade e, por isso, não é por si só violadora do princípio da igualdade na aplicação da lei.

Todavia, uma vez solucionada a divergência interpretativa pelo Tribunal encarregado de transformar a pluralidade em unidade, qualquer alteração deve ser

devidamente explicada e adotada nos processos futuros. Isto porque o princípio da igualdade busca não apenas assegurar as mesmas condições a todos, mas também coibir discriminações e arbitrariedades dos poderes públicos, de modo que uma decisão judicial prolatada em um processo não pode ser resultado do voluntarismo seletivo, quando outros casos foram resolvidos de forma diversa.

Esta reflexão também traz ínsitos problemas relevantes e atuais que se vinculam às transformações do Estado e suscita o papel reservado aos magistrados nas sociedades contemporâneas, especialmente quanto à realização da Constituição e seu conjunto de regras e princípios.

Nesse sentido, o primeiro capítulo da presente dissertação procura apresentar tópicos históricos acerca da evolução do pensamento da igualdade e sua vinculação com o modelo de Estado. O segundo se propõe a debater a igualdade na Constituição de 1988 e sua relevância ao Estado Democrático de Direito, analisando-a como princípio, como valor e como direito fundamental; além de demonstrar seu papel de sustentação e inspiração ao ordenamento jurídico, inclusive no que toca às garantias processuais do cidadão.

O terceiro capítulo, por sua vez, convoca o Direito Internacional dos Direitos Humanos para que se possa aquilatar a importância de um sistema de proteção internacional e também dos regionais, convivendo em harmonia com as Constituições dos Estados Nacionais, em um esforço para materializar os direitos fundamentais. Por fim, o quarto capítulo trata da dimensão da igualdade, da exigência de uma racionalidade e razoabilidade às decisões judiciais e do compromisso ético do magistrado ou da Corte com a sua decisão; além de demonstrar a atualidade de Radbruch, para quem a medula da justiça é a igualdade e alguns mecanismos processuais, como a substituição processual, permitem decisões homogêneas para as chamadas macro-lesões e asseguram a igualdade na aplicação da lei.

Ainda no quarto capítulo, também são invocadas decisões de Tribunais Constitucionais de diversos países que se preocupam com o tema e asseguram ao cidadão mecanismos processuais eficientes à defesa da igualdade na aplicação da lei, enxergando-a como direito fundamental. Ademais, demonstra que quando constatado que o mesmo magistrado ou Tribunal fugiu voluntariamente dos seus próprios precedentes ou da sua jurisprudência uniformizada, sem esclarecer as razões que o fizeram mudar seu posicionamento e sem informar que essa mudança será mantida, fica

caracterizada a violação ao direito à igualdade na aplicação da lei. E, desde que esgotados os recursos internos, tal situação pode ser levada à Corte Interamericana de derechos humanos por caracterizar violação ao princípio da igualdade<sup>3</sup>, até porque este fato também se traduz em negação às garantias processuais previstas em diversos incisos do art. 5º da Constituição Federal, que tem o princípio da igualdade como sua viga-mestra.

Também não se pode falar em Estado Democrático de Direito ante a desigualdade na aplicação da lei, uma vez que uma das suas principais características, senão a fundamental, reside no fato de que a lei deve ser igual para todos não apenas como comando, como *dever ser*, mas especialmente como *ser*, com efetiva aplicação. Estabelecer critérios e condições que permitam essa equiparação entre uma e outra decisão judicial quando se pretende revelar que uma delas se afastou arbitrariamente de precedente ou jurisprudência uniformizada representa o maior desafio a ser enfrentado, constituindo-se a presente investigação científica uma mera proposição ao desenvolvimento do tema.

---

<sup>3</sup> “*En las sociedades democráticas contemporáneas se ha tornado visible que el derecho vigente y operativo cuenta con una dimensión axiológica que se reconoce principalmente con el rótulo de los derechos humanos. El texto Del art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes Del Hombre es elocuente y significativo cuando establece el derecho de concurrir a los tribunales para que se lo ampare contra acto de autoridad que viole ‘alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. Se patentiza en ese artículo y muchos otros del derecho internacional humanitario, esa tensión que puede haber entre las autoridades y sus decisiones normativas, por un lado, y los ciudadanos y los derechos que le corresponden en justicia, por el otro. De mil formas el derecho intenta reaccionar contra aquel iuspositivismo dogmático que podía sintetizarse en ‘dura lex, sed lex’, y es precisamente el ámbito judicial en donde, más difícil es desoír el reclamo frente a la injusticia extrema, por eso se puede entender el reconocimiento de la ‘objección de conciencia’ para incumplir la ley; la interpretación equitativa de la ley que la exceptúa para un caso particular sin afectar su constitucionalidad; el informalismo y activismo que transita en la actividad judicial en aras de una justicia verdadera y rápida; el reclamo de Cappeletti por ‘el acceso a la justicia’ y el de Ferrajoli por ‘el garantismo de los derechos sociales’; la operatividad de los Preámbulos constitucionales y los derechos humanos en la medida que estén suficientemente precisados en la Declaración respectiva; etcétera. El derecho positivo tiene en el momento judicial la última oportunidad para recuperar su fin legitimador o resignarse a ser corrupto por infidelidad a ese fin (MacIntyre), y ése es el reclamo de Villey cuando exige a los juristas volver a la pregunta aristotélica por el fin del derecho, o sea por la justicia o el ‘to dikaion’. El derecho es para el profesor francés ‘la administración de la justicia’ y por eso explicaba Aristóteles que cuando los ciudadanos están en desacuerdo ‘recurren al juez, pues ir al juez es ir a la justicia; y el juez quiere ser la justicia animada’ (Ética a Nicómaco 1132 a, 19-22). Sérgio Cotta en sintonía con esas enseñanzas define a la norma como un nexo triádico compuesto por ‘enunciado deóntico-justificación-interpretación’, con la advertencia de que ‘la obligatoriedad de la norma depende de la validez de su justificación, que es, por consiguiente, el fundamento de aquella’. Está claro que en esa interpretación y justificación puede el jurista enfrentarse al supuesto de una ‘injusticia extrema’ en general o para el caso que le toca decidir; y ahí una más sonarán las palabras de Radbruch converso al iusnaturalismo declarando que esse derecho no es tal por razón de su injusticia extrema’.* VIGO, Rodolfo Luis. *De la ley al Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2005. p.45-46.

A razoabilidade, a racionalidade, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, a segurança jurídica, a dignidade da pessoa humana, o princípio da eficiência e o papel dos Tribunais Superiores<sup>4</sup>, entre outras, são razões mais que suficientes para se demonstrar que o princípio da igualdade na aplicação da lei se mostra perfeitamente justificado e coerente com o sistema jurídico, traduzindo-se não apenas em pleno acesso à ordem jurídica, mas também em respeito ao Estado Democrático de Direito (“destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”<sup>5</sup>) e aos objetivos da República, assim aludidos no art. 3º<sup>6</sup>:

I- Construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II- Garantir o desenvolvimento nacional;

III- Erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e

IV- Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

---

<sup>4</sup> “O *intérprete/autoridade pública* não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas. Nesse sentido a intenção do legislador constituinte ao prever o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (uniformização na interpretação da Constituição Federal) e o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (uniformização da legislação federal). Além disso, sempre em respeito ao princípio da igualdade, a legislação processual deverá estabelecer mecanismos de uniformização de jurisprudência a todos os tribunais.” MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2005. p.82.

<sup>5</sup> Transcrição parcial do preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05.10.1988.

<sup>6</sup> “Os princípios constitucionais fundamentais, como os mencionados no art. 3º, têm a função, entre outras, de identificação do regime constitucional vigente, ou seja, fazem parte da fórmula política do Estado, que o individualiza, pois esta diz respeito ao tipo de Estado, ao regime etc. Também define e delimita a identidade da Constituição perante seus cidadãos e a comunidade internacional. Em suma, a fórmula política é a síntese jurídico-política dos princípios ideológicos manifestados na Constituição. O que contraria essa fórmula política afeta a razão de ser da própria Constituição. O art. 3º da CF, além de integrar a fórmula política, também é, na expressão de Pablo Lucas Verdú, a ‘cláusula transformadora’ da Constituição. A ideia de ‘cláusula transformadora’ está ligada ao art. 3º da Constituição Italiana de 1947 e ao art. 9º da Constituição Espanhola de 1978. Em ambos os casos, a ‘cláusula transformadora’ explicita o contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la. Desde modo, ela impede que a Constituição considere realizado o que ainda está por se realizar, implicando a obrigação do Estado em promover a transformação da estrutura econômico-social. Os dois dispositivos constitucionais supracitados buscam a igualdade material através por meio da lei, vinculando o Estado a promover meios para garantir uma existência digna para todos.” BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento. Uma Leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.36-37.



## I – A IGUALDADE

*Não há mais judeu ou grego, escravo ou livre, homem ou mulher, pois todos vós sois um só, em Cristo Jesus.*<sup>7</sup>

### 1.1 TÓPICOS HISTÓRICOS

Iniciar o presente ensaio com **Paulo de Tarso** é convocar o cristianismo primitivo para situar a idéia e a preocupação da *igualdade* no seu mais remoto momento histórico; talvez não se possa imaginar uma frase tão magnífica e com tamanha afirmação da *igualdade* entre os homens. Com efeito, quando o apóstolo Paulo fala em *judeu* e *grego* lança um apelo à igualdade cultural; quando menciona *escravos e livres* chama atenção para a igualdade social; e, finalmente, quando diz *homens e mulheres* afirma a igualdade de gênero. Demonstra, assim, que a igualdade não pode ser apenas formal, mas também material.

Todavia, bem antes do Cristianismo os gregos já manifestavam preocupação com o conceito e dimensão da igualdade, tanto que em *Sólon* (c. 640-560 a.C.) a igualdade surge como um ideal e alcança importância com os pitagóricos. A base da doutrina de Pitágoras consiste no entendimento de que a substância das coisas é o número; logo, todas as oposições das coisas se reduzem a oposições entre números. Assim, a oposição principal das coisas no que tange à ordem mensurável que forma sua substância é a de limite e ilimitado. O limite permite a medida, ao passo que o ilimitado a exclui. Em consonância com esta oposição se encontra o contraste fundamental dos números par e ímpar. Neste último a unidade díspar é o limite do processo de numeração; enquanto que no primeiro este número falta e o processo fica inconcluso. A unidade é o parímpar porque seu crescimento transforma em par o ímpar e em ímpar o par.

---

<sup>7</sup> Carta de São Paulo aos Gálatas, 3, 26-29.

A doutrina dos pitagóricos embasa-se na premissa de que a substância das coisas é o número. Os adeptos do pitagorismo associavam a idéia de Justiça com um número par. Ou seja, o número de partes deveria ser igual ao valor numérico de cada uma.

Platão (c. 429-347 a.C.), diante da desigualdade existente na sociedade da época, sustentou na *República* a igualdade de oportunidade. Defendeu a necessidade de as crianças virtuosas e talentosas terem acesso à igualdade de oportunidade como maneira de as desigualdades sociais serem vencidas. Nas *Leis* Platão chama atenção para a aplicação do princípio da igualdade às coisas desiguais, que, segundo diz, traz como resultado uma desigualdade, salvo se alguma medida devida ou compensatória for aplicada. Ou seja, assim se vê a aplicação do princípio segundo o qual são tratados desigualmente os desiguais para que o princípio da igualdade seja observado.

Na *Política*, Aristóteles (384-322 a.C.), discípulo de Platão que, portanto, também viveu e escreveu para uma sociedade que aceitava a escravatura de maneira natural, estabeleceu uma diferenciação entre a *igualdade em número* e a *igualdade em proporções*.<sup>8</sup> A primeira é aquela em que existe uma idêntica relação da quantidade e da grandeza, e na segunda há apenas uma identidade de relação. No entanto, o que chama a atenção na *Política* é a afirmação de Aristóteles de que “todas as revoluções têm por objetivo o restabelecimento da igualdade”.<sup>9</sup> Assim, já em Aristóteles é possível perceber que a igualdade também tem forte conotação política e que quando o povo se sente excluído do processo e da divisão da riqueza nacional pode se manifestar para aprofundar a democracia social e econômica.

No entanto, em *Ética a Nicômaco* a idéia de igualdade recebe um especial contorno, uma vez que Aristóteles a associa ao conceito de Justiça.<sup>10</sup> O Direito é a emanção da Justiça e ambos representam a igualdade.

---

<sup>8</sup> “§ 7. Há duas espécies de igualdade: a igualdade em número e a igualdade proporcional. Eu chamo de igualdade em número aquela que é idêntica e igual na relação da quantidade e da grandeza; chamo igualdade proporcional a identidade de relação. Por exemplo, três ultrapassa dois e dois ultrapassa um em número igual; mas quatro ultrapassa dois e dois ultrapassa um em número igual em proporção igual, por isto é, a metade. Ora, convindo os cidadãos em considerar justa a igualdade absoluta, já não concordam sobre a igualdade proporcional, como acima foi dito; uns, por serem iguais em alguma coisa, imaginam que o são em tudo; outros, por possuírem alguma vantagem, pretendem todo o gênero de privilégios.” ARISTÓTELES. *A Política*. Bauru: EDIPRO, 1995. p.259.

<sup>9</sup> *Ibidem*. p.259.

<sup>10</sup> “[...] Mas a justiça nas transações entre um homem e outro é efetivamente uma espécie de igualdade, e a injustiça nessas relações é uma espécie de desigualdade, todavia não de acordo com a espécie de proporção que citamos, e sim de acordo com uma proporção aritmética. Com efeito, é indiferente que um homem bom tenha lesado um homem mau, ou o contrário, e nem se é um homem bom ou mau que

O que se evidencia, então, é que tanto Platão como Aristóteles proclamaram a desigualdade natural entre os homens, que justificou a desigualdade social à época existente. Trata-se, efetivamente, de um pensamento conservador e que, segundo Bonavides<sup>11</sup>, tem como raiz a idéia então em voga de serem os gregos superiores aos bárbaros, o senhor ao escravo, o nobre ao plebeu. Esse foi o pensamento dominante na antiguidade clássica que só viria a sofrer alteração com os estóicos e os cristãos.

Com efeito, esclarece Martim de Albuquerque que “coube a Cícero e aos estóicos, à maneira de Séneca, superarem esse inigualitarismo de base”.<sup>12</sup> E, com supedâneo em Cícero, afirma:

Não há na natureza – declara Cícero no *De Legibus* – igualdade tão completa como a existente entre os homens – “Nihil est enim unum tam simile, tam par, quam omnes inter nosmet ipsos sumus”. E Séneca proclama que o escravo é da mesma natureza que o seu amo. Todos têm a mesma origem e o mesmo princípio – “Eadem omnibus principia, eademque origo”.

Segundo Martim de Albuquerque, embora se afirme que há uma desigualdade natural e se justifique a escravatura, o Mundo Antigo legou à civilização um patrimônio moral e filosófico imensurável em matéria de igualdade e que pode ser resumido nos seguintes aportes:

a) todos os homens são naturalmente iguais; b) a igualdade é essência da justiça; c) a igualdade pressupõe a comparação e não tem sentido entre coisas não comparáveis; d) a igualdade é a base da democracia; e) a igualdade não é necessariamente aritmética, podendo (e devendo) em certos casos ser

---

comete adultério; e a lei considera apenas o caráter distintivo do delito e trata as partes como se uma é autora e a outra é vítima do delito. Sendo, então, esta espécie de injustiça uma desigualdade o juiz tenta restabelecer a igualdade, pois também no caso em que uma pessoa é ferida e a outra infligiu um ferimento, ou uma matou e a outra foi morta, o sofrimento e a ação foram desigualmente distribuídos, e o juiz tenta igualar as coisas por meio da pena, subtraindo uma parte do ganho do ofensor. O termo ‘ganho’ aplica-se geralmente a tais coisas embora não seja apropriado a alguns deles (por exemplo, à pessoa que inflige um ferimento) e ‘perda’ se aplica a vítima. De qualquer forma, uma vez estimado o dano, um é chamado perda e o outro, ganho. Assim, o igual é intermediário entre o maior e o menor, mas o ganho e a perda são respectivamente menores e maiores de modos contrários: maior quantidade do bem e menor quantidade do mal são ganho, e o contrário é perda; o meio-termo entre os dois, é como já vimos, o igual que chamamos de justo; portanto, a justiça corretiva será o meio-termo entre perda e ganho.”  
ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2004. p.110-111.

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. São Paulo: Malheiros, 2004(a). p.113.

<sup>12</sup> ALBUQUERQUE, Martim. *Da igualdade. Introdução à jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1993. p.15.

geométrica; f) a igualdade contém uma componente de adequação às situações e aos fins; g) a igualdade implica a participação das oportunidades.<sup>13</sup>

Certamente, um patrimônio cultural desta proporção não se perderia no tempo. Os textos jurídicos romanos abrigam a idéia de que todos os homens são iguais. A instituição da escravatura decorreu, segundo os Santos Padres, não do direito natural, mas como conseqüência do pecado para a punição dos homens, conforme se manifestaram Santo Agostinho e Santo Ambrósio, sendo o primeiro considerado um dos principais intelectuais da transição do Classicismo para a Idade Média. Assim, ao se apoiarem no pecado para justificar a existência da escravatura e o governo político como instituições legais, os Santos Padres negam a existência de uma desigualdade natural entre os homens e fundamentam a existência das classes sociais, estabelecendo a supremacia do direito natural sobre o direito humano e ocasionando seu reflexo na legislação da época, que precisava se legitimar segundo os cânones das regras divinas e naturais. Assim, a Justiça e o Direito que dela decorriam eram vistos como igualdade desde o Mundo Antigo.

Mas é importante situar historicamente as concepções de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. Então, partindo-se do Gnosticismo<sup>14</sup> (crise do Cristianismo no Século II), que impôs à Igreja a construção de uma Filosofia e de uma Teologia próprias, é possível identificar três momentos distintos que precederam essa nova concepção: o primeiro, do século I até Santo Agostinho, no século V, em que o

<sup>13</sup> Ibidem. p.15-16.

<sup>14</sup> “Foram assim designadas algumas correntes filosóficas que se difundiram nos primeiros séculos depois de Cristo no Oriente e Ocidente. A literatura que produziram era rica e variada, mas perdeu-se, à exceção de poucos textos conservados em traduções coptas, chegando até nós apenas através dos trechos mencionados e, ao mesmo tempo, refutados pelos Padres Apologistas. O G. é uma primeira tentativa de filosofia cristã, feita sem rigor sistemático, com a mistura de elementos cristãos míticos, neoplatônicos e orientais. Em geral, para os gnósticos o conhecimento era condição a salvação, donde esse nome que foi adotado pela primeira vez pelos Ofitas ou Sociedade da Serpente que mais tarde se dividiram em numerosas seitas. Estas utilizavam textos religiosos atribuídos a personalidades bíblicas, tal qual o Evangelho de Judas, mencionado por Irineu (Adv. haer., I, 31). Outros textos dessa espécie foram encontrados em traduções coptas; entre eles, o mais importante é Pistis Sophia (publicado em 1851), que expõe em forma de diálogo entre o Salvador ressuscitado e seus discípulos, especialmente Maria Madalena, a queda e a redenção de Pistis Sophia, ser pertencente ao mundo dos Eons (v.), bem como o caminho da purificação do homem por meio da penitência. Os principais gnósticos dos quais temos notícia são: Basilides, Carpócrates, Valentim e Bardesane, cujas doutrinas são conhecidas pela refutações feitas por Clemente de Alexandria, Irineu e Hipólito. Uma das teorias mais típicas do G. é o dualismo dos princípios supremos (admitido, p. ex., por Basilides), ligado a concepções orientais. A tentativa de união entre os dois princípios, bem e mal, tem como resultado o mundo, no qual as trevas e a luz se unem, mas com predomínio das trevas.” ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.485-486.

sincretismo predominava; o segundo, de onde termina o anterior até São Tomás de Aquino, no século XIII, em que a filosofia de Platão teve grande influência, denominado-se, por isso, Neo-platonismo; e o último, a partir século XIII, em que se combinava Platão com Aristóteles. Portanto, o pensamento grego foi, paulatinamente, sendo incorporado pelo Cristianismo mediante uma visão religiosa do mundo e da vida.

Assim, quando a Idade Média se iniciou, no Século V da era atual, a fusão do Cristianismo com o Helenismo já estava bastante adiantada, a crise do Gnosticismo superada e as concepções do fim próximo do mundo abandonadas. O Estado romano fora convertido à nova religião e a catolicidade da Igreja romana definida como um poder fincado neste mundo. Neste quadro, novos problemas surgiram, ocasionados por uma nova realidade, para o Cristianismo, que precisava, ainda, atender as exigências decorrentes de sua organização política e jurídica interna, bem como regular suas relações com o Estado. Naturalmente, diante desta realidade, as novas posições doutrinárias da Igreja decorreriam das exigências destas novas necessidades que firmaram uma visão mais ampla da concepção da Igreja sobre o Direito e o Estado, alargando, por conseguinte, o horizonte político.

Foi nesta conjuntura que Santo Agostinho (354-430) – primeiro reelaborador doutrinário da Igreja e também seu primeiro pensador político – apareceu e alcançou projeção. A grande questão objeto de indagação à época era saber *a dimensão da responsabilidade do Cristianismo pelo fim do Estado romano e do mundo antigo*. Então, Santo Agostinho escreveu *Civitas Dei* (413-426), procurando explicar esta nova realidade e responder a tão inquietante pergunta que se agravava com a devastação de Roma por Alarico.

Em *Civitas Dei* (Cidade de Deus) e *Civitas Terrena* (Cidade Terrena) a Igreja e o Estado correspondem a duas vias que permitem o acesso a outras duas vias: uma mais voltada para o céu e outra para o demônio. Dessa maneira, Santo Agostinho enxergava a história da humanidade como um teatro em que se desenvolviam a luta e o drama transcendentais entre essas duas forças ou vias e o Estado e que existiria como resultado da vida em comum dos homens, criada e desejada por Deus para a realização da paz e da justiça, de modo a permitir que todos realizassem o destino eterno, mas que, no entanto, na prática não correspondia a este objetivo.

A idéia suprema de justiça, que para Santo Agostinho correspondia a dar a cada um o que lhe pertencia, não era observada pelos Estados, como provava a narrativa dos

grandes impérios, e, assim, formava seu pensamento com base em uma realidade dualista e platônica, entre o real e a idéia. Chegava, destarte, à proposição de transformação do Estado em uma sociedade de paz e de justiça entre os homens, logo um adequado meio para a realização neste mundo da Cidade de Deus por meio da conversão ao Cristianismo e da observância aos ditames da Igreja Católica.

Assim, Santo Agostinho associava a justiça à moral e afirmava que o fundamental na justiça não era a relação entre o homem e o homem, mas sim aquela entre o homem e Deus.<sup>15</sup> Portanto, a idéia de se associarem o direito e a justiça à igualdade, esposada por Aristóteles, não foi apreendida por Santo Agostinho, cujo interesse preponderante era formular uma idéia de justiça a partir da relação do homem com Deus. Em outras palavras, o vínculo que uniria os homens na Cidade de Deus não seria político, mas espiritual. Por isso, o justo não residia para Santo Agostinho na razão ou na natureza das coisas, mas na vontade de Deus, o que se traduziu na cristianização da cultura helênica que acabou por inspirar toda a filosofia cristã do direito e do Estado da Idade-Média.

Após a obra de Santo Agostinho, uma nova realidade histórica se apresentou com a “invasão dos bárbaros” ou, em uma linguagem mais adequada, a migração dos povos germânicos, que, sob a pressão dos hunos, adentraram em massa no território do império. Este, no entanto, caiu em 476, e a única potência que permanece em pé é a Igreja Católica, que, a partir de então, passou a usufruir a condição de educadora dos povos germânicos, gozando de prestígio político, religioso e civil. Assim, a mencionada Igreja, que já havia sido transformada em uma poderosa instituição política, social e

---

<sup>15</sup> “Santo Agostinho achava que a realidade da justiça devia ser encontrada na estrutura da natureza humana em sua relação com Deus. A justiça é ‘o hábito da alma que confere a cada homem a dignidade que lhe é devida. [...] provém da natureza [...], e esta concepção de justiça [...] não é produto da opinião pessoal do homem, mas sim alguma coisa inculcada por um certo saber inato’. Exigir-se que o Estado seguisse esse padrão significava obviamente, impor pesadas limitações morais ao poder político. De fato, argumentava Santo Agostinho, se as leis do Estado não estiverem em harmonia com o direito e a justiça naturais, não terão o caráter de verdadeiras leis nem haverá, no caso, um Estado verdadeiro. Uma vez que ele definia uma comunidade como um Estado do povo, ‘não haverá povo se este não estiver unido por um consenso do direito; tampouco haverá direito que não esteja fundamentado na justiça. Segue-se daí que, onde não houver justiça, não haverá comunidade’. Desse modo, Santo Agostinho parece ter encontrado sua resposta para a questão de um conceito crítico e investigativo para investigar a ordem jurídica convencional. A ordem jurídica deve ter uma base, e essa base não pode ser o processo em si; a mera criação do direito através dos órgãos do Estado não pode significar que eles sejam justos. Essa qualidade de justa deve vir de algum outro ato: aqui, está em conformidade com a origem última da verdade, a vontade de Deus.” MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito – Dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Verificação Técnica de Dr. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.73.

religiosa, passou a ocupar lugar de destaque na formação da cultura e a influenciar o poder político.

Em contrapartida, a Igreja Católica também recebera influência do pensamento germânico, especialmente quanto à idéia de direito, que, ao invés de ser visto como uma simples norma objetiva, universal e abstrata, como enxergavam os gregos e cristãos, passava a ser tratado como expressão de um poder individual ou de um grupo social. Ao universalismo foi agregada a idéia de nacionalismo, e desta forma nasceu a noção de Igreja territorial, atingindo sua plenitude com o Império de Carlos Magno (800) por intermédio do objetivo comum de uma dominação universal. Assim, esse Estado, unindo germânicos e cristãos baseados na idéia romana de universalidade, almejava ser governado no céu por Deus e na terra pelo Imperador.

Contudo, com a prematura morte do imperador, em 814, ruiu a aliança entre a Igreja e o Império e advieram as lutas pela condição de herdeiros da idéia universal de Roma. O poder imperial passou a intervir nas questões eclesiásticas e o Papa a excomungar reis e imperadores. No primeiro embate a Igreja saiu-se vitoriosa diante dos Imperadores alemães, mas no segundo foi derrotada pelo Rei da França Filipe Belo (Séc. X a XIII). Dessa forma, deu-se início a um longo período de decadência que perdurou até o século XVI, ao passo que todo o território do Ocidente foi dividido entre os “bárbaros”. O conhecimento, por sua vez, ilustrado pela ciência e pelas letras, encontrou refúgio nos monastérios, o que assegurou nos séculos que se seguiram a formação paulatina das Escolas.

Dos diversos pensadores que ilustraram a história da humanidade após Santo Agostinho (1225-74) um se destaca quanto à idéia do direito e do Estado: São Tomás de Aquino. Suas idéias novamente representam as concepções filosóficas e teológicas do Cristianismo diante do seu momento histórico e estão condensadas na *Summa Theologica*, nos *Comentários a Aristóteles* e no *De regimine Principum*.

Compreender o pensamento de São Tomás de Aquino requer ter os olhos postos em Aristóteles. Com efeito, tal qual o pensador grego, Tomás de Aquino associava o conceito de igualdade à idéia de justiça<sup>16</sup> e enxergava o direito como

---

<sup>16</sup> “O que é, então, a justiça? ‘A justiça é a vontade constante e duradoura de dar a cada um o que lhe é devido’ (Suma Teológica, p.58, r.1). Devido a alguém é aquilo que é ordenado para cada um, de acordo com as tendências individuais naturais, tendo por objetivo a perfeição de seus fins. O devido de cada um não é conferido pelo direito positivo, mas pelas tendências naturais da natureza humana. Daí se segue,

obrigação e ligado à razão. Inversamente ao que pensava Santo Agostinho, São Tomás de Aquino considerava que o homem teria vivido em sociedade em seu estado natural, mas precisava de alguém para fazer o bem comum, surgindo, assim, o Estado com esse objetivo. Eis por que, para o direito natural *tomista*, os governantes não podem apelar a Deus para justificar um poder absoluto, na medida em que ultrapassando ele sua autoridade para tyrannizar o povo este tem o direito de deflagrar uma rebelião.<sup>17</sup> Ou seja, para São Tomás de Aquino todos estão sujeitos ao direito natural, o que corresponde a uma idéia de igualdade não apenas formal, mas também material. Em outras palavras, fosse o direito natural visto sob a ótica profana ou a sacra, teria ele como premissa a *igualdade* natural do homem, inclusive em atenção ao fato de que o fim do Estado é o bem-comum.

Tomás de Aquino nasceu em um mundo em transformação onde já se vislumbravam as nacionalidades, razão de ser do nascimento dos Estados nacionais. Sua teoria faz uso do pensamento de Aristóteles e não nega a essência metafísica teocêntrica do Cristianismo, muito menos o pensamento agustiniano baseado em Platão, mas inova ao reconhecer que o Estado é um fenômeno tão natural como a família, e assim mesmo sem o pecado original existiria, porém baseado em si mesmo e não em uma multidão. Assim, o fim principal do Estado está relacionado ao mundo terreno e consiste essencialmente em assegurar ao homem a realização material, ficando ao encargo da Igreja a salvação da alma ou os objetivos eternos.<sup>18</sup>

No que diz respeito à concepção do Estado, considerando-se o período de transição da Escolástica para o Renascimento é possível notar os primeiros sinais de sua total emancipação na luta que empreende com a Igreja, tendo como uma de suas causas o fortalecimento das nacionalidades européias.

Assim, nos Tempos Modernos, período compreendido da metade do Século XV em diante e durante o qual emergiram o *Humanismo* e o *Renascimento*, além de fenômenos como a invenção da imprensa, a busca por uma nova interpretação do

---

portanto, que se o direito positivo violar o que é naturalmente devido ao homem, essa ordem (jurídico-positiva) poderá ser chamada de injusta com base no direito natural.” Ibidem. p.79.

<sup>17</sup> Ibidem. p.85.

<sup>18</sup> Vale observar que Dante, na Divina Comédia, cria um sistema de relações entre a Igreja e o Estado semelhante ao de Tomás de Aquino porque, apesar de imaginar uma monarquia universal para a salvação das almas, sob os auspícios do Imperador e do Papa em seus respectivos âmbitos de atuação, é visível uma coordenação e cooperação, porém jamais uma subserviência, tanto que não apenas os príncipes maus, mas também os papas têm seu lugar no inferno. Assim, Dante não apenas representa uma fidelidade ao pensamento tomista, como também, por consequência, ao da Igreja Católica.



Cristianismo e o desenvolvimento do poder real, entre outros, surgiram novas idéias acerca do direito e do Estado. Ou seja, enquanto na Idade Média o direito advinha de uma Lei natural consubstanciada pela vontade divina, dando a partir daí azo ao surgimento do Estado e o sujeitando aos limites e determinações éticas dessa lei associada à sua universalidade, a lógica a partir de então era inversa, visto que tudo tinha início a partir do Estado. Buscava-se edificar um novo direito natural, cuja base seria a idéia do homem como ser autônomo, porém estabelecendo limites. Assim, do Renascimento a muitos pensadores como Maquiavel (1469-1527), Bodin (1529-1596) e Suarez (1548-1617), entre outros de igual relevo quanto à concepção do direito e do Estado, é possível afirmar que Tomás Hobbes (1588-1679) representa a significativa evolução em busca da laicização do direito e do Estado e, conseqüentemente, sua emancipação em relação ao poder.

Hobbes, em brevíssima síntese, partiu do reconhecimento ou da presunção de uma igualdade natural cuja aceitação representa uma condição *sine qua* à obtenção da paz.<sup>19</sup> A visão hobbesiana<sup>20</sup> não chegou a uma igualdade civil, mas gerou condições propícias para que Rousseau (1712-1778) edificasse os alicerces necessários que apontaram para a construção de uma igualdade social, na medida em que suas críticas foram dirigidas às desigualdades provenientes da lei e da sociedade.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> O entendimento de Hobbes é de que o homem não é sociável por natureza, isto é, acredita ele que o homem é naturalmente egoísta e está sempre motivado pelo interesse individual, razão pela qual, em busca da segurança e da paz social, firma o contrato interindividual, aceitando renunciar à liberdade. Disso se conclui que a questão do método em Hobbes é extremamente relevante, porque tudo se efetua sobre o modo absoluto: no estado de natureza o homem possui um direito natural inviolável, devendo, então, renunciar a essa liberdade autofágica (inclusive esse direito natural também aniquila a si próprio) em caráter incondicional a favor do Estado. Nesta linha, aduz Paulo Bonavides que “a novidade fundamental da filosofia hobbesiana é a que resulta no reconhecimento ou presunção, pela primeira vez, de uma igualdade natural, cuja admissão se faz indispensável para que se possa obter a paz”. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2004(a). p.114. No entanto, Villey suscita uma interessante questão sobre o ângulo político dessas idéias da filosofia hobbesiana: “Aqueles que lêem Hobbes do ponto de vista da história das idéias políticas dizem que seu objetivo é a instauração da *paz*; até concordo, mas do ponto de vista da história do pensamento jurídico e num sentido mais positivo, diria antes que esse objetivo é a promoção, a realização, a segurança (a paz é apenas um meio para a *segurança* dos direitos) dos *direitos subjetivos* de cada um.” VILLEY, Michel. *A formação do Pensamento Jurídico moderno*. Tradução de Cláudia Beliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.715.

<sup>20</sup> “O sistema jurídico de Hobbes é uma ciência dos direitos subjetivos, direitos dos soberanos e dos súbitos, e do que decorre desses direitos: os pactos, o Estado e a lei que incide sobre os direitos, remodela-os e lhe confere a força e a segurança ligadas ao estatuto dos direitos civis no corpo político.” Ibidem. p.717.

<sup>21</sup> A notável originalidade de Hobbes reside também em seu pensamento acerca do direito natural, cuja maior característica é a mesma que se encontra na concepção de Estado: o pensamento científico-matemático da época. Ou seja, Hobbes cria um método científico-matemático para as questões do direito e do Estado. É importante lembrar que Galileu, Gassendi, Descartes, Spinoza, Leibniz e muitos outros, para se imaginar o cenário dos pensadores da época hobbesiana, trouxeram inspiração para a aplicação do método científico aos problemas das ciências morais ou do espírito. As palavras de ordem então

De fato, dentro do pensamento iluminista do século XVIII, Rousseau<sup>22</sup> concebeu duas espécies de desigualdade: uma natural ou física; e outra moral ou política. A primeira decorria da própria natureza, como a diferença de idade, de saúde e das qualidades do espírito ou da alma; e a segunda advinha de uma espécie de convenção entre os homens e consistia em privilégios que alguns possuíam em detrimento de outros, como riqueza e poder.

Assim, depreende-se, pelo que até aqui foi verificado, que para Rousseau a desigualdade no estado de natureza poderia ser considerada nula, inexistente, o que significa que os homens viviam em plena igualdade antes da formação do “contrato social”. Nesse sentido, para Rousseau a desigualdade surgiu e cresceu com o desenvolvimento e o progresso humano, adquirindo estabilidade e legitimidade com o estabelecimento da propriedade e das leis.<sup>23</sup> É possível afirmar, portanto, que surgiu com Rousseau o princípio da igualdade de todos perante a lei, porquanto foi ele quem sustentou que as desigualdades existentes no âmbito da sociedade não eram naturais e decorriam de um pacto entre os homens.

A propósito, a reflexão de Bonavides acerca da contribuição de Rousseau é bem elucidativa: “Da igualdade natural para a igualdade na ordem social era o caminho que a Filosofia teria ainda que seguir, concentrando toda sua crítica, como fez Rousseau, nas desigualdades provenientes da lei, do Direito instituído na Sociedade.”<sup>24</sup> A partir de então, a igualdade civil passou a ocupar lugar de destaque em todas as meditações de ordem filosófica, política e jurídica da era moderna. Ao preconizar a igualdade civil, Rousseau objetivava encontrar uma maneira para se pôr fim ao conflito e à contradição existente entre a liberdade e o poder, entre os governantes e o povo,

---

existentes eram edificar e traduzir a realidade a partir do homem como ele é e não como deveria ser, enfrentando suas características egoísticas e, no campo do direito, estabelecendo sua identidade com a força e o poder, bem como negando um direito natural transcendente.

<sup>22</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.159.

<sup>23</sup> “Conclui-se desta exposição que a desigualdade, sendo quase nula no estado de natureza, extrai sua força e seu crescimento do desenvolvimento de nossas faculdades e dos progressos do espírito humano e torna-se enfim estável e legítima pelo estabelecimento da propriedade e das leis. Conclui-se ainda que a desigualdade moral, autorizada unicamente pelo direito positivo, é contrária ao direito natural todas as vezes em que não coexiste, na mesma proporção, com a desigualdade física; distinção que determina suficientemente o que se deve pensar a esse respeito da espécie de desigualdade que reina entre os povos policiados, já que é claramente contra a lei da natureza, seja qual for a maneira por que a definamos, uma criança mandar num velho, um imbecil conduzir um homem sábio e um punhado de gente regurgitar de superfluidades enquanto a multidão esfaimada carece do necessário.” *Ibidem*. p.243.

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, 2004(a). p.114.

entre a maioria e a minoria. A fórmula consistia em buscar a igualdade para alcançar a unanimidade.

Tanto no *Contrato Social* como no *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* é o debate acerca das desigualdades que norteia a idéia segundo a qual a desigualdade encontrada no estado de sociedade só ocorreu porque o homem desprezou sua liberdade natural. Assim, segundo Rousseau, para emancipar o homem é preciso retomar a liberdade por meio do contrato social e ao se estabelecer a igualdade jurídica todos terão os mesmos interesses, o que se traduz na eliminação das desigualdades e na harmonia entre todos por intermédio da denominada vontade geral.

Quando se constatou que a igualdade absoluta ou jurídica não eliminou a desigualdade social surgiu o pensamento socialista que almeja alcançá-la a partir da eliminação da sociedade de classes. Enquanto Rousseau preconizava a igualdade civil, Marx teorizava a igualdade em sua dimensão material ou econômica. Como consequência do pensamento de Rousseau e Marx surgiu a idéia de um compromisso democrático por meio de uma igualdade relativa<sup>25</sup> que o Direito Constitucional da Europa Ocidental abraçou, seja em sua vertente liberal, seja na social.<sup>26</sup>

## 1.2 IGUALDADE E CONSTITUCIONALISMO MODERNO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

A idéia de Constituição já podia ser notada na antiguidade clássica, período em que era percebida como a necessidade de existência de leis que limitassem o próprio poder. Foi Aristóteles, em “A política”, quem melhor distinguiu as leis constitucionais das outras leis. No entanto, só com a Revolução Francesa (1789-1799) a distinção entre

---

<sup>25</sup> “Contra essas duas correntes radicais – a de Rousseau, postulando a inteira igualdade como igualdade jurídica, sem o complemento da desigualdade, e a de Marx, aspirando a idêntico resultado, como igualdade material – levanta-se o compromisso democrático de uma igualdade relativa, aquela que o direito constitucional positivo do Ocidente tem acolhido nas linhas mestras de seu processo evolutivo, e que faremos, a seguir, objeto central no prosseguimento deste ensaio.” Ibidem. p.116.

<sup>26</sup> “Por esse prisma, que distingue a igualdade teórica da igualdade fática, se constrói toda a teoria igualitária tanto do Estado liberal como do Estado social. Há entre ambas significativas diferenças, mas essencialmente são limitativas do poder do Estado, em termos de teoria, sem embargo da contradição que sua relatividade pode inculcar.” Ibidem. p.117.

as leis constitucionais e as leis comuns ou ordinárias ganhou relevo. O termo Constituição, a partir de então, passou a ser empregado para designar o conjunto de regras que definem a organização, os limites e as atribuições do Estado em suas relações com a sociedade e seus cidadãos, bem como com outros Estados.

Quanto à idéia de igualdade como princípio jurídico-político constitucionalmente aceito, apareceu primeiramente com as Constituições americana de 1787 e francesa de 1793.<sup>27</sup> Tinha, no entanto, uma natureza meramente formal e não se dirigia ao legislador, mas sim ao aplicador ou executor da lei, uma vez que não se admitiam imperfeições no processo legislativo.

O constitucionalismo, cujas origens remontam à filosofia racionalista e individualista dos séculos XVII e XVIII, chegava com uma outra abordagem da

---

<sup>27</sup> Nesse sentido, afirma Cármen Lúcia Antunes Rocha: “O pensamento de Rousseau, aliado às idéias de Montesquieu, influiria, decisivamente, na conduta dos revolucionários do final do século XVIII, nas colônias inglesas e em França. O primeiro texto normativo que abrigou o princípio da igualdade com expressão grave e função determinante foi a Constituição de Virgínia de 12 de Junho de 1776, em cujo art. 1º se determinou que ‘todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes’. Seguiu-se-lhe a Constituição da Pensilvânia de 12 de Novembro de 1776 e outras, então passaram a colher em seus respectivos textos o mesmo princípio.” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990. p.31. Também Martim de Albuquerque apresenta idêntico entendimento: “No quadro do constitucionalismo moderno – o constitucionalismo que tem como ponto de partida as constituições americana de 1787 e a francesa de 1793 – a *igualdade* vai conhecer novas linhas de rumo e de facto, sendo erigida em princípio jurídico-político: o *princípio da igualdade*, ou, como também já tem sido dito, o *princípio da igualdade perante a lei*. De hábito ligado à *Declaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789 se limita a abolir os títulos de nobreza (artigo 1º, secção 9, in fine): ‘Nenhum título de nobreza será concedido pelos *Estados-Unidos*, nem pessoa alguma exercendo emprego de interesse ou confiança debaixo da autoridade dos *Estados-Unidos*, poderá aceitar sem consentimento do congresso, gratificação, emolumento, emprego ou título, seja de que natureza for, de qualquer rei, príncipe, ou estado-estrangeiro’. Mas as constituições de alguns estados, no espírito da Constituição comum, colocarão as outras pedras, as pedras complementares. Assim, no *Bill of Rights* da Virgínia, aprovado separadamente da Constituição, em 12 de junho de 1776, reconhece-se que ‘todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais ao entrarem em sociedade não podem, por qualquer forma, privar ou desinvestir a sua posterioridade’, e na *Constituição do Estado da Carolina do Norte* nega-se a qualquer homem ou grupo de homens direito a privilégios distintos ou exclusivos, embora se abra a ressalva ‘em consideração de serviços feitos ao público’. Bem mais longe foi outra constituição de um dos Estados da América do Norte. Referimo-nos à Constituição do estado de Massachusetts de 1780. No artigo 1º da parte 1 lê-se, efetivamente, de acordo com a tradução que em 1822, ou seja, no dealbar do constitucionalismo português, se entregou a público no nosso País: ‘Todos os homens nasceram livres e iguais, e têm certos direitos naturais, essenciais, e inalienáveis, e entre eles se deve contar primeiramente o direito de gozar da vida e liberdade, e o de defender uma e outra; depois destes, o direito de adquirir propriedades, possuí-las, e protegê-las, em fim o direito de obter a sua segurança e a sua felicidade.’ Os artigos subseqüentes contêm, aliás, várias aflorações do *princípio da igualdade*, que, se vem concebido em sede de direitos *naturais, essenciais e inalienáveis*, comporta, igualmente, enquadramento na área do dever. É estes um aspecto que importa relevar. De feito, a Primeira Parte da *Constituição do Massachusetts* de 1780, subordinada à epígrafe ‘Declaração dos direitos dos habitantes da república do Massachusetts’, contém, por exemplo, lado a lado com a afirmação dos direitos de todos à proteção da vida, da liberdade e da propriedade, a obrigação, conseqüente, de cada qual ‘contribuir da sua parte para as despesas desta proteção’, bem como ‘prestar o seu serviço pessoal, ou um equivalente, quando for necessário.’” ALBUQUERQUE, Martim. Op. cit. p.45.

igualdade, que não mais se vinculava à noção de Justiça, mas sim a uma racionalidade que defendia que todos deveriam usufruir um mesmo tratamento e idênticas oportunidades, consagrando o fim dos privilégios.

A Constituição dos Estados Unidos de 1787 foi a primeira escrita em sentido moderno. No entanto, não contemplou um rol de direitos fundamentais<sup>28</sup>, manifestando

---

<sup>28</sup> “Nos marcos da história do direito público surgiu, no limiar do século XX, um importante debate acerca da origem da formulação dos Direitos Humanos na legislação dos Estados modernos. Seria a Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos da Revolução de 1789 o modelo seminal das futuras Constituições, fruto do espírito filosófico francês do século XVIII? Passado um século de discussão, a questão ainda subsiste: De onde deriva a concepção dos Direitos do Homem? Um professor da Universidade de Heidelberg responde: A origem das modernas Declarações dos Direitos do Homem remonta não a ROSSEAU, mas a CALVINO. Não às idéias filosóficas do século XVIII, mas à Reforma e à Revolução Americana. Foram as lutas engendradas pela Reforma que repercutiram em inédita práxis constitucional no continente americano. Não apenas a *Declaração Francesa não procede* de ROUSSEAU, mas o *Contrato Social* entra em contradição com os Direitos Humanos. As cláusulas do Contrato Social podem reduzir-se a um único princípio fundamental: a alienação completa por parte de cada indivíduo de todos os seus direitos à comunidade. Como, a partir desta reivindicação, explicar os direitos do indivíduo? Qual o valor da liberdade individual diante de um Estado que não se vincula? Não exclui ROUSSEAU do Estado qualquer um que não professe ‘a religião civil’? Portanto, dos princípios do Contrato Social não emergem direitos individuais, mas o poder de uma vontade geral soberana que, juridicamente, não tem limites. Deste modo, a idéia da Declaração deve ser buscada em outra fonte. Foi nos Estados Unidos da América que se deu, pela primeira vez, o reconhecimento jurídico dos Direitos Humanos nas antigas cartas das colônias (denominadas posteriormente de *Bill of Rights*) que precedem as próprias Constituições dos estados americanos promulgadas a partir de 1776 (Virgínia) e a declaração francesa de 1789. Portanto, a Declaração Francesa teve como modelo *os Bill of Right* das colônias da América do Norte. E qual seria a origem primacial das declarações americanas? A fonte primeira parece ter sido a proclamação da liberdade religiosa nas antigas cartas das colônias americanas, sobretudo em Rhode Island, já em 1643: ‘*Our royal will and pleasure is, that noe person within the said colonye, at any time hereafter, shall bee any wise molested, punished, disquieted, or calledv in question, for anu diffrences in opinion in matters of religion, and doe not actuall disturb the civil peace of our sayd collony.*’ A liberdade religiosa iria, portanto, abrir caminho para o *Bill of Rights*. Ela inspirou, inclusive, a *idéia puramente jurídica de fixar por meio da lei um Direito Humano geral*, precisamente pela incorporação solene da Declaração na futura Constituição. Retrocedendo mais ainda no tempo e na busca de explicações ainda mais profundas, é provável que a idéia de liberdade religiosa nos Estados Unidos se tenha desenvolvido a partir de instituições confessionais ligadas ao movimento puritano. O primeiro a destacar-se em defesa da tolerância foi BROWN formando pequenas sociedades de refugiados ingleses dissidentes na Holanda como congregações independentes. Os princípios deste movimento (conhecido como ‘congregacionalismo’ ou ‘independentismo’) eram: a completa separação da Igreja do Estado e o direito de *spiritual administration and government in itself and over itself by the common and free consent of the people independently and immediately under Christ*, ou seja, uma espécie de doutrina do contrato social que contribui para estabelecer a liberdade religiosa nas novas colônias (diferentemente da doutrina de ROUSSEAU) de inspiração bíblica. Chegando à América, vemos a tolerância religiosa converter-se num princípio político nas mãos dos refugiados independentistas. Em particular ROGER WILLIAMS fundando em Providence, Rhode Island, uma comunidade onde a liberdade religiosa prevalecia: ‘o asilo de todos os perseguidos por suas crenças.’ Deste modo, é legítimo concluir que a liberdade religiosa como Direito Humano inalienável tenha recebido reconhecimento jurídico originário na luta pela tolerância em algumas colônias inglesas na América, já no século XVIII. Descarta-se, igualmente, a explicação mais superficial indicando uma fonte inglesa para os novos direitos americanos: o *Bill of Rights* de 1689, o *Habeas Corpus* de 1679, a *petition of rights* de 1627 e a *Magna Charta libertation* que, por sua natureza jurídica contratual (uma espécie de tratado entre o rei e os súditos), não reconhecia direitos inatos aos indivíduos. Eis que as leis inglesas, na sua essência, afirmavam direitos antigos e liberdades já existentes, não se propondo a proclamar novos direitos. As novas liberdades nada têm de ‘inheritance’ dos ingleses, pois ‘não é o Estado que as proclama, mas o próprio Evangelho’. Vislumbrando-se conexões históricas de idéias, percebe-se que, no fundo, a Reforma engendra a liberdade de consciência e esta liberdade é tomada pelos americanos como modelo do tipo dos direitos

os congressistas que tal deveria ocorrer por ocasião de sua revisão. Não tratou, ainda, da igualdade especificamente, se limitando a abolir títulos de nobreza. Já a Declaração da Independência de 1776 manifestou preocupação com a *igualdade* e considerou a vida, a liberdade e a busca da felicidade como direitos inalienáveis.

Principalmente por não conter a Constituição estadunidense um elenco de direitos, coube às Constituições dos Estados Federados a criação de seus próprios róis, sendo a do Estado de Massachusetts de 1780 a mais rica e que erigiu a *igualdade* à condição de direito e de dever.

Martim de Albuquerque<sup>29</sup> e Machado Dray<sup>30</sup> consideram que, em matéria de igualdade, as constituições americanas<sup>31</sup> deixaram o seguinte legado:

- a) a afirmação de que todos os homens nascem livres e iguais;
- b) a repulsa pela existência de privilégios;
- c) a formalização de regras proibitivas da concessão de privilégios nobiliárquicos;
- d) a proclamação, a par do direito à igualdade, de um dever ou obrigação de igualdade.

A influência das declarações estadunidenses sobre a Declaração francesa de 1789 é considerada por Moutouh e Rivero<sup>32</sup> como “decisiva no que tange ao próprio

---

inalienáveis que posteriormente se agrupariam nas Declarações de Direitos Humanos. Com o tempo, as outras liberdades públicas colocam-se ao lado desta, constituindo o modelo das futuras constituições modernas. Tanto que LAFAYETTE, apresentando o projeto da Déclaration francesa se baseou expressamente no Bill of Rights dos Estados americanos. Todo esse encameamento parece demonstrar que a idéia dos direitos fundamentais do indivíduo não é uma idéia de origem política, mas uma idéia de origem religiosa: ‘o que se acreditava ser obra da Revolução é, na realidade, um produto da Reforma.’ Seu primeiro apóstolo não foi LAFAYETTE, mas ROGER WILLIAMS, cujo nome é ainda proferido pelos Americanos com a maior veneração; este apóstolo, levado pelo entusiasmo religioso, emigrou na solidão para ali fundar ‘um império baseado na liberdade religiosa’. JELLINEK, o grande mestre pioneiro da Teoria Geral do Estado, é o autor da polêmica tese acima reconstruída a partir de vários de seus escritos. [...]” SÓLON, Ari Marcelo. “A Polêmica acerca da Origem dos Direitos Fundamentais: do Contrato Social à Declaração Americana.” Texto da palestra proferida em workshop no 20º Congresso Mundial da *International Association for Philosophy of Law and Social Philophy*, em 23 de junho de 2001 (Amsterdã ). In: REVISTA DA PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA USP. Vol.4. São Paulo, 2002. p.133-135.

<sup>29</sup> ALBUQUERQUE, Martim. Op. cit. p.47.

<sup>30</sup> DRAY, Guilherme Machado. *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho – sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999. p.35.

<sup>31</sup> Precedeu à elaboração da Constituição Federal de 1787 o movimento revolucionário que determinou a Declaração de Independência e o aparecimento de diversas Constituições, na grande maioria dos Estados Americanos (com a exceção de Rhode Island e de Connecticut, que optaram pela manutenção das Cartas Escritas que os criaram até o séc. XIX). Também é importante sublinhar a influência recebida pela Constituição norte-americana do sistema jurídico da Coroa britânica, especialmente a partir da Magna Carta ao *Bill of Rights*, bem como o pensamento de Hobbes e Locke, até pelo fato de que escreveram em língua inglesa.

<sup>32</sup> MOUTOUH, Hugues; RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.48.

princípio de uma Declaração na abertura da Constituição”. Era um modelo conhecido e admirado pelos franceses que haviam participado da Guerra da Independência, mas seu conteúdo era tido como discrepante porque não contemplava a inspiração religiosa e substituía a preocupação processual pela declaração de princípio.

Já a idéia de igualdade na Declaração de 1789 era bem mais profunda, uma vez que o documento reconhecia a igualdade de todos em direitos à luz das leis que regiam a vida em sociedade, qualquer que fosse a desigualdade existente entre os indivíduos.<sup>33</sup> Em outras palavras, ainda que desiguais, os indivíduos, considerados social ou economicamente, aos olhos da lei estavam protegidos igualmente, evidenciando-se a abolição dos privilégios, o caráter de generalidade da lei e a preocupação em corrigir mediante a lei desigualdades fáticas.

A sociedade francesa deste período era um retrato do liberalismo e do individualismo. A disputa entre as pessoas se dava a partir dos mesmos direitos e desconsiderando-se as condições materiais de cada um. Verifica-se, no entanto, que a igualdade que se manifestava era meramente jurídica, o que não assegurava uma igualdade concreta. Contribuíam para a limitação da igualdade apenas ao campo jurídico: o exercício da liberdade que garantia a cada um, partindo dos mesmos direitos, alcançar situações de fato díspares; e a sacralização da propriedade que a ela se insurge com uma força imensurável no campo do poder econômico.

Nascia, assim, o Estado liberal burguês do século XIX, totalmente comprometido e identificado com os valores e interesses da burguesia, que conquistara os poderes político e econômico<sup>34</sup>, os quais foram, paulatinamente, sendo copiados em todo mundo no decorrer da primeira metade daquele século.

---

<sup>33</sup> “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. [...] Art. 6º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm direito de contribuir pessoalmente, ou pelos seus representantes, para a formação da lei. Ela deve ser a mesma para todos, quando protege e quando pune. Sendo todos os cidadãos iguais a seus olhos, eles são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos segundo sua capacidade e sem outra distinção além de suas virtudes e seus talentos.” BRANDÃO, Adelino (Org.). *Os direitos humanos - antologia de textos históricos*. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda., 2001.

<sup>34</sup> “II – As transformações registradas não se confinam no campo da política, não nascem e também não se esgotam todas nesse domínio. As revoluções liberais são ainda de cunho social e, com os velhos governos, derrubam-se os velhos hábitos, atingem-se as classes e as respectivas zonas de influência ou de comunicação, há valores que se perdem e outros há que se adquirem. Uma organização do poder arrasta e é arrastada por uma nova organização da sociedade. Daí, o realce das liberdades jurídicas do indivíduo, como a liberdade contratual; a absolutização da propriedade privada a par das liberdades; a recusa, durante muito tempo, da liberdade de associação (por entender, no plano dos princípios, que a associação reduz a liberdade e por se recear; no plano prático, a força da associação dos mais fracos economicamente); e desvios aos princípios democráticos (apesar da sua proclamação formal),

O princípio da nacionalidade é a pedra de toque para a unificação da Alemanha e da Itália, da independência da Grécia, dos países balcânicos e da América Latina. As idéias liberais só chegavam, contudo, à parte mais rica da população branca, esclarecendo Creveld<sup>35</sup> que quando surgiram as lutas pela independência, estimuladas pela conquista da península ibérica por Napoleão, “eram quase exclusivamente brancos lutando contra outros brancos na disputa de quem participaria do governo”.

Cleveld revela, ainda, que em Buenos Aires, no ano de 1801, ocorreu a formação das chamadas “sociedades patrióticas”, das quais só participavam os chamados “homens de berço honroso”, excluindo-se estrangeiros, negros, mulatos, zambos ou cafuzos e inúmeras outras pessoas de origem mestiça. Esse fato demonstra o quanto já havia limites na América Latina para a inclusão da maioria da sociedade, bem como que o poder estava concentrado nas mãos dos poucos privilegiados economicamente, embora se pretendesse lutar contra o poder da Espanha, inimigo e opressor comum. No México, todavia, o mesmo não ocorreu, já que foram integrados à revolta ameríndios e mestiços, o que foi determinante para que a classe abastarda optasse por uma aliança temporária com os espanhóis.

Assim, a história registra que a exclusão das grandes massas populacionais sempre fez parte do cenário das Américas do Sul e Central, causando desigualdades profundas entre as classes sociais e na distribuição do poder político e, por conseguinte, gerando um modelo de Estado que distribuiu desigualdade como resultado do processo produtivo.<sup>36</sup>

Em 1776, enquanto nos Estados Unidos havia uma população de agricultores prósperos e uma população urbana, o que se traduz na existência de um mercado interno, na América Latina e, em particular, no Brasil<sup>37</sup> havia uma sociedade

---

nomeadamente, através da restrição do direito de voto aos possuidores de certos bens ou rendimentos, únicos que, tendo responsabilidades sociais, deveriam ter responsabilidades políticas (sufrágio censitário).” MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.88.

<sup>35</sup> CREVELD, Martin van. *Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.435-436.

<sup>36</sup> “Fossem quais fossem as circunstâncias em que viviam, mas de 95% da população continuavam numa situação que não podiam exercer influência sobre o governo nem, o que é ainda mais importante, ser controlados por ele. Entre a minúscula minoria a quem isso não se aplicava, era quase impossível separar os interesses particulares dos assuntos públicos. [...] Porém, mesmo nos lugares onde conseguiram implementar suas plataformas, a democracia, tolhida pela exigência de alfabetização e pelo requisito da propriedade, jamais concedeu cidadania a mais que 2% a 4% da população, e o número dos que tinham direito a ocupar cargos públicos se limitava a poucos milhares.” Ibidem. p.437.

<sup>37</sup> “Pensamos que as idéias e os fatos expostos, ainda que sucintamente, nos capítulos anteriores, nos autorizam a algumas conclusões. A primeira delas é que a principal diferença que encontramos entre o



profundamente desigual e dependente economicamente de outros países. Creveld<sup>38</sup> esclarece que, diante de uma pobreza generalizada, com apatia e vassalagem de um lado e propriedades de escravo de outro, Bolívar enxergou com clareza que “a criação de Estados abstratos teria sido muito difícil – na verdade, ele antevira um futuro de ‘pequenos tiranos’”.

Refletindo acerca desta realidade, Buarque de Holanda<sup>39</sup> afirma que é imprescindível que se compreenda a sociedade colonial para que, assim, se possam analisar as condições que nos governaram até muito tempo após o “grito da independência” e com reflexos na atualidade.

O princípio da *igualdade*, sob a ótica filosófica do Estado liberal, corresponde um direito fundamental que se insere na categoria dos direitos naturais, isto é, como um dos elementos que integram a idéia de justiça. Assim, percebe-se que as Américas do Sul e Central não abraçaram os conceitos de *igualdade* e *liberdade* como limites do ordenamento estatal para se tornarem independentes e que inspiraram a classe burguesa a lutar na Europa Ocidental contra os privilégios da aristocracia monárquica.

É interessante observar que essa noção de *igualdade* como um termo integrativo da liberdade foi fundamental para que o Estado liberal alcançasse seu objetivo de destruir a teoria do poder absoluto e pôr fim à idéia de um direito divino justificador do poder monárquico. Então, a formação dos Estados nas Américas do Sul e Central não constituiu um marco teórico-racional; logo, as idéias de liberdade e igualdade sofriram limites bem mais largos do que aqueles propagados pelo Estado liberal, com reflexos marcantes na sociedade até os dias que se passam.

Bonavides<sup>40</sup> esclarece que o Estado liberal manipulou os dois conceitos – liberdade e igualdade –, tornando-os incompatíveis. A igualdade absoluta como direito

---

nosso país e os Estados Unidos está na existência de um imenso mercado interno consumidor nesse último país, as invenções e as descobertas de caráter científico e prático (utilitário), encorajou a expansão mais intensa da terra e das riquezas do subsolo – e daí a descoberta e o emprego do petróleo –, tornou indispensável o desenvolvimento da mecanização do trabalho na indústria como na agricultura e nos serviços domésticos, a ponto de se transformar no mais rico e o mais forte dos países capitalistas da época presente. (Entre parêntesis, não cogitamos aqui das contradições que tal situação traz em seu bojo). Ao contrário, a falta de um mercado interno no Brasil exerceu uma influência justamente inversa. A ausência de consumidores obriga os produtores a procurar os mercados estrangeiros, em cuja dependência econômica e política nos encontramos hoje. Não houve encorajamento à indústria e o subsolo tem permanecido inexplorado.” BASBAUM, Leôncio. *História Sincera da República. Das origens a 1889*. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1986. p.95.

<sup>38</sup> CREVELD, Martin van. Op. cit. p.436.

<sup>39</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p.73.

<sup>40</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2004(a). p.118.

também oponível ao Estado e pertencente ao indivíduo foi sacrificada, então, em nome da liberdade.<sup>41</sup>

No âmbito político, o Estado liberal rompia com a tese da desigualdade natural, embora a reconhecesse nos contextos jurídico e civil, ainda que com reservas que esvaziavam seu conteúdo para inibir sua aplicabilidade como limite jurídico ao poder estatal. Assim, o sufrágio universal foi instituído neste contexto pelo Estado liberal mediante critério diferenciador, restritivo e limitativo, de acordo com o grau de instrução, os bens materiais, o sexo ou a idade dos indivíduos.

A burguesia, com essa equação de forte conteúdo discriminatório e, por isso mesmo, desigual, conseguiu estabelecer no Estado liberal uma dominação de classe, assegurando a manutenção dos seus interesses econômicos, políticos e jurídicos.<sup>42</sup> Para legitimar legalmente seu projeto de dominação estatal, essa classe precisava não apenas consagrar a liberdade – que não era outra senão a sua liberdade, uma vez que as camadas populares não poderiam concorrer pela via democrática à formação da vontade estatal por não possuírem condições materiais –, mas também assegurar o rompimento com o *jusnaturalismo*, já que para esse a soberania pertencia ao povo, razão pela qual o *contratualismo* lhe era conveniente por cambiá-la para o Estado, que, por sua vez, dentro do projeto de poder, encontrou na genialidade de Montesquieu o fecho necessário.

Portanto, mais do que um conceito filosófico, o Estado de Direito liberal burguês era um conceito de luta política voltada tanto para a imprevisibilidade reinante no Estado de Polícia como para as diferenças sociais já existentes.

A racionalização do Estado se orienta dentro deste projeto político de dominação da burguesia, assegurando um núcleo de direitos fundamentais interpretados e perfeitamente integrados dentro da lógica da iniciativa privada, da segurança da propriedade privada e de um risco perfeitamente calculável. Assim, para a lógica liberal burguesa a racionalização do Estado representa uma vitória da sociedade sobre o

---

<sup>41</sup> Ibidem. p.118.

<sup>42</sup> “O Estado liberal produziu a versão clássica do Estado de Direito, tanto na ordem do direito público como na ordem jusprivatista, tanto na esfera do direito constitucional como do direito civil. O positivismo jurídico da escola exegética, dos dogmatistas e dos pandectistas, a seguir, de toda a jurisprudência de conceitos, é basicamente o prolongamento coerente de uma só linha de evolução, na qual, por mais paradoxal e singular que pareça, o jusnaturalismo de tradição clássica, secular e racional, encontra materialmente no positivismo jurídico, como Direito realizado, menos a negação do que a afirmação, ou seja, a concretização mesma de normas e princípios de direito natural, postos na lei, convertidos em direito positivo dos códigos e das Constituições.” Ibidem. p.119.

Estado, do Direito sob o arbítrio debaixo da proteção do princípio da tripartição dos poderes, que garantia a previsibilidade da intervenção estatal e, por intermédio da justiça, a proteção aos direitos fundamentais.

É perceptível, neste cenário, que para esse sistema dar certo precisaria de um ordenamento jurídico cultuado como perfeito e acabado, no qual todas as hipóteses estivessem previstas e o agir do legislador fosse norteado pelo respeito a uma abstração habilmente construída sob o eufemismo de *vontade geral*.

Segundo Bonavides<sup>43</sup>, a igualdade perante a lei foi guindada a condição de princípio constitucional dentro deste contexto de culto à completude da lei e da idéia de perfeição do legislador, razão pela qual os positivistas não enxergavam que “o arbítrio pudesse ingressar materialmente nas leis, ou produzir um conteúdo discriminatório injusto”, isto é, “durante essa fase o princípio não representava ainda para o direito positivo um limite eficaz à atuação do Estado”.

O positivismo jurídico<sup>44</sup> estava em conflito com o século anterior e, portanto, com o *jusnaturalismo*. Aproximava-se do pensamento idealista e romântico, em sua similar oposição à existência de um direito natural e às concepções *contratualistas* para explicar a sociedade. O dogma central do *Positivismo* era a *Teoria Orgânica* das sociedades, que só permitia enxergar no organismo social, tal qual nos organismos biológicos, o resultado casual de determinadas forças naturais e cósmicas, determinando a convivência dos indivíduos em sociedade com fins privados.

No que se refere à *organização política*, o dogma fundamental era o da ordem espontânea que resultava do jogo livre dos interesses individuais, buscando-se nos ensinamentos de Stuart Mill e Spencer a idéia de intervenção mínima do Estado na vida social. Segundo tais ensinamentos: (a) a sociedade existe para o bem dos indivíduos, e em nenhuma hipótese estes para o bem da sociedade; (b) como *Locke*, o princípio máximo é o de que é permitido a todos fazer o que lhes convém, desde que não atinjam com isso a liberdade de outrem; e (c) a atuação do Estado deve permanecer exatamente nestes limites e seu exercício deve ser baseado na exclusão do arbítrio e na invasão à liberdade de agir ou deixar de agir dos indivíduos. Em conclusão, quanto menos leis melhor; quanto menos intervenção estatal também melhor.

---

<sup>43</sup> Ibidem. p.120.

<sup>44</sup> O positivismo jurídico aqui mencionado corresponde à corrente doutrinária que expressava o culto e a suficiência da lei, acreditando na perfeição do legislativo, que ao elaborar a norma observava a vontade da coletividade e os preceitos de generalidade e universalidade.

Foram estas as características mais gerais e comuns de todas as correntes positivistas que determinaram o rumo filosófico da segunda metade do século XIX, deixando-o marcado pela técnica jurídica dos Códigos e Constituições perfeitos, minuciosos, formais, sistemáticos, de classificações abstratas e completas. Foi, portanto, o século em que a ciência jurídica buscou organizar a sociedade.

Neste quadro, a lógica imposta não permitia a existência de remédio contra a lei que em seu bojo afrontasse o princípio da igualdade – ou mesmo fosse injusto – quando formalmente ingressasse no ordenamento jurídico. Logo, o princípio da igualdade jurídica, embora vinculasse a administração (executivo) e a justiça (judiciário) na aplicação da lei, não obrigava o legislador. Assim, o positivismo jurídico não assegurava ao cidadão proteção judiciária contra o arbítrio que viesse abrigado na própria lei, mesmo que afrontasse o princípio da igualdade.

Com a constatação de que a igualdade de direitos por si só não atendia aos reclamos dos menos favorecidos, social e economicamente, por acesso às oportunidades que desfrutavam aqueles mais abastados, iniciou-se o debate acerca da *igualdade de condições*.<sup>45</sup>

Em 1920, surgiram na Alemanha importantes reflexões acerca de uma nova dimensão ao preceito da igualdade. Afirmava-se, em síntese, que sendo ele autônomo também deveria ser dirigido ao legislador. Duguit, na França, propôs uma nova leitura da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e defendeu que o princípio da igualdade também fosse aplicado ao legislador. Machado Dray<sup>46</sup> considera que Duguit defendia que a própria lei fosse elaborada tendo como objetivo a obtenção da “igualdade verdadeira”, e que esta consistia na velha máxima de que se deve “tratar igualmente as coisas iguais e desigualmente as coisas desiguais”.

---

<sup>45</sup> Diz Maria Glória F. P. D. Garcia, após minuciosa e detida análise sobre o princípio da igualdade como princípio da prevalência da lei, que, diante da sua exigência de generalidade da lei, tinha ela um caráter eminentemente formal e alheio, que era as condições específicas, econômicas, sociais, políticas, entre outras, dos indivíduos, colocando todos os cidadãos, qualquer que fosse a condição social, em um mesmo pé de igualdade, ao mesmo tempo em que se acreditava na sacralidade da lei e se reforçava a teoria da separação dos poderes, teoria que determinava ao aplicador da lei uma fiel observância. Não demorou para que se observasse uma “evidente hipocrisia”, razão pela qual o princípio da igualdade tinha que alargar o seu âmbito de compressão: “A sua ligação à justiça fazia acreditar que dele algo mais se podia retirar e é essa ligação que lhe vai dar seiva nova. Se é à justiça que ele está ligado, porque não entendê-lo como um limite de justiça à actuação de todos os poderes do Estado? Porque não entendê-lo como um fundamento de toda a actuação do Estado?” GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005. p.40.

<sup>46</sup> DRAY, Guilherme Machado. Op. cit. p.68.

A “igualdade verdadeira” de Duguit seria o ponto de partida para a reflexão acerca da doutrina alemã, que buscava uma nova dimensão para a igualdade. Mas também seria preciso superar o dualismo existente entre *igualdade formal* e *igualdade material*. Nesse sentido, foi Leibholz o primeiro pensador alemão a conceber o princípio da igualdade perante a lei com uma dimensão única: a material. Sua teoria superava o dualismo até então existente e era considerada uma *teoria unitária*.

Entre os diversos pensadores que estudaram o princípio da igualdade muitos são os que consideram a teoria de Leibholz como um passo decisivo à sua efetiva aplicação.<sup>47</sup> Partindo do pressuposto de que a igualdade é uma e só pode ser material, como dito, Leibholz aduzia que o princípio da igualdade deveria ser visto como proibição ao arbítrio.<sup>48</sup> Para encontrar a medida do arbítrio, conforme esclarece Maria Garcia, Leibholz recorreu ao que chamou de “consciência jurídica da comunidade”.<sup>49</sup>

A teoria de Leibholz, no entanto, não se encerra nestas premissas. Com efeito, observando ele que o princípio da igualdade sofreu variações em seu significado e alterações em conformidade com seus fundamentos constitucionais, sua teoria pugna pela existência de um vínculo entre a igualdade e o momento histórico<sup>50</sup>, sustentando que o novo Estado social, que substituiu o antigo Estado liberal<sup>51</sup>, tem como

---

<sup>47</sup> Sobre a importância de Leibholz para a formulação de um novo conceito e uma outra dimensão ao princípio da igualdade dissertam, entre outras, as seguintes obras: BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2004(b). p.52-56; GARCIA, Maria Glória F. P. D. Op. cit. p.60; DRAY, Guilherme Machado. Op. cit. p.72-82; BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2004(a). p.122-127.

<sup>48</sup> “*Sin embargo, existen fundadas razones para aceptar este reconocimiento contradictorio. Cuando una constitución reconoce al mismo tiempo el Estado de derecho basado en la libertad y el Estado social, igualitario y radical, no quiere ello decir que de este contenido contradictorio puesto de relieve deba resultar necesariamente una unión. El reconocimiento sólo implica que el Estado de Derecho fundado en la libertad debe temperarse por el principio de Estado social basado en la igualdad, es decir, la libertad debe ser limitada por la igualdad.*” LEIBHOLZ, G. *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna*. Madrid: Colección Civitas, Instituto de Estudios Políticos, 1971. p.138-139.

<sup>49</sup> A noção de consciência jurídica da comunidade está ligada a momento histórico porque para Leibholz o princípio da igualdade deve ser interpretado de acordo com seu momento histórico. Essa observação decorreu do entendimento de Anschütz, que imaginava um conceito estático, formal e só exigível no momento da aplicação do direito. Assim, Leibholz, constatando as transformações da República de Weimar, cujos fundamentos eram diversos daqueles praticados na monarquia prussiana, passa a defender não só a necessidade de se interpretar o princípio da igualdade de acordo com o momento histórico, mas também sua propagação como maneira de realizar a democracia e limitar a discricionariedade legislativa, porque a seu ver este princípio está entre os direitos fundamentais e todos eles precedem ao momento legislativo, razão pela qual o atuar do legislador deve ser em conformidade com o sentido deste princípio fundamental.

<sup>50</sup> “[...] Também os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem [...]” BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.32.

<sup>51</sup> “Todo o liberalismo individualista inspira-se no princípio cardeal de erigir obstáculos à tendência monopolizadora do poder, tendência que caracteriza a ação estatal. Daí, segundo Leibholz, ‘a necessidade

característica a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais, o que evidencia que a igualdade não pode ser outra senão a material.<sup>52</sup>

Por isso Leibholz estabelece uma vinculação política do princípio da igualdade como condição à realização da democracia e da discricionariedade do legislativo, sustentando que entre os direitos fundamentais se encontra a igualdade e que estes precedem ao momento legislativo. Ou seja, a atuação legislativa deve se subsumir ao princípio da igualdade, cuja existência a precede e é uma condição à realização da democracia.

Machado Dray<sup>53</sup>, analisando o pensamento de Leibholz, afirma que este envolve os seguintes pressupostos:

a) por um lado, no entendimento segundo o qual a igualdade não é apenas um princípio, de entre outros eventualmente existentes, que actuam no sentido de proibição do arbítrio, mas sim o princípio geral de interdição do arbítrio e de exigência de justiça; b) por outro lado, na idéia segundo a qual o critério em última instância permite determinar o que é ou não é arbitrário (isto é, “justo”), não pode ser fixado à partida, vivendo no campo do mutável historicamente e sendo ditado pela consciência jurídica de cada época.

Por tais razões conclui Machado Dray<sup>54</sup> que o princípio da igualdade, visto como proibição do arbítrio, “criava na esfera jurídica do indivíduo um direito público subjetivo, porquanto consistente numa forma de proteção do indivíduo contra o tratamento arbitrário perpetrado pela autoridade pública”.<sup>55</sup>

---

da criação de uma série de freios destinados a garantir a liberdade e a propriedade individuais contra ingerências injustificáveis’.” BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2004(b). p.45.

<sup>52</sup> Ainda sobre a igualdade sustentada pelo liberalismo, salienta Paulo Bonavides, dissertando sobre Vierkandt, que este leva seu pensamento “as últimas conseqüências ao afirmar que seria correto o conceito de liberdade do liberalismo se os homens fossem dotados de igual capacidade. Mas, como a igualdade, a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais -, termina ‘a apreçoada liberdade, como Bismarck já notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome.’” Ibidem. p.61. Também Anotole France põe na boca de um dos seus personagens a fina ironia de que a lei tanto proíbe aos pobres como aos ricos de viverem debaixo das pontes, de pedir nas ruas e de roubar.

<sup>53</sup> DRAY, Guilherme Machado. Op. cit. p.80.

<sup>54</sup> Ibidem. p.81.

<sup>55</sup> Esclarece Machado Dray, ainda, que, em 04 de novembro de 1925, em conformidade com FORTHOFF (*Deutsche Verfassungsgeschichte*), o Reichsgericht reconheceu o direito em promover a fiscalização da constitucionalidade das leis e mencionou, na ocasião, a existência de uma *nova doutrina* acerca do

Quanto às noções de arbítrio e de justiça<sup>56</sup> o que Leibholz salientou foi a impossibilidade de serem pré-determinadas, uma vez que a idéia de justiça está ligada ao momento político e social de uma sociedade que a tem como um valor cuja dimensão e conteúdo estão em permanente evolução. Ou seja, para o pensador alemão caberia ao julgador aquilatar caso a caso e com os olhos postos nestas premissas se o princípio da igualdade foi ou não violado. Enfim, a consciência jurídica da época e a prática jurisprudencial seriam os parâmetros para o julgador encontrar a noção de arbítrio e, conseqüentemente, dizer se ocorreu ou não violação à isonomia.

As condições necessárias ao desenvolvimento do conceito de igualdade material no âmbito jurisprudencial advieram com o término da II Guerra, o que põe em evidência a imprescindibilidade do ambiente democrático para se afirmar o preceito máximo da igualdade como orientador de todo o sistema jurídico-político de uma nação, ou como lembra Bobbio:

É inegável que historicamente, ‘democracia’ teve dois significados prevaletentes, ao menos na origem, conforme se ponha em maior evidência o conjunto das regras cuja observância é necessária para que o poder político seja efetivamente distribuído entre a maior parte dos cidadãos, as assim chamadas regras do jogo, ou o ideal em que um governo democrático se inspira, que é o da igualdade.<sup>57</sup>

Assim, com a Constituição de Bonn de 1949 o terreno estava fértil para que a jurisprudência alemã desenvolvesse o conceito de igualdade material. Refletindo o momento histórico vivenciado pelo povo alemão, a Constituição de Bonn preocupa-se e cria uma estrutura voltada à defesa da dignidade humana; afirma que os direitos fundamentais do homem são invioláveis e inalienáveis, ao mesmo tempo em que também aparecem como fundamento de toda a ordem social; e consagra constitucionalmente, por óbvio, a regra segundo a qual os direitos fundamentais

---

princípio da igualdade, muito embora tenha reconhecido a constitucionalidade da lei, mas levou em consideração, ainda que timidamente, o pensamento de Leibholz. Ibidem. p.82.

<sup>56</sup> Também o conceito de justiça não estava suficientemente claro na doutrina e jurisprudência alemã. Tanto que Bonavides, com base em Leibholz, afirma que existe o arbítrio “quando não se pode encontrar para o tratamento legislativo diferenciador ou equiparador base racional manifestamente objetiva”, aduzindo logo a frente que Radbruch é mais contundente e não reconhece a condição de direito ao arbítrio do legislador quando a igualdade, que para ele é a medula da justiça, é negada pelo Direito que se positiva. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2004(a). p.126.

<sup>57</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006. p.37-38.

vinculam os três poderes – executivo, legislativo e judicial – como direito diretamente aplicável.

Neste cenário, o princípio isonômico aparece de forma ampla (Art. 3º, nº1: “Todos os seres humanos são iguais perante a lei”), já que não cuida, não protege, não reconhece apenas o direito dos alemães, mas de todo Homem. Conseqüentemente, a jurisprudência alemã recebe o encargo de debater o conteúdo do preceito máximo da igualdade.

Machado Dray<sup>58</sup> assevera que em um dos seus primeiros julgamentos, realizado em 23 de outubro de 1951, a Corte Constitucional Federal aplicou a teoria de Leibholz nos termos seguintes:

O princípio da igualdade é violado quando não conseguimos encontrar, na base de uma diferença ou de uma igualdade de tratamento legal, uma justificação razoável, resultante da natureza das coisas ou de uma qualquer outra razão objetivamente plausível, pois quando assim acontece, a disposição deve ser considerada arbitrária.<sup>59</sup>

O Tribunal, acolhendo a teoria de Leibholz, esclarecia, portanto, que o princípio da igualdade é violado quando ocorre um tratamento diferenciado entre situações iguais ou semelhantes, sem que tal seja decorrente de uma razão objetiva que a justifique, por se constituir medida arbitrária. Assim, fica evidente que a igualdade formal de tratamento pode conduzir a uma desigualdade jurídica real, desnaturando o princípio da igualdade. O que se encontra ínsito à idéia de *razão objetiva suficiente* é a necessidade de se estabelecer uma fundamentação juridicamente razoável e racionalmente aceitável para que se reconheça uma igualdade, ou sua negação, de modo que só assim seja possível a não-consagração do arbítrio.

O debate não cessa na Alemanha do pós-guerra. Os Tribunais não deixaram de demonstrar preocupação com relação à definição de “arbítrio”. E é em conseqüência do significado do próprio princípio da igualdade e da noção do que vem a ser arbítrio que a

---

<sup>58</sup> DRAY, Guilherme Machado. Op. cit. p.85.

<sup>59</sup> Ibidem. p.85.



jurisprudência passou a identificar aquele não apenas com a proibição do arbítrio<sup>60</sup>, mas também com a idéia de justiça<sup>61</sup>, apesar de inexistir um conceito desta, seja no âmbito doutrinário, seja no jurisprudencial.

Uma outra reflexão ainda merece ser feita por representar um segundo momento da visão que partiu da *teoria de Leibholz* e se consolidou com a doutrina e jurisprudência alemãs. Nesse segundo instante, analisa-se o princípio da igualdade como um princípio da não-discriminação ou, como outros denominam, de proibição de discriminações materialmente desarrazoadas.

A idéia parte do pressuposto de que há critérios de discriminação em determinadas situações que não podem ser vistos ou analisados como iguais ou desiguais. Isto não conduz à premissa de uma arbitrariedade no tratamento jurídico. A idéia é de que há situações que por si só ofendem a dignidade da pessoa humana. Ou seja, a dignidade passa a ter uma linha direta com o critério que determina a existência de uma igualdade ou desigualdade de situações, nas quais sequer é possível negá-la.

O controle quanto à observância do princípio da igualdade passa a ser mais claro e seguro, já que não é preciso o recurso à evidência ou à natureza das coisas; o que se discute é se ofende ou não a dignidade humana, bastando, para tanto, que se perquiria se há na Constituição critérios vedados para efeito de discriminação. Os critérios devem ser razoáveis porque possuem em seu âmago a idéia de justiça; além disso, deve haver o requisito da ausência de arbitrariedade, no tocante à medida diferenciadora a ser adotada. Também é fundamental perquirir se a norma contida no texto constitucional que autorizara os tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímen* encerra *numerus clausus* ou é meramente exemplificativa.

---

<sup>60</sup> Kolm também enxerga a igualdade como limitação ao arbítrio, pois sustenta que a razão básica para a igualdade decorre de uma exigência lógica de racionalidade e sua essência é a não-arbitrariedade. KOLM, Serge-Cristophe. *Teorias Modernas da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.43.

<sup>61</sup> Machado Dray esclarece que a justiça considerou como arbítrio a “desadequação objetiva e manifesta da medida legislativa à situação de facto que ele visa regular”, e diante desta noção passou a entender que “é na interdição do arbítrio que o poder discricionário do legislador encontra a sua limitação e o art. 3º o seu conteúdo actual”. Além disso, o princípio da igualdade e a idéia de proibição do arbítrio deveriam ser vistos à luz do princípio geral da justiça, isto é, para que um ato legislativo ou administrativo estivesse em harmonia com o princípio da igualdade seria necessária a observância de *uma certa idéia de justiça*. Neste contexto, a igualdade não seria alcançada a partir de normas gerais e abstratas, mas vistas de acordo com cada caso, já que a idéia de justiça material exige a análise individualizada, de modo que só assim se possam inibir soluções imotivadas e arbitrárias. DRAY, Guilherme Machado. Op. cit. p.88.

Considerando-se as observações realizadas até então, pode-se inferir que o direito à igualdade vem se desenvolvendo com o aprofundamento da democracia<sup>62</sup> e tem desafiado os pensadores a cada vez mais alargarem seu conceito e sua dimensão, emprestando-lhe não apenas a idéia de igualdade para a formação da vontade política, mas também a realização do direito e da justiça em dado momento histórico.<sup>63</sup>

Bandeira de Mello – que desenvolveu o mais alentado estudo no Brasil sobre a igualdade<sup>64</sup>, em razão do qual Bonavides considera haver uma convergência entre seu pensamento e o de Leibholz<sup>65</sup> –, após formular uma importante indagação acerca de qual critério poderia ser considerado como legitimamente adequado para se averiguar a ocorrência de diferenciações entre pessoas ou situações em grupos separados para fins de tratamentos jurídicos diferentes sem que tal implique em violação ao princípio da igualdade, esclarece um pouco mais adiante que “[...] de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico”.<sup>66</sup> Por isso, a seu ver, é fundamental que as diferenciações levadas a cabo pelo legislador guardem, como diz, “uma correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida”<sup>67</sup>, e não agrida aos interesses consagrados na Constituição.

Como se vê, evidencia-se uma dose de racionalidade muito forte, bem como o entendimento de que os valores já acolhidos pela Constituição devem ser considerados ao se sopesar se ocorre ou não violação ao princípio da igualdade quando o legislador

---

<sup>62</sup> Debatendo acerca do ideal igualitário e sobre a democracia formal e substancial, Bobbio lembra que o primeiro conceito está ligado à formação do Estado liberal, razão pela qual diz que “o problema das relações entre liberalismo e democracia se resolve no difícil problema das relações entre liberdade e igualdade, um problema que pressupõe uma resposta unívoca a essas duas perguntas: Qual liberdade? Qual igualdade?” BOBBIO, Norberto. Op. cit., 2006. p.38.

<sup>63</sup> Sobre o processo histórico e sua irreversibilidade, Domenico Losurdo promove um diálogo entre três grandes pensadores da igualdade e da liberdade (Tocqueville, Hegel e Marx), esclarecendo que enquanto Tocqueville tem um mal-estar com o processo histórico ao falar com ternura do antigo regime; Hegel (e Marx), diversamente, identifica-se totalmente com o real-racional do processo histórico, que é, ao mesmo tempo, a realização cada vez mais rica, seja da liberdade, seja da igualdade (para Hegel e Marx o progresso é cadenciado), e entende que esse processo é irreversível porque o homem ao conquistar sua dignidade humana e moral não admite mais que ela seja retirada. Neste passo, enquanto para Tocqueville o processo histórico é natural, para Hegel ele é resultado da própria história ou, melhor, da liberdade do homem, e como tal não pode ser revogado pelo “arbitrio do príncipe” ou por qualquer outro mecanismo. LOSURDO, Domenico. *Hegel, Marx e a Tradição Liberal – Liberdade, igualdade, Estado*. São Paulo: Editora Unesp, 1998.

<sup>64</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>65</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2004(a). p.126.

<sup>66</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p.17.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

cria situações em favor de pessoas ou coisas que, à primeira vista, podem ser consideradas atentatórias ao princípio em discussão.

Se é verdade que todos esses elementos até agora apresentados guardam similitude com os mais diversos doutrinadores que volveram seus estudos acerca do princípio da igualdade, inclusive como proibição ao arbítrio, tal qual Leibholz propugnou, não menos verdadeira é a originalidade com que Bandeira de Mello comenta o art. 5º da Constituição, sustentando que o legislador “recolheu na realidade social elementos que reputou serem possíveis fontes de desequilibrados odiosos e explicitou a impossibilidade de virem a ser destarte utilizadas”.<sup>68</sup> Essa leitura peculiar é de extrema relevância para o presente estudo, já que, quando conjugado este dispositivo com o art. 3º da mesma Constituição, que estabelece os objetivos fundamentais da República, indica que qualquer diferenciação levada a efeito deverá ser com o objetivo de promover a igualdade, porque, como bem esclarece o pensador brasileiro, a realidade social foi a fonte em que o legislador se inspirou não para enaltecê-la, mas para transformá-la por meio da aplicação do preceito máximo da igualdade.

Bercovici, debruçando-se sobre a Teoria da Constituição Dirigente de J. J. Gomes Canotilho, esclarece que esta “não é só a garantia do existente, mas também um programa para o futuro”.<sup>69</sup> Isso significa, portanto, que as desigualdades sociais, as diferenças, as discriminações e as injustiças precisam ser vencidas em nome da construção de uma outra sociedade, que, no dizer do constituinte de 1988, deve ser “livre, justa e solidária”.

Ainda sobre o artigo 3º da CF, assevera Bercovici que é parte da fórmula política do Estado e do seu tipo<sup>70</sup> e que tudo que o contraria “afeta a razão de ser da

---

<sup>68</sup> Ibidem. p.18.

<sup>69</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento – Uma Leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.35.

<sup>70</sup> “Os princípios constitucionais fundamentais, como os mencionados no art. 3º, têm a função, entre outras, de identificação do regime constitucional vigente, ou seja, fazem parte da fórmula política do Estado, que o individualiza, pois esta diz respeito ao tipo de Estado, ao regime político, aos valores inspiradores do ordenamento, aos fins do Estado etc. Também define e delimita a identidade da Constituição perante seus cidadãos e a comunidade internacional. Em suma, a fórmula política é a síntese jurídico-política dos princípios ideológicos manifestados na Constituição. O que contraria essa fórmula política afeta a razão de ser da própria Constituição. O art. 3º da CF, além de integrar a fórmula política, também é, na expressão de Pablo Lucas Verdú, a ‘cláusula transformadora’ da Constituição. A idéia de ‘cláusula transformadora’ está ligada ao art. 3º da Constituição italiana de 1947 e ao art. 9º, 2 da Constituição espanhola de 1978. Em ambos os casos a ‘cláusula transformadora’ explicita o contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la. Desde modo, ela impede que a Constituição considere realizado o que ainda está por se realizar, implicando a obrigação do Estado em promover a transformação da estrutura econômico-social. Os dois dispositivos constitucionais supracitados buscam a

própria constituição”.<sup>71</sup> E acrescenta: “[...] além de integrar a fórmula política, também é, na expressão de Pablo Lucas Verdú, a ‘cláusula transformadora’ da Constituição.”<sup>72</sup>

Enxergando a Constituição como um todo, ou conforme a lição de Eros Grau, para quem “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”<sup>73</sup>, é que se pode dimensionar a verdadeira amplitude do art. 5º da CF de 1988, sendo até imprescindível que se considere, para tanto, o art. 170<sup>74</sup>, que trata da Ordem Econômica e Financeira, pois se evidenciará, mais uma vez, que o constituinte de 1988 buscou assegurar a todos, sem qualquer distinção, a plena dignidade humana.

Não sem razão, portanto, Bandeira de Mello destaca que a partir do princípio da igualdade a ordem jurídica afirma a total impossibilidade de se promoverem desigualdades casuísticas ou injustificadas:

Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo *igualdade*, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações *arbitrárias*, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.<sup>75</sup>

---

igualdade material através por meio [sic] da lei, vinculando o Estado a promover meios para garantir a existência digna para todos. A eficácia jurídica destes artigos, assim como do nosso artigo 3º, não é incompatível com o fato de que, por seu conteúdo, a realização destes preceitos tenha caráter progressivo e dinâmico e, de certo modo, sempre inacabado. Sua materialização não significa a imediata exigência de prestação estatal concreta, mas uma atitude positiva, constante e diligente do Estado. Do mesmo modo que os dispositivos italiano e espanhol mencionados, o art. 3º da Constituição de 1988 está voltado para a transformação da realidade brasileira: é a ‘cláusula transformadora’ que objetiva a superação do subdesenvolvimento.” Ibidem. p.36.

<sup>71</sup> Ibidem. p.36.

<sup>72</sup> Ibidem. p.36.

<sup>73</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

<sup>74</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

<sup>75</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p.18. “Com efeito, a igualdade é princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado propiciar garantia individual (não é sem razão que se acha esculpido em artigo subordinado à rubrica constitucional ‘Dos Direitos e Garantias fundamentais’) contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos.” Ibidem. p.23.

A fórmula de Bandeira de Mello chama atenção por uma particularidade relacionada à lei e ao tempo. A lei, ao estabelecer que a partir de tal época determinada situação será regida por tal ou qual disposição, não toma o tempo como fato de discriminação. Ele, o tempo, é neutro. O que a lei busca é assegurar um tratamento aos fatos que já existem. Já quanto aos que possivelmente existirão o tratamento a ser dispensado será outro, desde que os elementos ou suas circunstâncias os tornem distintos quando ocorridos em diversos momentos.<sup>76</sup> Ademais, entre os elementos que integram seu pensamento (racionalidade, realidade social e interdição ao arbítrio) um, apesar de ficar evidente, não é expressamente mencionado: o *sensu comum*. Ou seja, há algo na *natureza das coisas* que agride ao *sensu comum*. Portanto, quando a norma não observa a generalidade<sup>77</sup> e, por conseguinte, particulariza situações é fundamental que se observe se o *sensu comum* indica que essa diferenciação decorre de uma exigência de equiparação.

Radbruch assevera que a justiça determina que se trate aos iguais como iguais e aos desiguais de maneira diferente e de acordo com a medida da desigualdade existente, mas questiona: “Quem deve ser considerado como igual ou desigual e de que maneira devem ser tratados?”<sup>78</sup> O que a justiça determina, diz o Professor alemão, é apenas a forma do jurídico; por isso acredita ele que para se obter o conteúdo do direito é fundamental que se agregue um outro conceito: “a adequação para um fim.”<sup>79</sup>

Assim, retoma-se a questão do Estado, posta anteriormente a partir dos ensinamentos de Bercovici a propósito do art. 3º da CF, que agora se evidencia com as considerações de Radbruch:

Enquanto o problema da justiça pode ser colocado e respondido independentemente da utilidade, e portanto da finalidade do Estado, surge agora pela primeira vez, no círculo de nossas

---

<sup>76</sup> “As coisas é que residem no tempo. O tempo não se aloja nos fatos ou pessoas. Portanto, o tempo não é uma diferença que neles assiste. Deste ponto de vista, pessoas, fatos e situações são iguais. Por isso se disse que o tempo é neutro. Se o tempo não é uma inerência, uma qualidade, um atributo próprio das coisas que em nada diferem pelo só fato de ocorrerem em ocasiões já ultrapassadas. Todos existiram. E se existiram do mesmo modo, sob igual feição, então, são iguais e devem receber tratamento paritário.” Ibidem. p.34.

<sup>77</sup> “Justiça significa igualdade, e a igualdade jurídica exige universalidade do preceito jurídico.” RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.110.

<sup>78</sup> Ibidem. p.77.

<sup>79</sup> Ibidem. p.77.

considerações, o Estado no âmbito do problema do fim do direito.<sup>80</sup>

Mas, entre nós brasileiros essa questão do Estado tem sido pouco abordada, como expressamente o diz Bercovici<sup>81</sup>, embora seu ensaio tenha procurado mostrar o quão íntimos são os conceitos de igualdade e o modelo de Estado em seus diversos momentos históricos. Por tais razões, tem-se que o princípio da igualdade, nas palavras de Bandeira de Mello, “é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador”.<sup>82</sup> Este mesmo autor, ao fim de sua notável obra, conclui que haverá ofensa a esse princípio nas seguintes hipóteses:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elementos não residentes nos fatos, situações ou pessoas por tal modo equiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.<sup>83</sup>

Portanto, o direito à igualdade representa a recusa da sociedade ao reconhecimento em qualquer instância de poder ou mediante este de privilégios, bem como a compreensão de que eventuais discriminações só serão admissíveis para promover e reafirmar o compromisso da comunidade com esse preceito máximo.

---

<sup>80</sup> Ibidem. p.77-78.

<sup>81</sup> “Este é um dos grandes problemas dos estudos jurídicos e constitucionais do Brasil na atualidade: a falta de uma reflexão mais aprofundada sobre o Estado.” BERCOVICI, Gilberto. Op. cit. p.42.

<sup>82</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p.9.

<sup>83</sup> Ibidem. p.47-48.

Assim, a todos são assegurados a plenitude e o exercício igual dos direitos fundamentais, visto que a igualdade orienta todo o sistema jurídico. Ou, como esclarece Bobbio:

[...] o elenco dos direitos fundamentais varia de época para época, de povo para povo, e por isso não se pode fixar um elenco de uma vez por todas: pode-se apenas dizer que são fundamentais os direitos que numa determinada constituição são atribuídos a todos os cidadãos indistintamente, em suma, aqueles diante dos quais todos os cidadãos são iguais.<sup>84</sup>

### 1.3 DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADE À IGUALDADE DE RESULTADOS

A idéia de igualdade de oportunidade aparece como uma junção de duas propostas: a *liberal* e a *social*. Não se desconhece a realidade social, e, assim, as desigualdades econômicas, políticas e culturais, entre outras, são vistas e consideradas. O inverso seria como negar a própria capacidade do homem de fazer cultura, de transformar seu espaço e de ser transformado, em uma constante e promissora evolução histórica.

A origem dessa desigualdade é a liberdade que permite aos mais fortes se sobreporem aos menos favorecidos, daí a razão pela qual a intervenção estatal pode se dar em uma maior ou menor amplitude, mas sua necessidade é ponto comum entre a proposta social e a idéia de igualdade de oportunidades. Em outras palavras, as chamadas *forças do mercado*, sob a ótica do Estado Social, não podem atuar livremente. O Estado passa, então, a intervir nas relações sociais visando promover o bem comum e a paz social, a partir de políticas que objetivam assegurar a todos a igualdade de oportunidades e o acesso aos bens produzidos pela sociedade em seu momento histórico. Noutras ocasiões o Estado intervém na autonomia privada para assegurar às partes a igualdade em sua relação ou para minorar a desigualdade existente.

Em decorrência destas políticas sociais, afirmativas ou compensatórias, o Estado Social sofre questionamentos acerca de sua constitucionalidade, uma vez que a

---

<sup>84</sup> BOBBIO, Norberto. Op. cit., 2006. p.41.

igualdade é o princípio que a justifica, ou não, como uma expressão do princípio maior de justiça.<sup>85</sup> Isto quer dizer que, em qualquer situação – na elaboração da lei ou em sua aplicação –, para que a igualdade seja reconhecida como baliza é fundamental a existência de um termo de comparação, pois assim é possível investigar se há interdição do arbítrio e exigência de justiça, bem como razoável justificativa decorrente da natureza das coisas. Portanto, o termo de comparação é o motivo ou fato de que decorre a necessidade de se promover a equiparação diante de outras situações consideradas iguais ou não.

Nessa investigação existem dois momentos distintos e interdependentes. Um quando se fixam os fatos ou as hipóteses que se têm como parâmetro a se considerarem iguais ou não. E outro quando se estabelece um juízo de valor de modo a se perquirir se existe, ou não, um consenso social que esteja direcionado à adoção de medidas que corrijam a situação ou o fato objeto da análise e considerado passível de correção. Estes momentos são distintos e interdependentes, já que há uma interseção entre eles que consiste na promoção da cidadania e da paz social por meio da realização da justiça.

Quando o Estado estabelece em sua Constituição uma política fiscal e classifica os tributos observando determinados princípios, entre eles o da igualdade, objetiva gerar uma política solidária e compensatória em que aqueles que mais possuem são convocados a contribuir de acordo com suas possibilidades, estabelecendo o mesmo critério de posses em relação àqueles que são menos aquinhoados. Admitir-se o contrário seria legitimar a imparcialidade do Estado ou, melhor, seu pronunciamento por ato omissivo, o que consagraria e oficializaria as desigualdades existentes no âmbito da sociedade.

Aliás, os liberais, ao sustentarem a idéia de que o Estado deve participar ou intervir o quanto menos na vida social, demonstram que querem a participação e a intervenção do Estado para sancionar, homologar e cancelar as desigualdades, permitindo-lhes ampla liberdade para que possam, sob a proteção da lei, explorar os mais fracos e promover a desigualdade. Ou seja, a posição do Estado sobre a

---

<sup>85</sup> Geraldo Ataliba sustenta que a lei é instrumento de isonomia e que existe uma relação entre legalidade e igualdade, porque a primeira assegura a segunda. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. Atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2004. p.159.



desigualdade é a de catalisador do aumento do fosso existente entre os desiguais<sup>86</sup>, concedendo aos fortes a ampla e irrestrita proteção da lei.

Nesse sentido, merecem especial atenção as idéias de Rawls, sobretudo as apresentadas em sua obra “Uma teoria de justiça”. A *igualdade democrática* é, para Rawls, o critério sob o qual se assenta uma sociedade justa. Contudo, esta noção de *igualdade* não guarda nenhuma identidade com a *natural* ou com a *liberal*. É uma teoria que justifica o direito social<sup>87</sup> acentuando sua racionalidade para afirmar que a cooperação de todos é o principal sentido do contrato social e representa o princípio de uma sociedade bem estruturada, plural, tolerante e sob o comando da igualdade de direitos. Entretanto, tais critérios de justiça não são rígidos, perfeitos ou acabados, já que, quando muito, representam a consequência de um contrato social possível e intersubjetivo capaz de promover uma conciliação entre os interesses individuais e os coletivos.

É na idéia de um *consenso por coincidência parcial* situado em uma dimensão política da democracia constitucional que Rawls sustenta o que é justo. Então, existe uma unidade social que é a base da sua idéia de justiça e que resulta no princípio segundo o qual o bem-estar de cada um deve ser resultado de um acordo entre todos e beneficiar o conjunto da sociedade.

Por sua vez, o *princípio da diferença* esposado por Rawls – acreditando que à igualdade democrática se chega a partir da combinação do princípio da igualdade equitativa de oportunidades com o princípio da diferença – estabelece que as desigualdades econômicas e sociais só devem ser mantidas se garantirem maiores benefícios aos menos afortunados. Institui, ainda, que em outra hipótese os valores sociais da liberdade, da oportunidade, da riqueza e do rendimento, assim como as bases sociais da auto-estima, devem ser igualmente entregues aos cidadãos, salvo quando uma

---

<sup>86</sup> Discorrendo sobre o “Princípio da igualdade e igualdade de oportunidades”, esclarece Canotilho: “Esta igualdade conexiona-se, por um lado com uma política de ‘justiça social’ e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais [...]. Por outro, ela é inerente à própria idéia de *igual dignidade social* (e de igual dignidade da pessoa humana) consagrada no artigo 13º/2 que, deste modo, funciona não apenas como fundamento antropológico-axiológico contra discriminações, objetivas ou subjetivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão).” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992. p.579.

<sup>87</sup> “Nosso interesse é unicamente a estrutura básica da sociedade e suas principais instituições, e portanto os casos-padrão de justiça social.” RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.61.

distribuição desigual de um, de parte ou de todos esses valores signifique vantagens para todos.<sup>88</sup>

Goyard-Fabre<sup>89</sup>, analisando o pensamento de Rawls sobre a igualdade democrática, com singular clareza, sustenta que a própria idéia de justiça não permite que se tenha o homem como meio “com vistas ao bem alheio”. Em consequência, Goyard-Fabre faz uma importante reflexão ao claramente defender a total impossibilidade de se sacrificarem os direitos individuais para que sejam maximizadas vantagens econômicas e sociais em favor da coletividade:

Os direitos fundamentais – isto é, as liberdades “formais” tais como a liberdade política, a liberdade de consciência, a proteção contra a arbitrariedade, que são direitos individuais – não podem ser minimizados para que as vantagens sociais e econômicas sejam maximizadas.<sup>90</sup>

Ou seja, Goyard-Fabre afirma que Rawls não se inclina, com isto, para o individualismo liberal, uma vez que seu pensamento encontra esteio em um modelo de contrato social em que ele justifica os dois princípios de justiça por meio dos quais a distribuição das riquezas deve considerar as diferenças entre os indivíduos, mas sem sacrificar a igualdade de oportunidades. Eis, portanto, por que a igualdade democrática não tem qualquer identidade com a igualdade natural, tampouco com a liberal.

A teoria de Rawls sobre justiça contém premissas de solidariedade e fraternidade. Por isso, pode-se considerar que, ao falar em uma *sociedade bem ordenada*, Rawls vislumbra uma base jusnaturalista e, ao debater a questão da tolerância, trazia insita uma forte ética religiosa.

Contudo, faz-se necessário, ainda, reconhecer que o princípio da igualdade de oportunidade por si só não é suficiente para resolver as questões provocadas pela desigualdade, tampouco para fazer com que, dentro de um sistema econômico

---

<sup>88</sup> “Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da auto-estima – devem ser distribuídos igualitariamente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos.” Ibidem. p.66. E “As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo a serem ao mesmo tempo (a) para o maior benefício esperado dos menos favorecidos e (b) vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades”. Ibidem. p.88.

<sup>89</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.311.

<sup>90</sup> Ibidem. p.311.

capitalista, todas as pessoas tenham acesso a condições razoáveis de crescer pelo próprio esforço e, com isso, obter resultados que promovam sua cidadania e dignidade social.

#### 1.4 IGUALDADE E SOLIDARIEDADE

Igualdade e solidariedade integram categorias axiológicas que contêm uma relação muito estreita entre si, sobretudo quando se busca o alcance e o significado de uma e de outra. A percepção das pessoas acerca do sentido das palavras “igualdade” e “solidariedade” demonstra que não há dificuldades em se entender o que é uma atitude igualitária e uma atitude solidária.

Entretanto, esta idéia – e não conceito, conforme se verifica seguidamente – tem forte conteúdo subjetivo e, por isso, parte das informações e dos valores de cada indivíduo. Difere-se, portanto, dos conceitos, que, mais aceitos pelo seu conteúdo universal, demonstram diferenças acentuadas que atestam o quão difícil é a reflexão acerca da dimensão e do significado de cada uma dessas categorias.

É comum, destarte, no âmbito da sociedade civil, as pessoas expressarem a noção intuitiva que possuem acerca de uma e outra categoria, sem perceberem a dificuldade de se estabelecer a real diferença filosófica existente. Logo, o debate jurídico muitas vezes assume o papel de se opor à idéia comumente aceita, de modo que se estabeleçam as diferenças conceituais necessárias a clarificar o âmbito e a amplitude de cada uma das categorias.

Pode-se afirmar que os textos legais já demonstram bem a diferença existente entre a “igualdade” e a “solidariedade”, já que a nossa Constituição neste particular é bem elucidativa, tanto que seu preâmbulo contém a expressão igualdade, mas não menciona solidariedade, a qual é referida entre os objetivos da República. Em uma e outra situação se observa que a recomendação manifestada pelo Constituinte é em prol da sociedade: “[...] a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade [...]”; e “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Então, é na doutrina jurídica, nos textos constitucionais, na história e nas declarações de direito que se podem

constatar as interseções e premissas que diferenciam as categorias axiológicas de igualdade e solidariedade.

Com efeito, a Revolução Francesa, quando clamou por *igualdade, liberdade e fraternidade*, não fez alusão à solidariedade, mas deixou como legado à humanidade a idéia de que a última expressão antecedeu a noção de solidariedade. Nesse sentido, verifica-se que o texto da Constituição brasileira e os ideais da Revolução Francesa denotam o quanto as categorias de igualdade e solidariedade, independentes e diferentes, são importantes para a cultura jurídica, bem como o *status* de que gozam como integrantes do Estado Democrático de Direito.

A igualdade como valor universal, como exigência de uma vida em sociedade harmoniosa, tem sofrido mutações ao longo do processo histórico – como já visto – tanto em sua intensidade de postulação como em sua dimensão e conteúdo. Entre suas mais variadas formas de manifestação encontra-se a igualdade formal e a material; a igualdade perante a lei, como exigência de generalidade ou de equiparação; e a igualdade como limitação ao arbítrio e com motivações razoáveis que a expliquem em sua transformação ou quando houver necessidade de uma *discriminação positiva*.

A solidariedade, ao reverso, ainda não possui um conceito pacífico e uniforme, talvez por ainda pertencer à categoria dos chamados “direitos de terceira geração”. O exemplo mais atual e corriqueiro em que a solidariedade se manifesta é constituído pelos Direitos Humanos, que, para sua universalização e efetividade em todo globo terrestre, dela necessita.

Considerando-se, portanto, os Direitos Humanos como parâmetro à idéia de solidariedade, é possível dizer que existe nela uma dimensão ético-política, além de uma jurídica. Por possuir uma dimensão valorativa tão forte é que a solidariedade tem sido vista como imprescindível à dignidade do homem<sup>91</sup> e, por conseguinte, à sua

---

<sup>91</sup> “Pois bem, a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos: e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos. Além dessa chave de compreensão histórica dos direitos humanos, há outro fato que não deixa de chamar a atenção, quando se analisa a sucessão das diferentes etapas de sua afirmação: é o sincronismo entre as grandes declarações de direitos e as grandes descobertas científicas ou invenções técnicas. Uma das explicações possíveis para isso parte da verificação de que o movimento constante e inelutável de unificação da humanidade atravessa toda a História e corresponde, até certo ponto, ao próprio sentido da evolução vital. No plano da vida, como gostava de dizer o Padre Teilhard de Chardin, tudo que se eleva converge. A elevação progressiva das espécies vivas ao nível do ser humano foi seguida

emancipação em um ambiente de plenitude democrática em que se realizarão as categorias axiológicas da liberdade, da igualdade e da pluralidade cultural. Ou seja, há uma interdependência entre todos esses valores, tal qual os órgãos do corpo humano são necessários à vida, ou a história ao desenvolvimento da humanidade.

Atualmente, no Estado de Direito Democrático<sup>92</sup> a exigência de todas estas categorias interdependentes representa um dos seus maiores postulados, como exigência de uma civilização que enxerga a necessidade de um mundo plural, livre, igualitário e solidário, realizando a justiça como condição humana.<sup>93</sup>

### 1.5 O IGUALITARISMO

Conceber os indivíduos no mesmo nível não representa uma medida de justiça. O pensamento igualitário tem como base histórica a premissa de que os homens, geralmente, são mais iguais do que desiguais se comparados às outras espécies de seres. No entanto, em decorrência da razão humana, o homem produz cultura, o que automaticamente diferencia as sociedades humanas das demais. Isto significa que a

---

de um processo de convergência da humanidade sobre si mesma; ou seja, à biosfera geral sucede a antroposfera. Na história moderna, esse movimento unificador tem sido claramente impulsionado, de um lado, pelas invenções técnico-científicas e, de outro lado, pela afirmação dos direitos humanos. São os dois grandes fatores de solidariedade humana: um de ordem técnica, transformador dos meios ou instrumentos de convivência, mas indiferente aos fins; e outro de natureza ética, procurando submeter a vida social ao valor supremo da justiça. A solidariedade técnica traduz-se pela padronização de costumes e modos de vida, pela homogeneização universal das formas de trabalho e troca de bens, pela globalização dos meios de transporte e de comunicação. Paralelamente, a solidariedade ética, fundada sobre o respeito aos direitos humanos, estabelece as bases para a construção de uma cidadania mundial, onde não há relações de dominação, individual ou coletiva. Ambas essas formas de solidariedade são, na verdade, complementares e indispensáveis para que o movimento de unificação da humanidade não sofra interrupção ou desvio. A concentração do gênero humano sobre si mesmo, como resultado da evolução tecnológica no limitado espaço terrestre, se não for completada pela harmonização ética, fundada nos direitos humanos, tende à desagregação social, em razão da fatal de prevalência dos mais fortes sobre os mais fracos. Por sua vez, sem a contribuição constante do progresso técnico, não se criam as condições materiais indispensáveis ao fortalecimento universal da comunhão humana: os diferentes grupos sociais permanecem distintos uns dos outros, desenvolvendo mais os fermentos da divisão do que os laços de colaboração mútua.” COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p.37-38.

<sup>92</sup> O Estado Democrático de Direito é aqui entendido como conceito que exprime a limitação e vinculação jurídica do Estado com vista à garantia dos direitos fundamentais do homem e à promoção dos meios adequados ao livre e pleno exercício da liberdade individual realizada em um ambiente plural e democraticamente legitimado.

<sup>93</sup> “Seja como for, a solidariedade humana atua em três dimensões: dentro de cada grupo social, no relacionamento externo entre grupos, povos e nações, bem como entre as sucessivas gerações na História.” COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p.39.

igualdade entre os homens é desejável, mas é conveniente que se estabeleça a diferença entre as desigualdades naturais e as que são resultado do meio social.<sup>94</sup>

Assim, não há injustiça quando se trata de maneira diferente aqueles que se encontram em um estado de desigualdade natural, mas não se pode esquecer que o progresso científico tem contribuído enormemente para diminuir tais diferenças. A idéia de justiça, nesta perspectiva, é perfeitamente compatível com uma certa igualdade, mas convém realçar que quando o igualitarismo põe em um mesmo patamar as pessoas, como se tivessem o mesmo mérito, não se compatibiliza com a idéia de justiça comumente aceita.

Em Hobbes, a necessidade de se construir uma convivência em sociedade harmônica e pacífica leva o homem a abdicar da igualdade natural para viver em sociedade pacificamente. Hobbes enxerga a igualdade natural como um valor negativo, na medida em que sustenta que os homens a utilizam para uma disputa que compromete a paz social e a harmonia entre todos. Entretanto, para o igualitarismo pode-se considerar que a explicação de Hobbes é insuficiente.

Com efeito, o socialismo científico defende que os homens foram até então desiguais, mas devem ser iguais, e que a sociedade alcançará essa condição por meio das contradições<sup>95</sup> que provocam as grandes transformações na humanidade.

Para Marx, a igualdade material que corresponde às exigências de justiça seria assegurada de acordo com a fórmula “de cada qual, segundo sua capacidade; a cada qual, segundo sua necessidade”<sup>96</sup>, superando tanto a igualdade formal<sup>97</sup> como o

---

<sup>94</sup> É importante esclarecer que a desigualdade faz parte da natureza das coisas; por isso é fundamental distinguir o igualitarismo ou igualdade absoluta da noção de justiça. Aquele defende o nivelamento de todos os valores, supondo que todos possuem o mesmo mérito, a mesma atitude, o que a realidade demonstra não ser verdade. Por isso colocar todos em um mesmo patamar ofende a noção de justiça. Assim, é relevante que se promovam distinções entre as desigualdades naturais e aquelas que decorrem do meio social, de modo que se compatibilize a idéia de justiça com a de igualdade, adequando a todos condições ao pleno desenvolvimento de suas aptidões.

<sup>95</sup> “Ao contrário da metafísica, a dialética parte do princípio que os objetos e os fenômenos da natureza encerram contradições internas, pois todos eles têm um lado negativo e um lado positivo, um passado e um futuro, todos eles têm elementos que desaparecem ou que se desenvolvem; a luta destes contrários, a luta entre o velho e o novo, entre o que morre e o que nasce, entre o que se desagrega e o que se desenvolve, é o conteúdo das mudanças quantitativas em mudanças qualitativas. É por esta razão que o método dialético considera que o processo de desenvolvimento do inferior ao superior não se efetua no plano de uma evidência das contradições inerentes aos objetos, aos fenômenos, no plano de uma ‘luta’ das tendências contrárias que se operam na base destas contradições.” STALIM, J. *Materialismo Dialético e Materialismo Histórico*. Tradução de Olinto Beckerman. São Paulo: Parma, 1979. p.19.

<sup>96</sup> MARX, K. *Crítica ao programa de Gotha. Obras Escolhidas*. São Paulo: Editora Alfa-omega, s/d. p.215.

igualitarismo vulgar<sup>98</sup> nivelador de bens materiais, o que se traduz em um sistema de bens materiais e culturais de uma sociedade em prol das necessidades e capacidades de todos os cidadãos.

Em “Igualdade e liberdade”, Bobbio esclarece que o liberalismo não aceita a igualdade dos homens em tudo: “não com relação à totalidade dos sujeitos, mas à totalidade (ou quase totalidade) dos bens e dos males com relação aos quais os homens deveriam ser iguais”.<sup>99</sup> Objetivamente, o que o liberalismo aceita em termos de igualdade são os direitos decorrentes das liberdades civil, pessoal e política, todos constantes nas mais diversas Constituições desde o século XVIII e reafirmados após a II Guerra Mundial sob o título de Direitos Fundamentais, como também consagrados nos tratados internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e da Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950.

A despeito da severidade da síntese, o que o liberalismo prega mesmo, portanto, é a igualdade de todos para possuir a liberdade protegida pelo Estado de Direito de acumular riquezas<sup>100</sup>, das quais sempre se originaram as maiores desigualdades sociais.

---

<sup>97</sup> A noção de igualdade, sob a ótica de uma interpretação marxista em suas relações com a justiça, exige muito cuidado em sua análise e chega até a suscitar algumas polêmicas, mas o fato é que a igualdade mecânica não se confunde com a igualdade dialética, porque esta não é contrária à idéia de justiça; por tal razão a igualdade global entre os grupos é conforme a idéia de justiça. Engels sustenta que a igualdade não chama para si a reivindicação da abolição das classes sociais; o que se encontra aquém ou além deste patamar cai necessariamente no absurdo.

<sup>98</sup> “O Socialismo vulgar (e através dele uma parte da democracia) aprendeu com os economistas burgueses a considerar e tratar a distribuição como algo independente do modo de produção, e, portanto, a expor o socialismo como uma doutrina que gira principalmente em torno da distribuição.” KARL, Marx. Op. cit. p.215.

<sup>99</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações, 1995. p.41.

<sup>100</sup> “Bem mais do que a liberdade, é a igualdade – precisamente a igualdade substancial, a igualdade dos igualitários – que forma o traço comum e característico das cidades ideais dos utópicos (assim como uma feroz e inflexível desigualdade é o signo da advertência e da premonição das utopias negativas do nosso tempo), tanto daquela de Thomas More, que escreve *que enquanto ela (a propriedade) perdurar, pesará sempre a parcela amplamente majoritária e melhor da humanidade o fardo angustiante e inevitável da pobreza e das desventuras*, como daquela de Tommaso Campanella, cuja *Cidade do Sol* é habitada por filósofos que *resolvem viver filosoficamente em comum*. Inspira tanto as visões milenaristas das seitas heréticas que lutam pelo advento do Reino de Deus, que será o reino da fraternidade universal, quando os ideais sociais das revoltas camponesas, nas quais Thomas Münzer – que segundo Melancthon, ao ensinar que todos os bens deviam ser possuídos em comum, *tornara a massa tão selvagem que não queria mais trabalhar* – se liga a Gerard Winstanley, que pregava: *o governo do rei é o governo dos escribas e dos fariseus, que só se consideram livres se são donos da terra e dos seus irmãos; mas o governo republicano é o governo da justiça e da paz que não faz distinção entre as pessoas*. Constitui o nervo do pensamento social dos socialistas utópicos, desde o Código da *natureza* de Morelly até a *sociedade da grande harmonia* de Fourie. Anima, agita e torna temível o pensamento revolucionário de Babeuf: *somos todos iguais, não é verdade? Este princípio incontestável; pois, a não ser que se esteja louco, não se pode dizer seriamente que é noite quando é dia. Então, pretendemos viver e morrer iguais como nascemos: queremos a igualdade efetiva ou a morte.*” Ibidem. p.45.

## II – A IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Podemos jogar o que quisermos na Constituição, se não tivermos um Estado forte, no sentido republicano, para implementar essa Constituição, para garantir os direitos, para poder implementar políticas públicas, de nada adianta. [...] Uma outra questão que ignoramos ultimamente é a questão do desenvolvimento. Sem um Estado que promova uma efetiva política de desenvolvimento, podemos colocar o que quisermos na Constituição, e, infelizmente, estaremos condenados a ficar denunciando o fato de que a Constituição prevê algo que não se concretiza.<sup>101</sup>*

### 2.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição brasileira, logo em seu art. 1º, consagra que a República Federativa do Brasil constitui-se em “*Estado Democrático de Direito*”<sup>102</sup>. Isso quer dizer que existe não apenas um compromisso com a democracia, mas também com a legitimidade do direito. Ou seja, o Estado não se legitima apenas pelo direito.

As bases destas premissas se encontram nas transformações ocorridas nos conceitos de Estado e de Direito após a II Guerra Mundial. Pode-se afirmar, assim, que as atrocidades cometidas pelos nazistas e que vieram ao conhecimento de todos após o término daquela Guerra conduziram a humanidade a sérios questionamentos.

---

<sup>101</sup> BERCOVICI, Gilberto. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Livraria e Editora Renovar, 2003. p.79.

<sup>102</sup> “Como se sabe, a expressão ‘Estado de Direito’ (*Rechtsstaat*) foi utilizada pela primeira vez por Robert Von Mohl, nos anos 30 do século XIX, no tratado *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Nesta obra a liberdade do sujeito já é concebida como um objetivo central da ação estatal. Mas *Rechtsstaat* se afirma, na realidade, na Alemanha, no decorrer da restauração sucessiva às revoltas de 1848. E assume a forma de um compromisso entre a doutrina liberal, sustentada pela burguesia iluminada, e a ideologia autoritária das forças conservadoras, principalmente a monarquia, a aristocracia agrária e a alta burocracia militar. O suporte teórico do compromisso institucional, no período que compreende o Primeiro e o Segundo Império, é dado com grande riqueza e sofisticação de instrumentos doutrinários, pela ciência juspublicística alemã, representada em particular pelos escritos de Georg Jellinek, Otto Mayer e Rudolf Von Jhering.” ZOLO, Danilo. “Teoria e crítica do Estado de Direito.” In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito – História, teoria, crítica*. Colaboração de Emilio Santoro. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.12.



Neste quadro, todos os pensadores do direito se viram estarecidos e sem respostas, uma vez que a verdade inarredável indicava que havia uma ordem jurídica, um direito positivado e, portanto, uma legalidade.<sup>103</sup> Então, se a idéia de Constituição como uma *lex superior* já estava moldada, tendo como principal característica sua universalidade e sua função de servir de base a todo o sistema de direito positivo de uma nação desde a Constituição estadunidense de 1787, restava, frente à realidade que acabara de se evidenciar, a necessidade de que fossem edificadas garantias perenes que se prestassem a representar a fronteira de uma civilização, às quais não seria possível qualquer retrocesso, mesmo quando construído por maioria dentro do legislativo. Nasciam, assim, as cláusulas pétreas, verdadeiros arrecifes que demarcam até hoje a linha sob a qual a civilização não admite uma revisão do mínimo adequado ao projeto de uma sociedade democrática e comprometida<sup>104</sup> com a realização da universalidade dos direitos, com a dignidade da pessoa humana e com a emancipação do ser humano.

Em conseqüência, o perfil desse novo padrão de direito obedece a uma natureza claramente transformadora da realidade social, umbilicalmente ligado à materialidade da democracia e à plena realização dos direitos fundamentais. Ou seja, enquanto o Estado liberal se limitava a ser um mero ordenador, a ordem que surgia adotava um modelo de Estado transformador, guiado por princípios e normas que o realizavam.

Nesse sentido, não se pode compreender a Constituição sem se considerar o Estado Democrático de Direito, bem como os seus princípios e as suas normas<sup>105</sup>, sobretudo em países que, assim como o Brasil, romperam uma ordem ditatorial, fazendo clara e inequívoca opção pela democracia. Portanto, refletir sobre o Direito no Brasil pressupõe observar o Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais e a

---

<sup>103</sup> Esclarece Rodolfo Luis Vigo que Radbruch, em 1949, quando estava recopilando diversos artigos de sua autoria que remontavam à década de 20, firmou sua concepção de direito: “*Conforme a lo expuesto del Radbruch, postnazismo la validez jurídica no queda ya anclada en el derecho positivo, sino que hay un ‘derecho supralegal’ cuyo contenido son los derechos humanos, que mide sustancial o axiológicamente a toda norma y que en caso de contradicción insoportable le hace perder la calidad jurídica.*” VIGO, Rodolfo Luis. “La axiología jurídica de Gustav Radbruch.” In: VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2006. p.18.

<sup>104</sup> Para a Profa. Jeannette Maman, o ato de compreender importa em aplicar a cada caso real aquilo que de maneira genérica se encontra no texto legal, pois para ela ao jurista cabe saber “argüir os fatos” e “ouvir o que dizem”, o que ela traduz em “interpretar o texto em seu sentido, mas do ponto de vista de um observador comprometido com seu tempo e seu lugar”. MAMAN, Jeannette. *Fenomenologia Existencial do Direito – Crítica do Pensamento jurídico Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p.102-103.

<sup>105</sup> José Afonso da Silva conceitua a Constituição como “um conjunto de normas e princípios consubstanciados num documento solene estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos especiais previstos no seu texto – o que confere supremacia a essas normas e princípios”. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.27.

edificação de uma nova sociedade, que, na dicção do art. 3º da Constituição, há de ser *livre, justa e solidária*, de se desenvolver a partir do bem de todos, sem qualquer distinção ou preconceito, tendo também como objetivos erradicar a pobreza e a marginalização e diminuir as desigualdades regionais.

Trata-se de um reconhecimento da necessidade de se aprofundar a democratização da própria sociedade, porquanto quando se fala em *construir* uma sociedade com esses valores a transformação das relações econômicas, sociais e políticas torna-se necessária para que a sociedade desejada e proposta seja alcançada, estando ela separada do Estado e, ao mesmo tempo, fazendo parte dele em um projeto inacabado – dinâmico, convergente e contínuo – que marca o compromisso, sem volta, da passagem de um Estado liberal para um Estado Social. Rompe-se, por conseguinte, com a idéia de que Estado e sociedade estariam separados.<sup>106</sup>

O que se viu para a modificação desta postura foi que a realidade social por si só seria incapaz de promover alterações substanciais direcionadas à melhor distribuição e redistribuição do produto social, sendo esta a principal razão pela qual o Estado passa a intervir não apenas como “empresário”, mas também buscando o controle do processo produtivo e sua distribuição, dando azo à sua conversão em Estado econômico.<sup>107</sup>

Qualquer que seja a natureza da intervenção econômica do Estado, faz-se relevante evidenciar que ocorreu uma alteração substancial em sua relação com a sociedade, uma vez que nasceu naquele instante um projeto de justiça social guiado não apenas por uma política econômica voltada a todos, mas também pela criação de

---

<sup>106</sup> “[...] Cuando una constitución reconoce al mismo tiempo el Estado de derecho basado en la libertad y el Estado social, igualitario y radical, no quiere ello decir que de este contenido contradictorio puesto de relieve deba resultar necesariamente una unión. El reconocimiento sólo implica que el Estado de Derecho fundado en la libertad debe temperarse por el principio de Estado social basado en la igualdad, es decir, la libertad debe ser limitada por la igualdad. Esta dualidad de reconocimiento tampoco va contra las exigencias actuales. No olvidemos que la desigualdad social creada en nombre de la libertad ha puesto en entredicho el valor absoluto de ésta. El hecho de que hablemos hoy día de una economía social de mercado implica la afirmación de que el liberalismo económico del siglo XIX ya está pasado de moda. Desde el punto de vista democrático, el proceso sucesivo de igualación, en el más profundo sentido significa el situar por la igualdad aquellos que perdieron su libertad en nombre de la misma, de nuevo en condiciones de usar de ella de un modo razonable y provechoso. Es decir, el Estado social de derecho aparece hoy día como un medio de compensar la atrofia, o mejor dicho, la pérdida de la libertad con la ayuda de la igualdad. Con la realización de este principio se crearán los presupuestos para que les sea devuelta la libertad a aquellos que de ella fueron desposeídos, quedando así en situación de desigualdad.” LEIBHOLZ, G. *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna*. Colección Civitas. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971. p.138-140.

<sup>107</sup> Neste momento histórico é possível se enxergar que a evolução do Estado observou momentos distintos. O primeiro por meio de um intervencionismo em setores; depois para uma atuação mais permanente e duradoura do processo econômico chamado por muitos de dirigismo; e, por último, vem o planejamento.

mecanismos necessários à prestação de bens e serviços e à geração de condições materiais em favor do conjunto da sociedade. Quando tais medidas não são observadas a maior parte da população vê-se excluída materialmente dos direitos e garantias fundamentais, e o princípio isonômico não passa de mais uma promessa não cumprida, muito embora seja ele que ilumina todo o texto constitucional.<sup>108</sup>

É exatamente neste contexto e por essas razões que Bercovici acentua que a Constituição de 1988 é claramente uma Constituição Dirigente, consistindo em “um programa de ação para a alteração da sociedade”.<sup>109</sup> Portanto, um traço característico e marcante na superação do Estado liberal é o rompimento com a idéia de que o Estado e a Sociedade estariam separados.

Esta nova concepção também trouxe alterações profundas e significativas no que tange à posição do cidadão frente ao Estado, surgindo com uma outra feição a autonomia individual, posto que ao lado dos direitos e das liberdades, por assim dizer, clássicos advieram os direitos sociais inter-relacionados com as prestações de serviços pelo Estado.

---

<sup>108</sup> “O princípio da igualdade perante a lei pode ser interpretado restritivamente como uma diversa formulação do princípio que circula em todos os tribunais: ‘A lei é igual para todos’. Nesse sentido significa simplesmente que o juiz deve ser imparcial na aplicação da lei e, como tal, faz parte integrante dos remédios constitutivos e aplicativos do Estado de direito. Extensivamente isso significa que todos os cidadãos devem ser submetidos às mesmas leis e devem, portanto, ser suprimidas e não retomadas as leis específicas das singulares ordens ou estados: o princípio é igualitário porque elimina uma discriminação precedente. No preâmbulo da constituição de 1791, lê-se que os constituintes desejaram abolir ‘irrevogavelmente as instituições que feriam a liberdade e a igualdade de direitos’, e entre tais instituições são incluídas as mais características instituições feudais. O preâmbulo se encerra com uma frase: ‘Não existem mais para parte alguma da nação, nem para algum indivíduo, qualquer privilégio ou exceção ao direito comum de todos os franceses’, que ilustra *a contrario*, como melhor não se poderia desejar, o significado do princípio da igualdade diante da lei, como recusa da sociedade por estamentos e, assim, ainda uma vez, como afirmação da sociedade em que os sujeitos originários são apenas os indivíduos *uti singulli*. Quanto à igualdade nos ou dos direitos, ela representa um momento ulterior na equalização dos indivíduos com respeito à igualdade perante a lei entendida como exclusão das discriminações da sociedade por estamentos: significa o igual gozo por parte dos cidadãos de alguns direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Enquanto a igualdade perante a lei pode ser interpretada como forma específica e historicamente determinada de igualdade jurídica (por exemplo, no direito de todos de ter acesso à jurisdição comum ou aos principais cargos civis e militares, independentemente do nascimento), a igualdade nos direitos compreende a igualdade em todos os direitos fundamentais enumerados numa constituição, tanto que podem ser definidos como fundamentais aqueles, e somente aqueles, que devem ser gozados por todos os cidadãos sem discriminações derivadas da classe social, do sexo, da religião, da raça etc. O elenco dos direitos fundamentais varia de época para época, de povo para povo, e por isso não se pode fixar um elenco de uma vez por todas: pode-se apenas dizer que são fundamentais os direitos que numa determinada constituição são atribuídos a todos os cidadãos indistintamente, em suma, aqueles diante dos quais todos os cidadãos são *iguais*.” BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 41.

<sup>109</sup> In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Op. cit. p.35.

Estado e sociedade, como já se disse, não mais se contrapõem. O Estado de Direito dá lugar ao Estado social<sup>110</sup>, motivando o surgimento de uma vivência política democrática em que a tolerância e o respeito aos direitos das minorias, sejam étnicas, religiosas ou de qualquer outra natureza, passam a compor a paisagem dos direitos fundamentais, que, neste passo, ganham contornos de direitos de toda uma coletividade plural<sup>111</sup> e com um padrão mínimo de civilização garantido.

A dignidade da pessoa humana não se contrapõe ao princípio do Estado de Direito, mas, ao invés disso, o realiza, pois sem ela a democracia<sup>112</sup> e os direitos à

<sup>110</sup> É importante dizer que, após a Segunda Guerra Mundial, Keynes e Pigou concentraram suas atenções nas imperfeições do mercado. O último, considerado o pai das teorias que fundamentam o desenvolvimento da intervenção coletiva na economia, sob o argumento de que cabe ao Estado a responsabilidade pela correção dos defeitos do mercado, devendo manter-se vigilante para cumprir este objetivo, a fim de que os recursos da sociedade sejam o mais eficazes possível. MORENO, Fernando Díez. *El Estado social*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. p.188.

<sup>111</sup> Sobre a pluralidade jurídica, Norbert Rouland traz dois casos extremamente interessantes e muito ligados à antropologia jurídica. Em um deles, um casal de muçulmanos pertencentes à mesma etnia, os solinkes do Mali. Ele se chama Mahamet e ela Fofona Dalla. Casaram-se em seu país e lá tiveram o primeiro filho, uma menina, que foi rapidamente excisada. Mahamet emigrou para a França em 1980 e começou a trabalhar em uma cantina do aeroporto de Orly. Sua esposa, Fofona, foi ao seu encontro dois anos após. Lá tiveram um filho, um menino que logo faleceu. Em junho de 1984 tiveram uma filha. A diretora do Centro de Proteção Materna e infantil comunicou à Fofona que a excisão na França é considerada ilegal, mas não ficou comprovado que ela tivesse na ocasião compreendido bem a advertência, porque não falava o francês, e, por isso, na ocasião, uma amiga teve que traduzir o comunicado. Seis dias depois do nascimento da menina, chamada Assa, duas mulheres amigas de Fofona passaram em sua residência e se propuseram a excisar Assa. Ela concordou e minutos depois Assa já sofreu amputação do seu clitóris e de seus pequenos lábios. A febre tomou conta do corpo da pequena Assa e obrigou a mãe a procurar ajuda médica. Assa foi hospitalizada, tratada e curada. No entanto, a diretora do Centro de Proteção Materna enviou o caso ao Procurador da República. Diversas associações se juntaram à acusação. Fofona foi acusada de cumplicidade de crime e de violência voluntária à criança de menos de 15 anos que implica em mutilação ou amputação, o que significa que teve que se submeter ao veredicto do Tribunal do Júri. Não é uma situação fácil sob o ponto de vista jurídico. Fofona tem ou não direito à sua própria cultura? E as leis da França como devem ser aplicadas? É ou não um delicado exame de pluralismo jurídico? Tem alguma relação ou não com a liberdade de pensamento? E o direito de resistência, como fica? Enfim, são questões que põem em xeque ou não um padrão de civilização e o Estado de Direito? Até onde o monopólio estatal do direito vai? Existe ou não um direito produzido e reconhecido pela sociedade convivendo com um direito estatal? O outro caso envolve a questão do véu islâmico e tem suscitado muita polêmica na França e em todo mundo. Em uma SEP (zona de educação prioritária), distante 60 quilômetros de Paris, adolescentes de origem argelina e marroquina desejaram usar o lenço islâmico em sala de aula, o que lhes foi proibido pelo diretor da escola e pelos professores em nome da laicidade. De um lado uns denunciam a alienação da mulher que o uso do xador simboliza. Do outro os defensores do direito à diferença. A comunidade judaica se pronunciou dizendo que não admitiria a proibição ao uso da quipá. Outros afirmam haver uma “santa aliança dos cleros” e acentuam que o “tribalismo, disfarçado pelo direito à diferença”, está destruindo a educação republicana, entregando-a à Frente Nacional (organização política de extrema direita com características fascistas). Também nestas situações as indagações antes apresentadas persistem. ROULAND, Norbert. *Nos confins do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.199.

<sup>112</sup> José Afonso da Silva lembra que “democracia é conceito histórico”, e não um valor-fim, mas instrumento para a realização dos direitos fundamentais do ser humano, e após breve narração histórica em que evidencia a realização do processo histórico de conquista e garantia desses formula um conceito nos termos seguintes: “Assim, podemos admitir que a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido direta ou indiretamente pelo povo e em proveito do

igualdade, à liberdade, à soberania popular e à livre organização sindical, entre outros, seriam apenas promessas não cumpridas em um determinado período de uma civilização.

A tradução mais clara desse momento histórico do Estado Democrático de Direito não se dá apenas por meio da feição que adquire quando passa a intervir nas relações de produção para promover o bem de todos, buscando estabelecer um justo equitativo na distribuição dos bens e serviços gerados em sociedade, mas também quando põe limites à autonomia privada<sup>113</sup>, como já mencionado. Portanto, a garantia dos direitos fundamentais e a tutela da autonomia individual e coletiva, sustentáculo do conceito de Estado de Direito, obrigam a observância da lei pelo próprio Estado<sup>114</sup>, que, no âmbito das suas relações com a sociedade ou com seus membros, ou, ainda, entre estes, não pode fazer mais do que a lei lhe permite. Ademais, o Estado passa a ser promotor da liberdade, não mais a liberdade vinculada à propriedade privada, mas sim a liberdade atrelada à dignidade da pessoa humana e, por isso mesmo, comprometida com sua emancipação.

As garantias fundamentais representam uma pré-condição à própria existência do Estado Democrático de Direito, já que sem elas nenhum outro compromisso previsto

povo.” SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2007. p.43 e 45.

<sup>113</sup> José Afonso da Silva chama atenção para as diversas denominações que são dadas aos direitos fundamentais – direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos fundamentais do homem, entre outras – e, com supedâneo em Pérez Luño, diz que “a figura do direito público subjetivo é uma categoria histórica adaptada ao funcionamento de determinado tipo de Estado, o Liberal e a umas condições materiais que foram superadas pelo desenvolvimento econômico-social do nosso tempo”. Assim, observa-se que, como esclarece o Professor da USP, os direitos fundamentais da pessoa humana estão vinculados ao modelo de Estado. Analisando todas as denominações, conclui o Professor José Afonso que a expressão “direitos fundamentais do homem” é a mais adequada “porque, além de se referir a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico positivo, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas às instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo ‘fundamentais’ acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais ‘do homem’ no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. ‘Do homem’ não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana”. *Ibidem*. p.54-56. É válido acrescentar, ainda, a lembrança de Jorge Miranda no sentido de que em âmbito internacional prevalece o termo proteção internacional dos direitos do homem, pois a seus olhos é mais fácil visualizar que são atinentes aos indivíduos e não aos Estados, ou a outras entidades internacionais, além de representar um “mínimo ético” universal.

<sup>114</sup> Analisando a evolução histórica do Estado de Direito, ressalta Pietro Costa que na ótica de Calamandrei a legalidade é a maior e melhor herança da Revolução Francesa, afirmando ainda que a primeira preocupação do nacional-socialismo e do fascismo foi destruí-la, em um primeiro momento confrontando-a às claras, e noutro mantendo-a apenas nas aparências, porque introduziu uma prática de total ilegalismo. Ou seja, o Estado autoritário não se submete nem à sua própria lei. COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica.” In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *Op. cit.* p.185.

na Constituição pode ter vida. São as veias que fazem circular o sangue e irrigam as artérias e os órgãos, estes representados pelos demais direitos e aquelas pelas instituições democráticas.

Há uma inequívoca racionalização da atividade estatal que estabelece a fronteira jurídica das suas relações com os cidadãos, evidenciando a necessidade de preservação de instrumentos históricos construídos com o fim de estabelecer limites ao poder, tais como a divisão dos poderes, a plena observância ao princípio da legalidade da Administração e o amplo acesso à justiça, todos institutos hoje com adjetivações incorporadas, tais como *efetivos, justos, em prazo razoável* e outras. Dessa forma, o Estado não apenas regula as relações entre os indivíduos, mas também promove e assegura o bem de todos, gerando condições para que possam desenvolver livremente sua personalidade e realizar a dignidade humana.

Nesse contexto, o *princípio da legalidade*<sup>115</sup> representa uma necessidade decorrente da expansão do direito nos mais diversos setores da vida em sociedade, pois o Estado Social faz da lei um instrumento de realização política, intervindo nas relações sociais não apenas para regulá-las, mas também para ditar políticas públicas consentâneas à ordem jurídica constitucional, de modo que as desigualdades sociais sejam, se não página virada da história, suportáveis ao homem que vive no século XXI e não causem intranquilidade social. Ademais, verifica-se que o princípio da legalidade, tal qual o da igualdade, tem como pressuposto evitar o arbítrio ou estabelecer limites ao poder.

Se no Estado liberal não havia o entendimento de que a intervenção estatal é fundamental para se transformar a sociedade, pois a crença era no sentido de que os ajustes adviriam do próprio corpo social; no Estado Social esta preocupação não se encontra isolada e, por isso, vai mais longe. Existe uma determinação para que sejam estabelecidos limites ao poder, por meio de mecanismos que inibam o arbítrio, evidenciando-se, dessa forma, que o princípio da igualdade inspira todo o ordenamento constitucional. Assim, buscando coibir o arbítrio, o Estado Social e a sociedade

---

<sup>115</sup> “No que diz respeito ao segundo axioma, ou seja, ao primado da lei, este se traduz no ‘princípio da legalidade’ (*Gesetzmäßigkeit*), por força da qual o sistema de regras estatuído pelo Parlamento deve ser rigorosamente respeitado pelo poder executivo e pelo poder judiciário, como condição de legitimidade dos seus atos. Essa dupla subordinação ao primado da lei é enfaticamente concebida como a defesa mais eficaz em relação a qualquer prevaricação potestativa e como garantia suprema da tutela dos direitos individuais.” ZOLO, Danilo. Op. cit. p.13.

procuraram estabelecer contrapartidas vantajosas para esta última, entre as quais ganha lugar de relevo a *independência judicial*.

Contudo, a referida independência judicial não pode ser confundida com aquela formulação clássica apresentada por Montesquieu ao esposar a “*separação dos poderes*”. No Estado Social a independência judicial pode ser traduzida, em uma linguagem singela e cuja expressão é por todos conhecida, como *justiça constitucional*.<sup>116</sup> Trata-se de uma resposta racional às indiscutíveis e insuficientes incertezas da justiça, que demonstrou, ao longo dos anos, uma dificuldade, pode-se dizer, *vocacional*<sup>117</sup> para enfrentar e inibir as ações – comissivas ou omissas – do Estado, seja quanto à edificação de uma legislação que promovesse a cidadania e a coletividade, seja quanto ao fato amplamente debatido nos dias que se passam consistente no desvio do legislativo quando se curva com facilidade às pressões do executivo, ou quando não legisla com justiça e universalidade.

O Estado Social reconhece, dessa forma, que tanto o legislativo como o judiciário, eventualmente, podem violar os direitos e as garantias fundamentais, devendo dotar a sociedade de mecanismos que assegurem e garantam direitos, para que qualquer incursão neste sentido receba das instituições a mais rápida e eficaz resposta.

As Constituições do pós-guerra, como já evidenciado sob outra ótica, cuidaram para que fosse plenamente assegurada a garantia dos direitos, inserindo-a no âmbito do controle de constitucionalidade, a que estão submissas as produções legislativas. As decisões judiciais, por seu turno, nos países que adotaram o Tribunal Constitucional também passam pelo crivo do controle de constitucionalidade, sendo certo que há

---

<sup>116</sup> “A idéia de controle de constitucionalidade está ligada, conforme já analisado, à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.” MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais – Garantia Suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2003. p.223.

<sup>117</sup> Existe no Brasil uma ausência de vocação dos Tribunais em inibir os abusos do poder público, sejam eles de natureza legislativa, executiva ou até mesmo judicial. Os benefícios processuais de que goza a fazenda pública é uma violência inominada ao princípio da igualdade processual. O sistema de precatório judicial representa verdadeiro sistema de casta judicial ao recebimento do crédito. O pior é que o precatório, que é processo meramente administrativo, hoje ganha contornos de processo judicial, com revisão de cálculos, recursos e outros inacreditáveis fatos, tudo em nome do vago conceito de interesse público, esquecendo-se o judiciário que se houve erro é preciso punir a quem demonstrou ser desidioso, e não punir o cidadão com um verdadeiro *plus* à já conhecida lentidão do judiciário e beneficiar o Estado infrator.

muitas decisões em que se discute a aplicação do princípio da igualdade às decisões judiciais.<sup>118</sup>

Por conseguinte, sendo a interdição ao arbítrio pressuposto à materialização dos princípios da igualdade e da legalidade, é natural que a sociedade estabeleça, seja pelo conflito ou mediante o diálogo com o Estado, mecanismos que potencializem sua inibição em qualquer um dos poderes da República, os quais devem se encontrar em sintonia e independência. Seria até ofensiva à racionalidade humana a crença de que apenas o executivo e/ou o legislativo deveriam sofrer controle de constitucionalidade. Os seres humanos integram todos os três poderes, que, por sinal, são independentes, harmônicos e também iguais.

Considerando-se que uma lei elaborada por representantes do povo, após passar pelo crivo das diversas Comissões que a analisam, inclusive sob a ótica de sua constitucionalidade, ainda sofre a sanção ou não do executivo e do judiciário, faz-se pertinente perguntar: Por que as decisões judiciais não podem atentar a ordem constitucional?

A soberania está na comunidade, na *polis*, conforme indica o Parágrafo único do art. 1º da Constituição. Por isso pode-se afirmar que às Instituições é reservado o papel de respeitá-la e por ela velar, dia após dia, noite após noite. E quando assim o fazem protegem à Constituição. O que se deseja, por conseguinte, não é apenas a realização da dignidade humana e dos valores da justiça social, mas também o instrumento que lhe dá vida: a *segurança jurídica*.<sup>119</sup> Esta, por sua vez, está subordinada

---

<sup>118</sup> Na Espanha existe o Recurso de Amparo que assegura àquele que se sente prejudicado por uma decisão judicial chegar ao Tribunal Constitucional e debater eventual violação a um direito fundamental. Entre os direitos protegidos pelo Recurso de Amparo está o direito à igualdade na aplicação da lei (CE, art. 14). O Tribunal Constitucional Espanhol é o interprete máximo da Constituição, tanto que o art. 123.1 da Constituição Espanhola conceitua o Tribunal Supremo como “*órgano jurisdiccional superior em todos los ordenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*”, porque esta matéria pertence à alçada do Tribunal Constitucional, como já dito.

<sup>119</sup> “Segurança jurídica significa a manutenção de leis gerais e sua aplicação pelo Estado, bem como o impedimento de ação violadora do Direito. A segurança jurídica exige, também que as leis sejam claras e inequívocas, de forma que os cidadãos possam contar com as leis no seu proceder. Além disso há um critério material: o Direito deve proteger importantes bens jurídicos dos cidadãos (vida, liberdade, propriedade, resumindo, os direitos e valores fundamentais enunciados no art. 1 ss GG). O Estado de Direito Democrático atua somente com base em leis democraticamente legitimadas e regularmente aprovadas. Ele institui o Direito através de órgãos legislativos (parlamentos) e garante através da atividade dos tribunais e dos órgãos executivos (polícia, oficial de justiça). Somente através da segurança jurídica estabelece-se uma paz interna suficiente.” HORN, Norbert. *Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica (Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie)*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p.51.



à idéia de justiça material. Convém salientar, ainda, que há uma igualdade axiológica entre justiça, eficácia e segurança, embora a justiça material seja o objetivo precípuo.

Essa segurança jurídica se torna cada vez mais exigível e necessária em relação aos direitos fundamentais, visto que a Constituição não nega a existência do conflito político, apenas o institucionaliza.<sup>120</sup> Ou seja, em suma, a segurança jurídica é a ordem jurídica sob a qual se assentam o Estado e a sociedade para fazer valer princípios e normas atinentes aos direitos e às garantias fundamentais da pessoa humana.

A constituição brasileira de 1988 representa um marco político, um reencontro com a democracia, a afirmação do Estado Democrático de Direito e o compromisso com a construção de uma sociedade *livre, justa e solidária*. Discorrendo acerca do modelo que segue para subsidiar a interpretação da ordem econômica em nossa Constituição, diz Eros Grau que sua metodologia consiste em sopesar os princípios jurídicos que estão em todo o ordenamento constitucional. Essa metodologia, segundo sustenta, parte da compreensão de existência de um sistema pautado por uma lógica própria, razão pela qual concebe a norma como “*parte de um sistema*”.<sup>121</sup>

Bercovici<sup>122</sup> esclarece, a propósito do art. 3º, que seu objetivo é alcançar a igualdade material por meio da lei, vinculando o Estado a promover meios para garantir existência digna para todos<sup>123</sup>, sem qualquer distinção. Assim, evidencia-se que toda a ordem econômica rende serventia ao Estado Democrático de Direito e à construção de um modelo de sociedade, já que aquele foi formulado e estruturado para a pessoa humana. Então, ainda que o sistema econômico seja capitalista e que reconheça o direito de propriedade, há toda uma estrutura lógica pensada e protegida por princípios e normas que guiam a ação estatal em suas relações internas e externas.

Só tem existência digna quem tem acesso às condições de vida ofertadas pelo Estado Democrático de Direito, não apenas aos bens materiais, mas também à ordem

---

<sup>120</sup> Carlos Miguel Herrera, analisando o pensamento de Radbruch sobre a forma jurídica, põe em relevo a preocupação do pensador alemão para que as disposições não sejam arbitrárias em seus fundamentos e para que sejam válidas para todos os casos similares, porque “sólo la forma jurídica puede proteger la clase oprimida frente a los actos arbitrarios de una legislación y una jurisdicción que se encuentra en manos de su antagonista de clase”. HERRERA, Carlos Miguel. *Derecho y Socialismo en el pensamiento jurídico*. Bogotá: Universidade Esternado de Colômbia, 2002. p.242.

<sup>121</sup> GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p.180.

<sup>122</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento – Uma Leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.37.

<sup>123</sup> “[...] Sua materialização não significa a imediata exigência de prestação estatal concreta, mas uma atitude positiva, constante e diligente do Estado.” Ibidem. p.37.

jurídica justa, à independência dos juízes de Tribunais e à igualdade de armas no processo, entre outras garantias constitucionais do processo contidas no mesmo art. 5º da Constituição.<sup>124</sup> Desse modo, verifica-se que os direitos fundamentais, reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional, são vetores de extrema relevância à humanidade e à edificação de uma nova sociedade.

Em seu Título II a Constituição de 1988 proclama os direitos e as garantias fundamentais. Assim, embora não se promova nenhuma distinção entre os dois termos, até porque estão postos no mesmo patamar, é possível afirmar que os direitos representam certos bens, ao passo que as garantias se destinam a ser o fio condutor pelo qual os direitos se realizam. Soa oportuna, todavia, a advertência de José Afonso da Silva<sup>125</sup>, citando Sampaio Dória, de que não são claras as linhas que separam os direitos das garantias, embora sua conclusão revele que “os direitos são garantias, as garantias são direitos”, demonstrando que o debate não traz tanta importância quanto se imagina. Mesmo assim, a diferenciação é oportuna no presente ensaio, especialmente quanto às garantias processuais do cidadão<sup>126</sup>, inclusive em razão de existirem direitos procedimentais em sentido restrito que, por óbvio, não são garantias.

Nesse sentido, a diferenciação apresentada pelo Professor José Afonso se faz necessária. Com efeito, ao pugnar pela separação das garantias dos direitos fundamentais em dois grupos, que denominou de *garantias gerais* e *garantias constitucionais*, vislumbrou a existência de um sistema de normas que se prestam a assegurar os direitos humanos fundamentais.

---

<sup>124</sup> “A igualdade é inerente ao caráter de idéia mestra ou ponto de partida, pertencendo à ordem jurídica positiva consoante o previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Não é a toa que o legislador constituinte iniciou com o direito à igualdade a relação dos direitos individuais; ‘dando-lhe o primeiro lugar na enumeração, quis significar expressamente, embora de maneira tácita, que o princípio da igualdade rege todos os direitos em seguida enumerados’. No Código de Processo Civil, o art. 125, inc. I, é muito claro e objetivo ao estabelecer o dever primário do juiz o tratamento paritário das partes e dos procuradores. Por tudo isso, não há como deixar de erigir a igualdade à condição de princípio, constituindo importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. A responsabilidade por sua preservação, a fim de que arbitrariedades não sejam cometidas, é principalmente do legislador e do juiz, responsáveis em grande parte pela criação e interpretação do direito. A cláusula garantidora da isonomia, inserida no sistema jurídico, tem por finalidade coibir abusos na elaboração e aplicação da norma.” LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Garantia do Tratamento Paritário das Partes.” In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.96-97.

<sup>125</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., 2005. p.59-61.

<sup>126</sup> “A cidadania, assim considerada, consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro e de contribuir para o aperfeiçoamento de todos.” SILVA, José Afonso da. Op. cit., 2007. p.142.

As *garantias gerais* são as normas que constroem o arcabouço de uma sociedade democrática, sob o qual se assentam as condições econômico-sociais, culturais e políticas que contribuem para o pleno exercício dos direitos fundamentais. Já as *garantias constitucionais* residem nas normas e nos procedimentos adotados pela própria Constituição para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais e são de dois tipos: *garantias constitucionais gerais* e *garantias constitucionais especiais*. As primeiras se inserem no sistema como *interdição ao arbítrio* e representam garantias gerais à defesa de um sistema protetor da pessoa humana em sua plena dimensão; já as segundas são mecanismos constitucionais que visam limitar a atuação dos órgãos estatais e particulares, tomando a defesa da plena eficácia, bem como da aplicabilidade e inviolabilidade dos direitos fundamentais.

Trata-se, por conseguinte, como reconhece o Professor anteriormente mencionado, de um sistema de proteção aos direitos fundamentais em três níveis que estão inter-relacionados: o social, o político e o jurídico. Não representa nenhum ineditismo a compreensão de que o Estado de Direito pode e deve ser ligado a um modelo de democracia que ultrapassa a fronteira dos velhos e antigos direitos de liberdade e propriedade, gerando novos direitos, tais como os sociais. No entanto, o novo é que essa fórmula almeja dar dignidade constitucional e ser um dos sustentáculos do Estado de Direito.

De fato, o Estado de Direito não se separa da hierarquia das normas e regras institucionais que ditam o controle de constitucionalidade das leis e mantêm um estreito vínculo com os direitos da pessoa humana, mas agrega um horizonte bem maior e mais amplo a partir dos direitos sociais. O que se constata é que o Estado de Direito é um sistema de limites que, logo, visa calar o arbítrio, assegurando à sociedade uma previsibilidade e um controle à ação do poder, pois seus instrumentos de ação estão voltados à idéia de uma lei firme, estável e universal; o contrário é o totalitarismo, o uso da lei casuisticamente, gerando intranqüilidade e incerteza aos cidadãos e à sociedade civil.

O método *kelseniano* inaugurou no ordenamento jurídico o controle da constitucionalidade das leis, vencendo os dogmas da não-limitação do poder legislativo e, por conseqüência, da liberdade e harmonia entre os poderes. De igual maneira as Constituições européias do pós-guerra venceram outra “*verdade*”, a de que não se poderia estabelecer idêntico controle de constitucionalidade às decisões judiciais.

A idéia subjacente presente nas Constituições, no Estado Democrático de Direito, no princípio da igualdade, no controle de constitucionalidade e em diversos outros institutos sempre é de *interpor barreiras ao arbítrio*, de direitos iguais e, conseqüentemente, de igualdade em sua aplicação, porque de nada valeria o próprio controle de constitucionalidade exercido para assegurar a igualdade de todos se essa mesma igualdade não tivesse efetividade na aplicação da lei. Uma vitória de Pirro? Obviamente não.

A jurisdição é o poder destinado a frear o arbítrio.<sup>127</sup> Sendo assim, convém perquirir, mais uma vez, em relação aos poderes executivo e legislativo, o que justificaria que o judiciário também não fosse convocado a frear o arbítrio?

Esta é a válvula que fecha o sistema de controle de constitucionalidade e de proteção aos direitos e às garantias fundamentais da pessoa humana, uma vez que o catálogo destes direitos e garantias pode ser resumido, no dizer de Leibholz, com a seguinte frase: a dignidade humana é intangível e a todos os poderes compete a obrigação de respeitá-la e protegê-la. Daí, continua ele, o povo alemão faz hoje uma profissão de fé de que tais direitos e garantias são invioláveis e inalienáveis como fundamentos de toda uma sociedade humana, da paz e da justiça no mundo, e estes direitos obrigam à legislação, ao poder executivo e à jurisprudência como direito imediatamente vigente.<sup>128</sup>

Nesse sentido: “Se o juiz é um servidor menos da justiça que da segurança jurídica, então deve existir uma outra instância que, em casos de uma contradição por demais flagrante entre ambos, leve em consideração os interesses da justiça.”<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> “No obstante, el juez no es el legislador. Por llamado este a participar en la transformación del Derecho mediante una interpretación creadora de la norma jurídica debe imponerse, a diferencia del legislador, ciertos límites y no puede usurpar las funciones de éste último. Incluso si considera que una reglamentación legal no es viable y estima que otra es mejor, tiene que aceptar la reglamentación establecida, aunque llegue a la conclusión de que el legislador ha cometido un abuso de poder y la norma es objetivamente improcedente y puede calificarse de arbitraria. Entonces, y sólo entonces, el juez constitucional puede dejar de aplicarla y declararla anticonstitucional.” LEIBHOLZ, G. Op. cit. p.182-183.

<sup>128</sup> Ibidem. p.233.

<sup>129</sup> RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999(a). p.126.

## 2.2 A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO, VALOR E DIREITO FUNDAMENTAL

A igualdade<sup>130</sup> é o principal alicerce da Constituição de 1988, já que sem ela não se realizam o Estado Democrático de Direito e os valores da República, tampouco se constrói uma *sociedade livre, justa e solidária*.

Pode-se afirmar que ainda se fazem sentir as marcas deixadas pelos longos anos em que o povo brasileiro esteve privado de um regime democrático e de uma Constituição como a atual, já que os efeitos do sistema ditatorial, tal qual os da escravidão, são como fantasmas que atormentam a sociedade mesmo nos dias de glória. Mais de uma geração nasceu e foi educada sob a égide de uma ditadura e, portanto, sem a cultura democrática, sem valorizar o respeito à diferença e sem conhecer a realidade social, política e econômica do seu próprio país.

Durante os anos que se seguiram ao golpe militar de 1964, as Faculdades de Direito tiveram seus currículos adaptados ao regime de exceção; muitos dos seus professores, inclusive, foram retirados prematuramente do magistério, o que comprometeu o ensino e a pesquisa do período.<sup>131</sup> Todavia, essa geração ocupa hoje

---

<sup>130</sup> “Segundo a doutrina de Rousseau, a igualdade deve ser exigida ou produzida. Ele não a concebe como artigo maquiado da Constituição, mas como resultado prático no quadro de um conjunto de condições necessárias (e, experimentalmente, também suficientes): neutralização de todas as associações, igrejas, partidos políticos, parlamentos, sociedades comerciais e grupos econômicos até a tarefa permanente de trabalhar a consciência política, uma moral coletiva. Essas medidas – não liberais diante da liberdade civil assassantemente seletiva à *la Locke* – são ferreteadas pelos arautos da desigualdade como ‘totalitárias’, pois ameaçam feri-los (assim como ameaçam ferir também a desigualdade) na medula (e no bolso). Além disso – dois pecados capitais para catedráticos do continente europeu –, Rousseau teria sido um arrivista e um pensador não-sistemático, o que já basta para não levá-lo a sério. É certo que ele não foi um pensador sistemático (‘Toutes mês idées se tiennent, mais je ne saurois les exposer toutes à la fois’, DCS II 5). Era pobre demais para sê-lo. Escrevia bem demais para sê-lo. E não pôde sê-lo por ver-se com excessiva frequência forçado a catar apressadamente os seus manuscritos, para fugir aos asseclas (*Handlanger*) de Voltaire e dos arcebispos, para escapar dos olhos e braços da lei. Desde então os que se encastelam atrás da sua escrivinha podem apresentar-lhe o rol das suas contradições, em paga de honorários e salários.” MÜLLER, Friedrich. *Igualdade Normas de Igualdade*. Revista Brasileira: Direito Constitucional. Vol.1. Justiça Constitucional. São Paulo: Método, 2003. p.18.

<sup>131</sup> “Não deixa, aliás, de ser significativa a observação de Tocqueville de que existe uma relação constante entre os regimes despóticos e centralizadores e o Direito Romano que, segundo diz, ‘era um direito de servidão’, **concebido** e produzido por uma sociedade dividida entre senhores e escravos. De resto, a própria concepção de Estado dos romanos era, neste sentido, diametralmente oposto à dos gregos, enquanto os últimos tinham ‘um conceito de poder e de Direito cuja essência não repousava nas relações de autoridade-obediência’ e que não identificava o poder e o Direito com a autoridade. Não será portanto de estranhar que a destruição da Idade Média e a formação dos grandes Estados modernos tenha coincidido com a expansão do Direito Romano em toda Europa. E igualmente não é de se admirar que as doutrinas que o têm sustentado hajam habilmente separado o direito da política, de tal modo que a função do jurista ficasse limitada apenas à exegese do direito estatal, cuja produção não lhes compete e sim aos políticos. É, pois, compreensível que nossas universidades, por exemplo, não preparem juristas para a produção do direito, mas apenas exegetas que não sejam mais do que meros aplicadores do direito estatal.

várias posições de relevo na estrutura do Estado e da sociedade; são os atuais magistrados, procuradores de justiça, advogados e professores.

Portanto, a transformação da sociedade, a emancipação do homem e a importância da Filosofia do Direito, da Teoria Geral do Estado, das entidades de classe e de um sistema processual voltado a contribuir para a realização da justiça não estavam na agenda do período ditatorial. Daí provém a dificuldade de muitos que se formaram sob o manto dessa estrutura curricular em enxergar e compreender o Direito estruturado em um ambiente democrático.

Assim, identificar o significado e o alcance do princípio da igualdade em nosso sistema constitucional não é uma tarefa fácil, uma vez que se, por um lado, desperta paixões, também há muitos que ainda acreditam haver uma tensão forte e insuperável com o princípio da liberdade. Estes, no entanto, não se dão conta que estão promovendo o ilimitado direito de propriedade, tampouco que o século que se inicia propõe ao homem conjugar o verbo, doravante, na primeira pessoa do plural, extirpando da gramática para sempre a primeira pessoa do singular.

---

O jurista não *participa* da *formação* do direito, ainda que isto seja um paradoxo! Em verdade, não somos mais do que ‘vítimas caladas’ de toda sorte de positivismos jurídicos. Daí por que, ao preconizarmos uma transformação radical de nossas instituições universitárias, queremos referir-nos especialmente a necessidade da adoção de uma nova pedagogia jurídica que supere a metodologia oficial, exacerbadamente normativista e caudatária, ainda, do ‘cientificismo’ jurídico que teve suas origens nas filosofias do século XVII. Realmente não poderá haver instrumento mais autoritário e antidemocrático do que este tipo de metodologia jurídica que transforma o ensino universitário numa ingestão mecânica e memorizadora de textos legais e definições; e nem técnica mais alienante e escravizadora do que essa, a formar especialistas do direito que jamais tiveram uma aula sequer para ensinar-lhes como produzi-lo, transformados, como são, em simples aplicadores e interpretes de um sistema jurídico de cuja produção não participam, mas ao qual como consumidores, devem obediência. Nós, os brasileiros, quando cuidamos de operacionalizar as mudanças com que a nação tanto sonha, em geral apelamos para o inesgotável e encantado arsenal de nossas fantasias, imaginando que as transformações sociais de que carecemos com tanta urgência poderiam ocorrer milagrosamente pela simples adoção de leis, casuisticamente produzidas, arte em que somos verdadeiros peritos, e que seriam acrescentadas ao entulho legislativo já existente, sem que os homens, no entanto, e suas instituições sofressem a mais mínima mudança. Trata-se de uma atitude eminentemente prelógica e, quando adotada pelos estamentos dominantes, profundamente conservadora, na medida em que as leis são editadas para jamais serem cumpridas, de modo que o *status quo* permaneça inalterado. Como dizia Pontes de Miranda, nós os brasileiros, especializamo-nos em produzir leis cada vez mais numerosas, sem a mínima intenção de cumpri-las. O componente ideológico e reacionário que se insere nesse comportamento foi agudamente denunciado por Elias Diaz, ilustre filósofo do direito espanhol, ao escrever: ‘La deformación ideológica consiste em tomar por real um producto mental separada de la realidad social. Lo que, consciente o inconscientemente, se pretende es no tocar esse mundo real – esa sociedad así estructurada – sino reformamar solamente poco más que a nível de conceptos’.” BAPTISTA DA SILVA, Ovído. “Democracia moderna e processo civil.” In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p.109-110.

Viver em sociedade significa cada vez mais que o homem precisa se preocupar com seus semelhantes no mínimo tanto quanto consigo, já que muitas vezes ao indivíduo impõe-se a necessidade de esquecer de si mesmo, dada a condição tão mais vantajosa em que se encontra em relação aos demais, para olhar ao seu próximo e a ele dar ao menos a oportunidade de disputa. Por isso quando se pergunta acerca da possibilidade de uma igualdade também se faz imperativo saber se efetivamente as coisas são iguais, para que se possa tratá-las no mesmo patamar; caso não se verifique tal igualdade torna-se inevitável primeiro equipará-las. Em uma ou outra situação, a igualdade sempre exige um termo de equiparação entre duas ou mais ordens de grandeza, tratando-se ou não de pessoas ou de situações.

Desse modo, nota-se que subjacente à idéia de igualdade está a de não-discriminação, já que se todos são iguais não é possível ou tolerável que uns sejam privilegiados em detrimento de outros em razão do seu gênero, da sua raça, da sua cor ou da sua condição social. Por conseguinte, apenas a declaração de que todos são iguais não é suficiente, seja quanto ao reconhecimento da situação de fato, seja no que diz respeito à própria redistribuição compensatória, uma vez que muitas das desigualdades sociais e econômicas são de tamanha proporção que sua correção depende de um conjunto de medidas e exige um longo período para transformar toda uma cultura arraigada por décadas e, muitas vezes, séculos.

Por séculos o Brasil viveu a crença de que as mulheres e os analfabetos não poderiam votar, até que tais desigualdades foram superadas. Contudo, aqui e ali ainda se encontram pessoas que defendem tal preceito, o que pode ser entendido como um efeito de uma prescrição que se prolonga no tempo e compromete o modo de pensar e agir de uma parcela da sociedade.

A idéia de igualdade, como se pode verificar, sempre traz um forte clamor político e uma disputa quase que mitológica, na medida em que muitos a enxergam estabelecendo uma confusão entre coisas semelhantes e iguais ou, pior, negando o valor da igualdade por imaginarem ser incompatível com a liberdade.

### 2.2.1 A igualdade como princípio

O Título I da nossa Constituição inaugura a expressão “princípio” na Carta Magna e abarca todo o sistema, sendo certamente essa a premissa que orienta as palavras de Bandeira de Mello ao conceituar princípio como “*mandamento nuclear de um sistema*”.<sup>132</sup>

Os princípios<sup>133</sup> se distinguem dos valores essencialmente porque possuem uma área maior de concreção. Os valores são idéias e diretivas gerais que limitam, fundamentam e orientam de maneira crítica a interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico em um dado momento histórico. Isso significa que os princípios, *a contrarius sensus*, apesar de atuarem em um campo mais vasto do que os valores, não são normas analíticas, mas sua aplicação permite que se vislumbre as conseqüências jurídicas advindas do seu não-cumprimento.

A igualdade é um princípio orientador dos nossos direitos e garantias fundamentais, como também o é na Constituição portuguesa<sup>134</sup>, sendo auto-aplicável, como já registrou o STF - Supremo Tribunal Federal em acórdão lavrado pelo Ministro Celso de Mello, que *reconheceu sua função de obstar a discriminação* e de extinguir privilégios em dois aspectos: (i) o da igualdade na lei; e (ii) o da igualdade perante a lei. A primeira é destinada ao legislador, que não poderá incluir na lei situações que gerem discriminação; e a segunda parte da idéia de que a lei elaborada obriga ao poder público aplicá-la de forma igual, também não criando ou gerando situações de discriminação, sob pena de inconstitucionalidade.<sup>135</sup>

<sup>132</sup> “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 sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.” MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.882-883.

<sup>133</sup> São muitas as concepções acerca do que vem a ser princípio e todas refletem uma posição acerca do Direito. Todavia, se pode adotar como referência um conceito de princípio melhor, aquele que a Corte Constitucional italiana em 1956 adotou e Bonavides menciona nos termos seguintes: “Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.229/230.

<sup>134</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.

<sup>135</sup> MI 58, rel. Min. Celso de Mello, j. 14.12.1990, RDA 183/143.



Portanto, para o Supremo Tribunal Federal a teoria de Leibholz no que concerne a perceber o princípio da igualdade como *interdição ao arbítrio* ou como *princípio da não-discriminação* é atual e se encontra em harmonia com o texto da Constituição.

### 2.2.2 A igualdade como valor

A igualdade está em nosso ordenamento jurídico constitucional, conjuntamente com a justiça, como valor supremo. O preâmbulo da Constituição expressamente assim reconhece quando afirma que os representantes do povo reuniram-se em assembléia constituinte para “[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade [...]”. Aí se vê o modelo de Estado, a forma política e a sociedade almejados.

Neste texto e neste contexto, a igualdade assume um valor transcendente, superior, sendo percebida como uma verdadeira bússola para todos os cidadãos, em especial para os teóricos do Direito. A igualdade fundamenta o texto constitucional, além de orientar e trazer ínsita a idéia de transformação da sociedade brasileira, desigual e trágica em sua própria condição. Assim, para realizar o desenvolvimento nacional garantido no inciso II do art. 3º da Constituição<sup>136</sup> é imperioso conjugar o preâmbulo com os princípios e com os direitos e as garantias fundamentais, bem como com toda a ordem econômica, sem prejuízo de qualquer outro dispositivo, já que a interpretação deve ser feita em seu conjunto, e não “*em tiras*” ou “*aos pedaços*”. Evidencia-se que o princípio da igualdade se irradia sobre todo o sistema jurídico-político que se almeja alcançar.

---

<sup>136</sup> Ainda a propósito do art. 3º da Constituição, Eros Grau ressalta que se trata de um “*princípio Constitucional impositivo* (Canotilho) ou *diretriz* (Dworkin), autêntica norma-objetivo”. Contudo, o que verdadeiramente chama a atenção é que, embora reconheça que a idéia de desenvolvimento traz ínsita uma dinâmica mutação, o que interessa, diz Eros Grau, é que esteja sendo realizado na sociedade um contínuo e intermitente processo de mobilidade social. Em palavras mais objetivas, de transferência e distribuição da riqueza e da renda nacional. Um processo em que os menos aquinhoados sejam contemplados, um processo de inclusão social. E isto, sem qualquer dúvida, é aplicação do princípio da igualdade. GRAU, Eros. Op. cit. p.233-234.

Nota-se, ainda, que é impossível realizar o desenvolvimento nacional sem se levar em conta a dignidade da pessoa humana, como também não é possível render homenagens e dar vida à dignidade humana sem que se considere o valor da igualdade.

O desenvolvimento nacional merece ainda uma outra abordagem em acréscimo ao que já foi dito, o que se verifica considerando-se que a Ordem Econômica baseada na valorização do trabalho e na livre iniciativa tem como objetivo a justiça social, que significa a superação das injustiças na repartição da produção nacional, também trazendo como princípio a ser observado a *soberania nacional*.

Dessa forma, pode-se adjetivar a questão aqui posta no singular, uma vez que quando vista em conjunto com outros princípios, como o relativo à independência do Estado brasileiro em suas relações com os demais Estados nacionais (CF, art. 4º, I), torna-se evidente a preocupação do constituinte de 1988 em afirmar que o modelo econômico é o capitalista, mas também que este deve ser autônomo, nacional e distribuidor de renda.<sup>137</sup>

A idéia de desenvolvimento está em um contexto de distribuição e inclusão social, visto que a Constituição *dirigente* é eminentemente transformadora e pressupõe um Estado garantidor de uma ordem que assegura os direitos individuais e o direito de propriedade, mas também representante de um Estado social que gera bens coletivos e direciona politicamente o processo social, assegurando os pressupostos básicos dos direitos fundamentais e com esteio no princípio da igualdade.<sup>138</sup>

---

<sup>137</sup> José Afonso da Silva vai bem mais além porque afirma que a opção capitalista adotada pela Constituição de 1988 tem necessariamente que levar em conta a construção do Estado Democrático de Direito que envolve os direitos fundamentais, não sendo possível a convivência com as desigualdades sociais tão alarmantes, tanto que pugna por uma convivência em que a dignidade da pessoa humana seja “o centro da vida social”. E acrescenta: “Ou a burguesia nacional compreende, e empreende a soberania econômica nacional, ou corre o risco de, numa outra etapa posterior, um novo constituinte assumir, em definitivo, a tese da *desconexão*, que significa *desvincular os critérios de racionalidade das escolhas econômicas internas daqueles que governam o sistema mundial*. Pois, se a burguesia é incapaz de *desconectar*, e se só uma aliança popular deve e pode convencer-se de que a desconexão é uma necessidade incontornável de todo projeto de desenvolvimento popular, a dinâmica social deve conduzir a inscrever o projeto popular numa perspectiva para a qual não encontramos outro qualificativo senão o socialismo.” SILVA, José Afonso da. Op. cit., 2005. p.711. Eros Grau, por seu turno, faz uma ligação automática entre o desenvolvimento nacional e o inciso II do art. 3º, o que vem a demonstrar que o pensamento de Bercovici quando fala em “*um programa de ação para a alteração da sociedade*” representa uma perfeita dicção da norma e do direito, sobretudo quando Eros Grau ainda acentua a relevância do papel do Estado na perseguição e realização do desenvolvimento e no que denomina “como aliança com o setor privado”. GRAU, Eros. Op. cit.

<sup>138</sup> Analisando o princípio da igualdade na Constituição portuguesa, Canotilho afirma que existe uma conexão deste princípio com uma política de justiça social e com a concretização dos mandamentos constitucionais que visam efetivar os direitos econômicos, sociais e culturais, além de ser inerente à idéia de dignidade social, sendo também fundamento “antropológico-axiológico, contra discriminações, objectivas ou subjectivas”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., 1992. p.581.

### 2.2.3 A igualdade como direito fundamental

Ao assinalar que todos<sup>139</sup> são iguais perante a lei, tanto os brasileiros como os estrangeiros que aqui residem, a Constituição de 1988 assegura mais que apenas um direito subjetivo ao tratamento igualitário. Considera os direitos à igualdade, como os direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, inalienáveis.

A igualdade, portanto, não é renunciável. E se o cidadão não pode renunciar a esse direito, o Estado obriga-se a desenvolver políticas públicas em prol da sua mais completa efetividade no âmbito dos poderes da República. Portanto, pode-se inferir que a igualdade é um princípio geral e também um direito fundamental. Por isso ela orienta todo o sistema jurídico positivo, substantivo e adjetivo, representando, por conseguinte, um pressuposto imprescindível à realização dos direitos e, em especial, das garantias fundamentais.

Essa dimensão da igualdade guarda uma estreita correspondência com o preceito da segurança jurídica<sup>140</sup>, que é um valor vinculado ao Estado de Direito e que se realizada a partir da adequada formulação das normas jurídicas e do efetivo cumprimento delas por todos aqueles que estão obrigados a lhes dar aplicabilidade. A violação ao direito fundamental da igualdade, quando levada a efeito pelo judiciário, gera inquietude à sociedade, que, dessa forma, não sabe em qual caso foi feita justiça e, por conseguinte, qual é a conduta adequada a ser seguida doravante.

Perplexa e inquieta, a sociedade vê seu sentimento de justiça ainda fortemente agredido quando os direitos e as garantias fundamentais estão em jogo, pois, sendo a igualdade um princípio que orienta todo o sistema, sua violação por si só gera

---

<sup>139</sup> Cármen Lúcia Antunes Rocha destaca a importância da palavra “todos” para analisar o art. 5º da Constituição: “O uso da palavra exprime que pessoa alguma é excluída do direito de ter tratamento jurídico igual a outra que na mesma condição cuidada pelo Direito se encontre e que esta situação juridicamente versada estende-se a todos os indivíduos.” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p.71.

<sup>140</sup> Para Radbruch, junto com a segurança jurídica devem ser colocados mais dois outros valores: a conveniência e a justiça. Deixando em último plano hierárquico a conveniência do direito para o bem-estar da comunidade. É uma exigência da justiça que o direito seja seguro, ou seja, que hoje ele seja aplicado de uma maneira e amanhã da mesma forma. Em um enfrentamento entre a justiça e a segurança jurídica, Radbruch esclarece que a primazia do direito positivo só não representa a solução quando a injustiça for tão insuportável que se considere o direito positivo como direito falso. Neste momento, diz ele, a igualdade que integra o núcleo da justiça, se negada pela regulamentação do direito positivo, se presta, portanto, para sopesar e decidir contrariamente ao que está positivado, pois a injustiça extrema não é direito. RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*. Tradução de Luis Villar Borda. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999(b). Ver também: RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y Derecho suprallegal*. Tradução de Luis Villar Borda. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962. p.36-37.

insegurança. Quando a transgressão chega àqueles direitos todo o sistema jurídico-político é violado, devendo, em consequência, o Estado Democrático de Direito assegurar ao cidadão ou à entidade prejudicada a reparação da injustiça extrema. É por isso que se pode dizer que a igualdade perante a lei tem uma dimensão especial.

Ademais, a igualdade corresponde à garantia da regularidade nos procedimentos de aplicação das normas, devendo os juízes e os tribunais desenvolvê-los velando pela fiel observância a esse mandamento<sup>141</sup>, não apenas pelos deveres de imparcialidade, coerência e regularidade, mas também por um imperativo democrático de limitação ao próprio arbítrio. Nesse sentido, é óbvio que o procedimento não legitima as decisões que serão tomadas por seu intermédio, mas legitima a igualdade, que, por seu turno, legitima o procedimento.

Para que o procedimento seja justo é imprescindível a plenitude do Estado Democrático de Direito como seu pressuposto, bem como que as instituições políticas e sociais contribuam velando o princípio da igualdade como vetor às suas decisões, de modo que a todos seja assegurado o pleno acesso à ordem jurídica justa. E para que o ambiente social não atue como um fator de discriminação, o legislador precisa compensar a desigualdade existente, assim como todos aqueles aos quais cabe a missão de aplicar a lei devem observar as idiossincrasias e vicissitudes do sistema político, social e jurídico, sopesando suas decisões em uma dinâmica de múltiplas vigilâncias voltadas à realização da emancipação do homem como sujeito universal e, só assim, em um processo dialético, celebrando a vida e a obra da Constituição.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> “O direito ao procedimento (*adequado*) passa, antes de mais nada, pela efetivação da cláusula due process of law e consiste substancialmente no direito aos valores processuais mais relevantes, sobretudo ao contraditório. A legalidade desponta como instrumento assegurador de certeza e segurança do procedimento, na proporção em que põe à disposição das partes as exatas medidas processuais de que poderão se valer e, ao mesmo tempo, impõe limitações ao arbítrio do juiz na condução do feito.” LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos Constitucionais do Processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*. São Paulo: Malheiros, 2002. p.88.

<sup>142</sup> Radbruch suscita uma questão extremamente interessante acerca da interpretação da lei, quando pugna pelo entendimento de que se deve interpretar a lei para a vida e não como um monumento histórico. RADBRUCH, Gustav. “Clases de Interpretación.” In: RADBRUCH, Gustav. Op. cit., 1999(b). p.43.

## 2.3 DAS GARANTIAS PROCESSUAIS DO CIDADÃO

O modelo de Estado que a Constituição brasileira adotou tem profundo reflexo nas garantias processuais<sup>143</sup> do cidadão, tanto que a garantia maior, após a igualdade, é a *inafastabilidade do controle jurisdicional*. Decorrentes desse amplo princípio, outras garantias o complementam e estão dotadas de grande significado à obtenção da paz social, pois algumas delas se prestam a limitar o poder – *interdição ao arbítrio* – do próprio Estado ou a assegurar os direitos fundamentais, sociais e políticos.

*Mandado de segurança, habeas-data, mandado de injunção, ação popular, ação direta e inconstitucionalidade*, entre outros, compõem o catálogo dos instrumentos processuais postos na Constituição à disposição do cidadão ou da sociedade em caso de lesão ou de simples ameaça. Contudo, outras garantias também estão abrigadas na Constituição e integram esse sistema de instrumentos processuais. *Ampla defesa, contraditório, fundamentação das decisões, juiz natural e duplo grau de jurisdição* são garantias e regras que, sob a inspiração do princípio da igualdade, buscam tornar efetivo o acesso à justiça.

Se o modelo do Estado reflete no direito processual, a recíproca também é verdadeira<sup>144</sup>. Assim, o compromisso a que alude o preâmbulo da Constituição, os fundamentos do Estado Democrático de Direito mencionados pelo seu art. 1º e os objetivos fundamentais que integram o seu art. 3º representam o modelo de Estado e de sociedade que se almeja, sob a ordem de uma política econômica nacional,

---

<sup>143</sup> A materialização dos direitos fundamentais exigiu a adoção de instrumentos constitucionais aptos a realizá-los. A propósito, Marques de Lima bem expõe a razão de ser das garantias fundamentais: “Na luta pela efetivação dos direitos humanos constatou-se que, apesar de seu reconhecimento e conseqüente normatização pelos países da Aldeia Global, o desrespeito era uma realidade a comprometer sua própria existência. O problema da violação infirmava os direitos humanos e exigia a instituição de instrumentos voltados a resgatá-los. De fato, não bastava estabelecer um direito se não houvesse a criação de remédios próprios a fazer valer o direito violado ou ameaçado de lesão. Esta visão encontra-se intimamente relacionada com o tema da *eficácia* dos direitos fundamentais. Deveras, reconheceu-se, ao longo do desenvolvimento dos direitos humanos, que não basta sua previsão por instrumentos normativos. É preciso mais, uma política pública e um querer na aplicação destes direitos, a fim de não se tornarem *direitos de papel*. As políticas públicas dependem muito dos governantes, e, por esta razão, acabam sendo variáveis no tempo e no espaço, além de dependerem da conjuntura sócio-político-financeira. Apresenta-se, a seu turno, de fundamental importância a previsão normativa de instrumentos de defesa do cidadão, porque lhe conferem maior segurança jurídica e abrem margem a que os legitimados reivindiquem do próprio Poder Público medidas saneadoras, restauradoras e preventivas. Foi assim que se exigiu a criação de *garantias*, como instrumentos assecuratórios dos direitos. As garantias constituem, destarte, fórmulas de proteção jurídico-políticas, cuja finalidade é a de assegurar ou instrumentalizar direitos. Funcionam como salvaguardas das liberdades fundamentais.” LIMA, Francisco Gérson Marques de. Op. cit. p.35-34.

desenvolvimentista e de profunda inclusão social. Isto porque alguns institutos, tais como a ampla defesa, o contraditório e o juiz natural, estão mais vinculados ao princípio da igualdade e ao ideal da democracia, porém estes últimos representam não apenas uma igualdade formal, mas também material; não só uma democracia política, mas também uma democracia econômica e social.

Então, pode-se considerar natural que os princípios constitucionais do processo também estejam à disposição do modelo de Estado adotado pela Constituição, pois tal missão não cabe apenas ao executivo ou ao legislativo, ou mesmo a ambos, mas aos três poderes, que, no âmbito de suas respectivas competências, não podem deixar de considerar a sociedade e o compromisso em transformá-la, porque todos que integram os poderes da República juraram cumprir e fazer cumprir a Constituição.

O Poder Judiciário, por meio de suas decisões, pode interferir diretamente no crescimento da economia<sup>145</sup>, no processo de distribuição da renda nacional, no desenvolvimento regional e nas políticas sociais, bem como em questões que dizem respeito ao contribuinte, ao trabalhador, à dona-de-casa, aos estudantes, aos servidores públicos, às pequenas e médias empresas, aos empresários de um modo geral, enfim, aos mais variados setores da sociedade civil, já que todos são atingidos pelo Estado em sua política econômica.

Por conseguinte, faz-se necessário assegurar o *respeito às regras do jogo*, que devem ser iguais para todos. No entanto, geram antinomia as mudanças de conceito acerca de temas relevantes juridicamente, sobretudo quando depois se retoma em um outro caso a posição original, sem qualquer explicação. Por outro lado, o tempo para fixar as regras do jogo, nos casos em que a sociedade clama por uma definição, sobretudo quando envolve direitos fundamentais, não pode ser sequer aquele contemplado na Constituição e que se convencionou chamar de duração razoável do processo.

---

<sup>145</sup> Luciana C. P. Moralles, analisando o modelo do Estado e debatendo a questão da intervenção do Poder Judiciário na ordem econômica, lembra o entendimento do Prof. Armando Castelar Pinheiro, ao afirmar que o agir dos agentes econômicos e a atuação do judiciário estão interligados, ressaltando que quando o judiciário assegura o cumprimento de contratos impede abusos do poder econômico, assegura o direito de propriedade, torna suas decisões dotadas de previsibilidade e orienta a forma de agir dos agentes econômicos. MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à Justiça e Princípio da Igualdade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006. p.32-33.

Dizer que um determinado setor da economia deve ser regido pelo Código do Consumidor, até por ser a legislação mais favorável, é tarefa que deve ser considerada prioritária. Também não pode durar uma vida o reconhecimento da amplitude da substituição processual para os Sindicatos, enquanto neste interregno muitas questões de mérito deixaram de ser apreciadas por conta de entendimentos desfavoráveis. Numa e noutra situação, a sociedade e os menos favorecidos são lesados pela inércia do poder judiciário, que, com isso, descumpre a Constituição no que diz respeito ao combate às desigualdades sociais e regionais.

Estes são exemplos que permeiam o universo forense e não são condizentes com a sociedade contemporânea, cuja marca maior é a velocidade. O acesso à justiça não pode ser apenas uma garantia formal, tão somente assegurada no texto da lei; precisa de efetividade.

A remoção dos obstáculos que impedem as populações carentes de comparecerem ao judiciário é tarefa que requer a adoção de política pública. O direito fundamental à informação (CF, art. 5º, XIV) já é razão suficiente para se obrigar o magistrado a fundamentar a decisão e representa muito em uma sociedade profundamente desigual em seus mais variados aspectos, bastando apenas dois deles para se pôr em relevo a situação social dos mais humildes: a *educação* e a *renda*.

Sem direito à educação a população não possui sequer a informação necessária e fundamental para ter noção dos seus direitos e deveres. Sem renda, ainda que minimamente fosse efetivado o acesso à informação, não teria condições materiais para contratar advogados, pagar custas antecipadas e deixar o trabalho ou a casa para se deslocar ao escritório de advocacia e ao poder judiciário.

A questão da desigualdade está tão crônica em nosso país que o Relatório do Banco Mundial lançado no dia 14 de fevereiro de 2006, em Washington, intitulado *Poverty Reduction and Growth Virtuous and vicious Circles* (Redução da Pobreza e Crescimento: Círculos Virtuosos e Viciosos), noticia que os países que integram nosso continente precisam ser mais fortes e contundentes no combate à pobreza, pois se assim não agirem não terão condições de competir com as economias asiáticas e, em especial, com a China. O que mais chama atenção, todavia, é a informação de que a pobreza impede um maior crescimento, figurando a América Latina como uma das regiões com o mais alto nível de desigualdade no mundo.

O relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 2006 do Banco Mundial defende a adoção de políticas que aumentem a igualdade de oportunidades entre as pessoas como instrumento de justiça social e de promoção do crescimento econômico. O alarmante para o Brasil, segundo esse relatório, é que 20% (vinte por cento) da desigualdade social existente entre nós decorre de fatores fora do controle do cidadão, destacando-se entre eles a escolaridade (educação e informação), a profissão dos pais, a raça e o local de nascimento.

A questão da desigualdade não é, todavia, um problema só brasileiro ou da América Latina. Dados do Relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) de 2005 atestam que a desigualdade é uma marca mundial.

O mesmo estudo também indica – a partir de uma das maneiras de se verificar as desigualdades, que é representada pela amostra das 500 (quinhentas) pessoas mais ricas do mundo possuindo renda total superior àquela dos 416 (quatrocentos e dezesseis) milhões de habitantes mais pobres da terra<sup>146</sup> – que o país mais desigual é a Namíbia, com 70,7 pontos. O Brasil aparece com 59,3 pontos, estando em colocação inferior, além da Namíbia, apenas Guatemala, Botsuana, Suazilândia, Lesoto, República Centro-Africana e Serra Leoa.

A questão do desenvolvimento, como bem acentua Bercovici<sup>147</sup>, se apresenta para o Brasil como essencial e comprova que o teórico do Direito não pode permanecer alheio à nossa realidade social, econômica e política, tampouco à realidade do planeta.<sup>148</sup>

Discutir desenvolvimento gera outros debates, como a questão do meio-ambiente, que hoje também é ponto comum na agenda de todos os povos, seja em razão de comprometer a própria vida no planeta – alterações do clima, do ar e fenômenos ditos naturais –, seja porque implica em debater a matriz energética, até então só considerada para fins de promoção ao desenvolvimento econômico dos Estados, sem se refletir sobre os efeitos nocivos ao meio-ambiente e, conseqüentemente, à saúde das

---

<sup>146</sup> Isso significa que cada um desses bilionários possui em suas mãos uma renda igual a que detém 820 mil miseráveis.

<sup>147</sup> In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Op. cit.

<sup>148</sup> “Dentro desta ótica, muitos doutrinadores entendem que o Judiciário deve se efetivar como poder, e não meramente como uma função ou atividade. O Judiciário é um poder do Estado, e, ao desempenhar sua função, deve ter a capacidade de impor suas decisões, levando-se em conta os escopos da jurisdição. Não basta aplicar a lei ao caso concreto de forma alienada da realidade social que o circunda, é indispensável que exerça a sua função de forma comprometida coma construção de uma sociedade justa.” MORALLES, Luciana Camponez Pereira. Op. cit. p.36.



populações. Dessa forma, é imprescindível que o judiciário enfrente o tema por meio de acórdãos doutrinários para que regras e princípios contribuam para agilizar o processo. Essa orientação jurisprudencial que facilita o acesso à justiça já deveria constar da agenda do judiciário nacional, com o intuito de remover todo o entulho que obstaculiza e dificulta o direito que a população tem a um meio ambiente saudável e à construção de um *locus* justo e solidário.<sup>149</sup>

### 2.3.1 Acesso à justiça e à ordem jurídica justa

A efetividade do processo se realiza também pelo pleno *acesso à justiça*, à ordem jurídica justa, ao direito ao processo sem dilações indevidas, à produção da prova e à razoável duração do processo, entre outros institutos jurídicos, todos pensados racionalmente para dotar a sociedade de meios adequados à solução dos conflitos de interesses de forma civilizada. Contudo, são igualmente necessárias políticas públicas do próprio judiciário que comprometam a sociedade e a ele mesmo a tornar o *acesso à justiça* uma realidade para toda a coletividade, sem exclusão alguma, e, como consequência natural à tutela jurisdicional a ser obtida a partir do processo, de forma justa, útil e efetiva.

Luciana Moralles<sup>150</sup> sustenta que o conceito de *acesso à justiça* evoluiu à medida que o Estado ganhou novos contornos, demonstrando tal fato em duas perspectivas, por meio das quais a ciência processual travou novas relações com o instituto em referência. Uma é representada pela visão técnica de mero acesso ao

---

<sup>149</sup> Boaventura de Souza Santos, em artigo intitulado “Integração Pluralista”, publicado na Folha de São Paulo de 13 de nov. de 2005, no espaço “Tendência e Debates”, discorrendo sobre a questão racial nos EUA, afirma que os recentes problemas na França e em Birmingham também raciais por conta de questões de emigração chamam atenção para o fato de que as desigualdades econômicas quando se cruzam com discriminações ético-raciais fazem os conflitos sociais se tornarem potencialmente muito perigosos. Por isso o Estado necessita atuar preventivamente e enfrentar na raiz os preconceitos étnicos, raciais e religiosos, adotando políticas de integração pluralista consistente em: “políticas ativas de emprego e de educação articuladas com discriminação positiva ou ação afirmativa; educação intercultural profunda; promoção da diversidade identitária e cultura no espaço público (e não apenas no espaço privado) como veículo de intermediação com o sistema político nacional – parlamentos que reflitam a diversidade cultural e étnica – e local, por meio da participação em conselhos sociais municipais e instâncias de democracia participativa; políticas sociais universalistas (renda básica, habitação social etc.) que evitem a concentração de minorias (por vezes maiorias) em guetos; política de nacionalidade – são nacionais europeus os filhos dos emigrantes nascidos na Europa – que fortaleça, pela diversidade, as identidades nacionais ou a identidade européia. Por exemplo, quando é que a cachupa caboverdiana e a feijoada brasileira serão também pratos portugueses?”. Ver: SANTOS, Boaventura de Souza. “Integração Pluralista.” In: FOLHA DE SÃO PAULO. Tendência e Debates. São Paulo, 13 de nov. de 2005.

<sup>150</sup> MORALLES, Luciana Camponez Pereira. Op. cit. p.52.

Judiciário, sendo o direito de ação (CF, art. 5º, XXXV) o seu mais fiel retrato e mais adequado ao *Estado liberal*. A outra, mais complexa e condizente com o nosso tempo, diz respeito ao acesso à ordem jurídica justa ou, melhor, ao acesso a uma ordem de valores e direitos catalogados pela sociedade como integrantes de um ideal de realização de justiça social e plena igualdade de oportunidades, na sociedade e no processo, mais próxima da realidade e em harmonia com a idéia de Estado social.

Neste mesmo sentido, Cappelletti e Garth, em estudo que se tornou mundialmente conhecido, intitulado “Acesso à Justiça”, ao tratarem da evolução do conceito teórico do termo explicam que nos séculos XVIII e XIX, nos Estados liberais onde prevaleciam procedimentos essencialmente individualistas, seu significado correspondia ao direito de propor ou responder a uma demanda.<sup>151</sup> A concepção existente à época era de que estes direitos não necessitavam de uma proteção do Estado; embora fossem eles direitos naturais que pré-existiam ao Estado, a preservação deles exigia deste uma conduta passiva, isto é, deveria garantir apenas e tão somente que não fosse permitida sua violação. Não havia nenhuma preocupação. A justiça só poderia ser alcançada por quem tivesse condições para arcar seus custos. O bem maior da igualdade era meramente formal e, por conseguinte, o acesso à justiça também.

Com o crescimento da idéia do coletivo sobre o individual, o Estado passou a mudar, bem como o estudo da ciência processual, conforme sustentam os autores anteriormente mencionados. Também o modelo de Estado que surgiu após a II Guerra Mundial retratou a apreensão com os direitos sociais quando o Estado ganhou nova feição, preocupando-se em cuidar, velar e garantir esses direitos considerados fundamentais.

Este breve relato se presta apenas a demonstrar que está tudo intimamente ligado: o *direito à igualdade*; o *acesso à ordem jurídica justa*; o *direito à decisão judicial por Tribunal competente e imparcial, que deve ser fundamentada e observar o princípio da bilateralidade do processo*; e a *razoável duração do processo*; entre outros. São, pois, partes do catálogo de direitos e garantias fundamentais que não comportam mais retorno por serem o patamar mínimo de civilização que a sociedade pode aceitar, cabendo ao Estado promover e assegurar todos esses direitos e garantias, sempre com os olhos postos na “*cláusula transformadora*” (CF, art. 3º).

---

<sup>151</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

Por tais razões, Cappelletti e Garth põem em relevo que o “acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos”.<sup>152</sup>

Entre os diversos autores que volveram seus estudos e se propuseram a formular um conceito de *ordem jurídica justa*, muitos são os que se destacam nesta missão. Dinamarco<sup>153</sup>, após ressaltar que é condição *sine qua* que as partes sejam tratadas com igualdade e possam participar do processo, não se omitindo também o magistrado dessa participação por ser o principal responsável à sua condução e adequado julgamento, esclarece que “só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça”.<sup>154</sup> Receber justiça, diz ele, significa obter um resultado em conformidade com os valores da sociedade.

Bedaque, por sua vez, assevera que todos têm direito à jurisdição e ao processo, destacando que não se trata de qualquer processo porque a Constituição assegura os princípios e as garantias essenciais que regem o método utilizado pela jurisdição e consagra o modelo processual. Em conseqüência, o acesso à ordem jurídica justa se traduz em proporcionar a todos o direito não apenas de postular a tutela jurisdicional, mas também de obter o *devido processo constitucional* em conformidade com as garantias fundamentais que o tornam “*équo, correto, giusto*”. Essas garantias, afirma esse processualista, são de meio e de resultado, ou seja, são um resultado útil e eficaz para quem precisa da tutela estatal.

Já Marinoni<sup>155</sup> conceitua o *acesso à ordem jurídica justa* de forma singular, pois põe em relevo não só a *imparcialidade da justiça* e a garantia de que as partes devem ter participação e *tratamento iguais*, mas também que o acesso à informação, à orientação jurídica e aos meios alternativos à solução de composição do conflito integram o catálogo de *acesso à ordem jurídica justa*.

---

<sup>152</sup> Ibidem. p.9-13.

<sup>153</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. São Paulo: Malheiros, 2005(a). p.134.

<sup>154</sup> Radbruch põe a realização da justiça material na trilogia justiça, eficácia e segurança, sem que, todavia, isso venha a significar que tenha ocorrido a perda da igualdade axiológica entre os três elementos. RADBRUCH, Gustav. Op. cit., 1962.

<sup>155</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.11-12.

Considerando-se as supracitadas acepções dos referidos autores, pode-se afirmar que, de uma maneira geral, a profunda desigualdade social em nosso país é um forte obstáculo à realização do acesso à justiça e evidencia que o princípio da igualdade deve observar a *teoria de Leibholz* quanto ao seu caráter unitário.

Nesse sentido, vale destacar o debate acerca de uma jurisprudência multicultural travado no Continente Europeu, em face do respeito à igualdade dos costumes e da multiplicidade de etnias que hoje habitam e convivem nos seus mais diversos países, que, por si só, já representam uma diversidade própria. Em entrevista concedida ao jornalista Ricardo Rizzo<sup>156</sup>, o Professor Canotilho, respondendo sobre a possibilidade de uma Constituição europeia num cenário marcado pela diversidade cultural, étnica e religiosa, deixou claro que há dois planos a considerar: um próprio à existência de um Estado europeu; e outro adequado à resposta dirigida à indagação que formula, consistente em dizer como uma comunidade inclusiva, que integra o outro, pode e deve defender-se “de uma hiperinclusividade destruidora, ou seja, de minorias étnicas e religiosas que pode destruir a própria comunidade”. A partir daí, além dos exemplos da França, relativos às moças com véus em salas de aula e às questões com relativa similaridade na Holanda, diz o Professor Canotilho que recentemente leu no *Der Spiegel*<sup>157</sup> que um turco atacou um médico alemão porque este fez o toque ginecológico em sua mulher.

---

<sup>156</sup> A entrevista se encontra no site [www.artnet.com.br](http://www.artnet.com.br) (Gramsci e o Brasil).

<sup>157</sup> “Quanto às questões que me pôs, da Holanda e da França, deveremos ter em consideração o discurso de uma jurisprudência multicultural. Ora bem, o problema é este: eu penso que o que se decidiu na França, em Portugal seria tendencialmente inconstitucional. Eu não tenho problema em ter uma aula cheia de moças com véus, de freiras, de frades, desde que as pessoas se comportem de forma a ser possível a aula, daí que penso que a França pode ter problemas específicos, em razão do número de mulçumanos que vivem na França, como a Alemanha tem problemas imensos com o número de turcos, mas as questões debatem-se talvez de forma diferente. O problema subjacente é um pouco este: como é que uma comunidade inclusiva, que integra o outro, pode e deve defender-se de uma hiperinclusividade destruidora, ou seja, de minorias étnicas e religiosas que podem destruir a própria comunidade. Eu tenho um exemplo a acrescentar a este da Holanda e da França, que li no *De Spiegel*, há poucos dias: um turco que atacou um médico alemão porque este fez um toque ginecológico em sua mulher. O problema é este, é que não podemos fazer hospitais separados, não podemos ter mulheres (médicas) só para mulheres e homens (médicos) só para homens, e há que resolver problemas complicados como esse. Não é apenas a questão de os Estados quererem expulsar minorias de seus territórios, é o problema que eu lhe frisei da convivência difícil de uma certa identidade cultural e comunitária com minorias que devem ser respeitadas, não excluídas ou assimiladas forçosamente, respeitadas na sua identidade, mas de forma a não aniquilar possibilidades, inclusive da comunidade que os abraça. Esse é o problema fundamental.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Entrevista concedida ao jornalista Ricardo Rizzo. Disponível em: <http://www.artnet.com.br>.

Ou seja, estas questões estão mais ligadas às políticas públicas, porém também mantêm estreita relação com o Direito e com o Estado, tanto que são objeto de preocupações, investigações e reflexões de um constitucionalista. São próprias de uma sociedade que olha seus problemas hoje, de modo que o respeito aos valores construídos ao longo do processo histórico sejam respeitados, mas também com base neles mesmos sejam enfrentadas e resolvidas novas demandas sociais.

Neste cenário, a realização do acesso à justiça já observa uma lógica diferente, mais preventiva e menos reparatória, em que o teórico do Direito participa ativamente da sua produção. Por isso mesmo a questão do desenvolvimento também é debatida, lembrando Canotilho que na Revolução de 25 de abril de 1974 já se dizia em Portugal que o movimento tinha três “d’s”: *democratizar, descolonizar e desenvolver*.

Independentemente da visão adotada quanto ao acesso à justiça, não se pode deixar de levar em consideração o modelo de Estado, a realidade social e política do país e o modelo econômico e de desenvolvimento adotado, uma vez que ou nós enfrentamos o nosso principal problema, que é a desigualdade excludente, ou permaneceremos debatendo por que essa ou aquela reforma não surtiu o efeito esperado.

### **2.3.2 Devido processo legal, ampla defesa e contraditório**

O devido processo legal<sup>158</sup>, princípio fundamental do processo civil que foi guindando à condição de direito e garantia fundamental pela Constituição de 1988, representa um feixe harmonioso de providências e conquistas do homem que disciplinam e asseguram o pleno acesso à jurisdição sob a regência do princípio da igualdade.

O processo civil moderno, no dizer de Dinamarco, “rege-se pelos grandes pilares da democracia, entre os quais destaca-se a igualdade como valor de primeira grandeza”.<sup>159</sup> De fato, o princípio da igualdade é imprescindível às partes que litigam

---

<sup>158</sup> Vale considerar o entendimento de Siqueira de Castro no sentido de que o princípio do devido processo legal contém em seu bojo os postulados da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* dos atos do Poder Público. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>159</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., 2005(a). p.227.

para obtenção de um tratamento equânime, cabendo ao juiz velar por sua realização (CPC, art. 125, I), como também em relação ao acesso à justiça.

O entendimento consentâneo com o processo civil moderno apregoa que está inserido na cláusula do devido processo legal o *direito ao procedimento*, que tem no contraditório uma das vestes do preceito máximo da igualdade. Contudo, para realizá-la como recomenda a Constituição e a legislação processual civil deve o magistrado observar a realidade social, já que suas características refletem no processo.

A *inversão do ônus da prova* visa assegurar a igualdade das partes porque se origina do reconhecimento de que existe uma parte mais fraca na relação processual. Nas relações de trabalho, o trabalhador; nas relações de consumo, o consumidor; nas relações de família, a mulher e a criança; e assim se poderia continuar a mencionar mais algumas hipóteses.

O fato é que o preceito da igualdade é regra a ser observada tanto pelo legislador, como pelo aplicador da lei, seja magistrado ou tribunal. Ou melhor, a igualdade processual reclama a aplicação da regra de ouro de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

A conseqüência do *due process of law*<sup>160</sup> é vista, por exemplo, na garantia do juízo natural, que significa não apenas a vedação a tribunais de exceção (CF, art. 5º, XXXVII), mas também corresponde ao direito de ser julgado pelo juiz competente (CF art. 5º, LIII). Portanto, o contraditório e a ampla defesa são direitos que assistem aos acusados ou litigantes, seja em processo judicial ou administrativo (CF, art. 5º LV), sendo vedada a decretação da pena de perdimento de bens ou da privação da liberdade sem a observância do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

Entre as garantias processuais que também se encontram no art. 5º da Constituição estão: (i) a *publicidade* (inc. LX); (ii) a *vedação das provas obtidas ilicitamente* (inc. LVI); (iii) a *inviolabilidade do domicílio* (inc. XI); (iv) o *sigilo das comunicações em geral e de dados* (inc. XII); (v) a *presunção de não-culpabilidade do*

---

<sup>160</sup> “Como escreve ROGÉRIO SOARES, seguindo GERHARD LEIBHOLZ, quando a jurisprudência americana interpreta as cláusulas constitucionais da ‘Equal Protection of Law’, tradicionalmente supõe-se compatíveis com o juízo de que os negros podem ser tratados ‘equal but separate’; todavia, em 1954, o Supremo vem declarar ‘que educação separada é uma violação ao princípio da igualdade’. Foi a constelação de valores socialmente acatados que obrigou assim a uma radical mudança de sentido na interpretação constitucional. E, no entanto, a estrutura da Constituição não teve de ser alterada, pois ela nunca aceitou uma regra inversa de desigualdades naturais entre os cidadãos.” MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.152.

*acusado* (inc. LVIII); (vi) a *indenização por erro judiciário e pela prisão que ultrapassa os limites da condenação* (inc. LXXV); (vii) a *vedação da identificação datiloscópica em relação às pessoas que já estão civilmente identificadas* (inc. LVIII); e (viii) a *imediata comunicação da prisão ao juiz, que poderá relaxá-la se ilegal* (inc. LXII e LXV), entre outras, como o dever de fundamentar as decisões, que se encontra no inciso IX do art. 93 da Constituição.

Trata-se, por conseguinte, de um catálogo de direitos e garantias que asseguram a existência de regras básicas e imprescindíveis ao desenvolvimento válido e regular do processo, sob pena de nulidade, já que sua violação representa agressão não apenas ao direito individual, mas, acima de tudo, à ordem constitucional e ao Estado Democrático de Direito.<sup>161</sup>

A irradiação do princípio da igualdade é de tal ordem que Mota de Souza<sup>162</sup>, discorrendo sobre os *poderes éticos do juiz*, chama a atenção para a existência de um mandamento ético subjacente a toda legislação processual civil como consequência direta do preceito máximo da igualdade.<sup>163</sup> Assim, formula uma reflexão acerca do direito processual e da justiça extremamente sensível aos reclamos da cidadania, no que tange ao processo célere e sem dilações indevidas, o que põe em relevo a necessidade

---

<sup>161</sup> “A influência que o direito constitucional exerce em face do direito processual exterioriza-se por meio dos seguintes princípios: político, econômico-social, teleológico e axiológico-jurídico. Na esfera política, o processo exerce influência pelo modelo adotado pelo Estado. No Estado Democrático e Social de Direito o processo tem por objetivo a garantia dos direitos sociais com o mínimo de sacrifício da liberdade individual. Esse pressuposto surge do respeito aos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional de 1988, como, por exemplo, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa etc. No aspecto econômico-social, o processo deve ser rápido e acessível a todos os segmentos sociais. É o desdobramento do direito de acesso à tutela jurisdicional ou acesso à justiça e do direito ao prazo razoável. No plano teleológico, o processo tem como finalidade a busca da verdade real, como a consequente composição da lide e garantia de direitos subjetivos. Pelo princípio axiológico-jurídico, o processo tem como valor fundamental a distribuição da justiça e a reafirmação dos valores consagrados pela sociedade por meio da vontade da lei.” SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.61.

<sup>162</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes Éticos do Juiz – A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987.

<sup>163</sup> “Não só a descoberta da verdade, mas todos os figurantes do processo são convocados à rápida composição do litígio, a respeitar a dignidade da justiça (representada pelos órgãos jurisdicionais que a encarnam) e a garantir o ordenamento jurídico positivo, quando legítimo. A regra se destina a todos os intervenientes no processo, seja os sujeitos parciais, terceiros interessados, auxiliares da Justiça, permanentes ou eventuais, representantes do Ministério Público e da Fazenda Pública, ou mesmo oficiante. O dever ético aí expresso não só exige a colaboração ativa a carrear aos autos as provas da verdade, como impede a omissão de ato que possa obstar o alcance da verdade. Trata-se de regra maior e abrangente, destinada a todos os figurantes do processo, e até àqueles estranhos à lide: nessa hipótese estão os auxiliares eventuais de órgãos extravagantes, como a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos [...]; a Imprensa Oficial e a particular na publicação de editais [...].” *Ibidem*. p.31.

bem maior de uma mudança de mentalidade da magistratura, dos advogados, dos membros do MP e dos teóricos do direito do que de uma modificação da legislação.<sup>164</sup>

Na verdade, importa mesmo é pôr em relevo que a garantia ampla, formal e material do *due process of law* não se restringe apenas ao processo judicial, porque a Constituição, embora faça menção a este e ao administrativo, estabelece uma generalidade de tal grandeza e ordem que, em qualquer esfera de poder, impõe sua observância para inibir todos os atos que busquem privar a liberdade ou atingir bens de pessoas ou grupos.

Portanto, a garantia fundamental do devido processo legal visa *interditar o arbítrio*<sup>165</sup>, onde quer que ele esteja ou se instale, não importando qual seja o poder ou a esfera. Ou melhor, não basta a garantia do devido processo legal para que o processo esteja formalmente ordenado, já que é também condição fundamental que a lei a ser aplicada propicie mecanismos que assegurem uma igualdade efetiva à realização da Justiça.

O que a ordem jurídico-constitucional assegura ao povo brasileiro não está representado apenas pelo pleno exercício do direito de ação ou de defesa, mas também pelo devido processo legal, que constitui um conjunto de regras edificadas pela história do Constitucionalismo universal para assegurar ao homem a realização da sua dignidade plena mediante a segurança jurídica.

---

<sup>164</sup> “Seria um equívoco dramático e, na situação em que nos encontramos, certamente trágico supor que o Brasil pudesse vencer a grave crise institucional em que se encontra lançado por contingências históricas que remontam a sua formação, mudando-se mais uma vez as nossas leis, ou exigindo dos processualistas que inventem fórmulas mágicas que salvem o Poder Judiciário, sem que os homens em si mesmos se transformem; sem que as estruturas sociais já ultrapassadas que os sufocam, sejam afinal superadas; finalmente, sem que os sujeitos de tais transformações tornem-se dignos delas e capazes de as implantar e gerir. O processo de alienação a que os juristas estão irremediavelmente condenados começa, no Brasil, certamente a partir dos bancos acadêmicos e tem uma longa vida cultural e histórica que o liga à formação dos Estados modernos e às filosofias políticas que o sustentam desde seu nascimento.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídeo A. “Democracia Moderna e Processo Civil.” In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). Op. cit. p.111.

<sup>165</sup> Sobre a exigência de razoabilidade e racionalidade em relação às diferenciações normativas, Siqueira de Castro aponta que se a relação de meio e fim resulta leviana e injustificada “padecerá ela do vício da arbitrariedade”, diante da inquestionável ausência de razoabilidade e racionalidade. Isto demonstra, a nosso ver, que a moderna teoria constitucional manifesta preocupação singular em interditar o arbítrio do legislador e encontra na idéia de que o homem é um ser dotado de razão capaz de orientar toda sua conduta em sociedade o parâmetro para que o magistrado possa mensurar a possibilidade de medidas que violam o preceito máximo da igualdade no bojo de uma legislação. O avanço é notável e pode perfeitamente ser estendido às decisões judiciais. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Op. cit.



### 2.3.3 Independência judicial e legitimidade democrática do magistrado

A independência judicial é um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito, mas, obviamente, por si só não o configura, assim como o Estado de Direito por si só não se caracteriza como democrático, já que precisa da legitimidade. Assim, a decisão judicial, só por ser independente, sem legitimidade não goza de respeito e aceitação pela sociedade.

Nos tempos que se passam, os Tribunais Superiores estão longe de representar para a sociedade brasileira a referência que devem ter como intérpretes da lei federal e da Constituição. Isso quer dizer que ainda não exercem a função que lhes foi arrogada pela sociedade ao legitimar o legislador na elaboração das normas que definiram suas respectivas atribuições, sendo mais que presente a existência de um vácuo em todos os setores da sociedade que não possuem o direito de saber o que pensam as Cortes sobre matérias de amplo interesse nacional. Portanto, convém repetir e salientar que têm os Tribunais Superiores e o Supremo, respectivamente, o papel de interpretar a legislação federal e a Constituição, bem como de uniformizar a jurisprudência nacional, ao passo que o povo tem o direito de obter informação acerca dessa interpretação e ver a Constituição realizada.

Deve-se observar, ainda, que o supracitado vácuo compromete a ordem democrática e os direitos e garantias do cidadão, na medida em que a jurisprudência oscila, sem qualquer justificativa, como se fosse retrato de uma questão aritmética consistente na eventual composição do dia e a Corte não tivesse a obrigação de prestar contas à sociedade, não apenas porque deve se preocupar com sua legitimidade democrática, mas também porque presta um serviço<sup>166</sup> – essa é a razão de todos os poderes existentes em uma democracia – à coletividade.

---

<sup>166</sup> “A atribuição à justiça do conceito de serviço público é ambígua e pode conduzir a leituras de sinal diferente. A primeira, dominante na Europa continental, porém a mais redutora, enquadra a Justiça no conceito global da Administração: os tribunais são geridos pela Administração e o corpo de magistrados e funcionários a eles adstritos são tidos como uma categoria especial do funcionalismo público. A diferença específica reside no facto destes órgãos (os tribunais) serem dotados de independência decisória. Todos os demais poderes de gestão estão centralizados na Administração Pública que condiciona a vida prática dos tribunais. Os tribunais são, nesta concepção, um serviço público porque a administração se constitui na base da idéia de serviço público. Porém, uma segunda leitura da Justiça como serviço público, melhor definindo o seu papel na post-modernidade, liberta-a da subordinação administrativa e atribui-lhe um significado político preciso: colocando-a no centro da atividade ministerial do Estado. A sua legitimidade reside precisamente no facto de ser um serviço de e para os cidadãos. O serviço público, em democracia, plasma-se transversalmente por todos os órgãos e poderes do Estado. Todo poder é serviço (é ministério).

Reside neste particular a exigência de fundamentação de uma decisão judicial que, em qualquer situação, deve se ater ao respeito dos direitos e das garantias do processo que constam no catálogo dos Direitos e Garantias Fundamentais de que o Constituinte de 1988 cuidou nos diversos incisos do art. 5º da Constituição.

O princípio da bilateralidade do processo é uma garantia fundamental e a legitimidade democrática de uma decisão, qualquer que seja a instância, deve dizer por que aceitou a prova apresentada por uma parte em detrimento daquela da outra parte, ou por que interpreta a lei ou a Constituição dessa ou daquela maneira. Não pode, em qualquer circunstância, dizer o direito sem que, ao fundamentar suas razões de decidir, demonstre por que rejeita a tese de um, mas acolhe a tese do outro.<sup>167</sup> Portanto, a sentença ou acórdão que decide por uma só via pode até ser aparentemente fundamentada, mas quando vista em conjunto com as exigências do texto constitucional, consistentes nas garantias dos direitos fundamentais que assegura, entre outros direitos, evidencia-se que a fundamentação carece de legitimidade democrática.

Esta associação que no pós-guerra o Estado estabeleceu com o Direito, buscando na exigência de legitimidade um elemento que assegurasse um vínculo com os valores da democracia, não se presta apenas aos poderes executivo e legislativo, pois

---

E só é legítimo enquanto serviço. A qualidade de serviço público da Justiça, não é diferente, nesta concepção, da do Governo ou do Parlamento. O poder judicial é serviço porque é essa a ratio da sua existência como da de todos os poderes em democracia. Por isso nenhuma relação de supremacia do conceito de poder face ao de serviço pode ser estabelecida. Dizer que a Justiça é um serviço é verdade como é verdade sê-lo o poder Executivo e o poder Legislativo. Todos são serviços da 'Polis'." AFONSO, Orlando Viegas Martins. *Poder Judicial – Independência in Dependência*. Coimbra: Almedina, 2004. p.46.

<sup>167</sup> Na conferência proferida em 11 de maio de 1991, sob o título "A Formação do Convencimento do Magistrado e a Garantia Constitucional da Fundamental das Decisões", em Simpósio de Direito Civil e Direito Processual Civil promovido pelo Instituto de Estudos Jurídicos, no Hotel Glória, Rio de Janeiro, J. J. Calmon de Passos abordou a matéria. Em determinado momento da sua exposição afirmou: "[...] Chegando a esse ponto, eu vou, rapidamente, dizer a vocês o que é que me parece ser uma fundamentação constitucionalmente aceitável de uma decisão. O juiz, em primeiro lugar, é aquele que não sabe nada dos fatos, e que, por isso mesmo, devem as partes – e o próprio juiz tem uma parcela de poder para se tornar conhecedor dos fatos, produzir a prova, a instrução probatória. E o juiz, também, na sua decisão, tem que dizer que fatos ele considera como atendíveis para embasar sua decisão. Muito bem, diz o Código de Processo que o juiz forma livremente seu conhecimento. O que é que o código está dizendo e o que é a única coisa que se pode compreender? É o que o juiz tem que indicar na sua decisão o fato que ele tem por verdadeiro e fundamentar porque esse fato ele tem por verdadeiro, referindo as provas que estão nos autos e que embasam o seu convencimento. Mas se ele parar por aí, é juiz que vai decidir sem legitimidade, porque a bilateralidade do processo, que é a garantia do devido processo legal, impõe ao juiz que ele diga, explicitamente, porque a versão contrária, da parte adversária, é repelida. Sentença que na sua motivação não torna explícito porque determinado fato é aceito pelo juiz, com base em determinadas provas, e porque as provas contrárias a essas provas que ele acolheu foram por ele repelidas, é sentença sem legitimidade [...]" PASSOS, J. J. Calmon de. "A Formação do Convencimento do Magistrado e a Garantia Constitucional da Fundamentação das Decisões." In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva. *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos Limitada, 1991. p.11-12.

ambos sofrem, além do crivo do controle de constitucionalidade exercido pelo poder judiciário, um controle maior exercido pelo povo que renova ou não os mandatos populares.

Se o judiciário não passa pelo controle popular por meio do sufrágio universal é porque a própria sociedade entende, por alguma razão, não ser conveniente. Mas também não lhe concede uma carta de alforria, na medida em que a Constituição o põe em igualdade com os demais poderes que precisam da legitimidade democrática como fundamento essencial à sua existência nos moldes estabelecidos pelo próprio povo ao pactuar na Constituição um modelo de Estado.

Então, dizer o direito sem uma fundamentação que observe o princípio da bilateralidade do processo é decidir sem legitimidade democrática. A independência judicial, neste cenário, ganha contornos adequados porque repousa em uma garantia da sociedade, e não do judiciário. A garantia da sociedade, assim, assegura que o serviço judiciário vai ser prestado tal qual a Constituição determina. A decisão adotada sem tal garantia não respeita o princípio da igualdade, pois sempre fica a indagação da razão pela qual acolheu a prova ou a tese de uma parte, mas não acolheu a da outra.

Assim, é interessante notar que a lógica do executivo e do legislativo tem amparo na idéia de maioria, sob a qual repousa até mesmo a governabilidade. Desse modo, a idéia que predomina no Judiciário é a de respeito à ordem jurídica, especialmente porque lhe cabe a nobre missão de velar pelos direitos e pelas garantias fundamentais, pertençam eles a uma maioria ou a uma minoria.

A conseqüência primeira é a de que o judiciário só age quando provocado; logo, é condição *sine qua* que o povo o provoque para que ele possa agir. A fonte de sua legitimidade tem início com a ação do povo, como também a ação do voto põe ritmo à ação do executivo e do legislativo. Todos respondem a essa ação, a essa provocação, com a observância aos termos pactuados na Constituição.

Por isso a observância à Constituição é um dever que iguala todos os poderes, sendo certo que cabe ao Judiciário o dever de fundamentar a decisão, que traz ínsita também a obrigatoriedade de, ao fazê-lo, render as devidas homenagens aos princípios constitucionais do processo, sem os quais a decisão carece de legitimidade democrática;

por isso disse o constituinte que ela é nula.<sup>168</sup> A independência dos juízes, portanto, é fundamental como garantia da imparcialidade, que, por sua vez, é a fonte sob a qual as partes terão igualdade de tratamento.

Isso significa, ainda, que a independência judicial assegura aos cidadãos uma justiça não subordinada a razões de Estado ou a interesses políticos e/ou econômicos, até porque o norte perseguido pela magistratura deve ser a realização da justiça que promova a dignidade da pessoa humana inspirada na idéia da “*clausula transformadora*”, abrigada no art. 3º da Constituição.

Convém sublinhar também que essa garantia de independência e imparcialidade não se traduz em neutralidade, até porque o juiz deve velar pela igualdade das partes, o que o compromete em realizar essa igualdade a favor do mais fraco na relação processual, que quase sempre é o economicamente débil.<sup>169</sup> Ou melhor, o processo civil moderno convoca o magistrado a não ser um mero espectador do duelo privado das partes. No exercício da jurisdição, cabe ao magistrado dirigir o processo com efetiva participação na busca da verdade e na fiel observância ao procedimento, almejando sempre a justa composição da lide.

Para que os magistrados exerçam plenamente essa imparcialidade, essencial ao Estado de Direito Democrático, foram criados institutos que visam impedir eventuais incursões do arbítrio. Vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos<sup>170</sup> são verdadeiros antídotos aos excessos que podem surgir como

---

<sup>168</sup> “A Constituição Federal estabelece os princípios a serem observados pelo legislador e pelo juiz. O primeiro, na elaboração da regra processual; o segundo, na condução e direção do processo. O devido processo legal regulado pelo Código de Processo Civil e por leis extravagantes deve observar o modelo previsto na Constituição, ao qual podemos denominar ‘devido processo constitucional’. *Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação das decisões, publicidade dos atos processuais, vedação de provas ilícitas*, são regras maiores, de nível constitucional, cuja observância é imposta ao legislador ordinário. Também o juiz deve velar para que o procedimento se desenvolva em conformidade com tais postulados.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.481.

<sup>169</sup> “Por outro lado, imparcialidade não se confunde com passividade e neutralidade absoluta. Observando uma situação de extrema desigualdade entre as partes litigantes, deve o julgador intervir no sentido de propiciar o tratamento paritário. Partes hipossuficientes, sem condições de contratar bons profissionais para a defesa de seus interesses, devem ter seus direitos tutelados mediante a participação efetiva do julgador. Dele se espera um conhecimento do contexto social em que atua.” LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Garantia do Tratamento paritário das partes.” In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). Op. cit. p.110.

<sup>170</sup> “Portanto, em sua sentença, o juiz não pode deixar-se determinar de cima; que realmente não o faça querem assegurar as ‘*garantias da independência judicial*’, agora também alicerçadas na Constituição do Reich: nomeação vitalícia, salário fixo cobrável através de ação judicial, e inamovibilidade. Portanto, cuidou-se para que o juiz não se deixe levar a sentenças contrárias à sua convicção por medo de admoestações severas; garantias para que não se deixe influenciar por expectativas de carreira e progresso, não existem as legais, só as morais.” RADBRUCH, Gustav. Op. cit., 1999(a). p.127.

instrumentos de pressão do poder político de plantão, ou mesmo em ardilosa articulação com o poder econômico. A eles soma-se, ainda, a garantia de autonomia administrativa e financeira conferida ao Judiciário.

Com esse arcabouço e interpretando a Constituição em seu conjunto harmonioso, pode-se afirmar que a limitação ao arbítrio ou autoritarismo do juiz ou tribunal é assegurada pelas regras da publicidade dos julgados e pela obrigatoriedade de fundamentação das decisões, que, em todas as hipóteses, devem observar os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana, em especial aqueles atinentes ao devido processo constitucional.

Também representa uma das garantias fundamentais da pessoa humana o direito de ser processado e julgado por um tribunal previamente criado pelo ordenamento jurídico, com competência para dirimir a querela, já que o juiz natural é, acima de tudo, um juiz imparcial. O contrário disso significa violação às garantias constitucionais do processo, intolerável afronta aos direitos e às garantias fundamentais da pessoa humana e, portanto, transgressão ao princípio da igualdade, sob o qual repousa o Estado Democrático de Direito.

Entre os incontáveis casos que poderiam prestar de lição histórica há um que ficou mundialmente conhecido: o chamado *Caso Dreyfus*. A mídia francesa, a pretexto de exercer livremente o direito de comunicação e informação, construiu uma campanha robusta cujo objetivo maior era influir decisivamente na condução do processo. Alfred Dreyfus, capitão do Estado Maior do Exército Francês, foi acusado de fornecer informações confidenciais ao adido militar alemão na França. A prova apresentada parecia irretorquível: testemunhos de generais do exército noticiavam indícios de culpabilidade do Capitão Dreyfus, associados a exame grafotécnico que comprovava ser sua a grafia existente na lista em que estavam as informações.

Decorridos doze anos do julgamento que condenou o Capitão Dreyfus, realizou-se um novo julgamento. Embora ainda fosse nítida a pressão, o clima já não era o mesmo e o Capitão foi inocentando, ficando comprovado que provas foram fraudadas. O verdadeiro culpado terminou por admitir a autoria do crime em uma carta, e o adido militar alemão inocentou Dreyfus quando escreveu suas memórias.

Mesmo já decorrido mais de um século, o debate sobre a influência da mídia nos julgamentos mantém-se extremamente atual, sobretudo porque existe um verdadeiro tabu que não permite discutir até onde vai o direito à liberdade de imprensa quando ela representa ameaça ou violação aos direitos e às garantias da pessoa humana.

Portanto, nota-se que a discussão acerca da independência judicial e da legitimidade democrática das decisões do magistrado não pode deixar de considerar as garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, como um mínimo ético construído pela sociedade em favor de um projeto de civilização.

## 2.4 IGUALDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica tem sido invocada quase sempre para legitimar decisões que estão em descompasso com a ordem jurídica e, muitas vezes, chegam a violar os direitos e as garantias fundamentais.

O debate sobre o limite a que deve chegar o judiciário para agir em nome da segurança jurídica ainda não é tratado com a importância que merece no âmbito da sociedade civil, muito menos entre os teóricos do Direito no Brasil. Todavia, algo pode e deve ser dito. Em nome da segurança jurídica toda e qualquer incursão no terreno dos direitos e garantias fundamentais não é bem-vinda, pois isto sim gera insegurança jurídica. Nem mesmo em nome do *controle de constitucionalidade* é possível invadir os direitos e garantias fundamentais, em que mourejam as garantias processuais constitucionais, cuja *célula mater* é o devido processo legal.

O preceito da igualdade deve se constituir em um vetor sob o qual a segurança jurídica seria orientada, tendo como premissa o respeito e a promoção aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Ou seja, não basta a segurança jurídica, é fundamental a existência de uma metodologia sob a qual ela se construa, que, para muitos, é representada pela figura da Súmula ou da Súmula vinculante. Esta, em particular, apesar dos seus aparentes bons propósitos, não se coaduna com a feição do Estado Democrático de Direito, que tem na imparcialidade e independência da magistratura nacional um dos seus sustentáculos.

Ademais, mecanismos processuais existem e se aplicados inibiriam o caráter procrastinatório de muitos recursos, bastando que sejam postas em uso as medidas concernentes aos litigantes que fazem uso de meios procrastinatórios previstos no Código de Processo Civil e que se considere a *plenitude do ordenamento jurídico*, na feliz expressão que serve de título a uma das mais monumentais obras da ciência jurídica, de autoria do argentino Carlos Cossio.<sup>171</sup>

Com efeito, os Tribunais têm demonstrado pouca ou quase nenhuma vocação para inibir recursos procrastinatórios e que alongam a via judicial, como também não inibem e aplicam sem qualquer cerimônia a legislação processual que concede favores à fazenda pública em detrimento do particular, como se ainda vivêssemos uma época em que o ente público carece de quadros suficientes à sua defesa e como se hoje os benefícios da informática não fossem largamente utilizados por todos – até bem mais pela fazenda pública –, não obstante o mais relevante seja posto à margem do debate neste momento: *o acesso à ordem jurídica justa por todos*.

As estatísticas indicam que a fazenda pública ocupa os primeiros lugares no rol daqueles que mais utilizam o judiciário não para recuperar créditos, mas como réu, isto é, como possível detentora de crédito que não lhe pertence.

Também é possível delimitar um perfil daqueles que estabeleceram o litígio como um negócio para alongar o prazo de suas dívidas, o que demonstra ser medida adequada para atacar o grande número de demandas existentes hoje no judiciário brasileiro por meio de um estudo voltado à compreensão da razão pela qual o litígio tem sido a opção de muitos.

Neste cenário, possivelmente os juros cobrados judicialmente aparecerão como grande fator de estímulo ao descumprimento de regras e preceitos jurídicos, em descompasso com aqueles cobrados pelo mercado, especialmente pelas instituições financeiras que, em suas relações trabalhistas e de consumo, demonstram estranha opção pelo litígio.

Ademais, soma-se a tudo que até aqui se disse a dificuldade que o povo brasileiro tem tido de acessar o judiciário, em face de inúmeros fatores, em especial as grandes distâncias que caracterizam as metrópoles do país, os custos de locomoção, as dificuldades do cidadão em se ausentar do trabalho, os custos do processo, a incerteza

---

<sup>171</sup> COSSIO, Carlos. *La plenitud del Ordenamiento jurídico*. Buenos Aires: Editorial Los Andes, 2005.

da decisão e a relativa demora da solução final, que, por si só, já desestimula o cidadão. Além desses motivos existem, ainda, outros, como o excessivo apego dos magistrados, operadores do direito e entidades legitimadas, ao direito individual em detrimento das demandas coletivas, que em uma sociedade de massas deveriam representar a regra, não a exceção, muito menos ser aceitável racionalmente a cultura ainda arraigada que dificulta seu manejo por quem está legalmente acobertado a agir.

Enfim, a segurança jurídica deve se dedicar mais a fazer com que os tribunais expliquem por que deixam de aplicar a um determinado caso sua própria jurisprudência, demonstrando a sociedade, com isso, qual será a orientação a ser doravante seguida, porque a notável diferença entre o *precedente* e a *súmula de jurisprudência predominante* é que o primeiro surge não para consolidar, mas para modificar a jurisprudência até então existente<sup>172</sup>, caracterizando-se como mecanismo transformador que permite à ordem jurídica responder a novas inquietações próprias de cada tempo, sem que com isso se perca o sentido orientador do princípio da igualdade, sua principal fonte.

## 2.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A administração pública brasileira é guiada pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme estabelece o art. 37 da Constituição.

---

<sup>172</sup> Essa diferenciação é bem formulada por Ovídio Baptista, que assim se posiciona: “O *precedente*, ao contrário da *súmula de jurisprudência predominante*, e instrumentos análogos, surge não para consolidar, mas para *modificar* a jurisprudência até então seguida pelo tribunal. Esse sentido transformador do precedente, através do qual a ordem jurídica se rejuvenesce, para acompanhar as exigências sociais, permite, como ocorre no caso americano, que as cortes supremas contribuam para o progresso e constante modernização do Direito, assegurando-lhe a unidade, função primordial a ser exercida pelas supremas cortes e que as nossas dificilmente poderão exercer em sua plenitude, assoberbadas como estão por um volume extraordinário de recursos que as torna, por isso mesmo, cortes ordinárias, julgando em terceira instância questões do exclusivo interesse dos respectivos litigantes. É por essa via que os juizes do *common law* podem recusar-se a seguir o precedente, mostrando que o caso de que se cuida apresenta peculiaridades que o fazem diverso daquele que permitiria sua criação; ou mesmo por apresentar-se o precedente destituído de razoabilidade, aos olhos do julgador.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.259-260.



No presente instante, o princípio da eficiência e sua aplicabilidade no âmbito do Judiciário se presta à reflexão não para que se faça uma analogia ou sinonímia com a efetividade do processo, mas para demonstrar que a administração da justiça deve tomar em consideração princípios e regras com o objetivo de fazer chegar ao cidadão brasileiro uma justiça rápida, célere e eficiente, no sentido de que produza efeitos não apenas no âmbito individual, mas também junto à comunidade social, que tem o direito de saber como o Tribunal interpreta a legislação, difundindo a cultura de que todos respondem igualmente pelo descumprimento daquele preceito ou todos terão em seu favor atendida determinada postulação quando ocorrer ameaça ou violação de regra ou princípio do ordenamento jurídico.

O princípio da eficiência, sob esse ângulo, é uma garantia assegurada a todos os cidadãos usuários ou não do serviço público da justiça que, em qualquer situação, tem a certeza da resposta eficiente que o Poder Judiciário deve prestar à sua postulação. Vista sob o ângulo do procedimento, a regra segundo a qual não há nulidade sem prejuízo tem inspiração na idéia de que o processo tem na celeridade e na efetividade fortes instrumentos a inspirar seu direcionamento. De igual maneira, quando ao magistrado é determinado delimitar os pontos controvertidos do processo a idéia de eficiência está subjacente, como também está presente em muitos outros institutos previstos na legislação processual, voltados a uma pronta prestação jurisdicional sem violação à ampla defesa e ao contraditório.

Alexandre de Moraes<sup>173</sup>, analisando o princípio da eficiência, esclarece que “o administrador público precisa ser eficiente, ou seja, deve ser aquele que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade”. Ou seja, o princípio da igualdade também se presta a orientar o da eficiência.

Entre as características atribuídas ao princípio da eficiência por Alexandre de Moraes<sup>174</sup> estão “o direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum”; “a imparcialidade”; “a neutralidade”; e “a transparência”. O bem comum, a imparcialidade e a transparência guardam harmonia com a publicidade, a fundamentação das decisões, a independência judicial e o próprio dever de imparcialidade do magistrado. Por isso todas as decisões judiciais devem observar o

---

<sup>173</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999. p.297.

<sup>174</sup> *Ibidem*. p.301-302.

princípio da eficiência, tendo no princípio da igualdade seu “*manto*”, razão pela qual o “*bem comum*”<sup>175</sup> corresponde a decisões iguais para casos iguais, isto é, todos possuem o mesmo direito à prestação jurisdicional, o que não impede uma mudança na jurisprudência do tribunal desde que fundamentadas as razões desta alteração e que ela seja adotada para os casos futuros.

“Que o direito seja seguro, que não seja interpretado e aplicado hoje e aqui de uma forma e lá de outra, é ao mesmo tempo uma exigência da justiça.”<sup>176</sup>

---

<sup>175</sup> “*Pero la seguridad jurídica no es el valor único ni el decisivo, que el derecho ha de realizar. Junto a la seguridad encontramos otros valores: conveniencia (Zweckmäßigkeit) y justicia. En el orden de prelación de estos valores tenemos que colocar en el último lugar a la conveniencia del derecho para el bien común. De ninguna manera es derecho todo ‘lo que al pueblo aprovecha’, sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, sólo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia. La seguridad jurídica, inherente en toda ley positiva por esa su positividad, ocupa una notable posición intermedia entre la conveniencia y la justicia: por un lado es reclamada por el bien común, por el otro empero, también por la justicia. Que el derecho sea seguro, que no sea interpretado y aplicado hoy aquí y allá de otra, es, al mismo tiempo, una exigencia de la justicia.*” RADBRUCH, Gustav. Op. cit., 1962. p.36.

<sup>176</sup> *Ibidem*. p.36. Tradução livre.

### III – TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS E SEU PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO

*O homem é alguém que ainda tem muito pela frente.*<sup>177</sup>

*Foi durante o período axial da História, como se acaba de assinalar, que despontou a idéia de igualdade essencial entre todos os homens. Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase-totalidade dos povos na Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.*<sup>178</sup>

#### 3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CARACTERÍSTICAS

As citações contidas no frontispício objetivam pôr o tema e o homem ao largo do tempo, visto como um constante aprimoramento do ser humano, um aprendizado sempre em busca da paz e da felicidade. Um tempo que se esvai e que flui imperceptível, por vezes, em um mundo já sem deuses e que, em certo sentido, tem deixado muitos atônicos, na medida em que tudo desmorona a cada segundo. Mas sempre haverá opções.

Uns louvam o aprendizado, o caminhar e, nesta mesma marcha, compreendem a longa jornada repleta de angústias e sofrimentos, mas também de realizações, esperanças e felicidades. Outros não. O simples olhar em direção ao horizonte já lhes turva a vista, cansa o espírito e esmorece a alma; estes se inquietam ao saber que tudo há de ser fruto de conquistas do processo histórico.

Os direitos humanos estão para os que ousam caminhar. São o resultado de uma longa e atormentada jornada, mas hoje, como lembra Bobbio<sup>179</sup>, já não se discute sua fundamentação, porque a questão essencial é sua proteção, e desde o instante em

---

<sup>177</sup> BLOCH, Ernst. *O Princípio Esperança*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. p.243.

<sup>178</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.12.

<sup>179</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p.24.

que os Estados concordaram em assinar a Declaração<sup>180</sup> o fizeram com a convicção da sua necessidade, inclusive dando-lhe efetividade.

Com efeito, lembra Comparato<sup>181</sup> que após vinte e cinco séculos os povos resolveram, por intermédio de uma organização internacional, apresentar uma solene Declaração Universal de Direitos Humanos, tendo o *valor da igualdade* sido posto em relevo logo no preâmbulo: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” Portanto, os Direitos Humanos afirmam a igualdade de todos, sem qualquer exclusão. São tão essenciais à democracia que nela não se pode falar sem que eles estejam presentes, sendo uma outra característica importante o fato de possuírem uma dinâmica própria que não admite o retrocesso.

Com essas considerações introdutórias objetiva-se apenas demonstrar que se trata de um grande projeto em construção e que depende não apenas dos Estados, mas sobretudo da compreensão dos povos de que todos os membros da família humana possuem iguais direitos e de que a solidariedade internacional é um valor indispensável à sua plena efetividade.

Ademais, a proposição deste capítulo é demonstrar que, na falta de um Tribunal Constitucional, de uma maior preocupação dos Tribunais Superiores, que possuem a missão de uniformizar a jurisprudência nacional, e também do próprio Supremo para interpretar a Constituição e manter uma igualdade na aplicação da lei, ao cidadão brasileiro que se sinta prejudicado restará acionar o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

Com efeito, é inconcebível que o Estado brasileiro, por intermédio dos seus três poderes, ainda não esteja dialogando acerca de tão relevante questão, quer vista sob a ótica do cidadão, quer sob o prisma dos interesses do Estado para assegurar a materialização dos direitos fundamentais. Na primeira hipótese por ser um direito fundamental; e na segunda porque se almeja uma efetiva integração do Continente ou a formação de um bloco econômico. De qualquer forma, o mínimo que se espera é a

---

<sup>180</sup> Comparato salienta que além da organização estatal existe uma fundamentação necessária que aponta para a dignidade humana e a exigência da sua proteção, qualquer que seja o ordenamento estatal e as circunstâncias, por força de uma consciência ética coletiva. Esta observação de Comparato traz imediatamente uma outra reflexão a respeito do tempo em que vivemos, no qual a humanidade não admite mais retrocesso às suas conquistas que estão sendo edificadas em favor de um padrão de civilização. Impera, neste contexto, a compreensão de que é possível uma racionalidade ética como guia da ordem jurídica estatal. COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p.59.

<sup>181</sup> Ibidem. p.12.

uniformização do sistema legal e, conseqüentemente, da jurisprudência dentro dos países que compõem o bloco.

Tanto em uma como em outra situação a União Européia fornece elementos que demonstram o quão relevante é a questão. O Tratado de Amsterdã evidencia essa preocupação. Um documento de trabalho denominado “Dublin II” rememora que a União Européia tem como princípios básicos a Liberdade, a Democracia, o Respeito aos Direitos Humanos e às Liberdades Fundamentais e ao Estado Democrático de Direito. Também se reconhecem entre os objetivos do Tratado, entre outros, os seguintes: a reafirmação dos princípios já mencionados, seja quanto aos Estados-membros, seja quanto àqueles Estados que vierem a aderir ao referido Tratado; a incorporação ao Tratado de um artigo definindo o controle judicial do cumprimento dos direitos fundamentais; e a ampliação significativa dos motivos pelos quais a Comunidade pode empreender ações para coibir discriminações.<sup>182</sup>

Portanto, o Tribunal de Justiça, que tem como missão no âmbito da União Européia garantir a interpretação e a aplicação dos Tratados e o respeito aos direitos, foi consolidado e ganhou forças graças ao alargamento de sua competência, o que vem a demonstrar o reconhecimento da importância não apenas dos Tratados, mas também de um órgão que lhes dê efetividade e assegure uma jurisprudência homogênea nos Estados-membros.

Essa preocupação também esteve presente no Tratado de Nice, de 26 de fevereiro de 2001. Por meio dele o Tribunal de Justiça sofreu notável reforma quanto à sua organização e ao seu funcionamento, visando adaptar o sistema jurisdicional no futuro, já que a alteração quanto à sua composição e à repartição de sua competência foi significativa. De fato, ao se introduzir uma maior flexibilidade no que diz respeito à sua composição, estabelecendo-se a não-necessidade de uma revisão do Tratado, atribui-se

---

<sup>182</sup> Entre os acordos que integram o Tratado de Amsterdã há três mais importantes, segundo Rogelio Pérez-Bustamante e Juan Manuel Uruburu Colsa: “Após diversos trabalhos e debates, integram-se no Tratado de Amsterdã três significativos acordos: - o controle jurisdicional do respeito aos Direitos Fundamentais, formalizando a competência do Tribunal de Justiça da União Européia para controlar o respeito dos ditos Direitos Fundamentais pelas instituições comunitárias, alargando este controle ao 3º Pilar – Justiça e Assuntos Internos; - estabeleceu-se um mecanismo de sanções no suposto de uma violação dos princípios em que baseia a União por parte de um Estado-membro: princípios de Liberdade, Democracia e Respeito aos Direitos e Liberdades Fundamentais. O Conselho, por maioria qualificada, poderá suspender certos direitos desse Estado, incluindo os direitos de voto no Conselho; - no preâmbulo do TCE inclui-se pela primeira vez uma referência dos direitos sociais fundamentais definidos pela Carta Social Européia de 1961 e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de 1989.” PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio; COLSA, Juan Manuel Uruburu. *História da União Européia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.203.

ao Conselho a autoridade para alterar seus Estatutos quanto às questões de composição e de competências. Também foram modificadas as composições do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, bem como repartida a competência entre essas duas instâncias e estabelecidas as suas faculdades de dirimir questões quanto à propriedade industrial. Uma outra modificação substancial ocorreu quanto à aplicação do regulamento do processo do Tribunal de Primeira Instância pelo Conselho, que antes exigia unanimidade, passando a requerer, a partir de então, apenas a maioria qualificada.

No que se refere à preocupação com a aplicação dos direitos fundamentais os avanços foram significativos. A exemplo disso, foi aprovada a Carta dos Direitos Fundamentais, que consolidou em um só texto os direitos previstos nos Tratados comunitários, nas Constituições dos Estados-Membros, na Convenção Européia dos Direitos do Homem e nas Cartas sociais da União Européia e do Conselho da Europa. Ou seja, o objetivo é proteger os direitos fundamentais do cidadão perante os atos das Instituições comunitárias e dos Estados na aplicação do direito comunitário.

Portanto, o exemplo da União Européia se presta a justificar a importância dos direitos fundamentais e sua efetividade nos dias que correm, bem como a observância do princípio da igualdade na aplicação da lei.

Feitas essas considerações, convém observar que os direitos humanos não nasceram de uma só vez. Bobbio<sup>183</sup> identifica três grandes momentos: o *primeiro*, em que eram considerados enquanto direitos naturais universais, sob o prisma do iluminismo e visando estabelecer limites à ação do Estado; o *segundo*, enquanto direitos assegurados no ordenamento jurídico constitucional, tendo como objetivo proteger direitos (minorias) e limitar o poder (calar o arbítrio); e um *terceiro*, enquanto direitos positivos universais decorrentes da II Guerra Mundial, partindo da constatação de que a barbárie foi arquitetada e posta em prática pelo próprio Estado, tendo como base a legalidade, razão pela qual é fundamental estabelecer parâmetros positivos mínimos em favor da dignidade humana, inaugurando-se, assim, um constitucionalismo com princípios e valores.

Diz mais respeito aos objetivos deste trabalho o terceiro momento, sem que tal afirmação signifique qualquer descuido com a importância das demais fases, todas elas essenciais ao nascimento da subsequente. Foi, portanto, no período pós-1945, com o

---

<sup>183</sup> BOBBIO, Norberto. Op. cit. p.6.

advento da Declaração de 1948, que se inaugurou um discurso que incorpora a titularidade dos direitos humanos a todos os membros da família humana, colocando em relevo o princípio da igualdade como valor essencial à dignidade humana. Ou seja, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento consensual e axiológico, põe por terra a discussão acerca dos direitos naturais, reconhecendo que os homens não nascem livres e iguais<sup>184</sup>; o que se procura com essa afirmação é a construção de uma sociedade fundada em valores.

Assim, considerando-se o direito como um fenômeno social em um dado momento histórico, mas em constante movimento, é possível afirmar que o debate acerca dos direitos naturais já não faz sentido, uma vez que ao se analisar o direito de propriedade, por exemplo, erigido à condição de direito fundamental, facilmente se evidencia que decorre de um modelo de sociedade em que os proprietários gozavam de plena cidadania e a exerciam em sua mais ampla dimensão.

Seguindo essa mesma linha, no momento em que a Revolução Industrial ocorreu e os movimentos operários surgiram com pleno vigor, o Direito do Trabalho também foi guindado à condição de direito fundamental, chegando a constar em todas as Declarações de Direitos. Mas em nenhum dos casos significa que todos possuam propriedade ou emprego. Contudo, é interessante observar, nesse caminhar, que o Direito do Trabalho representa o maior projeto de inclusão social até então conhecido.

Com o advento da Declaração Universal e de todas aquelas que a sucederam evidenciou-se seu caráter também inclusivo, em uma dimensão mais ampla e fundamentada em uma ética que corresponde a um convívio social harmônico, justo, fraterno e solidário. Convém lembrar, ainda, que os movimentos sociais que deram origem às declarações de direitos ou ao reconhecimento delas como fundamentais tiveram nas idéias filosóficas fonte de inspiração e fizeram surgir um modelo de Estado. Foi assim com as Declarações de Direitos dos Estados da América do Norte e com a da Revolução Francesa. A aplicação desses direitos sempre representou uma preocupação por parte de todos que refletem sobre os fenômenos sociais, razão maior dos estudos relativos ao preceito máximo da igualdade.

---

<sup>184</sup> Essa afirmação é feita por Bobbio nos termos seguintes: “Na realidade, os homens não nascem nem livres nem iguais. Que os homens nasçam livres e iguais é uma exigência da razão, não uma constatação de fato ou um dado histórico.” *Ibidem*. p.118.

A associação entre o momento da formação da convicção de que todos os homens são *iguais* e a *lei* é apresentada por Comparato, que, de maneira singular, esclarece essa vinculação desde o nascimento da primeira para com a segunda: “[...] a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.”<sup>185</sup> Todavia, como já foi dito em linhas passadas, a igualdade contida e reconhecida pelo texto legal não é suficiente sem que tenha sua aplicação posta em prática e sem que seja vista como orientadora de todo o sistema construído com o fim de concretizar a dignidade da pessoa humana.

Já entre os gregos a idéia de igualdade e de lei, uma vinculada à outra em seu nascimento, demonstrava o cuidado que os filósofos tinham com a observância e aplicação do preceito máximo da igualdade. Seguindo esse curso, o pós-guerra trouxe não apenas uma nova feição ao Estado, como também o reconhecimento de que os cidadãos poderiam questioná-lo, o que os transformou dentro do processo de universalização, segundo Bobbio<sup>186</sup>, “de cidadãos de um Estado particular em cidadãos do mundo”.

Quando a Declaração Universal é posta diante das Declarações Francesa e Americana, textos com características liberais e fundamentados na defesa da propriedade e da liberdade individual, evidencia-se a evolução do pensamento como aprendizado cultural do homem, que passou a enxergar no reconhecimento da igualdade de todos o valor da dignidade humana, irradiando e iluminando todo o sistema baseado em uma lógica de conjunto. Por isso é possível afirmar que a grande marca da Declaração de 1948 está representada no binômio *universalismo* e *indivisibilidade* dos direitos humanos.

Em outras palavras, os direitos humanos estão inter-relacionados e em um mesmo patamar. A violação de um só deles representa, quase sempre, a agressão a um outro ou a tantos outros. A idéia é de um sistema integrado e interdependente representando um mínimo ético eleito pela civilização como essencial à dignidade humana para a manutenção da paz social.

O respeito à plenitude dos direitos humanos é uma preocupação constante e marcante da Declaração de 1948, tanto que afirma a necessidade de sua proteção para que “o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a

---

<sup>185</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p.12.

<sup>186</sup> BOBBIO, Norberto. Op. cit. p.67.



opressão”. Portanto, ainda que não expressamente, a Declaração reconhece o *direito de resistência* na defesa dos valores e princípios considerados como essenciais à dignidade humana. Por conseguinte, elege a democracia como regime político adequado ao pleno exercício dos direitos humanos, tanto que seus artigos XXI (alínea 3) e XXVIII manifestam clara opção pela organização política do Estado e trazem ínsita a imprescindibilidade da sua legitimidade. Assim, mais uma vez, verifica-se que já não basta a legalidade.

Diante destes valores eleitos pela Declaração é possível identificar uma conjugação harmônica entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Nesse sentido, aduz Comparato que a doutrina os diferencia porque considera os direitos fundamentais como “os direitos humanos consagrados pelo Estado como regras constitucionais escritas”.<sup>187</sup> E quando se leva em consideração o fato de os tratados internacionais de direitos humanos abrigarem uma proteção especial que veda o retrocesso fica ainda mais evidente a identidade entre estes e os direitos fundamentais.

A premissa que rege tanto os direitos humanos como os direitos fundamentais é a idéia de um mínimo necessário à existência digna. A propósito deste mínimo necessário, Sarlet<sup>188</sup> chama atenção para uma classificação que considera viável dos direitos fundamentais e denomina ambos como direitos fundamentais *expressamente positivados*, sendo que uns estão previstos na Constituição e outros em tratados internacionais. Conseqüentemente, qualquer classificação tem cunho metodológico, não representando supremacia de um em relação ao outro, pois todos os direitos estão em pé de igualdade e inter-relacionados; logo, se comunicam e a violação de um só deles pode representar a agressão a tantos outros.<sup>189</sup>

A idéia de que a barbárie imposta pelo Estado Alemão na II Guerra Mundial poderia ter sido evitada se a humanidade já tivesse formulado um sistema internacional de proteção aos direitos da pessoa humana conduziu muitos estadistas e pensadores a imaginarem como construir mecanismos de proteção jurídica que superassem o pensamento até então dominante de que somente aos Estados caberia tal tarefa. A conseqüência primeira foi uma mudança no conceito de soberania, já que se passou a

---

<sup>187</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p.224.

<sup>188</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.134.

<sup>189</sup> A Declaração de Viena, de 1993, resultado da Conferência Mundial dos Direitos Humanos, reafirmou o caráter universal dos direitos humanos, bem como sua interdependência e inter-relação.

admitir a interferência internacional no âmbito dos Estados para a proteção dos direitos humanos. Mas uma outra igualmente marcante e que também tornou possível a Declaração de 1948 foi a premissa de que todo indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional porque todos os membros da família humana são sujeitos de direito. Essas proposições inspiraram a Declaração de 1948 e também em razão delas foi possível declarar a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos.

Com o advento da Declaração de 1948, teve início o desabrochar do Direito Internacional dos Direitos Humanos através da construção de um sistema composto por tratados internacionais que representam o consenso ético entre os Estados sobre temas de relevância ao nascimento de um novo Homem, tais como Direitos Cíveis, Políticos, Econômicos, Sociais; questões relativas à discriminação racial ou à mulher; direitos da criança, entre outros.

Também surgiram sistemas em diversos continentes, aos quais se convencionou chamar de *regionais*. A Europa, as Américas e a África, pela ordem, apresentam sistemas que estão se consagrando mais a cada dia perante as comunidades a que se destinam. Outros continentes também iniciam este processo de construção dos seus respectivos sistemas, como é o caso asiático e árabe.

A exemplo do sistema de proteção aos direitos fundamentais consagrados pelos Estados, os sistemas global e regionais convivem em harmonia e representam, a bem da verdade, uma proposta de maior efetividade na promoção e no respeito dos direitos inerentes à pessoa humana. Essa é a matriz filosófica e a razão de ser do sistema: a dignidade da pessoa humana.

Mesmo assim, o mundo assiste a uma crescente multiplicação de pessoas que não nascem “livres e iguais”. E não é preciso muito esforço para se compreender a inadiável necessidade de fortalecimento da implementação dos direitos humanos, cabendo aos Estados e às instituições que integram os sistemas a sua proteção global e regional, renovar as esperanças de toda a família humana por meio de uma política rápida, eficiente e permanente.

A violação a qualquer daqueles preceitos considerados como mínimo ético torna o Estado nacional obrigado a indenizar as vítimas, de modo que se revela mais compensador investir em políticas públicas preventivas e corretivas.

### 3.2 OS TRATADOS INTERNACIONAIS

A compreensão da norma constitucional como parte da construção da democracia, da defesa e da preservação dos direitos e garantias fundamentais, associada aos princípios que regem o sistema, é essencial para se enxergar a estrutura que compõe os limites impostos ao poder pelo Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, situar o tema historicamente é fundamental ao entendimento da sua inserção na ordem democrática de uma nação, tornando possível pensar acerca da evolução e amplitude dos tratados de direitos humanos, em particular, frente ao atual conceito de soberania.

No entanto é igualmente relevante a compreensão do Direito dos Tratados em seu ponto de identidade com a democracia. Ou melhor, os tratados internacionais guardam uma singular característica histórica representada na exigência que os súditos passassem a fazer ao soberano de que os consultasse antes da sua assinatura, visto que o ato celebrado sempre representaria custos à população, na guerra ou na paz. Noutro viés, essa tradição também se prestou como alegação ao descumprimento de muitos tratados por parte de alguns soberanos. Assim surgiu a idéia de autorização prévia como condição à celebração dos tratados, que, em seguida, seriam revistos e só então ratificados, alcançando a necessária e fundamental segurança jurídica.

Pela simetria que tem com o sistema democrático, o mecanismo da consulta terminou sendo absorvido pelas Constituições dos Estados, chegando à formulação de regras e procedimentos voltados à apreciação do poder legislativo, como requisito para que as normas constantes nos tratados sejam incorporadas à ordem jurídica interna, ainda que sofram caminhos legislativos diversos daqueles que são construídos pelo mesmo parlamento para aplicação em âmbito nacional.

A Sexta Conferência Internacional Americana, realizada em Havana, deu início de forma pioneira à regulamentação internacional sobre o Direito dos Tratados. Como consequência, em 20 de fevereiro de 1928 foi celebrada uma Convenção sobre Tratados, conhecida como Convenção de Havana, contendo 21 artigos e ratificada por oito Estados.<sup>190</sup> Todavia, foi em 1966, após estudos apresentados pela Comissão de Direito Internacional da ONU, que um *Projeto de artigos sobre Direito dos Tratados* foi

---

<sup>190</sup> Os Estados que ratificaram a Convenção de Havana foram Brasil, Equador, Peru, República Dominicana, Nicarágua, Haiti, Panamá e Honduras.

submetido à Assembléia Geral, que, então, decidiu convocar uma conferência internacional em Viena, a fim de estudar e deliberar a matéria. Realizada a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, foram consolidadas as práticas até então existentes e mais arraigadas entre os Estados, estabelecendo-se regras e procedimentos, o que possibilitou maior segurança jurídica às relações internacionais entre Estados Nacionais.

Na Convenção, após a apresentação das considerações necessárias para justificar a sua convocação e estabelecido o âmbito de sua aplicação, o conceito de tratado foi assim determinado: “tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular.”<sup>191</sup> Em virtude de os Tratados manterem uma integração com a ordem jurídica internacional e também com a ordem interna dos Estados Nacionais, estes se preocuparam com a aplicação das normas consagradas pela Convenção de Viena por parte dos seus respectivos tribunais, o que implicou um longo período de maturação para a ratificação ou adesão aos seus termos.

A preocupação com a possibilidade de descumprimento dos tratados sob a alegação de violação à ordem jurídica interna levou os participantes da Convenção de Viena, após longos debates, a consagrarem o entendimento que se encontra abrigado em seu art. 46 e que consiste em vedar tal prática, salvo se a violação for manifesta e tiver relação com “a norma do seu Direito Interno de importância fundamental”. A compreensão do real significado dessa expressão, entretanto, gerou controvérsias; mas o entendimento que prevaleceu a considera como sendo uma *norma de Direito Interno de importância fundamental* àquela relativa à competência de celebrar tratado. No entanto, ainda é necessário que o elemento *boa-fé* esteja presente na manifestação de vontade do Estado e que este notifique as demais partes sobre suas pretensões, inclusive indicando as medidas que almeja adotar.<sup>192</sup>

---

<sup>191</sup> Celso D. de Albuquerque Mello sustenta que a terminologia dos tratados é imprecisa na prática internacional e que a capacidade de concluí-los é reconhecida aos Estados soberanos, às organizações internacionais, aos beligerantes, à Santa Sé e a outros entes internacionais. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004. p.212-215.

<sup>192</sup> Antonio Paulo C. de Medeiros sustenta que não é fácil o uso do art. 46 da Convenção de Viena e esclarece que se não houver objeção após três meses do decurso, contados a partir do recebimento da notificação da parte que invoca vício em seu consentimento para se ver desobrigada ao cumprimento de um tratado, as medidas contidas na notificação poderão ser executadas. Do contrário, isto é, quando ocorrer objeção, é necessário buscar a solução por intermédio dos meios preconizados pelo artigo 33 da Carta das Nações Unidas. Decorridos doze meses, se nenhuma solução for encontrada duas são as

O debate em torno do art. 46 da Convenção de Viena demonstra uma firme inquietação com a segurança jurídica nas relações internacionais, já que impõe regras restritas ao descumprimento das obrigações assumidas pelos Estados-Partes em âmbito internacional (*pacta sunt servanda*). Hoje, a principal fonte de obrigação do direito internacional são os tratados.

Assim, pelo que foi exposto até aqui é possível inferir, resumidamente, que as características essenciais dos tratados são: (i) só se aplicam aos Estados-Partes; (ii) o elemento boa-fé preside as relações e um Estado-Parte não pode alegar violação ao seu direito interno para não cumprir obrigação constante do tratado; (iii) os tratados são fruto do consenso entre os Estados, o que se traduz em nulidade quando obtida a anuência sob coação ou uso da força; e (iv) é possível estabelecer reservas para excluir ou modificar o efeito jurídico de alguma obrigação prevista no tratado, todavia serão inadmissíveis quando estiverem em conflito com o objeto do tratado.

Cada Estado disciplina, geralmente por meio da sua Constituição, as regras concernentes ao poder de celebrar tratados; mas, em geral, a negociação é o início dos atos que compõem a formação dos tratados. Concluída a fase de negociação, realiza-se sua assinatura, que representa apenas uma anuência provisória, já que é necessária a aprovação pelo Legislativo. Aprovado pelo Legislativo, o tratado é encaminhado para a ratificação do Executivo, o que se traduz em concordância definitiva e, conseqüentemente, obriga o Estado no âmbito internacional.

Os tratados internacionais de direitos humanos, como bem esclarece Flávia Piovesan, “têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”.<sup>193</sup> Formula percuciente observação, a propósito da questão aberta pela Professora Flávia Piovesan, Antonio Paulo C. de Medeiros, no sentido de que:

---

possibilidades: a arbitragem (caso dos artigos 53 ou 64) ou submeter o caso à apreciação da Corte Internacional de Justiça. MEDEIROS, Antonio Paulo C. de. *O Poder de Celebrar Tratados – Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995. p.269.

<sup>193</sup> PIOVESAN, Flávia. “A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos.” In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nadia de (Orgs.). *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.16.

[...] diferentemente de outras convenções, que regulam o comportamento dos Estados em setores específicos das relações internacionais, como proteção aos direitos humanos, comércio, navegação, defesa do meio ambiente etc., a Convenção de Viena se destina a reger todos os demais tratados.<sup>194</sup>

Cançado Trindade apresenta singular reflexão ao sustentar que o “novo corpus juris do Direito Internacional dos Direitos Humanos adquire autonomia, na medida em que regula relações jurídicas dotadas de especificidade, imbuído de hermenêutica e metodologia próprias”.<sup>195</sup>

A autonomia dogmática do Direito Internacional dos Direitos Humanos também decorre de princípios, normas e conceitos próprios que visam promover a efetiva implementação dos direitos humanos, inclusive dotando-os de um sistema processual de aplicação regional e global.<sup>196</sup> Assim, para o Direito Internacional dos Direitos Humanos não existe a possibilidade de conflito entre o direito internacional e o direito interno, pois ambos estão em permanente sintonia e interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano. Isto porque enxerga o homem como sujeito de direito dotado de personalidade e capacidade jurídicas próprias, tanto no plano do direito interno, como no âmbito do direito internacional, e ainda celebra o princípio da *primazia da norma que melhor proteja os direitos humanos*.

A Declaração Universal de 1948, sustenta Flávia Piovesan<sup>197</sup>, “confere lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos”. Como consequência da universalização dos direitos humanos e do reconhecimento de que sua proteção não pode ficar restrita exclusivamente à jurisdição do Estado porque o ser humano é sujeito de direito dotado de personalidade e capacidade jurídicas, perante tanto o direito interno como o internacional, o conceito de soberania passou a ser relativizado e os monitoramentos e intervenções promovidos pelos organismos de defesa dos direitos

<sup>194</sup> MEDEIROS, Antonio Paulo C. de. Op. cit. p.260.

<sup>195</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol.I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p.49.

<sup>196</sup> É importante destacar que Cançado Trindade ainda acrescenta o seguinte: “Conformam este corpus juris de salvaguarda da pessoa humana, no plano substantivo, normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados e convenções, e resoluções de organismos internacionais, consagrando direitos e garantias para a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, sobretudo em suas relações com o poder público. Também o conformam, no plano processual, mecanismos de proteção dotados de base convencional ou extraconvencional, que operam essencialmente mediante os sistemas de petições, relatórios e investigações, nos planos tanto global como regional.” Ibidem. p.49-50.

<sup>197</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006(a). p.13.

humanos passaram a ser aceitos no âmbito interno dos Estados, a fim de responsabilizá-los quando constatada a violação ou ausência de proteção a esse mínimo ético.

Por tais razões, a Declaração Universal de 1948 é considerada pela doutrina como responsável pela atual concepção dos direitos humanos. Considera-se, ainda, que foi ela que permitiu o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por meio dos tratados internacionais e da criação de um sistema normativo dentro das Nações Unidas denominado de global e com alcance geral e específico, além dos sistemas de proteção regionais que *se complementam*.

São de alcance geral os tratados internacionais que visam proteger e implementar Direitos Civis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. De amplitude direcionada a um fim específico são os tratados que buscam resguardar e proteger grupos denominados de “*vulneráveis*” e “*oprimidos*”<sup>198</sup>, como as mulheres, as crianças, os migrantes, os refugiados e os portadores de deficiência ou enfermidade grave, entre outros, ou combater práticas reiteradas e agressivas à dignidade humana, tais como racismo, tortura e toda espécie de discriminação, o que evidencia seu caráter altamente inclusivo.

Os sistemas regionais de direitos humanos – Convenção Americana, Convenção Europeia e Convenção Africana – anunciam, em seus respectivos preâmbulos, como matriz filosófica a Declaração Universal de 1948, ressaltando o caráter complementar dos sistemas regionais, objetivando assegurar uma maior eficácia, proteção e implementação aos direitos humanos, ofertando às vítimas uma salutar e louvável ampliação do acesso aos mecanismos de defesa do sistema. A crescente ampliação dos instrumentos normativos de proteção aos direitos humanos revela o desenvolvimento de um sistema baseado em uma unidade conceitual (indivisibilidade dos direitos humanos) que prima por uma generalização da proteção ao ser humano e transcende eventuais diferenças existentes na formulação de direitos abrigados em âmbito regional.

Diante destas considerações, pode-se dizer que o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, edificado a partir de mecanismos de proteção global e regional que se complementam, também contém uma *cláusula transformadora*, tal qual

---

<sup>198</sup> Cançado Trindade emprega essas denominações argumentando que em face da universalidade dos direitos humanos se observou a importância da prevalência do princípio da não-discriminação como forma de coibir toda e qualquer ação humana que apresente risco ao princípio da igualdade entre os seres humanos. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Op. cit. p.290.

a feliz observação formulada por Bercovici a respeito do art. 3º da Constituição brasileira, ou um objetivo almejado pela família humana, consistente na construção de uma sociedade internacional baseada em um conjunto de valores inspirados no preceito da igualdade como condição à realização da dignidade humana.

Esse ponto de interseção entre o sistema internacional de proteção aos direitos humanos e a Constituição brasileira é voltado à realização da dignidade humana em uma sociedade livre, justa e solidária, como cláusula-compromisso do Estado brasileiro em suas relações internacionais, e, conseqüentemente, à construção de uma sociedade mundial em que todos os membros da família humana sejam reconhecidos em iguais direitos e dignidade, pressupostos, por assim dizer, de um novo Homem. É, portanto, também neste contexto que se situa a *proibição do retrocesso*.

O compromisso para o futuro pensado pelo Constituinte de 1988 é expresso não apenas no art. 3º da Constituição Federal, mas também em diversos outros dispositivos que tratam dos direitos e garantias fundamentais ou regulam a inserção dos direitos humanos ao direito interno, a exemplo do inciso II do art. 4º e de todo o art. 5º, inclusive seus parágrafos (do 1º ao 4º).<sup>199</sup> A esse respeito, vale lembrar que a Constituição brasileira trata diferentemente os tratados internacionais relativos aos direitos humanos dos tratados em geral.

Com efeito, ainda anteriormente à EC 45, de 2004, que inseriu os §§ 3º e 4º do art. 5º da Constituição, a interpretação da doutrina<sup>200</sup> acerca do § 2º era no sentido de que os direitos humanos provenientes dos tratados internacionais que o país ratificasse possuiriam natureza equivalente à norma constitucional.<sup>201</sup> Esse debate chegou ao

<sup>199</sup> Após a promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, que introduziu relevantes modificações, tais como a prevalência dos direitos humanos como princípio que norteia as relações internacionais do Estado Brasileiro, foi possível a nação se reencontrar com as causas humanitárias e, assim, ratificar importantes tratados internacionais, entre os quais se destacam: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995.

<sup>200</sup> Flávia Piovesan sustenta esse entendimento e indica diversos autores que pugnam por igual posição: “Esta conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.” Afirmando mais: “Em favor da hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais.” E mais adiante acrescenta: “Tal interpretação é consoante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pelo qual, no dizer de Jorge Miranda, ‘a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras



Supremo Tribunal Federal por intermédio da questão relativa à possibilidade de prisão do depositário infiel, prevista no inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal, embora a Convenção Americana de Direitos Humanos só permita a prisão por dívidas quando estas decorrem do inadimplemento de obrigação de natureza alimentar.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Ministro Moreira Alves, contrariou os entendimentos da doutrina, a ponto de considerar a Convenção Americana de Direitos Humanos como “norma infraconstitucional geral”. Talvez em decorrência desta decisão – que sob a ótica do Direito Internacional dos Direitos Humanos se contrapõe ao princípio da norma mais favorável ou da máxima efetividade e, em se tratando do Direito dos Tratados, ao princípio da boa-fé – é que o legislador tenha atentado à importância das questões que envolvem os Direitos Humanos e, a partir da emenda 45, disciplinado a matéria de forma clara e inequívoca, gerando o § 3º do art. 5º da Constituição nos termos seguintes: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”<sup>202</sup>

A lição que fica é que o Direito Internacional dos Direitos Humanos jamais debilita ou restringe seu campo de atuação e, ao revés, sempre o fortalece e o amplia em uma dinâmica que interage com o direito interno. Portanto, não se pode falar em conflito entre essas normas, o que já constitui uma razão mais que suficiente para que o magistrado, ao aplicar a lei, considere a evolução do Estado, o preceito máximo da igualdade e a razão de ser do nascimento dos direitos fundamentais abrigados nas Constituições do Estado Democrático de Direito e nos Direitos Humanos protegidos pelos sistemas global e regional, sob pena de violar um sistema que tem, tanto na ordem interna como na externa, a dignidade de todos ( igualdade ) os membros da família humana como valor maior para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

---

normas, o máximo de capacidade de regulamentação. Interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição.” PIOVESAN, Flávia. *Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006(b). p.52-54 e 58. Neste mesmo sentido, Pedro B. A. Dallari chama atenção para o fato de que o pensamento de Flávia Piovesan baseado no princípio da máxima efetividade encontra amparo nas lições de constitucionalistas de Jorge Miranda, J. J. Gomes Canotilho e Konrad Hesse. Ver: DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e Tratados Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003. p.61.

<sup>202</sup> Para Sérgio Bermudes, aprovado o tratado ou a convenção sobre direitos humanos na forma do § 3º do art. 5º, os direitos que estão previstos não se tornam emendas constitucionais, mas, como possuem essa natureza, a violação de qualquer um deles permite o aviamento do Recurso Extraordinário. BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.13.

### 3.3 DESAFIOS E PERSPECTIVAS

As três últimas décadas do século XX marcaram a humanidade pela idéia de uma teoria econômica fundada em um mercado livre capaz de impulsionar o desenvolvimento e promover a justiça social, trazendo em seu bojo valores direcionados ao estímulo de um consumo ilimitado e uma mentalidade voltada ao individual em detrimento do coletivo. A observação formulada, ainda que singela e sem a pretensão de penetrar filosófica e politicamente no tema, visa apenas contextualizar os direitos humanos em um mundo também marcado por diferenças culturais, étnicas, religiosas, sociais, econômicas e políticas, de um lado; e por imensuráveis avanços científicos nos mais variados campos, tais como tecnologia, genética, engenharia de alimentos e biotecnologia, entre outros.

Atualmente, a velocidade da informação permite que os fatos ocorridos em determinado continente alcancem os mais distantes lugares do planeta em tempo real, sem, no entanto, que isso se traduza em melhoria de habitação, acesso à escola, alimentos saudáveis e outros bens necessários à grande parte dos membros da família humana que habitam o planeta Terra, não sendo demasiado evidenciar as crescentes agressões ao meio ambiente.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos não tem apenas esses desafios quando enuncia o preceito máximo da igualdade no preâmbulo da Declaração Universal.

Nos dias que se passam assiste-se à suspensão de direitos e garantias mínimos protegidos em âmbito interno e pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. A violência é maior porque em muitos casos sequer se dá aos detidos o tratamento correspondente aos prisioneiros de guerra, assegurado pela Convenção de Genebra. Esse fenômeno, estudado com particular detalhamento por Giorgio Agamben em “Estado de Exceção”, tem suas bases filosóficas no pensamento de Carl Schmitt e Santi Romano.

O desenvolvimento do estado de exceção nos dias que correm não tem motivado a preocupação e os estudos que o tema comporta, sobretudo pela dimensão e pelos prejuízos à civilização que a doutrina *schmittiana* contém, porque Estado e Direito mostram-se diferentes, já que no estado de exceção o Estado permanece existindo e o direito não. Portanto, o maior desafio do Direito Internacional dos Direitos Humanos é

superar o estágio em que se encontra e também servir aos povos de todas as culturas, raças e etnias, assegurando-lhes sua *autodeterminação*.<sup>203</sup>

Quando se reconhece, todavia, que o Direito Internacional dos Direitos Humanos também penetra na ordem jurídica interna dos Estados Nacionais, como maneira de garantir o mínimo ético prometido, um outro desafio surge em consequência do primeiro: *a manutenção da democracia*. Nesse sentido, Giorgio Agamben demonstra que historicamente o estado de exceção emancipa-se da situação de guerra e, por conseguinte, abandona uma situação excepcional e provisória para se tornar uma técnica de governo que modifica “a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição”.<sup>204</sup> O mais grave desta transformação é que a emergência militar muitas vezes transforma-se em emergência econômica e guarda uma identidade profunda com o excesso de poder do executivo, esvaziando os poderes Legislativo e Judiciário.<sup>205</sup>

É importante não esquecer que – segundo o paralelismo já apontado entre emergência militar e emergência econômica que caracteriza a política do século XX – o *New Deal* foi realizado do ponto de vista constitucional pela delegação (contida numa série de *Statutes* que culminam no *National Recovery Act* de 16 de junho de 1933) ao presidente de um poder ilimitado de regulamentação e de controle sobre todos os aspectos da vida econômica do país. A eclosão da Segunda Guerra Mundial estendeu esses poderes com a declaração, no dia 8 de setembro de 1939, de uma emergência nacional “limitada” que se tornou ilimitada em 27 de maio de 1941. Em 7 de setembro de 1941, solicitando ao Congresso a anulação de uma lei sobre matéria econômica, o presidente renovou seu pedido de poderes soberanos para enfrentar a crise: “Se o Congresso não agir, ou agir de modo inadequado, eu mesmo assumirei a responsabilidade da ação [...]. O povo norte-americano pode estar certo de que não hesitarei em usar todo o poder de que

<sup>203</sup> Cançado Trindade esclarece que “Desenvolvimentos recentes do Direito Internacional contemporâneo revelam as dimensões tanto externa como interna do direito de autodeterminação dos povos: a primeira significa o direito de todo povo de estar livre de qualquer forma de dominação estrangeira, e a segunda refere-se ao direito de todo povo de escolher seu destino e afirmar sua própria vontade, se necessário contra seu próprio governo. Esta distinção, acolhida pela doutrina contemporânea, desafia o paradigma puramente inter-estatal do direito internacional clássico: a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos vem concentrar a atenção no tratamento dispensado pelo Estado a todos os seres humanos sob sua jurisdição, nas condições de vida da população, em suma, na função do Estado como promotor do bem comum”. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Op. cit. p.327.

<sup>204</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005. p.13.

<sup>205</sup> “A Primeira Guerra Mundial – e os anos seguintes – aparece, nessa perspectiva, como o laboratório em que se experimentaram e se aperfeiçoaram os mecanismos e dispositivos funcionais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre o poder legislativo, executivo e judiciário – mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura.” Ibidem. p.19.

estou investido para derrotar os nossos inimigos em qualquer parte do mundo em que nossa segurança o exigir.”<sup>206</sup>

A violação mais espetacular dos direitos civis (e ainda mais grave, porque motivada unicamente por razões raciais) ocorreu no dia 19 de fevereiro de 1942 com a deportação de 70 mil cidadãos norte-americanos de origem japonesa e que residiam na costa ocidental (juntamente com 40 mil cidadãos japoneses que ali viviam e trabalhavam). É na perspectiva dessa reivindicação dos poderes soberanos do presidente em uma situação de emergência que se deve considerar a decisão do Presidente Bush de referir-se constantemente a si mesmo, após o 11 de setembro de 2001, como o *Comamander in chief of the army*. Se como vimos, tal título implica uma referência imediata ao estado de exceção, Bush está procurando produzir uma situação em que a emergência se torne a regra e em que a própria distinção entre paz e guerra (e entre guerra externa e guerra civil mundial) se torne impossível.<sup>207</sup>

Essa comunicação entre os fatos do passado ocorridos em períodos de guerra ou de grandes disputas políticas internas, ou, ainda, decorrentes de interesses econômicos entre os Estados Nacionais, ou até todos esses fatores juntos, permitiu justificar o estado de exceção como discurso do estado de necessidade, o que, a rigor, é uma medida extrema e ilegal, já que o Direito não pode reconhecer como direito uma situação na qual ele rigorosamente não existe. Do mesmo modo, a democracia não pode admitir sua suspensão temporária, como se reconhecesse sua incapacidade momentânea, porque o estado de necessidade que fundamenta o estado de exceção não se submete à lei, mas à vontade do soberano:

Sabe-se que os últimos anos da República de Weimar transcorreram inteiramente em regime de estado de exceção; menos evidente é a constatação de que, provavelmente, Hitler não teria podido tomar o poder se o país não estivesse há quase três anos em regime de ditadura presidencial e se o Parlamento estivesse funcionando. Em julho de 1930, o governo Brüning foi posto em minoria. Ao invés de apresentar seu pedido de demissão, Brüning obteve do presidente Hindenburg o recurso ao art. 48 e a dissolução do *Reichstag*. A partir desse momento, a Alemanha deixou de fato de ser uma república parlamentar. O Parlamento se reuniu apenas sete vezes, durante não mais que doze semanas, enquanto uma coalizão flutuante de socialdemocratas e centristas limitava-se ao papel de espectadores de um governo que, então, dependia só do Presidente do Reich. Em 1932, Hindenburg, reeleito presidente

<sup>206</sup> ROSSITER, Clinton L. 1948, p.269. Apud AGABEN, Giorgio. Op. cit. p.37-38.

<sup>207</sup> AGAMBEN, Giorgio. Op. cit. p.37-38.

contra Hitler e Thälmann, obrigou Brüning a se demitir e nomeou em seu lugar o centrista von Papen. No dia 4 de junho, o *Reichstag* foi dissolvido e não mais convocado até o advento do nazismo. No dia 20 de julho, foi declarado o estado de exceção no território prussiano e von Papen foi nomeado comissário do Reich para a Prússia, expulsando o governo socialdemocrata de Otto Braun. O estado de exceção em que a Alemanha se encontrou sob a presidência de Hindenburg foi justificado por Schmitt no plano constitucional a partir da idéia de que o presidente agia como “guardião da constituição” (Schmitt, 1931): mas o fim da República de Weimar mostra, ao contrário e de modo claro, que uma “democracia protegida” não é uma democracia e que o paradigma da ditadura constitucional funciona sobretudo como uma fase de transição que leva fatalmente à instauração de um regime totalitário.<sup>208</sup>

Quando Radbruch percebeu, após doze anos de experiência nacional-socialista, que a separação entre o direito e a moral foi a base que amparou toda a barbárie praticada pelo Estado, que agia, portanto, dentro de uma legalidade, não excluiu da sua análise e, conseqüentemente, da sua crítica o estado de exceção.<sup>209</sup> Destarte, enfrentar o desafio de manter o direito e a moral associados representa a premissa básica para que o Direito Internacional dos Direitos Humanos não se limite a ser apenas um instrumento de proteção a direitos individuais, mas também represente, em conjunto com os organismos internacionais, a afirmação da democracia como único espaço político capaz de assegurar ao homem a construção de sua emancipação, antes, porém, combatendo os avanços de uma anunciada ordem jurídica autoritária que, tal qual o nacional-socialismo, não busca apenas a dominação, mas também a exclusão ou eliminação de culturas, etnias e nações. No mesmo passo, os poderes Legislativo e Judiciário dos Estados Nacionais devem frear os avanços visíveis do Executivo, quase todos sob o fundamento do estado de necessidade (a necessidade não se submete à lei), artifício que esconde a real intenção de suspender os direitos fundamentais e instaurar o estado de exceção permanente como técnica de governo.

Uma das mensagens da Declaração de Viena, decorrente da Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, procurou demonstrar, com clareza, a estreita ligação entre o desenvolvimento e os direitos humanos e entre as liberdades fundamentais e a democracia: “a comunidade internacional deveria apoiar o

---

<sup>208</sup> Ibidem. p.29.

<sup>209</sup> Ver: RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y Derecho suprallegal*. Tradução de Maria Isabel Azereto de Vasquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

fortalecimento e a promoção da democracia, do desenvolvimento e do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais em todo o mundo”<sup>210</sup> (parágrafo 8)<sup>211</sup>. Isso quer dizer que o desenvolvimento econômico não pode persistir em seu papel de concentrador de riquezas e renda e que os direitos econômicos, sociais e culturais guardam forte conexão com os demais direitos humanos, representando a violação de um só deles agressão ao sistema.

Com efeito, os sacrifícios sociais impostos à grande maioria das populações em todos os continentes por conta do fenômeno da globalização, que leva os Estados Nacionais a adotarem uma política econômica excludente social, jurídica e politicamente, conduzem, como consequência óbvia, à violação dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, a ponto de atingirem o Estado Democrático de Direito.

Um grande paradoxo da chamada “globalização” da economia de nossos dias reside na concomitante e lamentável erosão da capacidade dos Estados de proteger os direitos dos seres humanos sob suas respectivas jurisdições (sobretudo no domínio econômico, social e cultural). A rapidez com que os capitais de inversão entram e saem de determinados países e regiões, em busca do lucro fácil e imediato de alguns poucos, tem acarretado, juntamente com outros fatores, algumas das mais graves crises financeiras do final do século XX, gerando

---

<sup>210</sup> Cançado Trindade afirma que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito de sua competência tanto consultiva como contenciosa, manifestou-se acerca da matéria. Em resposta à consulta, a Corte esclareceu que a dimensão do significado correspondente às limitações ao exercício dos direitos humanos, que constam na *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* de 1986 (Cap. IV) só podem emanar de leis adotadas pelo Poder Legislativo, cujos membros devem ser eleitos democraticamente pelo sufrágio universal e secreto, e, necessariamente, ser interpretadas sob o rigor das “*justas exigências*” de uma “*sociedade democrática*”, sob pena de ausência de legitimidade, que se constitui elemento indispensável. Convém repetir, conseqüentemente, que sem esse requisito o Estado Democrático de Direito sofre irreparável violação (o Hábeas Corpus sob a vigência da suspensão das Garantias, 1987, pars. 20 e 26; a expressão Leis no art. 30 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, par. 38; e Associação obrigatória de Jornalistas, 1985, par. 87). Em um parecer sobre Garantias Judiciais em Estados de Emergência, “advertiu a Corte que se impunha assegurar que as medidas tomadas por um governo em situação de emergência contem com garantias judiciais e estejam sujeitas a um controle de legalidade, de modo a preservar o Estado de Direito”. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Op. cit. p.222.

<sup>211</sup> O Conselho da Europa, para aceitar o ingresso de um Estado na condição de membro, impõe a observância de três requisitos: (i) democracia pluralista, que significa eleições livres com interstício razoável e sufrágio universal secreto, além de legislativo livre e autônomo, composto por meio de representantes partidários; (ii) Estado de Direito, ou seja, plena observância ao princípio da legalidade, acesso amplo à justiça e o direito a uma correta administração da justiça, as garantias do devido processo correspondentes à audiência pública e à imparcialidade dos juízes, bem como uma proporcionalidade às penas; e (iii) acesso pleno à jurisdição do Estado em matéria relativa aos direitos humanos, que é o somatório de todas as obrigações previstas na Convenção Européia de Direitos Humanos, na Carta Social Européia e na Convenção Européia para a Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumana ou Degradante.

na maioria da população mundial um forte sentimento de vulnerabilidade e insegurança humanas.

Daí as crescentes necessidades de proteção dos mais vulneráveis, como os refugiados, os deslocados, os migrantes (legais e ilegais), as minorias, os desempregados, os enfermos e abandonados, em pleno século XXI – o que requer o despertar e a mobilização de uma solidariedade em escala universal. O grande paradoxo acima referido não deixa de ser trágico, tendo presentes os extraordinários avanços na ciência e tecnologia nas últimas décadas, os quais, no entanto, não têm sido capazes de reduzir ou erradicar o egoísmo e a ganância do ser humano.

O que se pode constatar é um aumento considerável – estatisticamente comprovado – dos marginalizados e excluídos em todo mundo, como revelado pelas cifras crescentes de refugiados, deslocados e migrantes, em busca de segurança pessoal e de trabalho para sobreviver. Em meio ao egoísmo exacerbado e ao materialismo do mundo em que vivemos, urge buscar a revalorização do humanitário. O aumento da competitividade econômica tem-se feito acompanhar pelo crescimento do endividamento e da pobreza; a abertura das fronteiras aos capitais (inclusive os especulativos, à busca de lucros fáceis e imediatos), tem-se feito acompanhar pelo fechamento das fronteiras a milhões de seres humanos, que tentam fugir da fome, das enfermidades, e da miséria, assim como pelos numerosos e desagregadores conflitos internos irrompidos em diversas partes do mundo.

As disparidades crescentes em escala global dão mostra de um mundo em que um número cada vez mais reduzido de “globalizadores” tomam decisões que condicionam as políticas *públicas* dos Estados quase sempre em benefício de interesses *privados* – com conseqüências nefastas para a maioria dos “globalizados”. Só a firme determinação de reconstrução da comunidade internacional com base na solidariedade humana poderá levar à superação deste trágico paradoxo. Daí a grande relevância e atualidade dos esforços em prol da plena vigência de todos os direitos humanos, nas mais distintas áreas da atividade humana.

Não se afigura o monoteísmo econômico de nossos dias como uma forma de fundamentalismo? O *homo sapiens* parece haver perdido terreno ao *homo economicus*, a quem mais importa ter do que ser, ganhar do que saber. Já em 1944, Karl Polanyi se insurgia contra a transformação do liberalismo econômico em uma “religião secular”, contra a redução do trabalho a uma simples mercadoria, contra a busca desvairada do lucro alimentada pelo egoísmo e auto-interesse, contra a “sociedade de mercado” gerada pela economia de mercado (com os conseqüentes desmoronamento social e “desintegração do ambiente cultural”), tais como presenciamos hoje, em nova versão, decorrido mais de meio século.

Ante esse quadro desalentador, em nada surpreendem as pressões desencadeadas por um número crescente de pessoas no sentido de obter um mínimo de proteção; “o que o espírito do

Iluminismo havia alcançado”, lamentava Polanyi, “fora derrotado pelas forças do egoísmo”. Também Aldous Huxley, ao insurgir-se contra o que denominava de “efeitos desumanizadores da superorganização” na sociedade moderna, ponderava que “a vida cidadã é anônima e, por assim dizer, abstrata. Os homens se relacionam uns com os outros, não como personalidades totais, mas como encarnação de alguma função econômica [...]”. Submetidos a este tipo de existência de vida, os indivíduos tendem a sentir-se sós e insignificantes. Sua existência deixa de ter uma finalidade ou um sentido.

E Simone Weil advertia, com grande perspicácia, para o processo de desumanização perpetrado pela “máquina social”, que “fabrica a inconsciência” e a corrupção, e na qual nada se faz na medida do ser humano; para a grande pensadora, prematuramente desaparecida, o único progresso autêntico é o que se dá na escala dos valores humanos, na vida espiritual do indivíduo. Na visão de S. Weil, a “inversão da relação” entre meios e fim constitui “a loucura fundamental que dá razão a tudo o que há de insensato e sangrento ao longo da história. A história humana é a história da escravidão que faz dos homens, tanto opressores como dos oprimidos, o simples juguete dos instrumentos de dominação que eles próprios fabricam; rebaixa assim a humanidade viva a ser um objeto da matéria inerte”.

O fundamentalismo religioso não representa, pois, a única fonte de preocupação ou ameaça aos direitos humanos universais. O fundamentalismo econômico – em meio ao materialismo e à massificação – tem conseqüências devastadoras. É próprio de sua insensível arrogância supor que só é dado sobreviver a quem mais consegue acumular, a qualquer custo pessoal e social. A implantação triunfalista da economia de mercado, consoante os cânones do liberalismo econômico, em meio a atual crise do Estado, a sua confessada incapacidade de zelar pelo bem-estar de todos os segmentos da população, e somada à inadequação do ordenamento jurídico interno para proteger sobretudo os mais fracos e vulneráveis, nos conduz à luta desvairada pela sobrevivência, a um estado natural onde cada um busca salvar a própria pele em meio a ausência de valores, à anomia e desesperança, e à mais cabal denegação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Não deixa de ser um grande paradoxo deste início de século XXI, em que se apregoa a “globalização” da economia (leia-se concentração de renda em escala global), a constatação da confissão despudorada do Estado – em diferentes regiões do mundo – de sua incapacidade de velar pela observância dos direitos fundamentais do ser humano (inclusive nos domínios econômico, social e cultural). Contra essa perda irreparável de valores se insurge hoje a consciência jurídica universal, tal como assinalado recentemente em livro comemorativo do cinquentenário do Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). A mesma advertência se encontra presente na coletânea de ensaios comemorativa do septuagésimo-quinto aniversário da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Os mecanismos de proteção internacional



dos direitos humanos pouco lograrão, sem modificações profundas no seio das sociedades nacionais, ditadas pelos imperativos da justiça social, para que todos possam se beneficiar do progresso social.

Erigir o mercado em um fim social, sem as correspondentes normas jurídicas de regulamentação e que assegurem a justiça social – em suma, sem o Estado de Direito –, equivale a despersonalizar o ser humano, esvaziá-lo e transformá-lo em um simples agente ou fator de produção (que vende seu trabalho como mercadoria), e condená-lo à luta encarniçada e solitária pela sobrevivência pessoal às expensas dos demais. Tal despersonalização dos seres humanos – em meio à mercantilização das relações humanas – e a imposição de um *modus vivendi* uniforme, nesse sentido, constituem uma grave afronta aos direitos culturais. A exacerbação do mercado, e a busca frenética do lucro e das vantagens individuais, parecem minimizar ou desconhecer – e ameaçam destruir – grande parte do legado cultural das gerações passadas, além de despersonalizarem o ser humano, levando-o a trocar os fins pelos meios, e lançando-no no mais completo vazio.

A idolatria do mercado, ensaiado em nossos dias, vem sepultar algumas utopias há muito perseguidas, como a busca de uma sociedade mais igualitária. O mercado não tem, porém, um valor absoluto; nem sequer é, como nunca foi, uma utopia. E o ser humano, ao menos aquele que deseja dar sentido à sua existência, necessita utopias. A realidade é por demais estéril, se não bruta; face ao cultivo do egoísmo e à idolatria do mercado, impõe-se resgatar a responsabilidade do Estado pela vigência dos direitos humanos, inclusive os econômicos, sociais e culturais.<sup>212</sup>

Ademais, muitos são os danos causados pelo poder econômico, preponderantemente, ao meio ambiente e que hoje estão ameaçando a vida no planeta. A emissão dos gases, a contaminação das águas, o desmatamento e as queimadas das florestas estão contribuindo sobremaneira para as já sentidas alterações climáticas na Terra.

Evidencia-se, assim, que o atual modelo de desenvolvimento não é condizente com a proposição da ONU constante em suas inúmeras manifestações, como, por exemplo, no art. 55 da Carta das Nações Unidas, que reconhece o *direito ao desenvolvimento* como *fundamental* aos povos.

---

<sup>212</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Op. cit. p.330-335.

São inúmeros os tratados, convenções, declarações e acordos internacionais que pugnam por um direito ao desenvolvimento equitativo. São manifestações eloqüentes: a Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento no Domínio Social, de 11 de dezembro de 1969; a Declaração sobre o direito ao Desenvolvimento, aprovada pela assembléia geral da ONU em 1986; o Programa de Ação aprovado em Viena em 1993; e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1996.

As experiências acumuladas ao longo da história inquietam a todos, a ponto de hoje a pergunta acerca do conteúdo e dos fins do desenvolvimento ser essencial ao debate, além de exigir uma reflexão direcionada a um desenvolvimento voltado não apenas para o presente, mas também para as gerações futuras. Um Projeto para o futuro. Por que não?

Avelãs Nunes<sup>213</sup> propõe três premissas ao conceito de desenvolvimento, integrando-o a outras categorias que julga essenciais. A primeira delas é a dignidade humana, partindo da concepção de que é fundamental que se considere o desenvolvimento da personalidade humana em sua integralidade, na medida em que a conquista do bem-estar material precisa vir acompanhada do desenvolvimento dos homens em âmbito profissional e cultural e do amplo acesso ao lazer. A segunda, como decorrência da primeira, implica uma transformação profunda nas estruturas da sociedade e da propriedade, nas relações de produção e na divisão do poder político. Por último, a terceira premissa alerta, sem deixar de reconhecer a relevância do crescimento do PIB, que também é preciso que este crescimento se preste a servir às necessidades básicas da população, todas com forte caráter social, sobretudo àquelas relativas à alimentação, à educação, à saúde, à água, ao saneamento, ao transporte, à moradia, entre outras.

Como necessidade básica Avelãs Nunes inclui, ainda, a idéia de que o desenvolvimento precisa estabelecer um paradigma, um termo de comparação consistente em um direito “a um grau razoável de igualdade” entre os membros de um país quanto “à divisão do rendimento e ao acesso às condições básicas de desenvolvimento e promoção social”.

---

<sup>213</sup> NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo & Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.111-112.

Uma vez que se reconhece que é necessário preservar o meio ambiente como patrimônio comum da humanidade, que ao desenvolvimento é fundamental a geração de energia – que, por ser proveniente da terra, também deve ser vista como um bem de todos –, que a natureza racional do homem dota-o de sentimentos e que a realização da cultura é a manifestação do saber – o que distingue o ser humano das demais espécies de vida que habitam o planeta –, não é possível que a idéia de progresso seja baseada na premissa dos mais fortes sobre os mais fracos, que é a lei da selva. A idéia de igualdade inspira o conceito de direito ao desenvolvimento e conduz à constatação de que a ENERGIA será no século XXI determinante como política de transferência de poder – Norte/ Sul –, de modo a edificar um desenvolvimento distributivo.

Para Flávia Piovesan, existem sete desafios à implementação dos direitos humanos: (i) Universalismo versus relativismo cultural<sup>214</sup>; (ii) Direito ao desenvolvimento versus assimetrias globais<sup>215</sup>; (iii) Laicidade estatal versus fundamentalismo religioso<sup>216</sup>; (iv) Proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais versus dilemas da globalização econômica<sup>217</sup>; (v) Respeito à diversidade versus intolerância<sup>218</sup>; (vi) Combate ao terrorismo versus preservação de direitos e liberdades

---

<sup>214</sup> Para os Universalistas, a fonte dos direitos humanos é a dignidade humana, ao passo que os adeptos do relativismo cultural acreditam que diante de uma pluralidade cultural existente no mundo – que é produto das diferentes sociedades – cada sociedade constrói seus valores, que, assim, passam a ser fonte de direitos humanos. Os universalistas retrucam afirmando que em nome dessa diversidade cultural os relativistas acobertam graves violações aos direitos humanos e que as culturas não devem ser vistas de forma estática porque como produto do homem não representam seu destino.

<sup>215</sup> Em 1986, a ONU adotou a Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento em conjunto com 146 Estados, um voto contrário dos EUA e oito abstenções. Diante de um mundo em que 85% das pessoas possuem 15% da renda e 15% das pessoas detêm 85% da renda, sendo o continente Latino-Americano a região que concentra os mais elevados indicadores de desigualdade, a proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais e o direito ao desenvolvimento revelam a necessidade de se consolidar e fortalecer o processo de afirmação dos direitos humanos dentro de sua perspectiva de integralidade, indivisibilidade e interdependência.

<sup>216</sup> Só mediante um Estado laico é possível haver o respeito a todas as religiões e também àqueles que não a possuem. Conseqüentemente, em um ambiente democrático e plural o respeito aos direitos humanos floresce e revela uma dinâmica capaz de contribuir para o desenvolvimento livre da pesquisa científica em matérias que as religiões costumam condenar por meio de dogmas seculares, como reprodução e sexualidade.

<sup>217</sup> Este tema está intimamente ligado à questão do desenvolvimento e às assimetrias globais. No entanto, é fundamental refletir acerca do papel do Estado e sua responsabilidade quanto à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, o que implica romper com a idéia de que o *mercado* por si só é capaz de resolver os problemas causados pelas desigualdades, buscando-se desenvolver políticas públicas de cunho social voltadas à realização da justiça social e à plenitude do Estado Democrático de Direito.

<sup>218</sup> Enxergar o ser humano como sujeito de direito, como pessoa humana, é o primeiro passo para se realizar o respeito à diferença e a prática da tolerância, porque só assim é possível construir uma plataforma baseada em uma igualdade material como império de justiça social.

públicas<sup>219</sup>; e (vii) Direito da força versus força do Direito (desafios da justiça internacional).<sup>220</sup>

No debate acerca do universalismo e relativismo cultural, Flávia Piovesan chama atenção ao entendimento de Boaventura Souza Santos e Joaquim Herrera Flores. Para o primeiro os direitos humanos precisam ser postos em um patamar que reconheça a sua dimensão multicultural, o que habilitaria a promoção de um diálogo entre as culturas e geraria um ambiente capaz de levar o homem a realizar o projeto de emancipação. Em igual direção caminha o segundo ao defender um *universalismo de confluência*, que não nega a possibilidade de se chegar, por meio de um processo, a um ponto de confluência após a realização de um diálogo permanente.

Não se pode esquecer que um dos grandes desafios à implementação dos direitos humanos é a consolidação de uma política internacional de desarmamento. Com efeito, a necessidade de um desarmamento global, sobretudo em matéria nuclear, é tarefa inadiável. A lógica que tem predominado, desde o tempo da guerra fria, é a de que as guerras nucleares são impossíveis de serem ganhas e, por isso, devem ser evitadas.

Diante da política externa dos EUA, país que, nas últimas décadas, a pretexto de combater o terrorismo invadiu países, alguns dos seus mais reconhecidos adversários passaram a trilhar a lógica de que, sendo a paz impossível, só o acesso à tecnologia nuclear lhes permitiria uma certeza de que a guerra não seria uma opção desejável. Neste cenário, o Irã demonstra que não está disposto a buscar uma solução negociada que envolva o fim dos testes nucleares. O grave é que a visita recente à Venezuela do seu Presidente e os freqüentes pronunciamentos de ambos os chefes de Estado apontando os Estados Unidos como “inimigos” não permitem que se imagine ser possível o encontro versado apenas sobre petróleo.

---

<sup>219</sup> Não confundir e não aceitar que os Estados e seus dirigentes estabeleçam a violação aos princípios e às garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Humanos a pretexto de combater ao terrorismo criando e gerando o “Estado de Exceção permanente”, na feliz expressão de Bercovici. Ver: BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento. Uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>220</sup> O desafio da construção de uma justiça internacional em matéria de direitos humanos representa o fim da força das armas e o início de uma ordem internacional baseada em princípios e garantias de que todos os membros da família humana, os Estados Nacionais e as instituições poderão usufruir uma ordem sob o primado da igualdade e, assim, edificar uma paz duradoura.

O direito à autodeterminação dos povos, o reconhecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional e as modificações que muitos países pugnam no Conselho de Segurança da ONU para fortalecer seu papel e os direitos humanos são medidas essenciais à implementação destes e, inclusive, já foram reafirmadas pelas Nações Unidas em diversas ocasiões.

Celso Lafer<sup>221</sup> lembra que é possível vislumbrar três leituras, com supedâneo nos clássicos, para a realidade internacional diante da questão do desarmamento. A primeira leitura é denominada maquiavélico-hobesiana e tem por base o “realismo do poder”, trabalhando com a idéia da inevitabilidade do conflito no sistema internacional. A segunda, a leitura *grociana*, reconhece o risco do conflito, mas opõe-se à visão da precariedade do sistema, com fundamento no potencial existente no plano internacional de uma *sociabilidade* e de uma *solidariedade* a permitirem uma maior dinâmica das relações internacionais, que não é inapelavelmente “*um jogo de soma-zero*”, existindo, logo, espaço para soluções pacíficas. Finalmente, a leitura *kantiana* acredita ser possível operar no sistema internacional com base em uma “razão abrangente da humanidade, no encaminhamento de ‘temas globais’ como, por exemplo, paz e meio ambiente”.

### 3.4 INTERNACIONALIZAÇÃO E JUSTICIONALIZAÇÃO

O processo de internacionalização dos direitos humanos recebe, no pós-1945, uma pavimentação normativa que demonstra o legítimo interesse da comunidade internacional em seu constante monitoramento. Por outro lado, a criação de novos organismos internacionais, como ONU, União Européia, OEA, Mercosul e ONGs, trouxe ao cenário internacional novos sujeitos de direito em um mundo até então dominado pelos Estados Nacionais. Mesmo assim a humanidade ainda se defronta com fatos extremamente repulsivos e que conduzem à certeza de que a aplicação dos direitos humanos é medida urgente.

---

<sup>221</sup> LAFER, Celso. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos – Reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.131-132.

Com efeito, os resultados dos Tribunais de *Nuremberg* e *Tóquio* não inibiram os fatos que inspiraram o Conselho de Segurança das Nações Unidas a decidir pela criação dos Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda. O primeiro objetivou julgar os responsáveis pelas graves violações ao direito internacional humanitário ocorridas na ex-Iugoslávia; ao passo que o segundo nasceu para julgar as pessoas responsáveis pelos crimes ocorridos durante os conflitos armados em Ruanda.<sup>222</sup> Vela ressaltar, ainda, que esteve presente em ambos o *princípio da responsabilidade penal individual* pelas referidas violações.

Os fatos expostos neste breve relato objetivam apenas situá-los no tempo e no espaço, de modo que se possa efetivamente perceber a grandeza da exposição de Bobbio<sup>223</sup>, a partir da qual é possível concluir pela imprescindibilidade de uma mudança de paradigma para se enxergar o mundo sob os olhos de uma cidadania (*ex parte populi*), e não sob os olhos do príncipe (*ex parte principis*). Em outras palavras, trata-se da consolidação do indivíduo como sujeito de direito na ordem internacional. Só com essa mudança de paradigma é possível entender a necessidade de uma nova reflexão acerca do conceito de soberania, diante das grandes transformações ainda em curso no âmbito de muitos Estados Nacionais, a exemplo da formação dos blocos, que, para muitos, caminha inevitavelmente à formação de uma Federação de Países.

Já nos anos imediatamente posteriores ao término do 2º Conflito Mundial se pensava na criação de um Tribunal Penal Internacional em caráter permanente. Todavia, foi só com a Resolução 47/33, de 25 de novembro de 1992, que a Assembléia Geral das Nações Unidas encaminhou à Comissão de Direito Internacional (CDI) a solicitação de estudos que visassem a elaboração de um projeto de Estatuto com esse propósito. O desenvolvimento dos estudos demandou bastante tempo e envolveu questões relativas à sua competência em razão da matéria nas relações entre o futuro tribunal e as jurisdições nacionais; ao procedimento e mecanismos de acionamento; bem como à condição da promotoria. Estes estudos, que representaram, no dizer da doutrina, *os trabalhos preparatórios*, foram adotados pela Conferência de Roma, de 1998, e

---

<sup>222</sup> A competência em razão do lugar para a ex-Iugoslávia, de acordo com o Estado do Tribunal, ficou restrita ao seu território. No entanto, o Estatuto do Tribunal para Ruanda disciplinou a competência *ratione loci* além do seu território, a fim de alcançar as violações que foram praticadas nos campos de refugiados localizados no Zaire, Quênia, Burundi e Tanzânia. Também é digno de registro que nenhum dos dois tribunais tiveram competência exclusiva para tais julgamentos, isto é, presente a competência concorrente, cabendo a estes tribunais apenas a competência principal, mas os tribunais nacionais também poderiam julgar.

<sup>223</sup> BOBBIO, Norberto. Op. cit.

contribuíram para a inserção em seu Estatuto do reconhecimento da responsabilidade individual penal internacional.

A partir de então, seguiram-se a tipificação dos crimes e a competência em razão da matéria, a adoção do princípio da complementaridade nas relações entre o futuro tribunal e a jurisdição dos Estados Nacionais e o procedimento, incluído neste âmbito as prerrogativas da promotoria. Na Conferência de Roma das Nações Unidas, realizada em 17 de julho de 1989, o Estatuto foi finalmente aprovado, sendo composto de 128 artigos e prevendo a necessidade de 60 (sessenta) ratificações ou adesões para entrar em vigor, sem admitir reservas. Sua jurisdição ficou definida em 4 (quatro) categorias de *core crimes*, como afirma Cançado Trindade<sup>224</sup>, nos termos seguintes: (i) genocídio; (ii) crimes contra a humanidade; (iii) crimes de guerra; e (iv) crimes de agressão. A sede do Tribunal é em Haia.

Os Princípios gerais de direito penal foram consagrados, cujo rol está estabelecido no art. 22 do Estatuto de Roma.<sup>225</sup> As sanções são de natureza penal (art. 88) e civil (art. 75).<sup>226</sup>

Segundo Flávia Piovesan<sup>227</sup>, até outubro de 2004 o Tribunal já havia recebido mais de mil denúncias de indivíduos e de organizações não governamentais de direitos humanos<sup>228</sup>, e um ano depois expediu seu primeiro mandado de prisão.<sup>229</sup>

A luta contra a impunidade é perceptível no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos e os avanços no campo da doutrina e da jurisprudência são notáveis. Nesse contexto, a condenação absoluta das violações graves aos direitos

<sup>224</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Op. cit. p.396.

<sup>225</sup> São princípios constantes nos arts. 22 a 33: *Nullum crime sine lege, nulla poena sine lege*; irretroatividade *ratione persone*; responsabilidade penal individual; menores de 18 anos estão excluídos da jurisdição do tribunal; irrelevância do cargo oficial; responsabilidade dos chefes e superiores; imprescritibilidade; intencionalidade; excludentes da responsabilidade criminal; erros de fato e de direito; decisão hierárquica; e disposições legais.

<sup>226</sup> Flávia Piovesan observa que o Estatuto prevê a pena máxima de 30 anos de prisão, mas pode ocorrer a prisão perpétua em casos excepcionais (art. 77). Quanto à possibilidade de reparação civil, o Tribunal pode impor sanções dessa natureza, determinando a reparação às vítimas e/ou aos seus familiares (art. 75). O Tribunal amplia a justiça retributiva, que é a justiça penal, bem como a justiça reparativa, que é a justiça civil. PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2006(b). p.48.

<sup>227</sup> Ibidem. p.49.

<sup>228</sup> A sistemática consiste em uma análise da denúncia pela Promotoria, que, após constatar uma base mínima que justifique o início das investigações, na forma do Estatuto de Roma e com o Regulamento de Procedimento e Prova, pode ou não dar seguimento. A Promotoria também tem poderes *ex officio* (arts. 15 a 18) para iniciar as investigações *motu próprio*, o que é considerado como extremamente positivo pela doutrina.

<sup>229</sup> A ordem de prisão foi para Joseph Kony, líder da resistência armada de Uganda.

humanos tem se traduzido no reconhecimento da responsabilidade dos Estados e na condenação individual dos autores.

O direito à verdade, inspirado no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, tem permitido a criação de muitas Comissões que objetivam alcançá-lo. Segundo Cançado Trindade<sup>230</sup>, tais Comissões possuem características próprias, que foram detectadas por meio do estudo realizado junto a quinze delas estabelecidas entre 1974-1994. Assim, evidenciaram-se as seguintes particularidades: (i) atuam em um contexto de transição democrática em um dado país, porém não como órgãos judiciais, mas sim com o intuito de investigação; (ii) examinam os fatos ocorridos no passado que caracterizaram uma situação de generalizada agressão aos direitos humanos; e (iii) o mandato de seus membros é limitado à apresentação do relatório final relativo aos resultados da investigação.

A Comissão da Verdade para El Salvador, inspirada em experiências análogas da Argentina e do Chile, foi a primeira a ser patrocinada e custeada pelas Nações Unidas. Muitas outras Comissões foram instauradas, inclusive por determinação dos próprios governos nos Estados Nacionais. Nelson Mandela nomeou duas. Patricio Aylwin, em 1990, então Presidente do Chile, criou a Comissão da Verdade e Reconciliação do Chile. Muitos são os exemplos na luta contra a impunidade no mundo que fizeram uso da Comissão da Verdade, a ponto de se discutir nos dias que correm dentro das Nações Unidas a elaboração de normas comuns visando o aperfeiçoamento dessas Comissões.

### 3.5 OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Produzidas no âmbito das Nações Unidas, as normas relativas aos direitos humanos representam a vontade dos Estados-membros e sua incidência alcança todo aquele que tenha consentido com o respectivo instrumento de proteção. O principal órgão jurisdicional da ONU é a Corte Internacional de Justiça, que só pode ser acionada por um dos Estados-membros. Existem, como já visto, os Tribunais *ad hoc* para a ex-

---

<sup>230</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Op. cit. p.401.



Iugoslávia e Ruanda e o Tribunal Penal Internacional. Mas não há um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, a exemplo das Cortes de Direitos Humanos que compõem o cenário dos sistemas europeu, interamericano e africano.

Sem dúvida, seria de extrema importância ao desenvolvimento da paz mundial e à promoção dos direitos humanos a criação, no âmbito das Nações Unidas, de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, até porque alguns sistemas regionais ainda não estão consolidados e outros sequer foram pensados.

Ademais, os primeiros tratados e convenções internacionais preocuparam-se em estabelecer normas de carácter geral e abstratas visando a proteção de todos, o que é plenamente justificável quando se analisa a conjuntura política e social que determinou seus respectivos nascimentos. O Nacional-Socialismo baseou o extermínio e a destruição de pessoas e grupos na idéia de uma raça superior, e isso, mais tarde, também conduziu a uma outra reflexão: a existência de grupos vulneráveis na sociedade, o que demonstra que a diferença passou a ser instrumento de promoção de direitos e não de sua aniquilação, como pugnou o Estado Alemão na era Hitler.

A partir da constatação de grupos vulneráveis é possível detectar que existe um marco moral estabelecendo o pressuposto de um indivíduo como sujeito dotado de liberdade e com a possibilidade de planejar sua vida. Ou seja, os direitos são meros instrumentos que visam proteger o desenvolvimento e a possibilidade de realização dessa liberdade para se alcançar a plena dignidade humana.

Em outras palavras, os direitos se prestam a estabelecer a fronteira do marco público da moralidade e a demonstrar que subjaz aí uma espécie de apelo ao dinamismo da liberdade, que, neste momento, se liga ao direito, razão por que o marco público da moralidade não só está ligado ao marco público do direito, como também representa o espaço em que ele se desenvolve. Assim se estabelece e se forma o debate que justifica a formação do direito e que também projeta a idéia de igualdade como objetivo para se alcançar uma vida digna para todos.

Dentro desta perspectiva, é salutar trazer ao debate a conclusão de Flávia Piovesan acerca da existência de três vertentes à concepção de igualdade:

a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).<sup>231</sup>

Essa abstração da liberdade e da igualdade como inspiração do sistema global irradiando os sistemas regionais pode ser percebida em diversos tratados internacionais, com destaque para: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre os Direitos da Criança; a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; e a Convenção contra a Tortura.

Existem, portanto, ao lado do sistema global<sup>232</sup>, os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, que se consolidam cada vez mais perante os povos que integram suas respectivas jurisdições. Os três principais sistemas regionais são o europeu, o americano e o africano. Ainda dando os primeiros passos encontra-se o sistema árabe; e existe uma proposta para a criação do sistema asiático.

### 3.5.1 O Sistema europeu

A origem deste sistema se deu no pós-1945, bem como a constatação de que a Declaração Universal de Direitos Humanos que acabara de ser adotada pelas Nações Unidas não abrigava medidas necessárias à sua implementação, e, ainda, a busca pela

<sup>231</sup> PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2006(b). p.179.

<sup>232</sup> São integrantes da estrutura normativa do sistema global: Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes; Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher; e Convenção sobre os Direitos da Criança.

integração do Continente sob a égide de um sistema democrático com um Estado dotado de um forte sistema de proteção social. Seu instrumento básico é a Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada inicialmente pelos oito Estados membros do Conselho da Europa (Dinamarca, República Federal da Alemanha, Islândia, Irlanda, Luxemburgo, Noruega, Suécia e Reino Unido), em Roma, no dia 4 de novembro de 1950, porém com vigência a partir de 3 de setembro de 1953.

A Convenção prevê os direitos civis e políticos assegurados às pessoas e os deveres do Estado. Só com a Carta Social Europeia de 26 de fevereiro de 1965 os direitos sociais, econômicos e culturais foram garantidos, havendo inclusive uma sistemática de monitoramento por meio de relatórios constantes a cargo dos Estados-membros, que os submetem à apreciação do Comitê Europeu de Direitos Sociais.

Também integram a Convenção diversos protocolos, sendo muitos deles responsáveis pela ampliação do seu corpo normativo e pela introdução de inúmeras alterações que objetivaram aprimorar os instrumentos de proteção. Nesse sentido, evidencia-se a importância do protocolo de n. 11 pelas profundas modificações que foram apresentadas, principalmente quanto ao acesso dos indivíduos à Corte e à jurisdição obrigatória. A maior parte destas modificações foi feita por meio dos Protocolos e objetivou aperfeiçoar o sistema, seja alargando o espectro dos direitos protegidos, seja visando agilizar o procedimento.

Assim, em breve resumo, os assuntos abordados nos Protocolos, verificando-se apenas os mais significantes, foram:

- Protocolo n.1 - direito de propriedade;
- Protocolo n.2 - função Consultiva da Corte;
- Protocolo n.4 - liberdade de movimento;
- Protocolo n.6 - abolição da pena de morte;
- Protocolo n.7 - direito de apelação em matéria penal, previsão de reparação pecuniária em virtude de erro judicial e igualdade entre os cônjuges;
- Protocolo n. 8 - autorizou o funcionamento da Comissão por meio de Câmaras, ampliou de 7 para 9 seus membros e disciplinou regras quanto à admissibilidade das petições, que passaram a ser submetidas à apreciação prévia por comissão composta

de três membros, sendo possível reconhecer a inadmissibilidade apenas por unanimidade<sup>233</sup>;

- Protocolo n.9 - tratou do direito dos indivíduos ao acesso direto à Corte Européia e estabeleceu a hipótese de que questões sérias atinentes à interpretação da Convenção que estivessem sob a apreciação da sala – *chamber* – da Corte deveriam ser remetidas à “sala grande” – *grand chamber* –, composta de 17 juízes;
- Protocolo n.11 - promoveu uma ampla modificação e de fato aperfeiçoou os mecanismos de proteção, abolindo a função do Comitê de Ministros, que passou apenas a supervisionar a execução dos julgados da Corte<sup>234</sup>, ampliando ainda mais o acesso – superando o Protocolo 9 – dos indivíduos à Corte por não ser mais facultativa a aceitação da sua jurisdição, passando, logo, o acesso a ser irrestrito; manteve-se o funcionamento da Corte por salas e também a “grande sala”.<sup>235</sup> A apuração da matéria fática – inclusive mediante missões *in loco* – passou a ser também da Corte<sup>236</sup>, em conformidade com a previsão constante do Protocolo em estudo, com vigência a partir de 01 de novembro de 1988, o que determinou também a substituição da Comissão e da Corte, que atuavam em tempo parcial, pela Corte Européia de Direitos Humanos permanente;
- Protocolo n.12 - não-discriminação;
- e Protocolo n.13 - fim da pena de morte em tempo de guerra.

<sup>233</sup> As regras previstas no Protocolo 8 almejavam melhorar a agilidade aos trabalhos, que cada vez mais aumentavam com um número elevado de casos submetidos à Comissão e à Corte, caracterizando um atraso não razoável e demonstrando que poderia carecer legitimidade a ambas para cobrar dos Estados-Partes o cumprimento de uma das garantias fundamentais do art. 6 da Convenção, que trata do direito de toda e qualquer pessoa humana de ver sua causa apreciada “*em um prazo razoável*”.

<sup>234</sup> O Comitê de Ministros, órgão de composição política, sofria severas críticas doutrinárias pela função de apreciar se houve ou não violação da Convenção, nos casos cujos relatórios lhe fossem encaminhados pela Comissão, e ainda não submetidos à Corte. Com o Protocolo 11 passou apenas a supervisionar perante os Estados-Partes, função que também já detinha, a execução das decisões, face o entendimento de que essa tarefa transcende as funções do Tribunal, e é melhor desempenhada por um órgão com tal característica para dissuadir os Estados, quando necessário. Para Cançado Trindade, esta modificação foi acertada porque removeu o componente político e fortaleceu o caráter jurisdicional do sistema. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Op. cit. p.140.

<sup>235</sup> Cançado Trindade esclarece que: “No regime jurídico hoje vigente, petições infundadas podem ser declaradas inadmissíveis por comitês de três juízes, desde que a decisão seja tomada por unanimidade (tornando, assim, uma decisão final), que examinam os casos concretos (quanto à competência e ao mérito) em sua grande maioria, e deliberam sobre os mesmos.” Ibidem. p.142.

<sup>236</sup> Digno de nota é a observação de Cançado Trindade no sentido de que sob o Protocolo 11 a nova Corte passou a exercer a função “*fact-finding*” que até 1998 havia confiado quase inteiramente à Comissão Européia”. Ibidem. p.147.

A composição da Corte é igual ao número de Estados-Partes, conforme estabelece o art. 20 da Convenção para a Proteção dos Direitos do homem das Liberdades Fundamentais. O francês e o inglês são as línguas oficiais. A eleição dos juízes é feita por intermédio dos seus respectivos parlamentos, a partir de uma lista tríplice encaminhada pelo Estado-Parte (art. 22), e as condições para exercer essa função estão previstas no art. 21:

1. Os juízes deverão gozar da mais alta reputação moral e reunir as condições requeridas para o exercício de altas funções judiciais ou ser juristas de reconhecida competência. 2. Os juízes exercem as suas funções a título individual. 3. Durante o respectivo mandato, os juízes não poderão exercer qualquer actividade incompatível com as exigências de independência, imparcialidade ou disponibilidade exigidas por uma actividade exercida a tempo inteiro. Qualquer questão relativa à aplicação do disposto no presente número é decidida pelo Tribunal.

A doutrina registra que, apesar da Convenção não disciplinar a concessão de medidas provisórias para tutela antecipada, sob a égide do Protocolo 11, a Corte concedeu medida para a salvaguarda de direitos, fundamentando-se no art. 36 do seu Regulamento e tendo o Estado acatado a decisão, como registram Cançado Trindade<sup>237</sup> e Flávia Piovesan<sup>238</sup>.

A contribuição da jurisprudência da Corte ao aprimoramento do Direito Internacional dos Direitos Humanos é inegável, tanto que, ainda em 1968 (no caso *Wemhoff versus República Federal da Alemanha*)<sup>239</sup>, o entendimento manifestado pela Corte Europeia foi no sentido de não se aplicar a presunção de interpretação restritiva concernente aos tratados internacionais, porque os tratados de direitos humanos almejam, sobretudo, uma interpretação mais apropriada para a realização de seu objeto e propósito. Por isso, convém ressaltar que os tratados de direitos humanos são bem diferentes dos tratados clássicos que disciplinam obrigações e direitos entre as partes contratantes, uma vez que criam normas universais e objetivas que devem ser asseguradas e aplicadas indistintamente, além de primarem pelo interesse de todos, estando, por conseguinte, acima de eventuais pretensões das partes contratantes.

---

<sup>237</sup> *Ibidem*. p.143.

<sup>238</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, 2006(a). p. 81.

<sup>239</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Op. cit.* p.29.

Como decorrência dessa natureza especial, os tratados de direitos humanos são interpretados de maneira própria, de forma a concretizar seu objetivo maior, que consiste na ampla proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana. Ou seja, a interpretação dos tratados dos direitos humanos observa uma dinâmica singular em face do *caráter objetivo das obrigações* assumidas pelos Estados-Partes, tanto no global como no regional, o que se traduz em uma jurisprudência harmônica.

A respeito da harmonia que se vê na jurisprudência, é interessante notar que muitos tratados disciplinam de maneira expressa e clara a conformidade que as normas internas do Estado-Parte devem manter com aquelas que constam das Convenções. Assim, o que se objetiva enfatizar é que os tratados de direitos humanos estabelecem normas objetivas de proteção e possuem um sistema de interpretação próprio, embora dentro dos padrões do Direito Internacional.

É possível visualizar, à luz da jurisprudência da Corte Européia, que suas decisões adotam basicamente quatro métodos para interpretar a Convenção: (i) a Interpretação *teleológica*<sup>240</sup>, por meio da qual procura realizar seus objetivos e propósitos; (ii) a Interpretação *efetiva*<sup>241</sup>, que busca assegurar a maior efetividade possível aos direitos da vítima; (iii) a Interpretação *dinâmica e evolutiva*<sup>242</sup>, que considera e observa a dinâmica social e política, de modo a adequar os direitos ao momento de sua aplicação, em conformidade com o contexto e os valores vivenciados; e (iv) a Interpretação de acordo com o Princípio da *proporcionalidade*<sup>243</sup>, que consiste na procura de um justo equilíbrio entre os meios empregados e o objetivo colimado, vedando, todavia, o excesso.

Nesse sentido, Cançado Trindade ressalta:

15. Tem sido graças à função proeminente exercida pela hermenêutica que, a despeito da multiplicidade de instrumentos e mecanismos internacionais de proteção, tem havido uma significativa convergência jurisprudencial sobre sua interpretação devida, o que tem guiado os rumos de sua

---

<sup>240</sup> O método teleológico é uma interpretação valorativa que busca dar a máxima efetividade a cada um dos direitos e disposições das Convenções.

<sup>241</sup> Procurar assegurar às vítimas a plena satisfação das medidas reparadoras e protetivas.

<sup>242</sup> Por meio dessa metodologia as Cortes demonstram plena consciência do papel que exercem de proteção dos direitos e das Convenções, mas também não enxergam suas disposições de maneira estática e, assim, procuram harmonizar os valores da sociedade no espaço e no tempo com os abrigados nas disposições que disciplinam os direitos humanos.

<sup>243</sup> A característica desse método é evitar o excesso.

evolução. O reconhecimento do sentido autônomo dos tratados de direitos humanos tem contribuído a assegurar a unidade de sua interpretação. Tem assim propiciada uma harmonização dos padrões de implementação dos direitos protegidos no ordenamento jurídico interno dos Estados-Partes, na realização do propósito último de proteção. Por sua vez, a identidade fundamental de propósito dos instrumentos de proteção tem constituído um elemento determinante da convergência resultante da construção jurisprudencial em curso, que tem sido clara e inequívoca ao ressaltar o sentido autônomo dos termos dos tratados de direitos humanos.

16. É o que tem assinalado, por exemplo, no plano regional, os dois tribunais internacionais de direitos humanos hoje existentes, podendo-se recordar a respeito dos primeiros *obiter dicta*, nesse sentido, da Corte Européia de Direitos Humanos no caso *Wemhoff versus República Federal da Alemanha* (1968) e no *Caso Lingüístico Belga* (1968), e da Corte Interamericana de Direitos Humanos em seus Pareceres sobre as *Restrições à Pena de Morte* (1983), “*Outros Tratados*” *Sujeitos à Jurisdição Consultiva da Corte* (1982), e o *Efeito de Reservas na Entrada em Vigor da Convenção Americana* (1982). Foi graças à interpretação autônoma que, por exemplo, a Corte Européia de Direitos Humanos, no célebre caso *Marckx versus Bélgica* (1979), concluiu que a distinção entre filhos “legítimos” e “ilegítimos”, prevalecente na doutrina dos Estados europeus na década de cinquenta e ainda presente no direito de família belga, era incompatível com a proteção à vida familiar sob o artigo 8 da Convenção Européia de Direitos Humanos.

17. Também no plano global (Nações Unidas), e.g., o Comitê de Direitos Humanos (sob o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos) ponderou, no caso *G.C. Van Duzen versus Canadá*, que, embora os termos do Pacto derivem de tradições jurídicas seculares no interior de muitas nações, devem, no entanto, ser interpretados como “tendo um sentido autônomo”. Em suas conclusões (*views*, de 1982) sobre aquele caso (comunicado n. 50/1979), observou o Comitê que a interpretação e aplicação do Pacto devem basear-se “no princípio de que os termos e conceitos do Pacto são independentes de qualquer sistema jurídico nacional em particular e de todas as definições de dicionário”. E agregou que, a par do texto das disposições do Pacto atinentes a cada um dos direitos protegidos, há que se ater, *inter alia*, a seu objeto e propósito.

18. Outros *obiter dicta* endossando do mesmo modo a doutrina da interpretação autônoma dos termos dos tratados de direitos humanos (distinta do sentido a eles atribuído, e.g., no direito interno dos Estados) encontram-se nos julgamentos da Corte Européia de Direitos Humanos, e.g., nos casos *Ringeisen* (1971), *König* (1978) e *Le Compte* (1981 e 1983). E a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a seu turno, em seu sexto Parecer (de 1986), sobre a Expressão “*Leis*” no *Artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, por exemplo, esclareceu que, tal como empregado naquela disposição da Convenção, o termo “leis”, a ser examinado de acordo não só

com o princípio da legalidade mas também com o da legitimidade, significa uma norma jurídica de caráter geral, voltada ao “bem comum”, emanada de órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, e elaborada de acordo com o procedimento legiferante estabelecido pelas Constituições dos Estados-Partes.<sup>244</sup>

O compromisso com a realização dos Direitos Humanos é de tal ordem que o sistema construiu uma linha de atuação que guia seus aplicadores como as cartas náuticas, a bússola e as estrelas orientam os navegadores. Convém pôr em relevo, ainda, que as Constituições do pós-guerra também procuraram, por exemplo, orientar o aplicador da lei a alcançar um fim.

Nesse sentido, a Constituição brasileira de 1988, que anuncia já em seu preâmbulo o compromisso com o Estado Democrático de Direito e com a plena satisfação dos “direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”, não tem sido observada pelos aplicadores do direito, que, anestesiados por uma formação voltada ao culto excessivo do positivismo, olvidam esses valores e a “*clausula transformadora*” abrigada no art. 3º. O resultado disso é uma jurisprudência mais de *conveniência* do que de *princípios* e que deixa para a sociedade a forte sensação de que os tratamentos desiguais para os casos iguais decorrem de fatores que afrontam os direitos e as garantias fundamentais, bem como o princípio da igualdade, uma vez que os tribunais superiores, cuja missão é uniformizar a própria jurisprudência, sem qualquer explicação, a modificam para, em um outro caso, voltarem a aplicá-la.

Caçado Trindade<sup>245</sup> faz referência ao caso *Hornsby versus Grécia* (Mérito, 1977) como padrão acerca do significado de um julgamento justo por um tribunal ou juiz competente, independente e imparcial para a Corte Européia de Direitos Humanos:

[...] este direito seria ilusório se se referisse tão só à formulação das garantias processuais e à conduta das partes litigantes, sem abarcar também a implementação das decisões judiciais, o que dificilmente se conformaria com a própria noção de Estado de

---

<sup>244</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Caçado. Op. cit. p.35-37.

<sup>245</sup> Ibidem. p.168.



Direito (*rule of law/ prééminence du droit*). A correta administração da justiça constitui um dos elementos essenciais do Estado de Direito, a qual inclui a execução das sentenças, e ainda mais quando estas buscam assegurar a intangibilidade das garantias do devido processo legal. Na oportuna advertência da Corte no referido caso *Hornsby versus Grécia*, a omissão ou recusa das autoridades públicas de executar uma sentença, constitui *denegação do acesso à justiça* (em níveis tanto nacional como internacional), - além de uma violação adicional à Convenção.

O preâmbulo da Convenção Européia de Direitos Humanos faz menção ao seu propósito básico de proteção e desenvolvimento. Os preâmbulos dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas também convocam a sua plena efetividade e o faz no sentido da Declaração de 1948 para que o homem alcance definitivamente uma liberdade que assegure o pleno uso dos seus direitos “*liberto do temor e da miséria*”. Essa convocação à liberdade como sinônimo de luta contra todo tipo de opressão e desigualdade conduz os intérpretes e aplicadores a uma visão teleológica e progressista das normas de direitos humanos.

Não é em outro contexto que o direito fundamental à vida, a um julgamento justo, elemento básico do Estado de Direito em uma sociedade democrática, ao pleno acesso à justiça, às garantias judiciais e à correta administração da justiça ocupam lugar de destaque na jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos. A jurisprudência harmônica da Corte Européia, a respeito do real significado da expressão “direito a um tribunal independente e imparcial” (art. 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos), representa uma significativa contribuição ao direito interno dos Estados-Partes, na medida em que é possível dizer que três requisitos são considerados prioritários: (i) um tribunal criado por lei; (ii) ampla jurisdição do tribunal para que possa se pronunciar sobre todos os termos do art. 6 da Convenção Européia; e (iii) amplo acesso ao tribunal pelos indivíduos e julgamento público e equitativo em prazo razoável.

É interessante observar, ainda, que a jurisprudência, ao mesmo tempo em que se preocupa com a realização dos direitos humanos, também se manifesta para proteger todos os membros da família humana contra as arbitrariedades. Essa característica que visa *interditar o arbítrio* é a perfeita demonstração de que a viga mestra do sistema de proteção aos direitos humanos internacional e aos direitos e garantias fundamentais que

constam nas Constituições do Ocidente do pós-45 é o princípio da igualdade, na exata formulação de Leibholz.<sup>246</sup>

Com efeito, a leitura do art. 14 da Convenção Européia de Direitos Humanos põe uma definitiva moldura a esse quadro, já que proíbe expressamente toda e qualquer discriminação arbitrária. Ou seja, o tratamento discriminatório se caracteriza quando não há uma justificativa razoável e objetiva em relação aos direitos e garantias assegurados pela Convenção e pelos seus Protocolos.

### 3.5.2 O Sistema Africano

Trata-se de um sistema jovem em um continente profundamente marcado por espoliações, guerras e epidemias e que permanece lutando contra os efeitos perversos de uma colonização recente.

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos foi adotada em 1981, porém sua vigência teve início em 1986. No entanto, suas origens remontam à Conferência de Lagos, Nigéria, realizada de 03 a 07 de janeiro de 1961, sobre o Estado de Direito, quando seus participantes – advogados, juízes e estudantes – convocaram os governantes africanos a estudarem a adoção de uma Convenção de Direitos Humanos para o continente. Por ocasião da adoção da Carta da Organização da Unidade Africana, o assunto voltou à pauta, e em 10 de setembro de 1969 a OUA adotou a *Convenção Regendo Aspectos Específicos dos Problemas de Refugiados na África*.

Só em julho de 1979, durante a XVI Sessão Ordinária da Assembléia de Chefes de Estado e Governo da OUA, efetivamente se deu o primeiro passo, a partir de uma resolução que recomendava ao seu Secretário Geral a convocação de uma reunião de Peritos para a elaboração de um anteprojeto da Convenção Africana. Assim, de 28 de novembro a 08 de dezembro de 1979, sob a presidência do senegalês Keba Mbaye e inspirado na Declaração Universal de 1948 e na Declaração Universal dos Direitos dos Povos, o anteprojeto foi elaborado em uma Conferência Ministerial convocada pelo Secretário Geral da OUA e realizada Banjul, Gâmbia. Após a 2ª sessão o anteprojeto foi finalmente concluído.

---

<sup>246</sup> Ver: LEIBHOLZ, Gerhard. *Die Gleichheit vor dem Gesetz – Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*. Tradução livre. Berlin: Verlag von Otto Liebmann, 1925.

Na 18ª Conferência de Chefes de Estado e Governo da OUA, realizada de 17 a 26 de junho de 1981, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos foi aprovada por aclamação. A Carta compreende 68 artigos, agrupados em três partes. A primeira enuncia os direitos protegidos e os deveres do Homem. A segunda contém as medidas de salvaguarda dos direitos e as regras de criação e funcionamento da Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, encarregada de promover os direitos do homem e de receber e analisar as comunicações estaduais, os dados e as informações particulares ou de organizações não governamentais relativas aos direitos humanos. E a última parte contém as disposições finais.

As principais características da Carta são as seguintes: (i) Proclama o direito dos povos, enquanto que as demais Convenções anunciam direitos individuais, o que demonstra um viés novo, já que a pessoa humana é vista em uma perspectiva coletiva e só depois se enxerga o indivíduo; (ii) como decorrência são previstos os direitos e deveres individuais dos povos; (iii) são previstos direitos civis, políticos, econômicos, culturais, sociais e ambientais, o que demonstra uma visão integral que celebra a idéia de interdependência.; e (iv) proclama e celebra a tradição histórica e cultural do povo africano.

No início de sua vigência a Carta Africana previa apenas a existência de uma Comissão que visaria promover os direitos humanos por meio da informação e da educação; ou seja, seria um procedimento não-judicial, já que se acreditava que a conciliação era mais própria à tradição africana. No entanto, este entendimento jamais gozou de ampla simpatia, uma vez que, para muitos, a opção pela via da composição decorreu de uma “avaliação realista” quanto às reais possibilidades de aceitação de uma Corte nos moldes do sistema europeu ou americano no momento em que a Carta foi adotada.

Após receber manifestações de apoio por parte de diversas ONGs comprometidas com os direitos humanos, especialmente a Anistia Internacional e a Comissão Internacional de Juristas, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos passou a sustentar a viabilidade de uma Corte. Como decorrência de tal apoio, depois de realizados os trabalhos necessários, em 1988 foi adotado o Protocolo à Carta Africana, cujo objetivo era criar a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos em Addis Adebá, Etiópia. O Protocolo entrou em vigor em janeiro de 2004 com o depósito do 15º instrumento de ratificação, em observância ao seu artigo 34.

A Corte deverá ser composta por onze juízes, todos nacionais dos Estados africanos, porém de nacionalidades diferentes. Também serão pré-requisitos o pleno conhecimento dos direitos humanos e dos povos e uma reconhecida idoneidade moral. O mandato dos integrantes da Corte será de seis anos, com a possibilidade de uma única recondução. Trabalharão em tempo parcial, à exceção do Presidente, que deverá cumprir período integral.

A competência da Corte será tanto consultiva como contenciosa, hipótese em que colherá tanto provas orais como documentais. Consta expressamente no art. 27, § 2º, do Protocolo a previsão de adoção de medidas provisórias para prevenir e resguardar direitos.

O Protocolo criou o Conselho de Ministros inspirado no modelo europeu. A finalidade é idêntica, isto é, supervisionar o cumprimento das decisões da Corte. Todavia, caberá à Corte, em seu relatório anual que submeterá à Assembléia Geral, especificar os Estados que não cumprirem suas decisões (Protocolo, art. 31).

O acesso à Corte poderá ser efetivado diretamente pelos indivíduos, pelos Estados, pela Comissão e também pelas organizações não governamentais. É interessante notar que os Estados também poderão intervir nos processos em que não estiverem figurando como partes, desde que apresentem manifesto interesse.

Como verificado, adota-se no Sistema Africano uma visão até mais progressista dos direitos humanos – já que nele o homem é visto coletivamente –, embora este continente seja repleto de diferenças em todos os níveis e marcado por uma história de opressão, dominação, guerras, violências, pilhagens e saques, como bem descreve Etienne-Richard Mbaya:<sup>247</sup>

Todos os observadores africanos e estrangeiros descrevem a situação social e econômica da África em termos de um continente totalmente arruinado e egresso de uma guerra. Com efeito, a África atravessa três grandes guerras sucessivas que duram há séculos.

A primeira, é a do tráfico negreiro, durante a qual a África conhecia uma lenta evolução de suas sociedades que, no século X, tinham atingido um nível comparável, em muitos pontos, ao das sociedades ocidentais. Reinados e impérios centralizados, às vezes tão vastos quanto a França, e cujo refinamento da

---

<sup>247</sup> Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Colônia.

produção artística é testemunha de um nível que, desde então, nunca mais atingimos. A irrupção do tráfico, além dos danos do ponto de vista populacional, provocou duas conseqüências maiores: de um lado, a parada brusca da evolução material dessas sociedades e, de outro, a aparição de novo tipo de poder, o do rei negreiro, proprietário do país, das riquezas e das populações que ele vendia aos comerciantes escravos. Isto foi uma catástrofe sócio-política de amplidão tal que as regiões afetadas pelo tráfico não somente se esvaziaram de suas populações, como também não possuíam mais cultura própria que permitisse a retomada da evolução social, donde uma forte regressão em relação às nossas sociedades não afetadas pelo tráfico.

Ao sair dessa desastrosa catástrofe, veio a segunda guerra sob a forma de colonização européia. Dessa vez, não se tratava de guerra do tipo clássico ou de semelhança com o tráfico, que afetava a população em sua sobrevivência. Foi, no entanto, um desastre do ponto de vista das culturas africanas. As sociedades, *chefferies* (nota do tradutor diz que se trata de “certo tipo de organismo político da África Negra, compreendendo um território sobre o qual se exerce a autoridade de um chefe de tribo”), reinados e impérios eram organizados de maneira a colocar o bem do indivíduo-membro no centro das preocupações políticas. Tratava-se de sociedades solidárias com a preocupação de que ninguém fosse nem pior nem melhor que a média da população. A irrupção da Europa mudou fundamentalmente essa distribuição. O Estado existe por e para si mesmo, desigualdades tornam-se concebíveis e aceitáveis. A solidariedade desaparece. Ainda mais: os limites de tais sociedades se vêem estendidos a países sem medida comum com os territórios tribais. É a guerra inaugurada pelo pacto colonial nascido na Conferência de Berlim de 1884-1885, há 110 anos. Pior ainda, a introdução da moeda como unidade de medida do valor das coisas subverteu completamente nossa relação com as coisas. Nada mais era sagrado e intocável: o homem, a consciência, o trabalho, o pensamento, a gentileza, tudo tornava-se mercadoria, portanto, comerciável.

Tendo saído manietados do tráfico e da colonização, os africanos vêm a conhecer a independência dos anos 60, a qual não consegue coabitar com as estruturas coloniais recém-instituídas, nem dentro das mesmas; assim sobreveio a terceira guerra: a irrupção das ditaduras sanguinárias, do poder do tipo negreiro como proprietários de nossos países, suas riquezas e suas vidas. Os africanos estão prontos a pagar o preço dessa guerra que visa à democracia, mas correm o risco de ele ser elevado demais, em vista da simpatia antinatural que as democracias ocidentais ainda têm por certa ditaduras africanas.<sup>248</sup>

<sup>248</sup> MBAYA, Etienne-Richard. *Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas*. São Paulo, 1997. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141997000200003&lng=pt&nrm=isso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200003&lng=pt&nrm=isso).

O sucesso do sistema africano está intimamente ligado à plenitude do Estado de Direito Democrático e à certeza que o povo africano certamente possui de que os direitos humanos representam um passo decisivo em favor da sua libertação. Os africanos acreditam, ainda, que tal sistema será capaz de restabelecer os valores dos seus antepassados, glorificando todo o Continente por meio da cultura e da promoção de sua identidade e alçando o bem do indivíduo-membro ao centro das preocupações políticas de uma sociedade solidária, igual e fraterna.

### **3.5.3 Sistema interamericano**

A história do Continente americano denuncia o horror das guerras empreendidas pelo colonizador, que dizimou populações indígenas inteiras, saqueou suas riquezas – a prata e ouro preponderantemente – e trouxe doenças e epidemias, deixando como herança uma sociedade escravocrata, tão bem retratada por Gilberto Freire em “Casa Grande e Senzala”, e, especificamente no caso do Brasil, uma elite cuja mentalidade ainda pertence ao colonizador.

As desigualdades sociais sempre fizeram emergir movimentos de libertação, que, no entanto, foram imediatamente reprimidos pelos “*donos do poder*”, sacrificando-se a democracia. As sociedades ainda hoje sofrem com essa estranha realidade.

O Estado nos países latino-americanos, sobretudo, só se fez presente na vida das populações mais carentes para reprimir e impor rígidos Códigos de conduta. Com elevados índices de desigualdade, exclusão social e um histórico de interrupções sucessivas do processo democrático, a região também tem demonstrado uma alta tolerância à impunidade e à violência.

Para muitos, o maior desafio dos latino-americanos é consolidar o regime democrático, de forma que se respeitem os direitos humanos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Entretanto, sabe-se que para se vencer tal desafio a presença do Estado deve ser marcada por clara e inequívoca opção pelo desenvolvimento econômico voltado à inclusão social, ao respeito à natureza e ao aproveitamento das riquezas naturais, com alto investimento em pesquisa científica à procura de alternativas energéticas, a fim de se estabelecer uma nova relação de poder Norte/Sul e, assim, consagrar a independência regional em sua plenitude. Por tais

características é que a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, ao conjugar de maneira indissociável democracia, direitos humanos e desenvolvimento, também representa para a região uma espécie de Carta Náutica.

A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) foi aprovada na Conferência de Bogotá em 30 de abril de 1948, porém só em 1951 entrou em vigor. Aberta a todos os Estados americanos, a Carta faz pouca menção aos direitos humanos, apesar de seu art. 5º, alínea *j*, afirmar que “os Estados americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana sem fazer distinção de raça, racionalidade, credo ou sexo”.

Só em fevereiro de 1967, aproximadamente dezesseis anos mais tarde, por ocasião da III Conferência Interamericana Extraordinária, foi instituída a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, guindada à condição de órgão consultivo da OEA e com o fim de assegurar o respeito aos direitos humanos na região. Dois anos depois, em São José, Costa Rica, foi assinada a *Convenção Americana de Direitos Humanos*, entrando em vigor em 1978 e sendo mais conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, considerado o principal instrumento do sistema interamericano.

A Convenção, já em seu preâmbulo, reafirma o compromisso com a democracia e a justiça social e reitera os termos da Declaração Universal de 1948 quanto ao ideal de um homem livre, sem as amarras “*do temor e da miséria*”, objetivos esses que só serão alcançados “se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos”. Portanto, o catálogo de direitos e liberdades que a Convenção assegura é vasto e compreende dos direitos civis e políticos aos direitos sociais, econômicos e culturais (Protocolo de San Salvador).<sup>249</sup>

Garantir a proteção desses direitos e da liberdade é o objetivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana. A Comissão foi criada por meio da Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores, realizada em Santiago do Chile, em 1959, com a finalidade de promover os direitos humanos, e teve seus poderes ampliados na II Conferência Interamericana

---

<sup>249</sup> O sistema interamericano de proteção não se limita à Convenção Americana sobre Direitos humanos e aos seus protocolos. Somam-se a esta diversas Convenções Interamericanas, com destaque para as seguintes: Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985; Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994; e Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, de 1999.

Extraordinária, que ocorreu no Rio de Janeiro, em 1965, também por uma Resolução, a XXII.

Além do sistema de relatórios, dos exames de comunicações, das visitas aos Estados com a anuência deles, de preparar estudos e seminários e de solicitar informações aos Estados-membros, cabe à Comissão receber petições que contenham denúncias ou queixas de violações aos direitos e liberdades assegurados pela Convenção. A competência da Comissão alcança todos os Estados-Partes da Convenção Americana e, ainda, todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos, sendo que na primeira hipótese os direitos protegidos são aqueles que constam da Convenção Americana, ao passo que na última são aqueles enumerados na Declaração Americana de 1948.

A Comissão é composta por sete membros, oriundos de qualquer Estado membro da OEA, eleitos pela Assembléia Geral para um período de quatro anos, podendo haver apenas uma recondução (art. 37 da Convenção).

As petições devem observar determinados requisitos de admissibilidade – como o esgotamento dos recursos internos, o prazo de seis meses contados da data em que ocorreu a ciência da alegada violação e a ausência de litispendência em âmbito internacional – e conter o nome e a qualificação completa, além da assinatura da “pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter” o caso (art. 46, letras “a” a “d”). O primeiro requisito não é tão rígido, na medida em que se sabe que a demora injustificada do processo por si só já representa ausência de justiça, como também é fundamental que os recursos assegurados pelo direito interno sejam eficazes, razão pela qual o esgotamento dos recursos internos é uma condição que deve ser sempre sopesada em cada situação que se apresenta.

Admitida a petição a Comissão solicita informações ao governo, ou na ausência destas após o decurso do prazo verifica se as denúncias persistem ou se sustentam. Se não existirem ou não subsistirem a Comissão determina o arquivamento; caso contrário científica às partes que o caso será analisado, podendo até realizar investigações quanto à matéria fática. Superada esta fase, a Comissão primeiramente procura encontrar uma solução amigável entre as partes, hipótese em que é confeccionado um informe dirigido às partes e, em seguida, à Secretaria da Organização dos Estados Americanos para publicação. Se forem baldadas as tratativas, a Comissão, então, elabora um relatório descrevendo os fatos e apresenta ao final sua conclusão, a



qual é encaminhada aos interessados, que têm três meses para cumprir as Recomendações apresentadas.

Decorrido esse prazo sem que o Estado demandado tenha cumprido as determinações que lhe foram impostas, ou não tendo sido solucionado o caso pelas próprias partes, ou, ainda, encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão então pode apresentar sua própria opinião e conclusão, por maioria absoluta de votos, oportunidade em que formula as recomendações que julga adequadas e também assina um prazo para que o Estado denunciado as adote. Vencido este novo prazo, a Comissão aprecia se o Estado efetivamente deu pleno cumprimento às determinações que lhe foram impostas, igualmente por maioria absoluta de votos. Depois disso, o informe respectivo é publicado no relatório anual das suas atividades.

Existe, porém, a hipótese de a própria Comissão levar o caso à Corte Interamericana, caso entenda que o Estado demandado não cumpriu as recomendações abrigadas no informe, salvo decisão adotada por maioria absoluta dos membros e devidamente fundamentada.<sup>250</sup>

Nota-se, assim, que o acesso a essa Corte, órgão jurisdicional do sistema regional interamericano, difere do sistema europeu, já que se restringe aos Estados-Partes e à Comissão (art. 61 da Convenção). Esta, todavia, pode receber petições encaminhadas por indivíduos ou grupos, ou mesmo por entidades não governamentais, contendo denúncia de violação a direitos humanos assegurados pela Convenção, e enviá-las à Corte, observadas as formalidades já ditas.

A competência da Corte, todavia, tanto é *consultiva* como *contenciosa*, no que não se difere da européia. Qualquer Estado membro da OEA pode apresentar consulta à Corte no que diz respeito à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção de direitos humanos de âmbito regional. A propósito, convém destacar que a interpretação da Corte é sempre dinâmica e evolutiva a permitir a

---

<sup>250</sup> Acerca deste procedimento, Flávia Piovesan ressalta que ele decorre de alteração ocorrida no artigo 44 do Regulamento da Comissão, em 1º de maio de 2001, isto porque pela sistemática anterior cabia à Comissão simplesmente submeter o caso à Corte, sem qualquer parâmetro. Sustenta Flávia Piovesan: “O sistema ganha maior tônica de ‘juridicidade’, reduzindo a seletividade política que, até então, era realizada pela Comissão Interamericana. Cabe observar, contudo que o caso só poderá ser submetido à Corte se o Estado-Parte reconhecer, mediante declaração expressa e específica, a competência da Corte no tocante à interpretação e aplicação da Convenção – embora qualquer Estado-Parte possa aceitar a jurisdição para determinado caso.” PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2006(a). p.97.

expansão dos direitos protegidos, demonstrando, neste proceder, identidade com a Corte Européia.

No exercício de sua função consultiva, a Corte analisou diversas matérias relevantes, mas algumas se destacam:

a) Opinião Consultiva n° 8/86: Trata da possibilidade de restrições ao gozo de exercício dos direitos e das liberdades reconhecidos pela Convenção Americana. Ou seja, é um debate acerca da doutrina constitucional relativa aos sistemas de crises (no caso brasileiro a matéria está disciplinada pelos arts. 136 e 137 da Constituição Federal). O Parecer vinculou ao termo “leis”, abrigado no art. 30 da Convenção Americana, os princípios da *legalidade* e *legitimidade* e interpretou o significado de termos imprecisos como “*bem comum*” e “*ordem pública*”, estabelecendo um paralelo com o Estado Democrático de Direito e seus objetivos;

b) Opinião Consultiva n° 8/87: Examina a hipótese de prisão ocorrida em período de exceção e o uso de instrumentos processuais considerados como garantias judiciais, isto é, a Corte manifestou entendimento de que os recursos de *amparo* e *habeas corpus*, ainda que em estado de emergência, são essenciais à proteção de direitos irrevogáveis, e por isso em nenhuma circunstância será permitida sua suspensão;

c) Opinião Consultiva n° 15/97: Interpretou o art. 51 da Convenção Americana e determinou que a Comissão não pode modificar opiniões, conclusões e recomendações enviadas ao Estado em questão, salvo em condições excepcionais, mas em hipótese alguma um terceiro relatório pode ser elaborado, esclarecendo ainda que na hipótese de o Estado Consulente retirar o pedido de parecer tal fato não impede sua manifestação, visto que a competência para emití-lo não decorre apenas do pedido, mas também da ciência que já foi dada aos Estados membros da OEA, bem como aos órgãos relacionados no Capítulo X da Carta da OEA, caracterizando, por isso, a matéria como sendo de ordem pública;

d) Opinião Consultiva 16/99: Foi apresentada pelo México e é considerada como uma das mais importantes. Trata do direito à informação acerca da assistência consular como inerente às garantias do devido processo legal, a partir da análise de importantes tratados internacionais de direitos humanos – Pacto de Viena, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos – e das

conseqüências da aplicação da pena de morte em situações tais. O caso foi bastante debatido e contou com a intervenção de oito Estados, de organizações não governamentais, de indivíduos e da própria Comissão. A Corte concluiu vinculando o direito à informação sobre a assistência consular às garantias do devido processo legal em evolução (considerou a matéria como inerente à evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana no Direito Internacional contemporâneo), além de acrescentar que sua não-observância implica privação arbitrária do direito à vida (art. 4 da Convenção Americana e art. 6º do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas) e acarreta conseqüências jurídicas.

Digna de maior destaque é a Opinião Consultiva nº 18, de 17 de setembro de 2003, solicitada pelo Estado do México, sobre a Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes sem documentos, cujo teor é transcrito a seguir parcialmente, uma vez que tem vasto conteúdo e, ademais, pretende-se focalizar os assuntos abortados à luz do preceito máximo da igualdade e suas dimensões.

No marco do princípio da igualdade jurídica consagrado no artigo II da Declaração Americana e no artigo 24 da Convenção Americana, e no artigo 7 da Declaração Universal de Direitos Humanos e no artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos,

1. Pode um Estado americano, em relação com sua legislação trabalhista, estabelecer um tratamento prejudicialmente distinto para os trabalhadores migrantes sem regular documentação, no que tange ao gozo de seus direitos trabalhista em relação aos residentes legais ou aos cidadãos, no sentido de que a citada condição migratória dos trabalhadores impeça *per se* usufruir tais direitos?

2.1. Os artigos 2º, parágrafo 1º da Declaração Universal e II da Declaração Americana e os artigos 2 e 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, assim como 1 e 24 da Convenção Americana devem interpretar-se no sentido de que a condição legal das pessoas no território de um Estado americano, seja condição necessária para que o citado Estado respeite e garanta os direitos e liberdades reconhecidos nas citadas disposições às pessoas sujeitas à sua jurisdição?

2.2. À luz das disposições mencionadas na pergunta anterior, pode considerar-se que a privação de um ou mais direitos trabalhistas, tomando como fundamento de tal privação a condição de um trabalhador migrante sem documentos é incompatível com os deveres de um Estado americano de garantir a não discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei que lhes impõem as disposições mencionadas?

*Com fundamento no artigo 2º, parágrafos 1º e 2º, no artigo 5º, parágrafo 2º, ambos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos,*

3. Qual seria a validade da interpretação por parte de um Estado americano no sentido de subordinar ou condicionar de qualquer forma a observância dos direitos humanos fundamentais, incluindo o direito à igualdade perante a lei e à igual e efetiva proteção da mesma sem discriminação, à consecução de objetivos de política migratória contidos em suas leis, independentemente de hierarquia que o direito interno atribua a tais leis, frente às obrigações internacionais derivadas do *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* e de outras obrigações de direito internacional dos direitos humanos oponíveis *erga omnes*?

Levando em conta o desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos humanos e sua codificação, em especial através das disposições invocadas nos instrumentos mencionados na presente consulta,

4. Que caráter tem hoje o princípio da não discriminação e o direito à proteção igualitária e efetiva da lei na hierarquia normativa que estabelece o direito internacional geral, e nesse contexto, podem ser consideradas expressão de normas de *ius cogens*? Caso a resposta a esta segunda pergunta resulte afirmativa, que efeitos jurídicos se derivam para os Estados membros da OEA, individual e coletivamente, no marco da obrigação geral de respeitar e garantir, conforme o artigo 2º, parágrafo 1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o cumprimento dos direitos humanos a que se refere o artigo 3, inciso I e o artigo 17 da Carta da OEA?

Como se pode observar, a Consulta tratou da dimensão que os princípios da igualdade jurídica, não-discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei lograram na edificação do sistema de proteção aos direitos humanos.<sup>251</sup>

Na manifestação da Corte na OC 18, a unanimidade, representa um inquestionável marco histórico. A Corte acentuou que o Estado, após ratificar um tratado de direitos humanos, deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o efetivo cumprimento das obrigações assumidas. Os Estados ainda devem assegurar o pleno e livre exercício destes direitos e liberdades, sem discriminações, para os nacionais estrangeiros, qualquer que seja a situação destes, que devem usufruir o direito à proteção da lei em pé de igualdade com os nacionais. Ou seja, a Corte afirmou que a obrigação dos Estados não se esgota ao adotar medidas negativas,

<sup>251</sup> Convém registrar que o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, em seu comentário de n. 18, de 1989, ampliou a aplicação do princípio da igualdade e o da não-discriminação, abrigado no art. 26 do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, reconhecendo a autonomia dos mencionados princípios e que não estão eles limitados aos direitos mencionados no Pacto.

bem como não realizar atos discriminatórios, também abrangendo ações positivas para prevenir e punir atos desta natureza praticados no âmbito do seu território.

O princípio da igualdade e não-discriminação, segundo o entendimento da Corte, ingressou definitivamente no domínio do *jus cogens*, acarretando obrigações *erga omnes* que vinculam todos os Estados e geram efeitos em relação a terceiros, inclusive os particulares. Por conseguinte, a violação a tais preceitos conduz o Estado infrator a ser responsabilizado internacionalmente.

A Corte na OC n. 18 ainda se manifestou acerca do direito ao devido processo legal e lhe deu uma amplitude maior que aquela contida na OC n. 16, visando ressaltar que o alcance da intangibilidade desta garantia compreende todas as matérias e pessoas, sem qualquer discriminação. Em outras palavras, a Corte foi ativa ao dizer que a condição em que se encontra uma pessoa estrangeira, ainda que sem documentos, não lhe retira o gozo e exercício dos direitos humanos, entre eles os trabalhistas.

Em sua função contenciosa, a Corte também apreciou questões relativas ao direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade, ao processo justo e à proteção judicial, entre outras.

A análise dessas decisões traz à tona uma jurisprudência voltada à proteção efetiva dos direitos contidos na Convenção Americana e uma compreensão dos direitos humanos que acompanha a evolução dos tempos, buscando amparar novas situações, a fim de que sejam atendidas todas as necessidades relativas à sua plena proteção.

A Corte tem também demonstrado sensibilidade para detectar novas fontes de violação aos direitos humanos, bem como a observância por parte das instituições estatais, em especial o Poder Judiciário, na proteção dos direitos humanos, com destaque para a intangibilidade das garantias judiciais e para a plenitude dos princípios inerentes ao devido processo legal, sem as quais não se pode falar em Estado Democrático de Direito. Portanto, a Corte tem contribuído para a formação de uma ordem pública internacional na região, fundada na proteção aos direitos humanos, impondo limites “*ao voluntarismo estatal*”, na feliz expressão de Cançado Trindade.<sup>252</sup>

Alguns julgados da Corte são dignos de destaque. Sobre a liberdade de expressão o caso paradigmático diz respeito à proibição no Chile, com base em dispositivo de sua Constituição, da exibição do filme “A Última tentação de Cristo”. A

---

<sup>252</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Op. cit. p.109.

manifestação da Corte levou em consideração que “a expressão e difusão do pensamento e da informação são indivisíveis”; logo, qualquer restrição à liberdade de difusão significa uma clara e indiscutível violação à liberdade de expressão. Além disso, a Corte considerou como essenciais a democracia a liberdade de expressão e o direito a informação: “a liberdade de expressão, como um pilar da sociedade democrática, é uma condição essencial para que esta última seja suficientemente informada.” Ao fim, reconheceu a responsabilidade internacional objetiva do Estado chileno, por ato ou omissão de qualquer dos seus poderes ou órgãos, independentemente da sua hierarquia, e determinou *inter alia* que o Estado-Parte, em tempo razoável, modificasse seu direito interno, de modo a pôr fim à censura prévia e permitir a exibição do filme “A Última tentação de Cristo”.

No combate incessante à impunidade patrocinada por ação ou omissão dos Estados a manifestação da Corte tem sido emblemática. No caso que ficou conhecido como *Barrios-Altos*, em que o Peru figura como Estado demandado, a Corte firmou entendimento no sentido de que disposições relativas à anistia, prescrição e outras que visam excluir responsabilidades por graves violações aos direitos humanos – torturas, prisões arbitrárias, execuções sumárias, desaparecimento forçado de pessoas – são inadmissíveis, violam direitos irrevogáveis da Constituição e inibem o conhecimento da verdade, obstruindo a justiça, perpetuando a impunidade e tornando indefesas as vítimas.<sup>253</sup> No mesmo sentido a Corte se manifestou no caso de *Paniagua Morales e outros versus Guatemala* e no de *Agarrido e Baigorria versus Argentina*.<sup>254</sup>

As decisões da Corte quanto à concessão de medidas provisórias, tal como previsto no art. 63 (2) da Convenção, objetivam não apenas proteger os direitos fundamentais (direito à vida e à integridade pessoal, assim entendida como física, mental e moral), mas também outros direitos, uma vez que os direitos humanos são indivisíveis e inter-relacionados. Esta verdadeira medida liminar também é admitida pela Corte, tanto no curso dos processos como nos casos ainda não apresentados.

---

<sup>253</sup> Este entendimento encontra eco no pensamento de Radbruch manifestado em sua obra “Arbitrariedade Legal e Direito Supra Legal”. São claros, para Radbruch nesta obra, os perigos à segurança jurídica da noção de arbitrariedade legal, razão pela qual ao negar natureza jurídica às leis positivas com esse conteúdo afirma que isso “não é direito”. RADBRUCH, Gustav. Op. cit.

<sup>254</sup> Esta decisão também encontra arrimo filosófico no conceito de igualdade de Leibholz, como interdição do arbítrio (convém lembrar o entendimento do Tribunal da Constituição Alemão no sentido de que o princípio da igualdade é violado quando não se encontra razão objetiva suficiente para justificar o ato). Ver: LEIBHOLZ, Gerhard. Op. cit., 1925.

Entretanto, o sistema interamericano ainda precisa evoluir bastante, sobretudo no que diz respeito a assegurar ao indivíduo o acesso direto à Corte. Quanto ao aperfeiçoamento do sistema interamericano, soa pleno de vigor o entendimento de Cançado Trindade<sup>255</sup> no sentido de que é necessário permitir às supostas vítimas “o acesso direto e *locus standi in judicio* perante a Corte em todas as etapas do procedimento contencioso”, e, ainda, acrescenta que esse direito deve vir acompanhado “da garantia da igualdade processual das partes (*equality of arms/égalité des armes*) essencial a todo sistema jurisdicional de proteção dos direitos humanos”.

### 3.5.4 A construção dos sistemas árabe e asiático

A Carta Árabe de Direitos Humanos, de 1994, tem suas raízes na criação da Liga dos Estados Árabes, formada por 22 Estados em 03 de setembro de 1968, oportunidade em que foi criada também a Comissão Regional Permanente Árabe para os Direitos Humanos.

Ainda em 1968 ocorreu a I Conferência Árabe de Direitos Humanos, em Beirute, na qual ficou ajustado, como recomendação, que a Comissão Regional Permanente Árabe para os Direitos Humanos deveria apresentar um anteprojeto de Carta Árabe de Direitos Humanos. A Comissão por seis vezes esteve reunida, mas o Conselho da Liga dos Estados Árabes entendeu por bem entregar este encargo a uma Comissão de Peritos, que em 1971 começou seus trabalhos. Durante a década de 1970 diversos países manifestaram seus respectivos entendimentos acerca do projeto. Mesmo assim, na década seguinte a Comissão Regional Permanente Árabe para os Direitos Humanos apresentou um novo projeto, fato que mais uma vez se repetiu em 1993, até que a Carta foi definitivamente adotada em 15 de setembro de 1994, na Cidade do Cairo.

A Carta Árabe reconhece a universalidade dos direitos humanos e prevê direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, no entanto abriga uma peculiar característica concernente à notável influência do direito islâmico. Quanto à implementação dos direitos humanos, a Carta cria um órgão específico, o Comitê de Peritos de Direitos Humanos, integrado por sete membros eleitos pelos Estados-Partes

---

<sup>255</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Op. cit. p.101-103.

para um mandato de três anos. Por meio do sistema de relatórios o Comitê de Peritos fiscaliza os Estados-Partes.

Os países asiáticos ainda não demonstraram sensibilidade quanto aos direitos humanos, muito embora sejam enormes as violações existentes na região. A preocupação com a ampla e reconhecida diversidade cultural do continente asiático levou a Unesco, em 1983, a expressar seu entendimento sobre o assunto em seminário realizado, no qual acentuou a contribuição que as tradições culturais ou religiosas podem prestar à formação de uma cultura que promova os direitos humanos.

Algumas entidades não governamentais, em 1997, chegaram a apresentar um Projeto de Carta Asiática para os Direitos Humanos, cuja estrutura é semelhante à interamericana.

Tanto os países Árabes como os Asiáticos certamente encontrarão o momento oportuno para avançar na construção dos seus respectivos sistemas, como também encontrarão meios adequados para conciliar o respeito à diversidade cultural e às suas históricas tradições com o estágio em que suas respectivas sociedades se encontram, de modo que os direitos humanos representem um justo equilíbrio e um marco histórico.

### 3.6 O CARÁTER EMANCIPATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS

A base da formulação vigente dos direitos humanos tem sua origem no século das luzes, razão pela qual é perceptível o reflexo das condições econômicas e sociais da época. Todavia, vem de longe a matriz filosófica dos direitos humanos, da dignidade, da igualdade, da fraternidade humana e da cidadania comum na sociedade universal.

Estabelecidas estas premissas como válidas, tem-se também que a Declaração Universal recebeu influência de outras correntes de pensamento, tanto que a concepção dos direitos econômicos, sociais e culturais atesta que foi além do pensamento ocidental, marcado pelo individualismo voluntarista acrescido a um direito de propriedade e mercantil sem qualquer limite, razões mais que comprovadas da acumulação capitalista dos séculos XVIII e XIX e cujas conseqüências a história, a



literatura e as artes descrevem como uma longa agonia marcada pela opressão e pelo alargamento das fronteiras por meio da expansão do colonialismo.

Em tempos mais recentes, mais especificamente no período que se convencionou chamar de “*guerra fria*”, os direitos humanos tiveram marcante presença na agenda política como um dos instrumentos legitimadores de uma ordem em detrimento da outra.

Em verdade, ainda que à época a leitura dos direitos humanos não tivesse o horizonte dos dias atuais, o que se apresentava como dissonante não era a defesa dos direitos humanos, mas o fato de se ter feito vistas grossas às ditaduras existentes nos Continentes americano, africano, asiático e no chamado mundo árabe quando não representavam ameaça aos interesses dos países ocidentais, liderados pelos Estados Unidos da América. Essa aparente antinomia até hoje gera reflexos negativos e, se analisada sob uma perspectiva de compreensão do fenômeno, evidencia a incoerência do discurso, o que não se traduz em diminuição do compromisso axiológico e dinâmico que o tema encerra.

De fato, *v.g.*, o *universalismo* dos direitos humanos contrasta com violações em todos os quatro cantos do Planeta, mas isso não o desqualifica, ao contrário, o legitima a enfrentar e vencer esse enorme desafio. Justamente neste contexto os direitos humanos merecem uma reflexão mais profunda, uma vez que eles se manifestam em duas vertentes. Uma que legitima o cidadão diante do poder ou, melhor, os direitos humanos como instrumento de protesto, de reivindicação, cidadania e emancipação do homem. E outra em que se manifesta a busca da solidariedade, do respeito entre todos os membros da família humana e, como não dizer, de um horizonte distante, mas que permite caminhar em busca de uma fraternidade universal.

A premissa da universalidade dos direitos humanos repousa na igualdade em dignidade e no valor de todos os membros da família humana, sem qualquer discriminação. Por tais motivos os direitos humanos são também indivisíveis. Quando se têm estas bases como compreensão da dimensão dos direitos humanos é impossível encontrar justificativas que operem em direção a um presumível conflito entre o *universalismo versus relativismo cultural*.

Em verdade, a cultura como manifestação de uma sociedade representa o melhor retrato do seu momento histórico. Nenhuma outra sociedade pode intervir para alterar essa paisagem, já que os direitos humanos sempre se manifestam para enfrentar o arbítrio e a opressão dos poderosos. Trata-se de uma idéia que atravessa a história e que não se presta a outro objetivo senão construir a solidariedade, a fraternidade e a igualdade entre os homens.

Dessa forma, o diálogo entre as culturas é a manifestação pela qual as civilizações interagem, com vistas a promover o desenvolvimento do saber humano, sob a proteção do princípio da igualdade e inspiradas nos valores da solidariedade e da fraternidade.

Boaventura de Sousa Santos<sup>256</sup> propõe uma leitura dos direitos humanos com o viés emancipatório e sugere um diálogo intercultural sobre preocupações convergentes a partir de uma *hermenêutica diatópica* – esta pressupõe a aceitação do que denomina de “imperativo transcultural”, ou seja, o direito que temos “a ser iguais quando a diferença nos inferioriza” e o direito que temos “a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza” –, no intuito de se alcançar um multiculturalismo progressista, que, por sua vez, pressupõe que o princípio da igualdade seja utilizado em conjunto com o princípio do reconhecimento da diferença.

Na forma como têm sido predominantemente concebidos, os direitos humanos são um localismo globalizado, uma espécie de esperanto que dificilmente poderá se tornar a linguagem cotidiana da dignidade humana nas diferentes regiões culturais do globo. Compete à hermenêutica diatópica proposta neste capítulo transformá-los em uma política cosmopolita que ligue em rede línguas diferentes de emancipação pessoal e social e as torne mutuamente inteligíveis e traduzíveis. É este o projeto de uma concepção multicultural dos direitos humanos. Nos tempos que correm, este projeto pode parecer mais do que nunca utópico. Certamente é tão utópico quanto o respeito universal pela dignidade humana. E nem por isso este último deixa de ser uma exigência ética séria.<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. “Por uma Concepção Multicultural de direitos humanos.” In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para Libertar – Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p.429-458.

<sup>257</sup> *Ibidem*. p.458.

Portanto, os direitos humanos possuem uma dinâmica própria que, como se constatou, atravessa a história e atormenta os poderosos e opressores do povo ao se apresentar como a alma do projeto de civilização, que se perpetua em sua dimensão para lembrar ao ser humano que futuramente quando se perguntar “por que os sinos dobram” se possa dizer “para celebrar a paz e a fraternidade universal”, como resultado de uma sociedade que aprendeu a exercitar a *tolerância* e a *promover a diversidade*.

## IV – A IGUALDADE NA APLICAÇÃO DA LEI

*No século XVII surge o direito racional moderno como forma de reflexão de um sistema de Estados que, após as guerras de religião, apóia-se em fundamentos de legitimação neutros quanto à visão de mundo. O direito racional analisa a constelação conceitual de direito e poder com a intenção crítica de tornar explícito o conteúdo racional igualitário, presente desde a origem na formação jurídica do Estado e poder político. [...] O mérito do trabalho de reconstrução do direito racional reside na demonstração de que o poder político, devido ao seu estabelecimento nos moldes da lei, contém a semente conceitual para uma regulamentação jurídica do poder do Estado “irracional”, i.e. desregradamente decisionista.*

*A interpretação do direito positivo e do poder político não visa pura e simplesmente uma dominação legal, mas a uma dominação constituída através da democracia e do estado de direito. O terminus ad quem da legalização política da dominação é a constituição que uma comunidade de cidadãos livres e iguais se concede.<sup>258</sup>*

### 4.1 A DIMENSÃO DA IGUALDADE

É verdade que tem sido lugar comum sustentar a existência de direitos com fundamento na igualdade, o que evidencia sua repercussão nos mais diversos setores da vida humana (social, econômica, jurídica e política) e comprova que o princípio da isonomia possui um caráter axiológico fundamental. Essa idéia também se manifesta com conteúdos diversos e em conformidade com o momento histórico e as exigências da vida em sociedade, razão mais que suficiente para que os pensadores do direito mantenham-se atentos à teoria da interpretação jurídica, compreendendo a teoria das fontes do direito e, acima de tudo, a dimensão dinâmica do ordenamento jurídico.

A história registra diversas significações para o termo igualdade. Este já foi mencionado como sinônimo de esperança e como objeto de equiparação diante de um dado fenômeno, bem como constou de programas revolucionários e fundamentou

<sup>258</sup> HABERMAS, Jürgen. *O Ocidente Dividido*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p.133-134.

narrativas racionais acerca do homem em sua trajetória épica pela emancipação ou para vencer a opressão e a tirania. Enfim, seja como ponto de partida ou de chegada, a expressão recebeu incontáveis significados. Contudo, o que fica é a dimensão lógica que a expressão encerra e permite conceituá-la como uma equivalência parcial entre diferentes entes. Ou seja, não se trata de *identidade* ou de *semelhança*, porque a primeira exige coincidência absoluta, enquanto a segunda representa uma mera afinidade entre seres.

Disso decorre que, em sua dimensão lógica, o conceito de igualdade encerra três premissas básicas e essenciais às relações jurídicas, observada a ordem: (i) alude sempre a *dois ou mais seres entre* os que reivindicam a condição de iguais; (ii) como consequência, é *imprescindível* se estabelecer um *nexo* entre eles (que devem se encontrar necessariamente *relacionados*); e (iii) assim se estabelece a *comparação* entre todos a partir de uma ou mais *qualidade(s) comum(ns)*, que identifica a igualdade ou a desigualdade.

Ademais, o princípio da igualdade é uma exigência dos Estados Democráticos de Direito e, por isso, obriga os poderes públicos a implementarem mecanismos que o tornem efetivo e concreto em favor de todos que não possuem acesso à justiça, à saúde, à educação, à moradia e a outros bens e serviços inerentes à realização da dignidade humana.

Convém esclarecer que não se está defendendo a idéia de que exista uma só resposta correta ou verdadeira<sup>259</sup> ao caso concreto, mas apenas que o cidadão tem direito à igualdade na aplicação da lei, visto que se um mesmo tribunal ou magistrado modifica eventualmente sua decisão, sem qualquer justificativa, para depois retomá-la, não se pode deixar de reconhecer afronta ao princípio da igualdade e desrespeito ou violação à regra segundo a qual as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Portanto, é possível que seja adotada uma nova decisão, mas desde que daí por diante também seja ela aplicada aos casos futuros.

---

<sup>259</sup> Ver: STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro, 2006. p. 210 e seguintes. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

É, ainda, igualmente relevante admitir que o pensamento de Lênio Luiz Streck merece profunda e cuidadosa reflexão, sobretudo quando pugna pela inexistência de cisão entre o “texto e sentido do texto (norma)”.<sup>260</sup> Evidencia-se, assim, a preocupação com o subjetivismo, com a adoção de critérios arbitrários e não condizentes com a realização da Constituição, tanto que ao seu sentir a Constituição deve ser compreendida como tal quando:

[...] primeiro, a confrontarmos com a sociedade para a qual é dirigida;

Segundo, compreendemos a Constituição “como” Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência acerca dos efeitos que a história tem sobre nós (Wirkungsgeschichtliches Bewusstsein), damos conta da ausência de justiça social (cujo comando de resgate está no texto constitucional);

Terceiro, compreendemos a Constituição “como” Constituição quando constatamos que os direitos fundamentais sociais somente foram integrados ao texto constitucional pela exata razão de que a imensa maioria da população não os têm;

Quarto, compreendemos que a Constituição é, também, desse modo, a própria ineficácia da expressiva maioria dos seus dispositivos (o que é, finalmente, o retrato da própria realidade social);

Quinto, percebemos também que a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos, mas, mais que isto, ao estabelecê-los, a Constituição coloca a lume e expõe dramaticamente a sua ausência desnudando as mazelas da sociedade;

Sexto, percebemos que a Constituição não é uma mera Lei Fundamental (texto) que “toma” lugar no mundo social-jurídico, estabelecendo um novo “dever ser”, até porque antes dela havia uma outra “Constituição”; e antes desta, outras quatro na era republicana [...] mas, sim, é a Constituição, nascida do processo constituinte, como algo que constitui, que deve exsurgir uma nova sociedade, não evidentemente rebocando a política, mas permitindo que a política seja feita de acordo com a Constituição.<sup>261</sup>

---

<sup>260</sup> STRECK, Lênio Luiz. Op. cit. p.204.

<sup>261</sup> Ibidem. p.208-209.

Evidentemente, não se pode deixar de comungar com essas premissas, embora o presente trabalho não tenha o objetivo de desenvolver uma teoria da interpretação da norma jurídica, uma vez que busca apenas acentuar a necessidade de assegurar ao cidadão o direito à igualdade na aplicação da lei.

Observando-se a questão por outro ângulo, também vale ressaltar que não se pretende afirmar que o pensamento de Kelsen acerca da possibilidade de várias interpretações não seja adequado, até porque o precedente judicial e a súmula de jurisprudência são o resultado mais perfeito do papel dos tribunais de reduzir a pluralidade ao singular, de modo a aplicar a lei igualmente para todos e realizar a segurança jurídica.<sup>262</sup> Por isso, o que se transmite para a sociedade é a segurança e celeridade com que os tribunais decidem os casos quando chegam a uma determinada conclusão acerca de um tema e não a modificam sem uma motivação razoável e racional em casos futuros.

O Supremo Tribunal Federal, em seu Pleno, apreciando o Mandado de Injunção (nº 000000581/400), manifestou seu entendimento acerca do princípio da igualdade, cuja ementa no que se refere ao princípio assim constou:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO – PRETENDIDA MAJORAÇÃO DE VENCIMENTOS DEVIDOS A SERVIDOR PÚBLICO – (INCRA/ MIRAD) – ALTERAÇÃO DE LEI JÁ EXISTENTE – PRINCÍPIO DA ISONOMIA – POSTULADO INSUSCETÍVEL DE REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA – INOCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO DE LACUNA TÉCNICA – A QUESTÃO DA EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO COM OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – MANDADO DE INJUNÇÃO NÃO CONHECIDO.

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa.

---

<sup>262</sup> “De resto, uma interpretação estritamente científica de uma lei estadual ou de um tratado de Direito internacional que, se baseada na análise crítica, revele todas as significações possíveis, mesmo aquelas que são politicamente indesejáveis e que, porventura, não foram de forma alguma pretendidas pelo legislador ou pelas partes que celebraram o tratado, mas que estão compreendidas na fórmula verbal por eles escolhida, pode ter um efeito prático que supere de longe a vantagem política da ficção no sentido único: É que uma interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979. p.473.

Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem econômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejam tratamento seletivo discriminatório. [...]

Para o Supremo, a igualdade no tratamento dado pela lei ou *igualdade na lei* representa uma proibição expressa de qualquer forma de arbitrariedade legislativa, enquanto que a igualdade na *aplicação da lei* significa a imposição de que a lei deve ser aplicada igualmente para todos, sem subordinação a critérios discriminatórios.<sup>263</sup>

Essa interdição ao arbítrio tem correspondência com a segurança jurídica, valor essencial ao Estado Democrático de Direito.<sup>264</sup> Tanto que a primeira noção que qualquer cidadão faz acerca da igualdade perante a lei é transmitida pela idéia de que a lei é igual para todos os membros da coletividade, sem privilégios arbitrários, o que põe em relevo a imprescindibilidade da sua identidade com os *requisitos* de *generalidade* e *abstração* da norma jurídica.

O *princípio da generalidade* pressupõe a exigência de um tratamento igual das situações consideradas iguais. Conseqüentemente, quando a Constituição diz que “*todos são iguais perante a lei*” afirma que a *isonomia* se manifesta dentro da *legalidade* e esta nos limites daquela. Ou seja, não existe separação entre isonomia e legalidade, razão por que o Supremo afirmou com toda ênfase que “O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou complementação normativa”.

---

<sup>263</sup> Nesse sentido, o STF apreciou ação em que a empresa francesa Air France, operando no Brasil, não aplicava seus Estatutos ao trabalhador brasileiro, e considerou existir uma discriminação em razão da nacionalidade. Logo, entendeu que não estavam presentes quaisquer fatores que autorizassem a desigualdade (STF, RE 161.243-6-DF).

<sup>264</sup> “O Estado de Direito (direitos fundamentais) exige a democracia, como conseqüência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas que estrutura o edifício do moderno Estado de Direito.” NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.19.



Então, sendo o Supremo o intérprete da Constituição, é possível afirmar que a igualdade e a legalidade inspiram toda a ordem jurídica nacional, a ponto de a ausência de uma contaminar a validade da norma ou da decisão judicial. Neste sentido, Rawls esclarece que “o princípio da legalidade tem um fundamento firme na decisão consensual de pessoas racionais que querem estabelecer para si mesmas o grau máximo de liberdade igual”.<sup>265</sup> Por tais razões é que o *princípio da equiparação* exige um tratamento igual daquilo que não é no terreno dos fatos, mas juridicamente deveria ser, razão pela qual é meio à averiguação do respeito ao princípio da generalidade.

Máynez<sup>266</sup>, a propósito, lembra que Hans Nef, em sua obra “*Gleichheit und Gerechtigkeit*” (Igualdade e Justiça), apresenta dois pressupostos que acredita serem essenciais ao termo de comparação. Um é um “paradoxo afirmativo”: “*sólo puede ser igual lo diferente*”. Isto é, a diferença é o primeiro pressuposto necessário à postulação para a aplicação do preceito da igualdade, uma vez que só o diverso pode reclamar a igualdade. O outro, para o jurista suíço, é que os objetos, situações ou pessoas sejam comparáveis entre si, e para que isso seja possível é necessário que dois ou mais objetos de equiparação tenham algo em comum, apresentando uma relação.

No entanto, Máynez esclarece que concorda em agregar um terceiro elemento para complementar a fórmula, tal qual defende William Stern, e o denomina *tertium comparationis*.<sup>267</sup> Isso significa que é importante estabelecer os elementos necessários à equiparação quando a igualdade não se traduz em pura identidade, já que não se exige uma igualdade absoluta, mas sim a formulação de um juízo de equiparação envolvendo objetos, situações ou pessoas em determinado aspecto, ainda que ocorram diferenças noutros. A equiparação, portanto, supõe a existência de características relevantes e comuns entre o paradigma e paragonado, obrigando a se encontrar nesta relação de comparação a homogeneidade que põe em evidência algo de maior relevo a ser protegido e que justifica a necessidade de aplicação do princípio da igualdade.

A Opinião Consultiva n° 18 da Corte Interamericana esclarece como o princípio da equiparação opera. Ao deixar de considerar como relevante a situação “*de não documentado*” e assegurar *ao cidadão a igual proteção da lei*, a Corte celebrou não

<sup>265</sup> RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.262.

<sup>266</sup> MÁYNEZ, Eduardo Garcia. *Filosofía Del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2005. p.445-446.

<sup>267</sup> “*La base común de comparabilidad es, según sabemos, el llamado tertium comparationis, y debe permanecer idéntica en el comparar. Por ello William Stern asevera que la igualdad es una relación trimembre, puesto que requiere ‘además de las dos cosas comparadas a y b, una tercera c, el llamado tertium comparationis.’*” Ibidem. p.447.

apenas o valor da igualdade, mas se manifestou contrária a qualquer espécie de discriminação. Portanto, é possível afirmar que a igualdade contém em seu âmago uma dinâmica tão particular, própria mesmo, que não permite ser vista ou considerada em sentido estático. No caso do “*não documentado*” é dada relevância ao ser humano, qualquer que seja sua condição social, econômica, nacionalidade ou outra, mas ele está protegido pelo ordenamento jurídico de um Estado e, por conseguinte, este também é responsável pelo bem-estar daquele.

Nesse sentido, a igualdade não pode ser considerada somente como uma absoluta identidade de situações, fatos ou coisas. Isso explica a razão pela qual a norma jurídica, de uma maneira geral, regula diversas situações em que as desigualdades e igualdades não podem deixar de ser evitadas porque as variantes que integram o cenário da realidade são consideradas, de modo que a igualdade não seja uma proposição vazia e imaginária.

Operar a igualdade dentro de uma dinâmica é de tal ordem necessário que, se não conduzida adequadamente, pode levar a uma injustiça. Também aplicar a igualdade de forma “mecânica” – tal qual o braço de um robô –, direta e sem critérios conduz a desigualdades. Ademais, cumpre destacar que não é lícito adotar ou criar mecanismos casuísticos.

Dessa forma, a *exigência de diferenciação* em uma sociedade moderna, democrática, plural e solidária conduz o preceito máximo da igualdade a exigir critérios e valores que devem ser considerados para sopesar situações e, dessa forma, permitir à racionalidade operar em âmbito legislativo como a equidade ilumina a interpretação na aplicação do direito. Assim, o *preceito da diferenciação* como exigência para a valoração do princípio da igualdade é perfeitamente demonstrável, no âmbito legislativo, na idéia de concurso público para ingresso no serviço público, uma vez que a todos são concedidas as mesmas oportunidades, embora apenas aqueles que provem possuir melhores qualidades e aptidões sejam selecionados.

Pode-se sustentar que a exigência de diferenciação em muitas ocasiões guarda relação íntima com o princípio da solidariedade, como ocorre com o princípio da capacidade contributiva manifestado nos critérios de isenção fiscal e na progressividade das alíquotas que incidem sobre o imposto a ser recolhido.

Ainda neste caminhar, as limitações impostas ao Estado pela Constituição Federal quanto ao poder de tributar também denotam a necessidade de se conferir especial atenção ao princípio da diferenciação, de modo a inibir privilégios que venham a desviar o objetivo e o alcance das normas. Nesse sentido, o art. 150 da CF assim dispõe:

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional, ou função por ele exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; [...] VI – instituir tributo com efeito de confisco.

Portanto, evidencia-se a necessidade de se estabelecer o *conteúdo* e a *função* do termo de equiparação na aplicação do princípio da igualdade *na lei*, de modo que se possa tanto dar transparência, como criar uma fundamentação razoável e racional à sua função objetiva, isto é, cumpre examinar se foram regulamentadas de igual maneira as situações e relações iguais. Mas, havendo diferenciações, há de se prescrever sua justificação com base na *lógica interna da norma*, do fato social e da Constituição.

O *conteúdo* do termo de equiparação corresponde à situação real que se apresenta – fato ou coisa – e que impõe a reflexão acerca de sua importância para determinar a fixação de semelhanças ou diferenças que justificam ou não a sua existência de forma razoável e racional, bem como o conteúdo finalístico da norma à luz do fato social e dos valores da Constituição.

A decisão do Supremo mencionada contém, ainda, um outro elemento: a igualdade *perante a lei*. Para a Suprema Corte brasileira, a igualdade perante a lei significa uma “imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório”. Isso quer dizer que o aplicador da lei não pode criar mecanismos casuísticos. Com efeito, Rawls adverte que “os casos semelhantes devem receber

tratamentos semelhantes”<sup>268</sup> e esclarece que os critérios de semelhança são encontrados tanto nas próprias normas, como nos princípios de interpretação que lhes são aplicáveis.

Ademais, o preceito segundo o qual os casos semelhantes recebem soluções semelhantes, prossegue Rawls, “limita, de modo significativo, a discricção dos juízes e de outros que ocupam cargos de autoridade”, impondo que as decisões sejam fundamentadas à luz dos princípios e das regras sempre que promovam distinções ou diferenças entre pessoas ou situações.

Em qualquer caso particular, se as regras forem algo complicadas e pedirem interpretação, pode ficar fácil justificar uma decisão arbitrária. Mas, à medida que o número de casos aumenta, torna-se mais difícil construir justificações plausíveis para julgamentos tendenciosos. A exigência de coerência vale naturalmente para a interpretação de todas as regras e para justificativas em todos os níveis. Fica, por fim, mais difícil formular os argumentos racionais para julgamentos discriminatórios, e a tentativa de fazê-lo torna-se menos convincente. Esse princípio vale também em casos de equidade, isto é, quando se deve abrir uma exceção porque a regra estabelecida causa uma dificuldade inesperada. Mas com a seguinte ressalva: uma vez que não há uma linha definida separando esses casos excepcionais, chega-se a um ponto, como nas questões de interpretação, em que praticamente qualquer diferença fará uma diferença. Nesses casos, se aplica o argumento de autoridade, e é suficiente a autoridade do precedente ou do veredicto conhecido.<sup>269</sup>

O Estado de Direito exige um processo racionalmente concebido com regras universais quanto ao direito, ao processo e ao procedimento, do que decorre que “os juízes devem ser independentes e imparciais, e ninguém pode julgar em causa própria”.<sup>270</sup> A propósito, o provimento jurisdicional deve ser concedido por juiz ou tribunal independente e competente, que deve atuar de forma equilibrada. Os conceitos de igualdade e imparcialidade caminham lado a lado, tanto que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 afirma, em seu artigo 10, que “Todos homens têm direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial [...]”.

---

<sup>268</sup> RAWLS, John. Op. cit. p.260.

<sup>269</sup> Ibidem. p.260.

<sup>270</sup> Ibidem. p.262.

Para Luhmann, diferentemente do legislador, o juiz se compromete com a sua decisão e as premissas a ela vinculadas:

O decisivo é que apenas o juiz se vê confrontado com situações repetidas, tendo que decidir de forma repetidamente igual quando se apresentam premissas idênticas. O juiz submete-se ao princípio da igualdade de forma diferente que o legislador: ele não só tem que tratar igualmente as mesmas condições, mas também decidir da mesma forma os casos iguais. Com cada decisão ele se ata a casos futuros, e ele só pode criar um direito novo na medida em que reconheça e trate novos casos como constituindo casos diferentes.<sup>271</sup>

Assim, é importante observar que tal circunstância não compromete a liberdade do magistrado, uma vez que ele pode “*criar um direito novo*” quando enxergar que se trata de uma situação diferente. Ademais, as garantias ou prerrogativas da magistratura – inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade – são, em verdade, da sociedade, servindo como meio de assegurar a independência e a imparcialidade da atuação em prol da aplicação da justiça, o que significa que a vinculação ética às suas próprias decisões não viola sua independência, mas, ao contrário, a reafirma.

Dessa forma, aos olhos da sociedade quando o magistrado ou a Corte se afasta ocasionalmente das suas decisões para depois retomá-las deixa a parte sucumbente e gera em todos os membros da coletividade o sentimento de que as prerrogativas não foram suficientes para assegurar a imparcialidade e a independência. Isto porque a concepção que inspira o Estado de Direito é a supremacia do direito sobre o poder político ou econômico, questão bem traduzida pela feliz expressão de Luhmann: “o Estado de direito desenvolve-se no sentido do Estado protetor do direito”.<sup>272</sup>

Canotilho<sup>273</sup>, após chamar a atenção para o fato de o princípio da igualdade ser um dos “princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais”, esclarece que “esta igualdade é um pressuposto para a uniformização do regime de liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico”. Ou seja, a igualdade está a serviço da cidadania e da justiça.

---

<sup>271</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1985. p.35-36.

<sup>272</sup> *Ibidem*. p.53.

<sup>273</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

O Professor lusitano, um pouco mais adiante, põe em relevo os diversos conteúdos do princípio máximo da igualdade que se encontra no art. 13 da Constituição Portuguesa, merecendo destaque a “igualdade na aplicação do direito”:

A afirmação – “todos os cidadãos são iguais perante a lei” – significa tradicionalmente, a exigência de igualdade na aplicação do direito. Numa fórmula sintética, sistematicamente repetida, escrevia Anschütz: “As leis devem ser executadas sem olhar as pessoas.” A igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, como se irá verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais (cfr. TC. 142/85).<sup>274</sup>

A preocupação do próprio ordenamento jurídico com a igualdade na aplicação da lei é bem acentuada quando se assegura, inclusive nos direitos e garantias fundamentais, não só a igualdade ao acesso à justiça ou à ordem jurídica justa, mas também e com igual relevo a fundamentação das decisões<sup>275</sup> judiciais e, ainda, a *igualdade ao processo e ao procedimento*.<sup>276</sup>

---

<sup>274</sup> Ibidem. p.426.

<sup>275</sup> “A motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos, que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz, até sua submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais estampadas no art. 5º, CF, trazendo conseqüentemente a exigência da imparcialidade do juiz, a publicidade das decisões judiciais, a legalidade da mesma decisão, passando pelo princípio da independência jurídica do magistrado, que pode decidir de acordo com sua livre convicção, desde que motive as razões de seu convencimento (princípio livre convencimento motivado).” NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.217.

<sup>276</sup> Cândido Rangel Dinamarco esclarece que o “processo, como realidade fenomenológica, é uma entidade complexa em que figuram dois elementos distintos e interligados: o procedimento, como série de atos coordenados a partir de uma iniciativa de parte (demanda) e orientados a um provimento do juiz (no processo de conhecimento, sentença de mérito); e a relação jurídico processual, que é um vínculo dinâmico e complexo entre os sujeitos processuais (juiz, autor e réu) e se expressa nas inúmeras situações ocupadas por eles do princípio ao fim (deveres, poderes, faculdades, ônus, sujeição, autoridade). [...] Dado que no processo entrelaçam-se o procedimento e a relação jurídica vinculativa de seus direitos, entende-se que as normas processuais *stricto sensu* seriam os preceitos destinados a definir os poderes, deveres, faculdades, ônus e sujeição dos sujeitos processuais (relação jurídica processual), sem interferir no desenho das atividades a realizar (procedimento). Normas procedimentais, neste contexto, seriam aquelas que descrevem os modelos a seguir nas atividades processuais, ou seja, (a) o elenco de atos que compõem cada procedimento, (b) a ordem de sucessão a presidir a realização desses atos, (c) a forma que deve ser observada em cada um deles (modo, lugar e tempo) e (d) os diferentes tipos de procedimentos disponíveis e adequados aos casos que a própria norma estabelece”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol.I. São Paulo: Malheiros, 2005. p.84-85.

Marques de Lima<sup>277</sup> explica que desde a concepção de *status activus processualis*, idealizada por Häberle<sup>278</sup>, “passou-se a reconhecer nos direitos fundamentais um prisma processual”.

Assim, o direito ao procedimento<sup>279</sup> passa necessariamente pela observância do devido processo legal, que pressupõe a realização do direito de ação ou da ampla defesa e do contraditório, como também o de ser julgado por juízo ou tribunal competente, tudo como manifestação de pleno acesso à ordem jurídica justa<sup>280</sup> e garantia da certeza e segurança quanto ao cumprimento das regras estabelecidas, regidas sob o manto protetor do princípio da igualdade em todas as esferas<sup>281</sup>, harmonizado com o princípio da legalidade.

<sup>277</sup> LIMA, Francisco Gérson Marque de. *Fundamentos Constitucionais do Processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*. São Paulo: Malheiros, 2002. p.78.

<sup>278</sup> Felipe Derbli, a propósito do *status activus processualis* de Häberle, esclarece: “Merece destaque, ainda, o *status activus processualis*, expressão criada por Peter Häberle, que se faz presente na dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais, vale dizer, a relação entre o indivíduo e o Estado pela qual aquele toma parte na afirmação permanente dos direitos fundamentais pela via do processo, seja legislativo, administrativo ou judicial.” DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.93.

<sup>279</sup> “[...] Existen dos modelos fundamentalmente diferentes de la relación entre el aspecto procedimental y material. De acuerdo con el primer modelo, la corrección del resultado depende exclusivamente del procedimiento. Si el procedimiento ha sido llevado a cabo correctamente, el resultado es correcto. No existe un criterio independiente del procedimiento. De acuerdo con el segundo modelo, existen pautas de corrección independientes del procedimiento. El procedimiento es un medio para lograr esta corrección en la mayor medida posible, como así también para llenar los campos de acción que dejan libres estas pautas.” ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p.472.

<sup>280</sup> “A expressão ‘direito ao procedimento’ (*adequado*) é, na verdade, ampla, de forma a alcançar também o processo e toda a complexidade dos atos que sejam meramente procedimentais. *Procedimento adequado* é aquele que se mostra apto a por ele se exercerem as garantias processuais, no incremento da tutela buscada para a efetividade do interesse não satisfeito. Desobedecendo à *razoabilidade* no procedimento, o legislador navega em inconstitucionalidade. Isto porque o direito ao procedimento adequado constitui garantia fundamental, sendo corolário do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito. O *Direito ao procedimento (adequado)* passa, antes de mais nada, pela efetivação da cláusula *due process of law* e consiste substancialmente no direito aos valores processuais mais relevantes, sobretudo ao contraditório. A legalidade desponta como instrumento assegurador de certeza e segurança do procedimento, na proporção em que põe à disposição das partes as exatas medidas processuais de que poderão se valer e, ao mesmo tempo, impõe limitação ao arbítrio do juiz na condução do feito.” LIMA, Francisco Gérson Marque de. Op. cit. p.87-88.

<sup>281</sup> “O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possa criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão do sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. [...] O *intérprete/autoridade pública* não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas. Nesse sentido a intenção do legislador constituinte ao prever o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (*uniformização na interpretação da Constituição Federal*) e o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (*uniformização na interpretação da legislação federal*). Além disso, sempre em respeito ao

Na verdade, o princípio da inafastabilidade (CF, art. 5º, XXXV) já não representa apenas o mero direito ao acesso à justiça e do juiz natural. Vai bem mais além. É necessário que o Estado assegure a concretização destes direitos. Surge daí a noção de *tutela qualificada*, que se traduz na obrigação do Estado de prestar a Justiça de forma rápida, efetiva e adequada. O que o princípio da inafastabilidade diz quando garante uma tutela adequada é que o procedimento está assegurado; ou melhor, fica garantida uma tutela adequada à realidade do direito material.<sup>282</sup>

Por tais razões, também, é imprescindível o formalismo processual para se garantir o cumprimento “*das regras do jogo*”, afinal, como lembra Dinamarco, “*Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça.*” Esclarecendo ainda o Professor mencionado: “*E receber justiça, significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade.*”<sup>283</sup>

San Tiago Dantas, em alentado estudo intitulado “Igualdade perante a lei e *Due Process of Law* - Contribuição ao estudo da limitação do Poder Legislativo”, analisa a questão ora posta e assevera que tanto o legislador como o magistrado sofrem limitações impostas pelo princípio máximo da igualdade porque o Estado de Direito:

[...] não concebe a vida social senão regida por normas algébricas, isto é, suscetíveis de se aplicarem a valores concretos, e com todos igualmente compatíveis, sem o que se feriria o princípio superior da justiça distributiva, que a todos concede igual favor e impõe igual sacrifício.<sup>284</sup>

Vale destacar que o estudo referido, ainda que publicado em meados do século passado (1953), já chamava atenção para critérios de razoabilidade e proporcionalidade necessários à aferição da possibilidade de as leis “diferenciadoras ou classificadoras” serem consideradas arbitrárias, observando que a desigualdade é uma realidade e, por

---

princípio da igualdade, a legislação processual deverá estabelecer mecanismos de uniformização de jurisprudência a todos os tribunais.” MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral – Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federativa do Brasil – Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2005. p.82.

<sup>282</sup> ALEXY, Robert. Op. cit. p.472.

<sup>283</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p.134.

<sup>284</sup> DANTAS, F. C. de San Tiago. “Igualdade Perante a Lei e *Due Process of Law* – Contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo.” In: DANTAS, F. C. de San Tiago. *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p.38-34.



isso, que o direito procura “balanceá-la” para que a lei não contribua para uma “desigual proteção jurídica”.

Se analisamos os casos em que as leis diferenciadoras ou classificadoras ferem o nosso sentimento jurídico, e merecem o nome de arbitrárias, e os casos em que nos parecem corresponder a um agrupamento razoável de casos ou pessoas, logo percebemos que o nosso juízo se forma exclusivamente sobre a base de um exame subjetivo do valor igualitário da lei. Sempre que a diferenciação feita corresponde, no nosso sentir, a um *reajustamento proporcional* de situações desiguais, a lei satisfaz os requisitos da lei justa. Sempre que a diferenciação não correspondente a um reajustamento desses, patenteia-se o caráter de lei arbitrária, contrária ao Direito, e um tribunal americano se recusaria a ver nela *the law of de land*.<sup>285</sup>

Ou seja, mesmo a lei especial que visa equilibrar relações desiguais pode ser reconhecida pelo Poder Judiciário como inconstitucional, uma vez que a preocupação com a igualdade das partes no processo, no procedimento e, enfim, na aplicação da lei impõe limites que devem ser sopesados à luz dos princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, inspirados pelo preceito máximo da igualdade, que, por sua vez, ilumina o Estado Democrático de Direito.

#### 4.2 ÉTICA, RAZOABILIDADE E RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

A concepção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos como um *mínimo ético*<sup>286</sup> aceitável para a realização da dignidade de todos os homens soa como lembrança-advertência de que o Direito está prenhe pela ética em todas as suas manifestações.

---

<sup>285</sup> Ibidem. p.38-34.

<sup>286</sup> Mariá Brochado lembra que Trendelenburg enxerga uma identidade para o direito “encaixado no todo ético”, ressaltando que o autor alemão define Ética “como a realização objetiva da idéia universal da essência humana uniformemente na psicologia, considerando a moral e o direito o lado subjetivo dessa realização”. Mais à frente, a Professora de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais ressalta que foi Georg Jellinek, entre outros autores do século XIX, que desenvolveu a doutrina do mínimo ético e formulou a concepção de que cabe ao direito manter a comunidade sob o mínimo ético de que ela necessita para continuar vivendo. BROCHADO, Mariá. *Direito & Ética – a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006. p.42-55.

A decisão judicial, como lembra Luhmann, compromete o magistrado ou a Corte. O dever de fundamentá-la se impõe ao magistrado ou à Corte, assim como o compromisso *para com as premissas* vinculadas à sua decisão. Essa vinculação corresponde à manifestação do poder estatal afirmando valores, regras e princípios válidos para todos e interpretados à luz do ordenamento jurídico e das expectativas da sociedade.

Ademais, a decisão judicial, qualquer que seja ela, expressa o diálogo entre o judiciário e a sociedade, decorrendo sua legitimidade da sua fundamentação, que, por sua vez, deve observar o princípio da bilateralidade do processo, entre outras garantias e direitos fundamentais, e a partir daí afirmar as razões pelas quais adota e acolhe a argumentação de uma das partes e rejeita a da outra. Contudo, essa legitimidade, dotada de forte conteúdo ético, ao vincular o magistrado ou a Corte não lhe permite tratar casos iguais ou semelhantes de forma diferente, já que o Estado Democrático de Direito e a República repudiam a discriminação arbitrária.

Por outro lado, sempre foi comum o entendimento segundo o qual à época da formulação da lei o parlamento não poderia imaginar todos os fatos sociais e transformá-los em normas jurídicas, mas nos dias que correm a dinâmica da sociedade é de tal ordem que a jurisprudência tem, em muitas ocasiões, caminhado à frente da lei. Porque a todos é assegurado o acesso à ordem jurídica justa e o magistrado não pode se escusar de decidir alegando lacuna na lei. Deve-se ressaltar, ainda, que diariamente o magistrado se depara tanto com situações não previstas em lei como com leis anacrônicas.

As recentes decisões judiciais que reconheceram as relações homo-afetivas para fins de recebimento de pensão decorrente do falecimento de um dos parceiros, ou mesmo o direito à adoção pelo casal homossexual<sup>287</sup>, dão mostras de que o preceito da igualdade inspira cada vez mais a realização da dignidade humana e impõe o primado da ética, destaques na agenda do diálogo judiciário e da sociedade.

---

<sup>287</sup> É importante lembrar que no Brasil não existe lei regulando a adoção por casais homossexuais e que o Ministro Celso Mello arquivou em 2006 a ADI 3.300 movida pela Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, que pretendiam o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/1996 porque entendiam que a referida lei já havia sido revogada pelo atual Código Civil.

Noutro campo, doenças não reconhecidas como tais pela legislação durante anos receberam do judiciário o tratamento que a ciência lhe concedeu, a exemplo do alcoolismo. As ações que buscam modificar o nome das pessoas que se submeteram a intervenções cirúrgicas para correção do sexo também são acolhidas pelo judiciário, muito embora ainda sem a unanimidade desejada. Exemplos desta ordem engrandecem o Poder Judiciário e revelam sua enorme capacidade de dialogar com a sociedade sob o primado da ética, como também contribuem à formação de valores humanos necessários a uma sociedade plural em constante mutação, cuja capacidade de aceitação ao próximo representa a rejeição total aos movimentos de intolerância e indica a disposição do homem em direção à edificação de uma sociedade inclusiva, vivendo e celebrando a harmonia social.

Portanto, o mínimo que se espera do magistrado ou do Tribunal é seu compromisso ético com a sua decisão. Se ela não é respeitada pelo próprio magistrado ou pela Corte que a prolatou, quando em um caso subsequente se adota outra conclusão resta à sociedade a angústia e a perplexidade por não se saber em qual delas se fez justiça. Conseqüentemente, resta sem resposta a indagação a respeito das condutas aceitas ou toleradas pelo Poder Judiciário.

Sustentar que a igualdade na aplicação da lei fere a liberdade da magistratura é olvidar que a justiça é um serviço prestado à sociedade, afirmando e reconhecendo a dignidade da pessoa humana e a cidadania como valores de uma sociedade que almeja ser livre, justa e solidária.<sup>288</sup> A liberdade não se presta para abrigar a arbitrariedade que caracteriza decisões de um mesmo magistrado, ou de uma só Corte, em casos iguais ou semelhantes, mas com resultados diametralmente opostos.

---

<sup>288</sup> Ricardo Aronne, analisando a matéria em obra que recebeu o mesmo título (“O Princípio do Livre convencimento do Juiz”), põe em relevo a conexão que existe entre a motivação da sentença, que é um dever do juiz perante os jurisdicionados, e lembra a lição de J. R. Cruz e Tucci (Temas Polêmicos de Processo Civil, p.76), para quem “a discricionariedade do juiz, na formação do convencimento assentada na certeza moral, encontra, destarte, exatamente na motivação seu preço”, e destaca: “Afora todos os motivos de segurança das partes, sobre o qual há muito o que expor, a motivação da sentença tem, ainda, um caráter explicativo e de convencimento, no tocante à parte que veio à sucumbir no feito, mostrando-lhe que tal resultado não se deve a outros motivos além de incidência da lei ao caso concreto. Importa, na questão da segurança, a motivação, em haver maior controle crítico do ‘decisum’, de forma a ficar bem visível a vontade do juiz e suas bases, ao prolatar a decisão, possibilitando uma melhor verificação, ainda, dos limites do julgado, garantindo, assim, um direito fundamental as partes: o direito de defesa e a imparcialidade e independência do juiz. Outro fator de relevo, apesar de meramente técnico, está no sentido de maior contribuição ao enriquecimento e uniformização da jurisprudência.” ARONNE, Ricardo. *O Princípio do Livre Convencimento do Juiz*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996. p.48.

A propósito dos princípios da *razoabilidade* e da *racionalidade* como variáveis axiológicas indispensáveis à aferição da constitucionalidade das leis, sobretudo aquelas que estabelecem diferenciações entre pessoas ou situações, esclarece Siqueira Castro<sup>289</sup> que a moderna teoria constitucional atenta esse fenômeno, indicando “que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa”. Obviamente, vê-se, como consequência, que não é razoável, muito menos racional, admitir-se que logo depois de uma decisão judicial que conclua, ainda que incidentalmente, pela inconstitucionalidade de uma lei com base nos critérios de razoabilidade e racionalidade venha o mesmo juiz ou Tribunal a se deparar com igual situação e aí adote conclusão diversa.

A vinculação que o princípio da igualdade e a garantia do devido processo legal possuem para “operar como instrumento de controle da razoabilidade e da racionalidade das classificações legislativas de que se pode lançar mão quando exauridas as reservas classificatórias por divergência da Constituição”, lembra Siqueira Castro<sup>290</sup>, inspirou um dos mais renomados magistrados da Suprema Corte americana a falar em “cânone da ‘legalidade igualitária’ como sendo ‘*the usual last resort of constitutional arguments*’”.

Se o judiciário pode examinar a constitucionalidade de uma lei ou o mérito dos atos do Poder Público<sup>291</sup>, portanto, atos do legislativo e do executivo, com base nos princípios da razoabilidade e da racionalidade, por igual razão não se mostra razoável ou racional que se admita o conteúdo de uma decisão, de um mesmo magistrado ou Tribunal, que nega direito a uns, mas os reconhece a outros em casos iguais ou semelhantes. A razoabilidade e a racionalidade<sup>292</sup> são inerentes ao Direito, que é o

<sup>289</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.145.

<sup>290</sup> *Ibidem*. p.161.

<sup>291</sup> É bastante invocado acórdão da lavra do então Ministro Washington Bolívar do extinto Tribunal Federal de Recursos (Remessa ex officio n. 110.873-DF, julgada em 19 de agosto de 1986) que desconsiderou a exigência de prova de esforço físico em concurso público para candidato a delegado. A ementa é por si elucidativa: “Administrativo – concurso público – delegado de polícia federal – prova de esforço físico – teste de Cooper – 1 (Candidato que comprovou gozar de boa saúde física e psíquica, nos termos do art. 9º, inc. V, da Lei nº 4.878/65. A prova de esforço físico deve ser aferida nos termos legais e de forma razoável, pois Delegado manda e os agentes, em regra, é que executam as ordens; trabalha, usualmente, em gabinete e dificilmente, mesmo em diligência, teria ele próprio de sair correndo atrás de delinquentes. Precedentes do TRF. 2) Remessa e Ofício denegada.”

<sup>292</sup> A Comissão Interamericana de Direitos Humanos apreciou a petição 341/01 apresentada por Edison Rodrigo Toledo Echeverría contra o Estado equatoriano em que o peticionário denunciou uma pretensa violação ao seu direito à igual proteção da lei, sob o argumento de que fora dispensado intempestivamente e que sua causa perante os tribunais equatorianos postulando uma indenização havia sido negada devido a uma cláusula formal existente no contrato coletivo de trabalho e que em outros casos as Cortes não levou

resultado do pensar, do agir e do refletir humano. Esse movimento que o homem faz e que cria o direito decorre das suas necessidades, da realidade vivenciada, da experiência. O legislador não cria normas para um mundo imaginário, irreal, fantasioso. As normas são direcionadas para uma realidade social, política e econômica de uma dada sociedade em um determinado momento histórico. Por isso o trabalho do legislador deve procurar compreender a necessidade de leis justas, de paz social e reconhecer na dignidade e autonomia da pessoa humana valores essenciais à plenitude democrática.

Em outros termos, fruto da razão humana e do diálogo entre humanos em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, o Direito encarna valores superiores, tais como justiça, dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, solidariedade e bem-estar coletivo. Como decorrência lógica o direito nega validade ao arbítrio, que é tudo aquilo que não tem justificativa razoável, que não se sustenta porque seu critério é fundamentado na vontade, no capricho daquele que detém o poder. Onde está o arbítrio não está o direito. Não há vasos comunicantes.

Benjamin N. Cardozo, ex-membro da Suprema Corte norte-americana, em reflexão intitulada “A natureza do processo judicial”<sup>293</sup>, põe em relevo questões que marcam a atividade de um magistrado. Estuda e analisa a aplicação dos precedentes judiciais<sup>294</sup>, inclusive como e quando precisam sofrer alterações<sup>295</sup>, destaca a clássica

---

em conta este fato. Ao apreciar a demanda a Comissão destacou que seu trabalho “é determinar se o procedimento judicial, em sua totalidade, foi imparcial” e que seria necessário perquirir a existência de uma “justificativa objetiva e razoável pelo tratamento diferenciado”. Ou seja, a Comissão julgou inadmissível a petição, porém fixou a possibilidade de apreciar demanda que envolva a igualdade na aplicação da lei. Também no Relatório 39/96, Caso 11.673 (Marzioni vs. Argentina), 15 de outubro de 1996, a Comissão sobre o tema assim se pronunciou: “A Comissão é competente para declarar inadmissível uma petição e decidir sobre seu fundamento quando esta se refere a uma sentença judicial nacional que foi proferida à margem do devido processo legal, o que aparentemente viola qualquer outro direito garantido pela Convenção. Se, ao contrário, se limita a afirmar que a decisão foi equivocada ou injusta em si mesma, a petição deve ser desacolhida de acordo com a fórmula acima exposta. A função da Comissão consiste em garantir a observância das obrigações assumidas pelos Estados partes da Convenção, mas não pode fazer as vezes de um tribunal de alçada para examinar supostos erros de direito ou de fato que possam ter cometidos os tribunais nacionais que atuaram dentro dos limites de sua competência.”

<sup>293</sup> CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

<sup>294</sup> “Atrás dos precedentes estão as concepções jurídicas básicas que constituem os postulados do raciocínio judicial, e, mais atrás, os hábitos de vida e as instituições sociais que deram origem a essas concepções e que estas, por sua vez, modificaram mediante um processo de interação. Mesmo assim, num sistema altamente desenvolvido como o nosso, os precedentes ocuparam o terreno a tal ponto que é neles que devemos buscar o início do trabalho do juiz. Quase invariavelmente, o primeiro passo do juiz é examiná-los e compará-los. Se são claros e objetivos, talvez não seja necessário recorrer a mais nada. *Stare decisis* é, no mínimo, a regra operativa cotidiana do nosso direito.” Ibidem. p.9.

<sup>295</sup> “[...] Acho que a adesão ao precedente deve ser a regra, não a exceção. Já tive oportunidade de discorrer sobre algumas das considerações que a sustentam. Posso acrescentar que o trabalho dos juízes

afirmação de Holmes (“a vida do direito não tem sido lógica; tem sido experiência”)<sup>296</sup> e afirma que a “uniformidade deixa de ser um bem quando se torna uma uniformidade de opressão”.<sup>297</sup>

Todavia, embora o sistema dos precedentes seja bem diferente do nosso, em nenhum momento manifesta desacordo com a sua concepção, já que na obra referida o que mais fica presente e o diferencia é a preocupação com o sentimento de justiça da sociedade, com o bem-estar de todos e o reconhecimento de que é nas exigências ou necessidades sociais que se vai encontrar o Direito.<sup>298</sup> Se fosse possível dizer o núcleo central do seu pensamento estaria ele no reconhecimento de que o direito e a justiça devem ser vistos sob a ótica do cidadão:

Seria uma injustiça gritante decidir causas consecutivas com base em princípios opostos. Se uma causa foi decidida de modo favorável a mim ontem, quando eu era réu, devo esperar pelo mesmo julgamento hoje, se sou eu o demandante. Uma decisão diferente despertaria em mim um sentimento de ressentimento e erro; seria uma violação, material e moral, dos meus direitos.

Todos sentem a força desse sentimento quando dois casos são iguais. A adesão ao precedente deve então ser a regra, não a

---

aumentaria de maneira quase comprometedora se toda decisão passada pudesse ser reaberta em cada causa e não se pudesse assentar a própria fiada de tijolos sobre o alicerce sólido das fiadas assentadas pelos que vieram antes. A constituição do meu próprio tribunal talvez tenha tendido a acentuar essa crença. Tivemos dez juizes, dos quais apenas sete se reuniam a cada sessão. Quando se trata de uma questão similar, poderia ocorrer que uma causa decidida de certa maneira numa semana pudesse ser decidida de outra forma na semana seguinte se fosse então ouvida pela primeira vez. No entanto, seria intolerável se as mudanças semanais na composição do tribunal fossem acompanhadas por mudanças em suas decisões. Em tais circunstâncias, não há nada a fazer exceto acatar os erros de nossos colegas da semana anterior, gostemos deles ou não. Mas estou disposto a admitir que a regra da adesão ao precedente, embora não seja abolida, deve ser até certo ponto relaxada. Quando uma norma, após ter sido devidamente testada pela experiência, revela-se incompatível com o senso de justiça ou com o bem estar social, penso que deveria haver menos hesitação em admitir-se isso francamente e aboli-la por completo. Tivemos que fazer isso algumas vezes no campo do Direito Constitucional.” Ibidem. p.111.

<sup>296</sup> “[...] Quando se trata de determinar o significado dessas normas, onde devemos procurar? Em sua fonte, evidentemente; ou seja, nas exigências da vida social. Aí reside a probabilidade mais forte de descobrir o sentido do Direito. Do mesmo modo, quando se trata de preencher as brechas na lei, não é nas deduções lógicas, mas nas necessidades sociais que devemos buscar a solução.” Ibidem. p.90.

<sup>297</sup> “O interesse social atendido pela simetria ou pela certeza deve então ser comparado com o interesse social atendido pela equidade e pela justiça, ou por outros elementos do bem-estar social. Estes podem impor ao juiz o dever de traçar o limite em outro ângulo, de balizar o caminho ao longo de novas rotas, de determinar um novo ponto de partida do qual os que virão depois dele iniciarão suas jornadas.” Ibidem. p.82-83.

<sup>298</sup> Cappelletti também ressalta a importância do juiz “se inclinar sobre” a realidade social porque é chamado a decidir casos envolvendo pessoas reais, fatos ocorridos e vivenciados no dia-a-dia da sociedade. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p.105.

exceção, para que os litigantes tenham fé na administração imparcial da justiça.<sup>299</sup>

De fato, quando o mesmo Tribunal ou o mesmo magistrado decide casos iguais de formas diferentes a ninguém é dado o direito de fazer um cidadão acreditar, principalmente a parte prejudicada, que o princípio da imparcialidade e da independência tenha sido observado.<sup>300</sup>

Ciente do papel da jurisprudência para a manutenção da paz social, Carnelutti já advertia que a jurisprudência não era fazer qualquer direito, mas sim o direito justo. Este é o direito que nega o arbítrio, o capricho do detentor do poder de decidir que, à semelhança do agente público *de plantão*, age guiado pelo interesse particular, como proprietário da coisa pública, em nítido desvio ou abuso de poder.

Portanto, quando a decisão judicial gera incerteza e perplexidade perante a sociedade, que fica sem saber em qual caso se fez justiça, já que um mesmo Tribunal ou magistrado decidiu casos iguais ou similares de maneira diversas, surgem o problema da legitimidade ética da decisão judicial e a dúvida sobre em qual dos casos o arbítrio preponderou.

#### 4.3 A CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO DE RADBRUCH

Gustav Radbruch nasceu no dia 21 de fevereiro de 1878, em Lübeck. Na década de 20 foi Deputado ao Reichstag e ocupou o cargo de Ministro da Justiça na

<sup>299</sup> CARDOZO, Benjamin N. Op. cit. p.20-21.

<sup>300</sup> Leibholz afirma que todo Estado de Direito protege o magistrado, tanto em relação às partes do processo, como em relação às forças sociais existentes no Estado. Além disso, lembra Leibholz que o caráter inovador da atividade jurisdicional surge sempre que o juiz se depara com a necessidade de interpretar normas jurídicas vagas ou com fórmulas gerais, tais como boa-fé, a segurança e a ordem, o poder público, entre outras. É interessante observar, ainda, que no mesmo artigo Leibholz demonstra a necessidade de o juiz estar com a realidade social, que se diferencia entre os Países, o que justifica alterações de interpretação da lei: “*De ello se deduce que es función del juez en general y de manera especial el juez constitucional interpretar las normas jurídicas no en abstracto, sino adaptarlas a la realidad que debe ser reglamentada por las normas jurídicas. Sólo así comprenderse, por ejemplo, que una norma con el mismo contenido, el mismo texto y la misma motivación sea interpretada diversamente em diferentes países y pueda servir a diversos fines.*” LEIBHOLZ, Gerhard. “Poder Del Derecho y Poder Del Estado en la República Federal de Alemania.” In: REVISTA DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. vol.IV. n°2. Ginebra, 1963. p.266-273.

República de Weimar. Lecionou Direito Penal, Processo Penal e Filosofia do Direito nas Universidades de Königsberg, Kiel e Heidelberg, tendo sido expulso desta última em 1933 por razões políticas. Foi, porém, reintegrado a esta Universidade em 1945 na condição de Decano da Faculdade de Direito, na qual permaneceu até a sua morte, em 23 de novembro de 1945.

É interessante observar que sua expulsão decorreu da autorização concedida pelo parlamento alemão, em 24 de março de 1933, para Hitler editar normas com força de lei, inclusive suspendendo direitos e garantias individuais. Assim, com base neste ato, de 7 de abril daquele ano, foi promulgada a lei sobre “restauração do funcionalismo público”, que permitiu ao regime expulsar muitos professores das universidades.

A atualidade de Radbruch não ultrapassa apenas a noção de direito e justiça do direito natural clássico<sup>301</sup>, mas também a forma de enxergar a sociedade e, sobretudo, a maneira que adota para fazer filosofia, o que é perfeitamente visível logo no início da sua obra “Filosofia do Direito”:

A primeira ação voluntária do espírito é a de apartar o eu do dado e contrapô-los a fim de separar a realidade do valor. Ele aprende ora a suspender sua consciência valorativa, ora a colocá-la conscientemente. Desse modo, por um lado, a nossa atitude *cega para o valor* cria primeiramente do caos do dado o reino da natureza – pois esta não é senão o dado, purificado de valorações falsas. Quando, por outro lado, em atitude *valorativa* consciente, o espírito alcança consciência das medidas dessa valoração, das normas e das suas relações em face da natureza, surge o reino dos valores. A atitude cega para o valor, exercida de modo metodológico, é a essência do pensamento das ciências naturais; a atitude valorativa, executada de modo sistemático,

---

<sup>301</sup> A propósito, as considerações que Radbruch apresenta sobre o “mercado” e o surgimento do direito econômico são a mais perfeita demonstração da atualidade do seu pensamento, não apenas jurídico, mas político: “[...] Do ponto de vista do direito privado as relações econômicas são tidas simplesmente como relações entre duas pessoas privadas, as quais devem ser separadas no sentido de uma justiça compensatória. Ele não enxerga o terceiro e maior interessado de toda e qualquer relação econômica: o público em geral. Essa abordagem essencialmente jurídico-privada da economia bastava enquanto podia preservar a crença otimista no livre jogo das forças, na compensação autônoma do proveito próprio em favor do proveito comum. Esse dogma ruiu a olhos vistos quando, com a Guerra Mundial, veio o isolamento da economia alemã, e os movimentos econômicos dos indivíduos colidiram fortemente. Mas foi dessa experiência que nasceu o *direito econômico*. O direito econômico surge quando o legislador não considera mais as relações econômicas no sentido de compensação justa entre os participantes mais próximos, mas sim, prioritariamente, sob o ponto de vista do interesse econômico geral, da produtividade da economia, de sua rentabilidade; quando o Estado não permite mais o livre jogo das forças na esfera jurídico-privada, mas, pelo contrário, procura dominar suas leis de movimento social através de normas jurídicas, as quais, elas próprias fato sociológicos, são capazes de intervir efetivamente no movimento sociológico. Direito econômico é o direito da economia organizada.” RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. Tradução de Vera Barrow. São Paulo: Martins Fontes, 1999(a). p.93-94.



caracteriza a filosofia dos valores em seus três ramos: a lógica, a ética e a estética.<sup>302</sup>

Portanto, o direito como manifestação da obra humana é composto por valores e, por conseguinte, constitui um fenômeno cultural, um fato, uma realidade impregnada de valores.<sup>303</sup>

A Filosofia é a ciência do dever ser, dos valores, e, em conjunto com a lógica, ensina o homem a pensar; quando associada à ética mostra-lhe o caminho do bem; e junto à estética traz o sentimento do que é correto. Assim, para Radbruch, a Filosofia do Direito tem como objetivo estudar o valor do direito ou o direito ideal, o direito que deve ser. Já a Ciência Jurídica é dogmática e sistemática e procura encontrar o sentido da ordem jurídica positiva, do direito que existe.

Estas considerações iniciais se prestam apenas a demonstrar que não ocorreu modificação do pensamento do jusfilósofo alemão em torno do objeto de estudo da filosofia jurídica após 1945. Assim, o núcleo filosófico da proposição de Radbruch está abrigado em sua obra “Arbitrariedade legal e Direito supralegal”, cujo título por si só já informa qual é a hierarquia do Direito. Mas em “Cinco minutos de Filosofia do Direito” também há importantes definições que realçam a atualidade do seu pensamento.

Radbruch estava convencido, após doze anos de nacional-socialismo, de que este regime se apoiou na separação do direito da moral para praticar as maiores injustiças com aparência de legalidade. A formação positivista dos advogados e magistrados, acreditava Radbruch, também contribuiu para os inabilitarem a enfrentar a legalidade injusta.<sup>304</sup> Ademais, o jusfilósofo tinha consciência dos perigos que seriam

<sup>302</sup> Ibidem. p.6.

<sup>303</sup> “O direito é obra humana e como tal só pode ser compreendido a partir de sua idéia. [...] O direito só pode ser compreendido no âmbito da atitude referida ao valor. O direito é uma manifestação cultural, isto é, um fato relacionado a um valor. O conceito do direito não pode ser determinado de modo diferente do que o dado, cujo sentido é o de tornar real a idéia do direito.” RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.10-11.

<sup>304</sup> Carlos Miguel Herrera tanto põe em relevo essa questão (“*Em particular, estas tesis servirán de ariete para la acusación de complicidad con el nazismo, lanzada contra el positivismo en la posguerra, ya que, según jurista alemán, el positivismo de los juristas había mermado toda forma de resistencia contra las leyes de contenido arbitrario y criminal del orden nazi*”) como também a necessidade de o jurista participar da vida política do seu país, oportunidade em que defende uma reforma no direito penal e no sistema educacional para que os juristas tenham espírito social. Assim, sobre o programa da SPD a influência de Radbruch é perceptível, segundo Herrera: “El párrafo del programa consagrado al derecho muestra la influencia de RADBRUCH, quien siguió su elaboración em todas las etapas: es el autor, em primer lugar, de um borrador, y em seguida realiza el comentario del capítulo jurídico del anteproyecto. Participa luego em los debates del Congreso como delegado, y, uma vez el programa há sido adoptado, asegura su exégesis. Em este sentido, las preocupaciones de RADBRUCH se orientam – y orientam el

introduzidos à segurança jurídica com a noção de arbitrariedade legal e com a proposição consistente em negar validade jurídica às leis positivas injustas.

Assim, a conclusão primeira a que se pode chegar não do conteúdo da fórmula de Radbruch, mas da envergadura que ele impõe ao relativismo para pôr em evidência o valor da justiça diante de uma situação em que o direito positivo encobre a arbitrariedade estatal, é de que ele diz *como* filosofar e não apenas *o que*. Portanto, a importância do pensamento de Radbruch para este trabalho é reconhecida desde logo, uma vez que é possível a partir da sua *proposição* encontrar uma lei injusta tendo como paradigma o valor da justiça. Assim, obviamente, não é possível ao direito também compreender e aceitar duas decisões de casos iguais, mas com resultados distintos, porque é certo que em uma delas está presente a noção de *arbitrariedade legal*).

O pensamento radbruchiniano especificamente no pós-1945, que interessa mais ao presente trabalho, indica a seguinte proposição:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien em el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien em el de que el conflicto de la ley positiva com la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder lugar a la justicia.

Es imposible trazar una línea más exacta entre los casos de arbitrariedad legal y de las leys válidas aún a pesar de su contenido injusto. Empero se puede efectuar outra delimitación com toda exactitud: donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica.<sup>305</sup>

---

partido – em especial havia la reforma del derecho penal y la educación de los juristas em um nuevo espíritu social.” HERRERA, Carlos Miguel. *Derecho y Socialismo en el pensamiento jurídico*. Bogotá: Universidade Esternado de Colômbia, 2002. p.213-223.

<sup>305</sup> RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*. (Gesetzliches Umbrecht und Übergesetzliches Recht). Tradução de María Isabel Azareto de Vásquez. Argentina: Abeledo-Perrot, 1962. p.37. “O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deveria solucionar-se no sentido de que, o Direito Positivo afiançado pela promulgação e pela força, tenha também preferência quando for injusto e inadequado quanto ao conteúdo; a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja uma dimensão tão insuportável, que a lei deva ceder perante a justiça, como ‘Direito injusto’. É impossível traçar uma linha nítida entre os casos da injustiça legal e as leis válidas apesar de seu conteúdo injusto; mas pode ser estabelecida uma outra linha divisória com toda precisão: onde nem sequer se pretende a justiça, onde a igualdade, que constitui o núcleo da justiça é conscientemente negada no estabelecimento do Direito positivo, aí a lei, não é somente Direito injusto, mas carece totalmente de natureza jurídica.”

“O núcleo da justiça é a igualdade”, afirmou Radbruch para estabelecer a base pela qual seu pensamento questiona, mediante duas circunstâncias, a validade da norma jurídica, mesmo consciente do risco que estaria causando à segurança jurídica, que ele tem como valor de alta relevância.<sup>306</sup> As circunstâncias estão muito claras: (i) o direito positivo perde sua validade quando sua contradição com a justiça alcança uma “*dimensão insuportável*”; e (b) quando *conscientemente se nega a igualdade* (núcleo da justiça) as leis positivas não têm eficácia. Na primeira hipótese existe um limite do que é possível admitir, tolerar, aceitar como direito. Na segunda existe uma rejeição, uma negação ao direito quando conscientemente se nega a igualdade, que é o núcleo da justiça.

É interessante observar, ainda, que Radbruch convoca para integrar o direito a noção de que é possível corrigir excessos do legislador, com base em uma espécie de *condição de tolerância* e no preceito *máximo da igualdade*, que quando negado gera algo insuportavelmente injusto *porque a igualdade é o núcleo da justiça*.

Quando Radbruch reconhece que a validade ao direito positivo afiançado pela promulgação e pelo poder tem “preferência quando injusto e inadequado quanto ao conteúdo [...]” não impõe um vínculo total com a moral; ou melhor, admite uma *válvula de escape* como forma de preservar ao máximo a segurança jurídica. Em outras palavras, para Radbruch o Direito promulgado de acordo com o ordenamento jurídico e socialmente aceito não deve ser necessariamente justo ou correto para ser direito (*válvula de escape*), mas não pode ultrapassar a fronteira que o separa da extrema injustiça: o princípio da igualdade. Então, o marco para Radbruch dizer o que *é direito* e o que *é direito injusto* é o consciente solapamento da igualdade, que representa a medula da justiça.

Trata-se de um pensamento que encontra o equilíbrio necessário entre a segurança jurídica e os valores éticos imprescindíveis a uma civilização, tanto que é possível verificar que um dos seus sustentáculos é enxergar o direito sob a ótica do interessado, do cidadão, que, vivendo em sociedade, integra o processo de formação e transformação da cultura e do direito e, logo, conhece o que é ou não suportável pela sociedade. Um outro pilar com o mesmo valor hierárquico, até porque se encontra entrelaçado com o primeiro em uma relação dialética, é o reconhecimento que Radbruch

---

<sup>306</sup> “Pero la seguridad jurídica no es el valor único ni el decisivo, que el derecho ha de realizar. Junto a la seguridad encontramos otros valores: conveniencia (Zweckmässigkeit) y justicia.” Ibidem. p.36.

faz ao preceito da igualdade como medula do Direito, como sua própria essência, e, assim como o Direito, postula *corrigir* ou apontar o correto, já que a proposição formulada na idéia do *que é injusto não é direito* também almeja adequar para um fim (o direito) justo.

Essa comunicação estabelecida entre o direito e a sociedade pode ser bem aquilatada no art. 3º da Constituição Federal, que assim dispõe:

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 marginalização e reduzir as desigualdade sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, o supracitado artigo, identificando o que é justo e uma realidade injusta, reconhece a necessidade da sua correção (transformada), ou adequação para um fim (a justiça social). Ou seja, trata-se da mais adequada demonstração de que o direito visa não apenas regular a conduta humana em sociedade, mas também corrigir a realidade injusta. Portanto, é possível corrigir também as injustiças que estão na norma positivada, sempre que esta conduza a uma injustiça extrema, que não é Direito (logo, não corrigir conduz à injustiça).

Para Radbruch, o Direito está vinculado à justiça, à adequação e à segurança jurídica. Estes elementos não estão só em “Arbitrariedade Legal e Direito Supra Legal”, mas também em “Cinco minutos de Filosofia”. Partindo-se desta premissa é possível melhor entender o relativismo jurídico de Radbruch, diante da exigência de racionalidade e de justiça que impõe ao conteúdo do Direito.

Por isso, ressalta que o legislador não é o autor da lei, mas sim o Estado, e este não fala na elaboração da lei, senão exclusivamente na própria lei<sup>307</sup>, porque esta pode ser mais inteligente que seus “mentores” e o intérprete entendê-la melhor que eles, dada a dinâmica da sociedade e o reconhecimento de que o legislador não prevê todos os fatos sociais. A lei, portanto, deve ser interpretada de acordo com o momento de sua aplicação e em conformidade com os valores da sociedade.

---

<sup>307</sup> RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*. Santa fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999(b). p.44.

Ademais, a idéia do *bem comum*, entendido como bem que aproveita ao povo, é considerada por Radbruch, junto com a justiça, como finalidade do Direito. Em razão desta concepção, em “Cinco Minutos de Filosofia” Radbruch faz severas críticas aos positivistas, que, segundo acredita, ficaram sem saída diante das leis arbitrárias, cruéis, desumanas e criminosas no período do nacional-socialismo. O autor sustenta, ainda, que é possível substituir essa corrente de pensamento por outra:

Esa proposición se quiso complementar o substituir por otra: el derecho es lo que es útil al pueblo. Es decir: arbitrariedad, rompimiento de los contratos, violación de la ley son, en cuanto sean útiles al pueblo, derecho. O sea que, en la práctica, lo que al que tiene en sus manos el poder del Estado le parezca provechoso para la comunidad, por ejemplo cualquier capricho del déspota, cualquier pena sin ley ni sentencia, el asesinato de enfermos, son derecho. O lo es lo mismo, el provecho personal del gobernante se considera como interés común, y así el equiparamiento del derecho y el imaginario o supuesto interés del pueblo transforma un Estado de derecho en un Estado contra derecho.

No, no se puede decir que todo lo que es útil al pueblo es derecho; más bien a la inversa: sólo lo que es derecho aprovecha al pueblo.

Derecho es voluntad de justicia. Justicia significa: juzgar sin consideración de personas, medir a todos en la misma medida. Cuando se premia el asesinato del enemigo político y se ordena el asesinato de quienes pertenecen a otras razas, pero se castigan con las más crueles y deshonrosas penas los mismos hechos cometidos contra los correligionarios, no hay justicia ni derecho.

Quando las leyes niegan conscientemente la voluntad de justicia, por ejemplo, cuando los derechos humanos son arbitrariamente conculcados, carecen tales leyes de validez, el pueblo no está obligado a obedecerlas y los juristas deben tener el coraje de negarles el carácter de derecho.<sup>308</sup>

O pensamento radbruchiano é voltado a admitir a possibilidade de imperfeições no ordenamento jurídico que conduzem à injustiça extrema. Esta, por sua vez, sempre ocorre quando a igualdade, que para ele é a medula da justiça, é conscientemente negada. Se é possível ao judiciário exercer esse controle perante a obra do legislador, fundamentado neste princípio, com maior razão deve exercê-lo sobre si, seja como

---

<sup>308</sup> RADBRUCH, Gustav. “Cinco Minutos de Filosofia.” In: RADBRUCH, Gustav. Op. cit., 1999(b). p.71-72.

compromisso ético aos seus postulados, seja como condição prévia que o habilita a julgar atos do legislativo e do executivo.

A idéia de igualdade no pensamento de Radbruch é de tal ordem e hierarquia que em diversas passagens de suas obras há menção e preocupação com a universalidade da norma e a igualdade em sua aplicação, conforme se pode observar a seguir:

[...] A vigência absoluta de todo o direito positivo, portanto, não pode ser demonstrada em face da cada indivíduo.<sup>309</sup>

[...] Por isso o conceito de pessoa é um conceito de igualdade. Já se mostrou acima que o individualismo, ao considerar o indivíduo como um fim em si da ordem jurídica, não vê sua individualidade concreta, mas um indivíduo desprovido de individualidade, nada além do que a liberdade humana individualizada, e que com essa concepção de liberdade sem individualidade está simultaneamente instituída a igualdade de todos os indivíduos. No entanto, vimos também que contra esse conceito de indivíduo, despido de sua particularidade, e por isso igualmente subtraído de sua socialização, firma-se a concepção jurídico-social, que o substitui pelo homem concreto e socializado, tal como se expressa no patrão e no trabalhador, no operário e no empregador na diversidade de sua força econômica e social. Alheio, porém a esse desenvolvimento, o conceito de pessoa permanece um conceito de igualdade na medida em que se equiparam o poderoso e o impotente, o proprietário e o desprovido de bens, a frágil pessoa individual e a poderosíssima pessoa coletiva.<sup>310</sup>

[...] Segundo sua essência o direito reclama por justiça que, por sua vez, exige universalidade da lei, igualdade perante a lei. Uma exigência colocada na forma do justo significa, portanto, conceber ao outro aquilo que se reivindica para si mesmo [...].<sup>311</sup>

Se o direito econômico considera as relações econômicas sob o aspecto da produtividade político-econômica, o direito trabalhista as considera sob o aspecto da proteção do economicamente mais fraco contra o economicamente mais forte.<sup>312</sup>

[...] A igualdade diante da lei ou a proibição de tribunais de exceção, repousam somente sobre exigências da justiça, e não da utilidade.<sup>313</sup>

<sup>309</sup> RADBRUCH, Gustav. Op. cit., 2004. p.125.

<sup>310</sup> Ibidem. p.190.

<sup>311</sup> Ibidem. p.113.

<sup>312</sup> RADBRUCH, Gustav. Op. cit., 1999(a). p.97.

<sup>313</sup> RADBRUCH, Gustav. Op. cit., 2004. p.113.

Que el derecho sea seguro, que no sea interpretado y aplicado hoy y aquí de una manera, mañana y allá de otra, es, al mismo tiempo, una exigencia de la justicia.<sup>314</sup>

Derecho es voluntad de justicia. Justicia significa: Juzgar sin consideración de personas, medir a todos en la misma medida.<sup>315</sup>

Faz-se necessário ressaltar, ainda, que existe entre o pensamento de Radbruch e o de Leibholz uma interseção que não se limita a estabelecer um mecanismo de controle judicial para interditar o arbítrio, mas atribui-lhe a maior manifestação da injustiça. Com efeito, essa conclusão é obtida a partir da menção feita por Canotilho ao explicar que o princípio da igualdade também significa a igualdade na aplicação da lei<sup>316</sup>, abordando logo em seguida o que intitula de “Igualdade justa” para dizer que o Tribunal Constitucional Português concluiu que uma lei trata duas pessoas de forma desigual todas as vezes que a desigualdade de tratamento surge de forma arbitrária.

[...] Note-se, porém, que o princípio da proibição do arbítrio não se reduz, como poderá intuir-se desta sentença do TC, a um simples princípio de controlabilidade judicial do princípio da igualdade, pois o arbítrio é, como notou Leibholz (*Die Gleichheit vor dem Gesetz*, p.76), a “forma mais extrema da injustiça”.<sup>317</sup>

A questão crucial para averiguar a existência do arbítrio do ato praticado é o respeito ao preceito máximo da igualdade. Assim, configura-se o ato arbitrário como a violação ao princípio da igualdade, e, por conseguinte, sendo o arbítrio a maior manifestação da injustiça, que, por sua vez, não é direito, conclui-se que a lei ou a decisão judicial arbitrária não entra no mundo jurídico e, por isso, deve ser rechaçada.

---

<sup>314</sup> RADBRUCH, Gustav. Op. cit., 1962. p.36.

<sup>315</sup> RADBRUCH, Gustav. Op. cit., 1999(b). p.72.

<sup>316</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p.426.

<sup>317</sup> Ibidem. p.429.

#### 4.4 SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. HOMOGENEIDADE DE DIREITOS E UMA SÓ DECISÃO

A concepção do Estado Democrático de Direito e os problemas decorrentes do desenvolvimento industrial, tais como as grandes concentrações nos centros urbanos, as relações de consumo e de trabalho, as questões relativas ao meio ambiente, entre outros, conduziram os pensadores do Direito a imaginarem um sistema voltado à proteção contra as macro-lesões.<sup>318</sup> A idéia também partiu da constatação de que muitas pessoas tinham e ainda têm dificuldades de acessar a justiça por diversos fatores, que começam com a precária condição econômica e chegam ao medo de represálias.

Quanto às dificuldades do acesso à justiça, a realidade social dos grandes centros não difere muito daquela das pequenas cidades, onde os poderes político e econômico estão geralmente associados ou incorporados a uma só pessoa e as dificuldades para se encontrar emprego, colégio para filhos e alguns bens de consumo básicos à garantia da sobrevivência – água, luz, alimentação – inibem a grande maioria dos cidadãos a acessar o judiciário em busca dos seus direitos.

O constituinte de 1988, sensível às dificuldades da população, percebeu que o problema do acesso ao judiciário trazia conseqüências nefastas ao tecido social, agravando as desigualdades e contribuindo para um sentimento de orfandade da população mais pobre, geralmente a grande prejudicada, senão a única, como vítima do poder econômico.

As relações de trabalho, no campo e nas cidades, são exemplos eloqüentes do receio às represálias. Com efeito, dificilmente um trabalhador brasileiro aciona judicialmente seu empregador na vigência do contrato de trabalho porque sabe que perderá o emprego no dia em que esse receber a notificação.

Nas relações de consumo a desigualdade também não desaparece, embora não exista a dependência econômica entre as partes, mas é público e notório que produtos são postos à venda sem cumprir exigências mínimas ou que serviços são prestados de

---

<sup>318</sup> “A importância dos direitos coletivos e difusos reside no fato de que eles viabilizam ações concretas e eficazes contra as práticas ilícitas e socialmente danosas das grandes organizações impessoais, que se fortificam cada vez mais no mundo de hoje, o que não seria possível no período individualista dos direitos. Em outras palavras, os direitos coletivos de cidadania vêm impondo-se em face da incapacidade dos indivíduos de enfrentar isoladamente o Estado e as grandes organizações privadas impessoais.” NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.177.



forma inadequada. Indústrias causam danos ao meio ambiente e a populações inteiras porque se recusam a investir em pesquisas ou mesmo a adotar medidas preventivas. Tudo visando aumentar lucros.

Para coibir essa gana pelo aumento arbitrário dos lucros se imaginou um instituto processual que fosse capaz de proteger as pessoas diante dessas macro-lesões a direitos, como resultado da exigência de uma tutela qualificada. Disso decorre a substituição processual que legitima Sindicatos a agirem em juízo em nome da categoria, como também ao Ministério Público na proteção da sociedade – ao meio-ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, aos bens de valor artístico, estético, turístico e paisagístico – e também a diversas entidades, como associações e Partidos Políticos.

Ao invés de muitas ações versando sobre o mesmo objeto, ainda que todos não pudessem demandar pelas razões já expostas ou outras não ditas, muitos poderiam ingressar em juízo, e com isso várias decisões seriam proferidas sobre um mesmo tema ou objeto, como, por exemplo, na hipótese da contaminação do lençol freático de uma município que, invariavelmente, causa dano à população, seja por omissão da indústria poluente, seja em virtude da ausência de fiscalização do poder público.

Uma ação civil pública, uma reclamação trabalhista em que o Sindicato figura como substituto processual, um mandado de segurança coletivo ou qualquer outro procedimento previsto em lei que permita ao legitimado processualmente defender os interesses e direitos coletivos gera uma só sentença, sem qualquer discrepância, por óbvio. Portanto, o instituto não apenas facilita o acesso à justiça dos mais necessitados ou que estão impossibilitados, como também assegura a igualdade na aplicação da lei, sob o ângulo do ingresso na justiça e do respectivo resultado. Nesse sentido, contribui bastante para evitar o aumento da já concentrada renda nacional. Mesmo assim é muito pouco, já que não existe uma política judiciária voltada à promoção da cidadania, ao pleno acesso à justiça e ao combate à impunidade, que, como se verifica, não se limita ao âmbito penal.

Um exemplo marcante e de fácil constatação seria a criação pelo judiciário brasileiro de Varas e Turmas especializadas em julgar ações coletivas. Além de facilitarem o acesso à justiça, promoveriam o fortalecimento das associações, dos sindicatos e de outras entidades legitimadas a demandar em nome de uma categoria ou grupo de pessoas.

O pressuposto da criação de Varas ou Turmas especializadas é baseado na idéia de igualdade. Seriam priorizadas as ações coletivas porque responderiam a um maior número de pessoas, com menos custo, e, ainda, seriam fortalecidas as entidades organizadas pela sociedade civil, estimulando-se o pleno exercício da cidadania e aprofundando-se a democracia. No entanto, verifica-se uma total ausência de vocação dos pensadores do Direito, advogados, magistrados e membros do Ministério Público para imaginar soluções coletivas.

Há uma excessiva preocupação corporativa que prejudica o debate franco e lúcido, talvez porque a pauta da agenda nacional esteja sendo conduzida pela grande mídia<sup>319</sup>, que não se preocupa em descobrir as causas das grandes questões nacionais, tampouco em promover soluções voltadas à inclusão social.

Na verdade, o instituto da substituição processual representa a possibilidade de a justiça responder afirmativamente a um conjunto de cidadãos, devolvendo-lhes o crédito que deles fora ilegalmente subtraído ou assegurando-lhes acesso ao bem juridicamente protegido e negado, gerando uma credibilidade que ao judiciário se multiplicaria (mas a quem interessa a credibilidade da justiça?), sem olvidar o caráter pedagógico que representa, consistente no desestímulo à prática do litígio “porque compensa” que, estranhamente, criou no país a cultura de que o infrator, em tom de deboche, manda o lesado ir à justiça.

A urgência de diálogo entre sociedade e judiciário não pode se limitar apenas ao debate entre este e os poderes legislativo e executivo, como tem sido a prática corriqueira, ou mesmo se limitar a ouvir uns poucos pensadores, esquecendo-se os maiores interessados e a sociedade civil organizada, os quais poderão mostrar suas principais dificuldades de acesso ao judiciário.

As dificuldades quanto ao acesso do cidadão ao judiciário não se limitam a questões de ordem econômica e ao temor por represálias; vão bem mais além. Considerando-se o uso de uma linguagem incompreensível para a imensa maioria e a manutenção de uma simbologia distante da cultura e das raízes da nação, nota-se que o magistrado já ingressa na carreira sendo diferente, ainda que não deseje. O culto ao

---

<sup>319</sup> Atualmente, a mídia discute a diminuição da maioria penal, aproveitando-se de um bárbaro crime que comove a todos. Em nenhum instante a mídia pauta o problema estimulando a investigação das razões pelas quais fatos tão repugnantes ocorrem. Sente-se legitimada a partir do pressuposto de que só uma solução é capaz de enfrentar o problema, como se o sistema carcerário brasileiro, sobretudo quanto ao menor infrator, fosse um exemplo de re-socialização e, por isso, se pudesse imaginar esgotada sua missão. Ínsita à idéia de diminuição da maioria penal está uma política excludente.

direito positivo que despreza a *escola da vida* e a contribuição de outras ciências estabelece uma fronteira entre o direito e a sociedade, não condizente com a exigência de legitimidade do Estado Democrático de Direito.

Neste passo, convém lembrar que o compromisso para com a cláusula transformadora, abrigada no art. 3º da Constituição, é do Estado brasileiro e, portanto, de todos os poderes e da sociedade. A ausência de compreensão por parte dos poderes públicos do imperativo constitucional de uma política voltada à inclusão social explica a adoção de mecanismos autoritários e repressores, que deslegitimam o poder estatal perante a população mais carente e que efetivamente necessita da presença do Estado para que se sinta protegida.

A reconhecida ausência do Estado junto às populações mais carentes adotando mecanismos de inclusão social que assegurem aos pobres, sobretudo àqueles que formam grandes favelas urbanas, as condições mínimas de acesso a valores sociais adequados à vida em comunidade estranhamente não o deslegitima jurídica, ética e politicamente a julgar jovens e adultos que não tiveram oportunidade de vivenciar os valores que lhes são cobrados como conduta humana.<sup>320</sup>

---

<sup>320</sup> Giannino Guiso, advogado de defesa de Renato Curcio, em livro intitulado “*La Condanna di Aldo Moro: la verità dell'avvocato difensore di Renato Curcio*” (Milano: Editora SugarCo Edizioni Srl., 1979), promoveu, logo no Primeiro Capítulo, uma interessante reflexão acerca do Estado e da Sociedade (Tradução de Mário Ivo Dantas Cavalcanti): “No noroeste<sup>1</sup>, na Sardenha, onde eu vivo, existem duas ordenações jurídicas: uma, representada pelo código barbaricino<sup>2</sup>, transmitido oralmente, fundado na tradição e nos costumes, com suas leis morais, expressão de uma civilização milenar; a outra, representada pelos códigos escritos pelo Estado italiano, separada da primeira por um sulco profundo e inalcançável, porque imposto de fora, atrelada à burocracia administrativa, judiciária e policialesca e aos seus funcionários, quase sempre decadentes e freqüentemente corruptos. O dualismo código barbaricino-lei do Estado italiano não foi criado por tendências de caráter ou por escolhas caprichosas da comunidade pastoril, mas por uma necessidade histórica que encontra suas raízes na violência dos governos que sempre se apresentaram como opressores e predadores do patrimônio econômico e cultural dos sardos. ‘Rouba quem vem do mar’, diz um antigo ditado sardo que estigmatiza nessas poucas palavras toda uma experiência de dor e violência à qual o povo sardo foi submetido pelos governos que, progressivamente, tentaram colonizá-la. ‘Os predadores chegam do mar’, dizem os sardos, ‘também o Estado chega do mar’. Constranger os sardos a renunciar às normas comunitárias do código consuetudinário foi sempre a obsessão dos conquistadores que se alternaram na dominação da ilha. Giorgio Asproni, num de seus discursos de 1853<sup>3</sup> afirmou que ‘durante 120 anos a Sardenha foi governada como colônia; ali, o elemento nativo foi inexoravelmente apagado; os úteis eram aqueles da metrópole, a nós tocava o trabalho, a obediência e os suspiros: sobre a testa de cada sardo estava impressa a marca da mais repugnante escravidão’. Lembro que, quando eu era criança, o conceito de Estado muitas vezes me parecia incompreensível, já que na realidade cotidiana se contrapunha o modo de ‘fazer justiça’ de um ente abstrato, que se podia imaginar forte apenas olhando os policiais e o cobrador de impostos, e aquele do povo, que não precisava de fardas ou de outros sinais exteriores para ser imediatamente compreendido. Quando eu freqüentava o primário, foi raptado um colega de escola. Isso não era considerado um fato privado, mas um fato que dizia respeito a toda comunidade, já que um membro dela tinha sido atingido, violando as leis consuetudinárias que não permitiam que as crianças fossem alvo de violência. Por isso, de Nuoro e das cidades vizinhas partiram caminhões carregados de pastores na caça dos seqüestradores. Quando estes foram encontrados, foi um sargento da polícia, que tinha participado de um modo

inoperante da ação, quem os prendeu, enquanto a cidade organizou imediatamente uma festa popular para celebrar a liberação do refém. Os caminhões carregados de pastores com suas roupas típicas – traje de veludo, botas e barrete – e armados com espingardas de dois canos, com cartucheira na cintura, reentraram em fila na cidade. Os pastores disparavam no ar em sinal de alegria e o menino, apenas libertado, foi levado para o alto da cabine do primeiro caminhão e mostrado às pessoas que se aglomeravam nas ruas. No pátio de sua casa as mulheres distribuíam carne de carneiro, de vitelo, de porco, e vinho. A comunidade tinha reagido à ofensa aplicando aquelas normas que tinham virado consuetudinárias justamente para defender a própria comunidade, e que, como tais, eram patrimônio de todos. Não eram, pois, entendidas como uma superestrutura externa e avulsa do seu cotidiano. A aplicação desse segundo tipo de justiça – a lei do Estado – me parecia sempre brutal, cruel, nunca justa. Ouvia freqüentemente falar de condenações terríveis impostas aos pastores inocentes, de verdadeiras sevícias no confronto dos presos, de interrogatórios que duravam dias sob uma luz intensa apontada para o rosto, de pastores que eram enviados ao desterro e afastados assim do seu ambiente e das suas famílias. Meu pai, que tinha assistido aos fuzilamentos do polígono de Pratosardo, uma localidade nas proximidades de Nuoro, contou a mim e aos meus irmãos sobre este modo científico de matar. Explicou a fria sucessão dos preparativos: a chegada dos condenados numa carroça gradeada puxada por dois cavalos, seguida por uma outra carroça com os caixões que deviam recolher os corpos dos condenados; o momento do enforcamento, a cadeira apoiada no solo, o abaixar do sabre do oficial comandando o pelotão de fuzilamento, o tiro de misericórdia, as cabeças dos condenados inundando-se de sangue. O povo assistia em silêncio essas execuções. A prepotência do poder que ‘vinha do mar’, o desrespeito àquela que possamos considerar uma minoria étnica – no suceder-se das várias dominações – não se dava apenas através dos atos de repressão por parte da força pública, mas também através de atos repressivos de origem administrativa. Entre estes a Lei das Cercas<sup>4</sup>, promulgada em 1820, pode ser considerada uma das etapas fundamentais na tentativa de expropriar os sardos de sua identidade e de sua cultura. Essa lei garantia – a quem a cercasse com muros, sem limite de extensão – a propriedade da terra, que até aquele momento era pasto livre, e à qual os pastores, em qualquer época, podiam ter acesso com seus rebanhos. Vem assim introduzida na Sardenha, com a força, o direito de propriedade, que interrompeu a paz social e comunitária. O açambarcamento subverteu o sistema de livre aproveitamento dos pastos e acentuou a discórdia entre o camponês e o pastor. Mas a imposição dos códigos de ordenação jurídica do Estado, que regulavam o direito de propriedade, e a repressão dos reatos penalmente sancionados, constituirão para os camponeses e pastores sardos, principalmente para aqueles das zonas internas, um secular motivo de repúdio. As complexas instituições que regulavam o direito de propriedade contrastavam com a simplicidade da ordem consuetudinária. A sociedade sarda, de impoção patriarcal, pela estrutura própria de suas relações de produção e de propriedade e a peculiaridade dos núcleos sociais, constituídos na maior parte por camponeses e pastores ligados à propriedade dos meios de produção, não podia acolher inovações que erradicavam sua tradição. Eu mesmo lembro que, na sociedade pastoril, a maior parte das divisões de uma propriedade entre os membros de uma mesma família era custodiada aos homens anciãos, todos tidos como ‘homens justos’. Estes faziam parte da comunidade e não eram eleitos, mas a estima que gozavam os fazia depositários do papel de sábios no seio da própria comunidade. O processo de divisão da propriedade era simples e rápido: resolvia-se com a avaliação dos bens e com a definição de cotas de acordo com o número daqueles que tinham direito, aos quais eram pois atribuídas através de sorteio. Esse modo de procedimento não criava descontentes, enquanto freqüentemente a imposição do recurso às regras de divisão da propriedade, sancionadas pelo código civil, provocava entre as partes (até mesmo pela longa duração do processo) ódios e ressentimentos que muitas vezes levavam ao crime. Por isso os códigos do Estado, longe de responder a um empenho social, turbavam a harmonia da comunidade. Ainda hoje o código barbaricino regula – em especial modo nas zonas internas – a vida da comunidade. Tem os seus institutos e suas normas codificadas através de condutas seculares, sempre iguais e imutáveis. O furto, principalmente de animais, é exaltado se cometido contra uma outra comunidade, distante daquela de origem, porque além de ser um ato econômico, é um ato heróico e de ‘valentia’. O ladrão tem direito a ser pago por sua ‘valentia’ pelo assaltado, que reconhece, assim, a habilidade do adversário e paga o preço por sua incapacidade de cuidar do próprio rebanho. Na tradição pastoral esse instituto jurídico – ‘de abonamento’ – consiste na dação de uma soma ao abigeatário para poder retomar os animais roubados. Segundo o código do Estado a figura jurídica do reato é a extorsão, por vezes agravada; para o pastor é apenas o reconhecimento de sua habilidade. O abigeatário ‘hábil’ passa a ser temido e respeitado. Orune é o Supremo Tribunal de Justiça<sup>5</sup> por excelência do furto de animais e os seus abigeatários são lendários: conhecem os carreiros<sup>6</sup>, os atalhos, os percursos mais intransitáveis, e são capazes de percorrer em uma única noite longas distâncias. Lembro que, quando criança, os mais velhos contavam os vários feitos destes profissionais que expropriavam, nas zonas mais ricas do Pattadese e do Ozierese, inteiras manadas e rebanhos. Num processo um promotor, entendendo a

distância percorrida em uma só noite por um orunese<sup>7</sup> que transportava o rebanho roubado, ficou tão maravilhado que perguntou ao proprietário se as suas ovelhas eram ‘ovelhas de corrida’. O abigeatário apareceu na Sardenha não apenas como ato de ‘bravura’, mas também como necessidade do pobre de subtrair do rico uma parte de sua riqueza para garantir a própria sobrevivência: é um meio de justiça social e de redistribuição de riqueza. Na tentativa de conter o fenômeno do abigeatário, no século passado<sup>8</sup>, os ricos proprietários obtiveram do rei uma lei especial, ainda hoje vigente na Sardenha, através da qual se instituiu a anágrafe do rebanho: cada animal dever ser marcado a fogo com as marcas do proprietário e do município, e ao dono é expedido uma carteira de identidade, chamada ‘bollettino’<sup>9</sup>, atestando as várias transferências de propriedade do animal. Apesar da introdução dessa lei o abigeatário continuou e continua a existir. Para compreender tudo isso é necessário levar em conta que, em uma sociedade impossibilitada de qualquer fonte de riqueza que não seja o pastoreio, e portanto de uma cultura alternativa ao mundo pastoril, o pastor só consegue vislumbrar como única fonte de sobrevivência a relação homem-ovelha; da ovelha ele retira tudo aquilo que é necessário a si mesmo e a sua família: leite, lã, queijo, carne. Os produtos do pastoreio são para ele objetos de escambo para obter outros gêneros de primeira necessidade. Portanto o furto de animais e a ‘bardana’ (expedição e rapina contra outras comunidades vizinhas) é a tentativa de ocupar um espaço vital que de outro modo o pastor não conseguiria obter. O fruto dos vários roubos, principalmente na Sardenha mais interna – isto é, naquela parte da ilha menos contaminada pelas influências externas que, durante séculos foram determinantes para a transformação do patrimônio cultural das populações das áreas costeiras e da planície, mais sujeitas às penetrações e invasões – beneficiava, de muitas maneiras, a comunidade. Esta socialização é um dos fenômenos aparentemente mais estranhos, levando-se em consideração que a vida cotidiana do pastor sardo é caracterizada por uma solidão e por um individualismo quase radical, devido ao isolamento e às peregrinações solitárias durante a maior parte do ano a causa das transumâncias<sup>10</sup> nos vários pastos selvagens da montanha e da planície. Transformado em bandido o pastor mergulha no âmbito social de sua comunidade de origem encontrando proteção, hospitalidade e cumplicidade, além de admiração pois ‘roubar e saquear não apenas é um fato econômico, mas também um fato heróico’. O bandido distribui à sua comunidade uma parte do fruto da sua ação e, mantendo longe das zonas por ele percorridas os abigeatários de outras aldeias, retribui à comunidade a proteção que lhe foi ofertada. Na mentalidade do povo o bandido adquire os traços de um generoso e obstinado defensor dos próprios direitos pois, na maior parte dos casos, ele torna-se foragido pela recusa em aceitar as intermináveis prisões preventivas ou as verdadeiras perseguições colocadas em prática por um outro código: aquele do Estado. E é exatamente a causa do choque entre estes dois códigos que a comunidade, sentindo como seu o código barbaricino, tributa ao bandido uma confiança e uma estima mitificantes, e ao Estado o menosprezo típico que os governados reservam aos governantes que impõem a própria política com a força. Mesmo o comportamento da comunidade com o pastor liberado do cárcere diverge profundamente daquele adotado pelo Estado: à abstratividade da norma constitucional que, teoricamente garante a ressocialização de quem cumpriu uma pena, contrapõe-se a concretude da norma consuetudinária barbaricina que, no instituto ‘de sa paradura’<sup>11</sup>, cumpre plenamente a concretização da ressocialização do ex-detento. A tradição diz que, ao pastor liberado da prisão, depois de um longo encarceramento preventivo ou depois do cumprimento da pena, a comunidade lhe conceda, com um ato individual e coletivo ao mesmo tempo, a possibilidade de recomeçar uma vida digna e livre. Com este propósito cada pastor presenteia o liberado com sua melhor ovelha, até reconstituir-lhe seu inteiro rebanho, fonte de sobrevivência para ele e sua família. O instituto ‘de sa paradura’ não faz distinção entre culpados e inocentes e a sociedade dos pastores acolhe o ‘desviado’ e o reintegra na comunidade, responsabilizando-se por ele concretamente. Ao contrário do Estado, que o persegue na prisão, durante períodos longuíssimos, e quando o libera, mesmo inocente, continua a persegui-lo com perquisições repentinas, convocações na Polícia, intimações ou formas mais graves de intimidação. E, do mesmo modo que não prevê nenhum ressarcimento para o inocente, não dá ao culpado solto um trabalho, assim que, ao recair de novo no delito, este não o faz mais por falta, mas por necessidade. Lembro que, quando era rapaz, já que os processos aos pastores e bandidos constituíam sempre um acontecimento de notável repercussão, quando em Nuoro vinha convocada a sessão do Tribunal do Júri, formado por juízes de Sassari, também eu me dirigia ao tribunal para assistir a esses processos. Todos os cidadãos participavam destes acontecimentos judiciais, já que o fato delituoso passava, freqüentemente, para um segundo plano diante da ‘grandeza’ dos personagens julgados que, mesmo acorrentados, eram admirados pelo povo, seja porque ‘balentes’<sup>12</sup>, seja porque corajosos e destemidos executores do código barbaricino: eram representantes do código barbaricino que eleva à norma jurídica a instituição ‘della vendetta’<sup>13</sup> e discrimina o delito punido pelo código do Estado. Estes processos não envolviam apenas os imputados, mas sim o vilarejo inteiro ou toda a comunidade interessada, que muitas vezes dividia-se em duas facções: os ofensores e os ofendidos. Este estado de coisas se intuía do comportamento dos vários membros de uma e de outra facção e do seu modo de

reunirem-se em grupos separados no interior da sala. Mas, diante dos juízes, a sua identidade cultural era sancionada quando, chamados a depor, evidenciavam o conteúdo de seus testemunhos com o silêncio, os ‘não sei’, os ‘não lembro’. Apenas os parentes, algumas vezes, agiam como testemunhas de acusação. A sentença, mesmo severa, era sempre recebida com muita dignidade pelos imputados e muitas vezes com desprezo pelos seus parentes com frases que estigmatizavam o comportamento da justiça e confirmavam a estranheza desta em relação ao mundo deles. Nos anos 50 o rigor das condenações, consequência de uma inimaginável ação repressiva contra o banditismo, representou um dos acontecimentos que os sardos se recordam até hoje. A força pública e os juízes agiam sempre de comum acordo para aplicar com a máxima dureza as normas repressivas. Os processos eram administrados de um modo assustador pelo poder. Francesco Coco, então procurador da República em Cagliari, se gabava de ter conseguido, em um único processo, ao menos 14 condenações à prisão perpétua. Até nas entrevistas aos jornais lembrava seu sucesso: ‘As investigações e a instrução que precederam o processo de Orgosolo foram particularmente difíceis: havia a necessidade de vencer a lei do silêncio<sup>14</sup> com a qual uma cidade inteira protegia os seus conterrâneos, e havia a esperteza dos imputados, todos dotados de uma extraordinária inteligência. Mas no final consegui realizar um bom trabalho: 14 condenações à prisão perpétua pedidas, 14 obtidas, 14 confirmadas até o último grau da justiça. Foi o primeiro e, creio, único processo no qual cominaram 14 prisões perpétuas das quais duas duplas’. Exatamente a respeito desse processo a gente sarda dizia e diz que muitos dos condenados eram inocentes. Não apenas, mas, já que entre os protagonistas dos fatos julgados estavam dois conhecidos informantes da polícia e os próprios fatos desde o início eram um tanto obscuros, a gente sempre suspeitou que foi posto em prática um teste de provocação para poder aplicar condenações exemplares. Os fatos diziam respeito às chacinas de Monte Maore e de Sedda Sa Ferula – onde foi roubado o dinheiro da folha de pagamento do ERLAS e mortos vários policiais da escolta – que, mesmo ocorridos a um ano de distância um do outro, foram relacionados por conexão. O ERLAS – entidade criada e gerenciada diretamente pelos americanos que, nos anos Cinquenta, contratando pessoal local, conseguiu debelar na Sardenha a antiga praga da malária – tinha trazido para a ilha a moeda. De fato, até aquele momento, particularmente nas zonas internas onde a economia pastoril era regida principalmente pela troca, a moeda circulante era mínima, já que o trabalho assalariado quase não existia. Portanto, os pagamentos que o ERLAS tão prodigamente distribuíam, atraíam grupos e bandos de pastores que para isso se uniam, para expropriar essa riqueza daqueles que, debelada a malária, pouco tempo depois progrediriam até a militarização da Sardenha, com a instalação de bases militares americanas. Os assaltos nas estradas estavam na ordem do dia: Orgosolo era o centro mais famoso. O campo se povoou de foragidos; alguns sanguinários e malvistas pela população, outros aceitados e respeitados pela comunidade pastoril. Foi na seqüência a esta roubalheira que a repressão se abateu violenta e, principalmente, de maneira indiscriminada e generalizada pois atingiu inteiras populações. As forças da ordem assediavam as aldeias e as revistavam mergulhando no caos as casas. Franco Cagnetta, no seu livro *Banditi ad Orgosolo*<sup>15</sup>, descreve alguns episódios, vividos por ele naquele período, que representam o clima de terror instaurado pelas forças da ordem: ‘Em 17 de setembro de 1950, por ocasião do homicídio do barbeiro Nicola Taras, que se dizia informante da polícia, 250 policiais armados, alguns até mesmo com metralhadoras, circundaram a cidade ao amanhecer. Todas as casas são revistadas. Os homens conduzidos à praça sob a ameaça das armas, as mulheres deixadas em casa sob a ameaça das armas’. ‘Depois de um controle sumário dos detidos através de listas de registro do cartório, 212 orgoleses<sup>16</sup> são transportados para as prisões de Nuoro em 15 caminhões. Uma prisão que entupiu as celas – escreverá a União Sarda – o registro de matrícula carcerária foi quase completamente preenchido pela detenção de quase toda a cidade. Depois de vários dias de cárcere 200 homens foram soltos e 12 enviados ao exílio mesmo ‘sem ter cometido o fato’, como resulta a sentença do Tribunal do Júri de Sassari. No dia 2 de janeiro de 1954, cerca de 500 policiais e agentes de polícia, por causa do assassinato do engenheiro Davide Capra, sitiaram durante a noite a cidade. São revistadas todas as casas, inclusive aquela do Prefeito. Centenas de homens, conduzidos com as mãos ao alto sob a ameaça das armas, são amontoados no prédio da escola. Graves maus-tratos são cometidos durante a operação pente-fino’. A ironia popular estigmatizou alguns destes fatos. Um, em particular, é ainda hoje famoso: um comandante da polícia, depois de uma ampla e infrutífera batida no Supramonte de Orgosolo, desceu desiludido até a cidade e se dirigiu à única fonte onde as mulheres tiravam água para as necessidades familiares. Encontrou as mulheres que, esperando a sua vez, tinham enfileirado suas jarras. O comandante furioso pelo êxito negativo da batida se dirigiu a elas gritando: ‘Prostitutas... prostitutas... onde estão os seus homens... velhacos...’ E alçando a metralhadora começou a disparar rajadas contra os cântaros, despedaçando-os. O povo sardo ainda hoje recorda o ‘Comandante Jarra’ – assim foi apelidado o heróico militar – e ri dele. Quando decidi ser criminalista, todo esse mundo, com suas leis consuetudinárias, simples, mas ricas de tradição e de cultura, e a repressão feita pelo Estado, a prepotência do poder e a inépcia dos seus funcionários, constituíam patrimônio natural de mim mesmo. No ato judiciário esta contraposição me

Pensar o coletivo é voltar os olhos a um Estado fortemente inclusivo, e o mecanismo da substituição processual, ainda que não represente um milagre, traz o alento de que a sociedade excluída pode vir a ter o direito de figurar no pólo ativo da relação processual batendo às portas do judiciário para reclamar igualdade *na lei e perante a lei*.

#### 4.5 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA APLICAÇÃO DA LEI À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA ALIENÍGENA

O princípio da igualdade tem conteúdo e dimensão extremamente relevantes para a ordem jurídica interna e externa, sendo, obviamente, objeto de manifestação por parte dos Tribunais. Por isso pode-se afirmar que a igualdade na aplicação da lei comporta um estudo cuidadoso para que o princípio não comprometa a evolução jurisprudencial, sobretudo no mundo atual, em que as transformações sociais recebem fontes diversas – avanços científicos, fluxo migratório de pessoas que consigo carregam sua cultura, concepção de uma economia “globalizada” e da formação de blocos regionalizados de países –, tornando-se cada dia mais premente a uniformização da jurisprudência, como também a elaboração de acórdãos doutrinários versando sobre os princípios que orientam o sistema jurídico.

---

aparecia em um modo ainda mais evidente e em todo seu radicalismo: o comportamento de rejeição ao Estado por parte dos barbaricinos é a reação à exploração e ao arrogante e contínuo exercício da opressão violenta e indiscriminada por ele adotado como método de controle social de um povo. Compreendi que, mesmo nos processos, falar de banditismo e de ‘vendetta’, significava antes de tudo compreender as condições sociais e econômicas do mundo dos pastores e as leis que o governam.” **NOTAS** 1. NUORESE: região próxima a Nuoro, na Sardenha [Nota do tradutor]. 2. BARBARICINO: de Barbagia, na Sardenha [Nota do tradutor]. 3. Atos do Parlamento Subalpino. Discussão na Câmara dos Deputados – IV – pág. 185 e seguintes [Nota do autor]. 4. LEI DAS CERCAS: em italiano “Legge delle Chiudende” – plural de “chiudenda”, tapume, tapagem, sebe, valado [Nota do tradutor]. 5. no original em italiano “Cassazione”, “Corte di Cassazione”, supremo tribunal de justiça, tribunal superior de recursos – usado como metáfora [Nota do tradutor]. 6. CARREIROS: trilha por onde passa o gado ou rebanho ovino [Nota do tradutor]. 7. ORUNESE: natural de Orune [Nota do tradutor]. 8. para os dias de hoje, no século retrasado, já que o livro foi publicado em 1979 [Nota do tradutor]. 9. BOLLETTINO: guia, recibo, comprovante [Nota do tradutor]. 10. TRANSUMÂNCIA: migração periódica dos rebanhos, da planície para as montanhas no verão, e vice-versa no inverno [Nota do tradutor]. 11. Do latim *parare* = preparar, constituir [Nota do autor]. 12. BALENTES: valentes, bravos [Nota do tradutor]. 13. VENDETTA: vingança, desforra, retaliação [Nota do tradutor]. 14. LEI DO SILÊNCIO: no original “Omertà” [Nota do tradutor]. 15. Cagnetta, *Banditi a Orgosolo*, Guaraldi, Florença 1975 [Nota do autor]. BANDITI AD ORGOSOLO: Bandidos em Orgosolo [Nota do tradutor]. 16. ORGOLESE: natural de Orgosolo [Nota do tradutor].

O princípio da segurança jurídica não pode ser regra voltada apenas a assegurar o fiel cumprimento dos contratos e obrigações entre os particulares, mas deve orientar a sociedade em torno de valores essenciais ao cumprimento da cláusula transformadora abrigada no art. 3º da Constituição brasileira. Ainda mais numa sociedade como a nossa, em que 20% (vinte por cento) da desigualdade social existente decorre de fatores fora do controle dos cidadãos, entre esses a escolaridade, a profissão dos pais, a raça e o local de nascimento. Esta informação consta do Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 2006 do Banco Mundial e esclarece que estes fatores inibem o crescimento do país.

Sem dúvida, as desigualdades sociais acabam refletindo dentro do judiciário, espaço eleito pela sociedade para dirimir seus conflitos de interesse. Apesar dos inúmeros institutos jurídicos que visam equilibrar a reconhecida desigualdade das partes – social, econômica e cultural –, não há uma política judiciária sequer voltada à promoção da igualdade na aplicação da lei, tampouco que estimule o conhecimento da realidade social e histórica do nosso país.

Fruto do cuidadoso trabalho de dois profissionais do Direito da Universidade de São Paulo – Ivan César Ribeiro e Brisa Lopes de Mello –, uma recente pesquisa comprovou não ser correta a conclusão apresentada em 2004 por três conhecidos economistas – Pérsio Arida, Edmar Bacha e André Lara Resende. Estes profissionais, sob o esteio de duas outras pesquisas, uma dirigida por Bolívar Lamounier e outra por Armando Castellar, afirmaram que os juízes brasileiros tinham um viés social e, por isso, se inclinavam em favor da parte mais fraca, gerando um clima de “incerteza jurídica” e desestimulando os investimentos. Os pesquisadores da USP primeiro foram conferir as premissas da tese dos três economistas mencionados. Analisaram 181 (cento e oitenta e uma) decisões judiciais do Estado de São Paulo e mais 84 (oitenta e quatro) de outros 16 (dezesseis) Estados.

Faz-se necessário esclarecer, ainda, que as pesquisas de Bolívar Lamounier e Armando Castellar foram feitas por meio do mecanismo de consulta a magistrados. O primeiro concluiu, como resultado das entrevistas, que 61% (sessenta e um por cento) dos magistrados entrevistados preferiam decidir a favor da parte mais fraca. O segundo confirmou essa informação, uma vez que em seu universo pesquisado os juízes afirmaram que a justiça social deveria preponderar na defesa do consumidor para 55%



(cinquenta e cinco por cento) deles e nas relações de trabalho para 45% (quarenta e cinco por cento).

A diferença é brutal! Com efeito, enquanto um grupo entrevistou o outro pesquisou as decisões judiciais.

É interessante observar também que os pesquisadores da USP apresentaram dois trabalhos. Um desenvolvido por ambos e outro apenas por Ivan César Ribeiro. O primeiro trabalho indicou que na hipótese de um litígio em que as partes buscam amparo na mesma lei aquela economicamente mais forte tem 45% (quarenta e cinco por cento) mais chances de vitória.<sup>321</sup> Também quando se trata de discussão envolvendo contrato prevalece a parte mais forte.

O outro trabalho<sup>322</sup> constatou que quanto maior a desigualdade social mais favorável ao poder econômico é o resultado. Como a pesquisa levou em consideração o cumprimento de cláusula contratual, uma das suas conclusões indicou que a imparcialidade da justiça é fundamental ao desenvolvimento econômico e que “a possibilidade de ser expropriado desencoraja o investimento externo”, mas também acentuou:

Entretanto, não é suficiente ter apenas os contratos que favorecem estes investidores sendo garantidos, mas é necessário assegurar a qualquer um que decida contratar que os acordos serão respeitados. Existem grandes obstáculos quando se trata de proteger os direitos do pequeno contratante e isso pode ser igualmente danoso ao desenvolvimento econômico.<sup>323</sup>

<sup>321</sup> Ver: GASPARI, Elio. “O viés dos juízes pelos pobres é lenda.” In: O GLOBO. São Paulo, 04 fev. 2007. p.12.

<sup>322</sup> Na nota de resumo do artigo de Ivan César Ribeiro (“ROBIN HOOD versus KING JOHN: COMO OS JUÍZES LOCAIS DECIDEM OS CASOS NO BRASIL? Tema 1: Eficiência e Efetividade do Estado Brasileiro) consta a afirmação de que o resultado da pesquisa demonstrou que: “a) Os juízes favorecem a parte mais poderosa. Uma parte com poder econômico ou político tem entre 34% e 41% mais chances de que um contrato que lhe é favorável seja mantido do que uma parte sem poder; b) Uma parte com poder apenas local tem cerca de 38% mais chances de que uma cláusula contratual que lhe é favorável seja mantida e entre 26% e 38% mais chances de ser favorecido pela Justiça do que uma grande empresa nacional ou multinacional, um efeito aqui batizado de subversão paroquial da justiça; c) Nos Estados Brasileiros onde existe maior desigualdade social há também uma maior probabilidade de que uma cláusula contratual seja mantida pelo judiciário. Passando-se, por exemplo, do grau de desigualdade de Alagoas (GINI de 0,691) para o de Santa Catarina (0,56) tem-se uma chance 210% maior de que o contrato seja mantido.” Ver: RIBEIRO, Ivan César. *Hood versus King John: como os juízes locais decidem caos no Brasil?* Disponível em: <[http://getinternet.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/IpeaCaixa\\_2006\\_Profissional\\_01lugar\\_tema01.pdf](http://getinternet.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/IpeaCaixa_2006_Profissional_01lugar_tema01.pdf)>.

<sup>323</sup> Ibidem.

Então, desenvolvimento, desigualdade social e igualdade na aplicação da lei merecem uma maior reflexão por parte do Estado, não só pelo respeito máximo ao preceito da igualdade, mas também em atenção à cláusula transformadora abrigada no art. 3º da Constituição, às garantias e direitos fundamentais, aos direitos sociais e aos limites ao poder econômico.

Não sem motivo, Radbruch, após lembrar que a essência do direito reclama “por justiça que, por sua vez, exige universalidade da lei, igualdade perante a lei”, passa a demonstrar que a exigência de liberdade civil e a sua realização decorreram do interesse e da força da burguesia em ascensão, mas que essa liberdade não poderia deixar de ser assegurada a todos porque era exigida como direito e, assim, se tornou um espaço eficaz ao proletário.

Esse exemplo nos ensina duas coisas: primeiro, que aquela “tradução e transposição” dos interesses econômicos através da forma cultural do direito significa a emancipação de uma legalidade própria do jurídico, que busca cada vez mais livrar-se da submissão aos interesses econômicos. Segundo, que esse direito, desdobrando-se conforme sua própria legalidade, é capaz, por sua vez, de reagir contra as relações de forças econômicas de que se originou, quer dizer, de tal forma que entre a base econômica e a superestrutura ideológico-jurídica exista uma ação recíproca.<sup>324</sup>

A atualidade desta reflexão pode ser bem mensurada por meio da evolução do Estado, do Direito Constitucional e do sistema Europeu de proteção aos Direitos Humanos, todos pensados a partir das lições apreendidas ao longo da primeira metade do atormentado último século. As dificuldades vivenciadas pelos diversos segmentos da sociedade brasileira, historicamente descompromissada com seu passado, estão a impor profundas alterações econômicas, é verdade, mas também de mentalidade.

A advertência de Cármen Lúcia Antunes Rocha soa forte quando chama atenção para o uso da expressão *todos* empregada na cabeça do art. 5º da Constituição Federal: “*Não se permite, portanto, pelo Direito Constitucional Brasileiro, a criação de sociedades paralelas, umas à margem de outras, com o estancamento social de*

---

<sup>324</sup> RADBRUCH, Gustav. Op. cit., 2004, p.33.

*algumas pessoas em contingentes jus-políticos e econômicos diferenciados.*<sup>325</sup> Walter Benjamin, noutros tempos, deu o tom e as cores ao tema: “*A tradição dos oprimidos ensina-nos que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é a regra.*”<sup>326</sup>

Por tudo isso é fundamental apreender e compreender como os Tribunais Europeus enfrentam a questão da igualdade na aplicação da lei, chamando particular atenção ao caso da Espanha, que, assim como Portugal e, mais tarde, Brasil, rompeu com uma ordem jurídico-política autoritária, superando também pífios indicadores sociais e econômicos não condizentes com o Continente.

A jurisprudência francesa, manifestada pelo Conselho Constitucional após este procurar construir uma noção jurídica de igualdade, juntamente com o Conselho de Estado, parte do duplo pressuposto de que a igualdade é absoluta e de que, existindo a desigualdade, “as distinções sociais não podem ser fundadas senão na utilidade comum”.<sup>327</sup> No âmbito do controle de constitucionalidade, o Conselho Constitucional ampliou consideravelmente este entendimento, porém sempre atento à máxima de tratar *igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*.

CC. n.79-107, DC 12 de julho de 1979 – Considerando 4

Considerando, de um lado, que se o princípio da igualdade perante a lei implica que para situações semelhantes sejam aplicadas soluções semelhantes, se disso não resulta que situações diferentes não possam ser objeto de soluções diferentes; que especificando em seu art. 4º que o ato administrativo que institui direitos autorais sobre uma obra que liga vias departamentais pode prever tarifas distintas ou a gratuidade, segundo as diversas categorias de usuários, para dar conta, ou de uma necessidade de interesse geral em relação às condições de exploração da obra, ou da situação particular de alguns usuários e notadamente daqueles que possuem domicílio ou local de trabalho ou nos departamentos envolvidos, a lei em questão determinou critérios que não são contrários ao princípio de igualdade perante a lei nem a seu resultado, o da igualdade perante os cargos públicos.<sup>328</sup>

<sup>325</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p.72.

<sup>326</sup> BENJAMIN, Walter. *Sobre Arte, Técnica, Linguagem e Política*. Tradução de Maria Luz Moita. Lisboa: Relógio D’Água Editores, 1992. p.161.

<sup>327</sup> ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Tradução de Carlos Souza. Barueri: Editora Manole, 2005. p.465.

<sup>328</sup> *Ibidem*. p.466.

É conveniente lembrar, assim, que Israel<sup>329</sup> faz importante esclarecimento a respeito da expressão “*interesse geral*”, afirmando que, no contexto em que está situada como capaz de justificar uma diferença de tratamento, é rara na jurisprudência francesa do Conselho Constitucional.

Para Konrad Hesse<sup>330</sup>, na Alemanha a Lei Fundamental assegura a igualdade jurídica formal (*igualdade diante da lei*) e material (*também o legislador está vinculado simetricamente ao princípio da igualdade*), valendo destacar a respeito da primeira que:

Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito, e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais, não aplicar direito existente a favor ou à custa de algumas pessoas. Nesse ponto, o mandamento da igualdade jurídica, deixa-se fixar, sem dificuldade, como postulado fundamental do estado de direito.<sup>331</sup>

A teoria de Leibholz a respeito do princípio da igualdade está assentada na necessidade de se interpretá-lo de acordo com o momento histórico-constitucional. Para Leibholz, só existe um “princípio da igualdade perante a lei: um princípio material, emergente do princípio geral da justiça e consistente na interdição do arbítrio”.<sup>332</sup> Pratica o arbítrio aquele que atua fora do direito e da justiça, do que decorre, em âmbito jurídico, um direito público subjetivo como forma de proteção ao cidadão diante de eventual tratamento arbitrário pela autoridade pública.

Tanto Leibholz como Walther Burckhardt, pensador suíço, consideravam essencial a difusão do princípio da igualdade como forma de realização da democracia e de limitação da discricionariedade legislativa, entendendo ambos que os direitos fundamentais, entre eles a igualdade, precedem ao atuar do legislador, pelo que este deve conformar seus atos ao preceito da igualdade.

<sup>329</sup> Ibidem. p.466.

<sup>330</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p.330.

<sup>331</sup> Ibidem. p.330.

<sup>332</sup> DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho – sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999. p.77.

De 1951 a 1971, Leibholz ocupou o cargo de juiz da Corte Constitucional de Karlsruhe, ocasião em que manifestou seu entendimento acerca do princípio da igualdade como proibição do arbítrio. A jurisprudência alemã, ao adotar a teoria de Leibholz, passou a pugnar pela necessidade de qualquer desigualdade concernente ao tratamento ser justificada por uma razão objetiva suficiente<sup>333</sup>, sob pena de ser considerada arbitrária. Assim, os tribunais da Alemanha começaram a se preocupar com o conceito de *razão objetiva suficiente*. Em outras palavras, reconheceram a partir daí que o princípio da igualdade abriga uma obrigação de justificação objetiva e identificável, estando diretamente relacionada com “*a natureza das coisas*”.

Já em 1953, a Corte Constitucional alemã definiu arbítrio como uma “Desadequação objectiva e manifesta da medida legislativa à situação de facto que ela visa regular”.<sup>334</sup>

Para Alexy<sup>335</sup>, o Tribunal Constitucional Federal objetiva, com a ajuda do conceito de arbitrariedade, solucionar o problema de valoração que está associado ao preceito geral da igualdade. O autor sustenta, ainda, que é possível detectar na jurisprudência do Tribunal sobre arbitrariedade duas correntes: uma defensora da idéia de que na aplicação do preceito da igualdade é preciso sempre existir um par, um termo de comparação; e outra que considera a igualdade uma “*prohibición general de arbitrariedad*”, cuja aplicação envolvendo os pares ou termo de equiparação não mais se representa relevante.

Na primeira hipótese o preceito da igualdade é violado quando para a diferenciação legal ou para o desigual tratamento não é possível encontrar justificativa suficientemente razoável e que decorra da natureza das coisas ou que seja concretamente compreensível. Já para a segunda corrente basta somente a existência da arbitrariedade no tratamento desigual para se caracterizar a violação ao preceito da igualdade.

---

<sup>333</sup> “De fato, o Tribunal Constitucional considera que há violação ao princípio da igualdade se ele não encontrar justificação *razoável* para a discriminação, neste caso ele procede a um controle de medidas ‘arbitrárias’.” FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004. p.74.

<sup>334</sup> *Ibidem*. p.87.

<sup>335</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.* p.388.

Vale destacar que Leibholz qualificou a arbitrariedade como uma versão aumentada da incorreção, o que significa, pelo raciocínio ao inverso, que um tratamento desigual não é arbitrário quando não apenas é a melhor solução ou então a mais justa, mas também quando existem razões plausíveis conhecidas para sua permissão.

A importância das decisões judiciais na Alemanha decorre da aplicação da regra segundo a qual a Lei Fundamental vale tal qual é interpretada pelo Tribunal Constitucional, além de possuir força jurídica que se manifesta de todas as formas quando se trata de casos idênticos. Todavia, a igualdade na aplicação da lei também é relevante na Alemanha em outras situações:

La fuerza como precedentes de las reglas de decisión se manifiesta no sólo en los casos en los cuales el Tribunal aplica reiteradamente una regla ya formulada, sino también justamente en los casos que la extiende a caso con nuevas características como así también en los casos en los cuales, debido a la existencia de una nueva característica, no lleva a cabo esta extensión.<sup>336</sup>

Assim, o sistema oferece igualdade e segurança jurídica, permitindo a todos usufruir confiança e estabilidade, elementos imprescindíveis, aí sim, ao progresso e desenvolvimento sócio-político-econômico de uma nação.

É importante observar, ainda, que por detrás das regras de decisões do Tribunal Constitucional Federal se forma uma rede relativamente ampla e densa de normas. A cada decisão nova aumenta a densidade da rede. Todavia, esta característica do sistema não o torna demasiadamente grande porque surgem casos novos, nos quais sempre emergem características particulares que podem ser utilizados para justificar eventuais diferenciações. Cumpre evidenciar também que, como precedentes, as regras de decisões possuem força vinculante apenas no primeiro momento. Ou seja, é possível deixar de aplicar uma regra de decisão, desde que sejam suscitados argumentos suficientes para isso. E ainda deve-se considerar que as regras de decisões não apagam a validade dos princípios; logo, sempre que os princípios não reclamam uma solução diferente daquelas que estão contidas nas regras de decisões não é necessária a formulação de nenhum exame de ponderação.

---

<sup>336</sup> Ibidem. p.538.

Ya esto pone claramente de manifiesto que el fortalecimiento racionalmente justificable de la argumentación iusfundamental no significa ningún encostramiento de la fuerza como precedente de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal. Naturalmente, esto implica, al mismo tiempo, que el grado de seguridad obtenible a través de los precedentes es limitado. Además, el grado de seguridad queda reducido a través de numerosas fórmulas del Tribunal Constitucional Federal que poseen un carácter extremadamente abierto. Con respecto a muchos de ellos, puede hablarse de un no reforzamiento reforzado a través de los precedentes. Ejemplos modélicos son el principio de proporcionalidad, la prohibición de arbitrariedad y la fórmula de la imagen de la persona.<sup>337</sup>

Nestas condições, o peso que joga o princípio da igualdade no sistema jurídico-político do povo alemão comprova que a justiça, como valor essencial de uma nação, impõe a interdição do arbítrio para assegurar a universalidade e a generalidade da norma, como pressupostos à sua segurança e confiança, elementos essenciais ao progresso e desenvolvimento.

Ademais, ao se traçar um paralelo entre o pensamento de Leibholz e o de Radbruch é possível evidenciar a sofisticação com que enxergaram a questão da justiça e da igualdade para a realização do ideal da democracia e da dignidade da pessoa humana. Observa-se, como decorrência, que a justiça se efetiva diante do caso concreto, que, por sua vez, encontra na generalidade e universalidade da lei o preceito da igualdade como espírito que agrega e conforma critérios de razoabilidade e racionalidade, necessários à previsibilidade das decisões judiciais como imposição e realização do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, do progresso e desenvolvimento social, econômico, político e cultural do ser humano.

Cristina Queiroz<sup>338</sup> aduz que o Tribunal Constitucional português tem manifestado com regularidade seu entendimento de que o princípio da igualdade significa essencialmente “proibição do arbítrio”, que significa “a proibição de medidas manifestamente desproporcionadas ou inadequadas à ordem constitucional de valores [...] e à situação fáctica que se pretende regulamentar ou ao problema que se deseja decidir”.

---

<sup>337</sup> Ibidem. p.539.

<sup>338</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p.121.

O Tribunal Constitucional espanhol, por sua vez, edificou sua jurisprudência na esteira da teoria de Leibholz, tal como, certamente, o alemão e o português. No entanto, o sistema parece ser mais completo porque as regras do jogo são por demais claras, até no que concerne à adoção de uma *válvula de escape* que não permite uma jurisprudência eterna e divorciada do seu tempo, e, para isso, estabelece regras.

De fato, a partir do Recurso de Amparo, cuja natureza é a garantia de direitos e a interpretação da Constituição, o cidadão espanhol dispõe de um instrumento processual hábil para discutir perante o Tribunal Constitucional se o princípio da igualdade na aplicação da lei foi observado. Contudo, o Recurso de Amparo não é remédio processual que se preste a proteger todo e qualquer direito subjetivo, tampouco a Constituição ou qualquer direito constitucionalmente previsto. Sua natureza extraordinária impõe que sua função se limite à proteção de alguns direitos constitucionais, especialmente aqueles assegurados nos arts. 14 a 30 (para os fins deste trabalho interessa apenas o art. 14, que consagra o direito à igualdade).

Isso quer dizer que diante de decisões de um mesmo órgão que sejam contraditórias, isto é, que estejam divorciadas do seu próprio critério, a parte lesada pode interpor o Recurso de Amparo perante o Tribunal Constitucional objetivando questionar se essa falta de harmonização e homogeneidade das decisões judiciais não caracteriza violação ao princípio da igualdade, de que fala o art. 14 da Constituição espanhola.

As fontes que regulam o Recurso de Amparo são a Constituição, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, outras leis e os Acórdãos do Tribunal Constitucional. A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (2.out.79), em seu art. 41, dispõe que o Recurso de Amparo se presta a defender e proteger os direitos e as liberdades dos cidadãos reconhecidos pelos arts. 14 a 29 da Constituição espanhola, decorrentes de disposições, atos jurídicos ou simples fato emanado dos poderes do Estado, das Comunidades Autônomas e dos demais poderes públicos de uma forma geral.

Quando ocorre violação ao princípio da igualdade, isto é, no caso específico de um órgão judicial decidir casos iguais de maneira diferente, cabe o Recurso de Amparo, mediante a comprovação de que os pressupostos do termo *de comparação* são essencialmente iguais.



O que visa a Constituição da Espanha é garantir a segurança jurídica e interditar o arbítrio, uma vez que um mesmo órgão judicial não pode se afastar da sua jurisprudência sem uma argumentação racional e razoável que justifique a mudança e, ainda, que responda satisfatoriamente a uma interpretação abstrata e geral da norma aplicável, não caracterizando, portanto, uma resposta *ad persona*. No entanto, isto não impede, segundo o entendimento do Tribunal Constitucional, que os órgãos judiciais modifiquem ou alterem seus critérios e afastem-se conscientemente de suas decisões anteriores. Esta transformação, então, deve ser consciente e razoavelmente fundamentada, além de constar expressa e claramente que dali por diante o critério de decisão será o que está sendo adotado, seja em atenção ao próprio conteúdo da decisão, seja em razão de outros elementos que passa a indicar, exigindo-se, ainda, nestas circunstâncias, a presença anterior de pronunciamentos coincidentes com a linha aberta que passa a adotar. Ou seja, a coerência deve marcar até a alteração jurisprudencial.

Se não observadas essas regras o resultado é o reconhecimento pelo Tribunal Constitucional de que ocorreu vulneração ao direito à igualdade nesta vertente, isto porque a decisão objeto de questionamento no Recurso de Amparo rompeu, apenas ocasionalmente, com a linha que vinha sendo adotada com uniformidade em casos essencialmente iguais. Portanto, a igualdade na aplicação da lei como exigência de uma igual decisão pelo mesmo órgão judicial pressupõe a existência de manifestação anterior e também a necessidade de comparação, a fim de se averiguar a identidade da matéria.

Vincular o magistrado à sua própria decisão, além do que já foi afirmado em linhas passadas, obriga-o a controlar seus juízos prévios em diálogo com juízos alheios, comprometendo-o eticamente com suas decisões e fazendo crescer sua independência, pois nenhuma idéia ou circunstância traz maior prejuízo à confiança da justiça que a aparência de arbitrariedade ou a independência sem sequer controle próprio daqueles que estão obrigados a realizá-la.

Investigar o conteúdo da função do *tertium comparationis* na aplicação do princípio da igualdade, de modo a imaginar critérios que promovam a homogeneização dos pressupostos necessários, é tarefa que preocupa a doutrina e o próprio Tribunal Constitucional. Assim, tem-se afirmado que o primeiro passo a ser dado é averiguar a existência de um termo de comparação idôneo. A preocupação em examinar se a diferença de tratamento introduzida pelo poder público pode ou não contar com uma

justificativa Constitucional razoável e suficiente exige que se constate previamente que para o mesmo fato foram aplicadas conseqüências jurídicas distintas.

Todavia, o *tertium comparationis* também pode ser utilizado como um dos elementos necessários à promoção da distinção entre o princípio da igualdade na lei e o princípio da igualdade na aplicação da lei, tendo como parâmetro a função objetiva de um e a subjetiva do outro. No primeiro, o *tertium comparationis* se presta a constatar a observância do cumprimento da exigência de igual configuração normativa e situações que decorrem dela, com independência em relação ao órgão que as adotou. No segundo, o *tertium comparationis* visa comparar atuações subjetivas dos órgãos como conseqüência da peculiaridade da função de aplicação das normas. O controle exercido em virtude do princípio da igualdade na aplicação da lei fica adstrito ao próprio campo de atuação e discricionário dos órgãos executivos ou administrativos e judiciários. Isto significa que o importante ao se levar a cabo o *tertium comparationis* é que o mesmo órgão aplicador da lei adote as mesmas decisões para os casos idênticos, salvo na existência de uma justificação derivada da Constituição.

A igualdade na aplicação da lei e o respeito às decisões judiciais anteriores pelo mesmo órgão aplicador tornam-se uma obviedade quando se assinala que o órgão julgador não se afastou da sua jurisprudência ou da doutrina que integra suas razões de decidir. Este último aspecto, a relação existente entre a doutrina e as razões de decidir, chama atenção porque demonstra uma outra fonte de vinculação do órgão aplicador, esta feita com a fundamentação doutrinária de suas decisões, e impõe cada vez mais uma justificação coerente e objetiva, não se permitindo rodeios e maquiagens que escondem a ausência de suporte factual e doutrinário.

Encontrar um novo compromisso à tarefa judicial, reconhecendo sua importância para a transformação da sociedade, baseada na criação de um direito justo plasmado na noção da igualdade como principal fonte do ordenamento jurídico nacional, representa um passo importante à emancipação do direito frente à discricionariedade que encobre o manto da arbitrariedade do aplicador da lei, passo fundamental para assegurar a igualdade judicial como fonte de direito e certeza jurídica, formando-se, só assim, uma verdadeira doutrina jurisprudencial que represente a emancipação do direito diante do poder econômico e político.

## CONCLUSÃO

*O verdadeiro lugar de nascimento é aquele em que lançamos pela primeira vez um olhar inteligente sobre nós mesmos: minhas primeiras pátrias foram os livros.*<sup>339</sup>

As sociedades nos dias que correm são complexas e abrigam uma diversidade cultural, étnica e lingüística ora laica ora profundamente religiosa, além de possuírem uma dinâmica veloz e fortemente mutável. Os chamados corredores migratórios testemunham que o homem ainda procura pelo éden seguro e próspero para trabalhar, criar seus filhos e estabelecer raízes.

Por outro lado, o capital financeiro reclama um mundo sem fronteiras e os países ricos, quase todos ex-colonizadores, não se cansam de postular acesso aos mercados dos mais pobres, embora não permitam a estes o acesso de pessoas e produtos, ainda que tenham de fazer uso de mecanismos econômicos que censuram, a exemplo dos subsídios agrícolas ou do muro em edificação entre o México e os EUA, para manter o equilíbrio necessário à imagem interna e externa de uma sociedade que se julga inclusiva.

A formação e junção de países em uma só comunidade, por meio do diálogo e consenso quanto aos interesses de um continente, representa também a vitória da razão humana sobre a prepotência da irracionalidade e barbárie da guerra.

Desde a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, sinalizava-se com a lógica da racionalidade. As Constituições ocidentais formularam os Direitos e Garantias Fundamentais como autênticos direitos das minorias contra as eventuais maiorias. E a Europa se preocupou com a efetividade e implementação desses Direitos ao criar a Corte Européia de Direitos Humanos, que na aplicação do direito adota um método próprio. Hoje, a autonomia dogmática do Direito Internacional dos Direitos

---

<sup>339</sup> YOURCENAR, Marguerite. *Memórias de Adriano*. Tradução de Martha Calderaro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. p.40.

Humanos é inquestionável e sua metodologia é adequada à materialização dos direitos fundamentais.

Eis o mundo do século XXI. Complexo, dotado de múltiplas culturas e desafios. Mas também pensado. Racionalmente pensado. O Judiciário deve estar preparado para reafirmar o homem e contribuir para que o Direito emancipe-se do poder econômico.

Neste contexto o Brasil se encontra. Seu desafio é maior porque durante séculos negou sua identidade de país colonizado e depois subdesenvolvido. Suas lideranças acreditaram na idéia de potência emergente, sem perceberem a necessidade de um forte mercado interno, ao qual precede uma política educacional, social e econômica altamente inclusiva. Mas esse desafio se torna maior e mais emblemático nos dias que correm, quando o país é visto dentro do continente latino-americano, todo marcado pela colonização e pelas desigualdades seculares, como uma vocacionada liderança.

Entre as muitas tarefas que a União Européia realizou e que a diferenciam de todas as demais tentativas anteriores para alcançar a unidade do continente uma é decisiva e marcante: A Comunidade Européia é uma criação de Direito.

O Direito realiza o que a espada e o sangue não lograram durante séculos. Esta é também a grande lição para a humanidade. É uma nova lógica. A importância do Tribunal de Justiça Europeu é imensurável. Cabe a esta Corte fazer cumprir o “direito comunitário europeu”, que, por sua vez, representa um sistema autônomo – diferente e acima do nacional – e uniforme para todos os Estados-membros, órgãos e instituições comunitárias, tribunais nacionais e quaisquer cidadãos ou pessoas jurídicas que se encontram em seu território.

Portanto, a uniformidade de uma legislação e a criação de um só Tribunal assegura também uma só jurisprudência e, logo, a igualdade de todos na aplicação da lei, essencial à segurança jurídica e ao progresso da economia.

Vencer uma mentalidade e conceitos arraigados por séculos certamente não foi tarefa fácil. O conceito de soberania, a hierarquia que ocupa o Direito Comunitário e que obriga a adaptação do direito interno, o papel que os Tribunais Constitucionais passaram a desempenhar, entre outras mudanças, trouxeram profundas alterações na

vida das pessoas e levaram universidades inteiras a imaginar soluções sempre inclusivas.

O Brasil e todos os países que integram o Mercosul precisam caminhar e a passos largos. Uniformizar a jurisprudência interna já não é só uma necessidade que decorre do princípio da igualdade, mas também uma pré-condição à harmonização do direito comunitário e à criação de um Direito e Tribunal Comum, como requisito para a construção de um ambiente seguro e igual para que todos os países-membros e seus cidadãos possam enfrentar os desafios da inclusão social e do crescimento.

Deve-se reconhecer, no entanto, que alguns passos foram dados e são significativos. A existência de um Sistema regional de proteção aos Direitos Humanos é extremamente importante. Com ele todos os membros da comunidade passam a ter acesso ao chamado mínimo ético aceitável. Contudo, mudanças são urgentes e necessárias para que o país ocupe a natural liderança que lhe cabe regionalmente. Uma delas é a mudança de mentalidade. Os tratados internacionais de Direitos Humanos precisam ser reconhecidos pelo judiciário no patamar que lhes cabe. O acesso à informação acerca dos Direitos Humanos deve ser urgentemente universalizado.

Por outro lado, não se cria a Corte Constitucional, assim como parece ser assunto superado ou convenientemente posto fora da agenda nacional que se saibam quais os efeitos advindos do não-cumprimento dos direitos capitulados nos arts. 8º, 24 e 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, os quais justificam plenamente o direito de todos os cidadãos brasileiros à plena igualdade na aplicação da lei e do precedente jurisprudencial, sobretudo quando a última decisão coube aos Tribunais Superiores, cuja missão de uniformizar a jurisprudência nacional já revela o quanto se distanciaram da própria razão de ser.

Ademais, quando o Estado brasileiro proclama, entre seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo, em seguida, o desenvolvimento nacional e obrigando-se a erradicar a pobreza e a marginalização, comprometendo-se, também, a reduzir as desigualdades sociais e regionais, o art. 3º da Constituição brasileira, além de integrar sua fórmula política, como salienta Bercovici e, logo em seguida, lembra Pablo Lucas Verdú, abriga a cláusula transformadora. Em outras palavras, esse compromisso com a transformação da sociedade significa a proibição do retrocesso social e a premissa de que a realização do princípio da igualdade guia e ilumina todo o texto constitucional, uma vez que os

objetivos eleitos pelo art. 3º possuem um ideal de Direito e de Justiça baseado em um Estado fortemente inclusivo.

Por tudo isso, sempre que ao cidadão for negado o direito à igualdade na aplicação da lei por parte do magistrado ou da Corte – que se traduz na vinculação de um ou do outro às suas próprias decisões, das quais só poderá se afastar com fundamentação razoável e que encontre justificativa doutrinária em manifestações anteriores, devendo ainda constar na decisão que o novo entendimento adotado a partir dali será mantido – poderá ele denunciar o Estado brasileiro à Comissão ou, por intermédio de entidade legitimada, comparecer diretamente à Corte Interamericana e buscar a reparação devida. Isto porque o preceito máximo da igualdade, que é o núcleo do Estado Democrático de Direito e visa interditar o arbítrio não só do legislador e do executivo, mas também do judiciário, é violado sempre que o magistrado ou a Corte, de forma injustificada e sem observância aos princípios da razoabilidade ou racionalidade, se afastar conscientemente das suas próprias decisões para logo depois retomá-las, deixando a forte certeza de que a decisão foi *ad personam* e casuística.

Ou seja, não se defende a eternidade da jurisprudência ou a solução única, o que se diz é que o direito à igualdade na aplicação da lei proíbe que o magistrado ou Tribunal modifique de forma irrefletida ou arbitrária sua decisão para depois retomá-la no caso próximo. Mas se o juiz ou a Corte altera sua posição anterior com objetiva e racional fundamentação jurídica, comprometendo-se a aplicá-la no futuro, a modificação torna-se legítima e não caracteriza julgamento *ad personam*, pois não representa uma ruptura ocasional.

Então, também são violados os direitos e garantias fundamentais, concernentes ao acesso à ordem jurídica justa e ao direito de ver sua causa apreciada por juiz ou tribunal imparcial, independente e competente, direitos assegurados pelos arts. 8º, 24 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Admitir-se o contrário, isto é, que não foram estes direitos violados, é dizer que o judiciário pode instaurar o Estado de Exceção, recusando aplicação aos Direitos e Garantias Fundamentais, fazendo o que nem a ordem jurídica positiva prevê e permite e a Corte Interamericana já afirmou não ser possível.

Esta realidade impõe ao judiciário brasileiro refletir acerca da necessidade de adotar uma política judicial voltada ao reconhecimento da existência de *grupos vulneráveis*, de modo que a estes o acesso à justiça seja assegurado em respeito ao

princípio da igualdade; mas também é fundamental reconhecer a mesma necessidade em relação à materialização dos direitos e garantias fundamentais, o que impõe um diálogo em âmbito interno e também com a sociedade civil, de modo que a realização da Constituição integre a agenda nacional, porque a correta administração da justiça implica em um Estado altamente inclusivo em todos os setores da vida humana e compromete os três poderes da República.

Talvez a história da humanidade não conheça um momento maior da arte do que o oferecido pelos impressionistas. As cores retratavam a beleza da vida em quadros que se moviam a sabor do olhar encantado de felicidade dos homens e mulheres, como se estivessem dialogando e anunciando a vocação de todos para viver em um mundo sem fronteiras, em que a igualdade haveria de ser a medula da Justiça e do Direito, como só a arte conhece as cores da felicidade.

**FONTES E BIBLIOGRAFIA**

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *História da Filosofia*. vol.1. Tradução de António Borges Coelho, Franco de Souza e Manuel Patrício. Lisboa: Editorial Presença, 2006.

AFONSO, Orlando Viegas Martins. *Poder judicial - Independência in Dependência*. Coimbra: Almedina, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

ALBUQUERQUE, Martim. *Da igualdade - Introdução à Jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

\_\_\_\_\_. “Una Defensa de la Fórmula de Radbruch.” In: VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2006.

ALMEIDA, Grégório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro - Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro Edições Profissionais, 1995.

\_\_\_\_\_. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.



ARONNE, Ricardo. *O Princípio do Livre Convencimento do Juiz*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. Atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2004.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídeo A. “Democracia Moderna e Processo Civil.” In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. *Processo e Ideologia - O paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BASBAUM, Leôncio. *História Sincera da República - Das origens a 1889*. São Paulo: Alfa-Omega, 1986.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENJAMIN, Walter. *Sobre Arte, Técnica, Linguagem e Política*. Tradução de Maria Luz Moita. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 1992.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento. Uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005.

BLOCH, Ernst. *O Princípio Esperança*. Tomos I, II e III. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

\_\_\_\_\_. *Igualdade e Liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações, 1995.

\_\_\_\_\_. *Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

\_\_\_\_\_. *Estado, Governo, Sociedade - Para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 2004(a).

\_\_\_\_\_. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2004(b).

\_\_\_\_\_. *Liberalismo e Democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006.

BODEI, Remo. *A Filosofia no Século XX*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANDÃO, Adelino (Org.). *Os direitos humanos - antologia de textos históricos*. São Paulo: Landy Livraria, Editora e Distribuidora, 2001.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BROCHADO, Mariá. *Direito & Ética - a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammégo (Coords.). *Direito Processual. Inovações e perspectivas. Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.

\_\_\_\_\_. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. Entrevista concedida ao jornalista Ricardo Rizzo. Disponível em: <http://www.artnet.com.br>.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northleat. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

\_\_\_\_\_. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARDOZO, Benjami N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *Como Nasce o Direito*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2005.

CARTA de São Paulo aos Gálatas, 3, 26-29.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSSIO, Carlos. *La plenitud del Ordenamiento jurídico*. Buenos Aires: Editorial Los Andes, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das Leis Processuais*. Tradução de Gilda Maciel Correia Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

\_\_\_\_\_. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

CRESCI SOBRINHO, Elicio de. *Dever de Veracidade das partes no Processo Civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CREVELD, Martin van. *Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e Tratados Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DANTAS, F. C. de San Tiago. "Igualdade Perante a Lei e *Due Process of Law* - Contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo." In: DANTAS, F. C. de San Tiago. *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol.I. São Paulo: Malheiros, 2005(a).

\_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2005(b).

DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho - Sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Ley e Inmunidades del Poder*. n.8. Lima, Perú: Palestra Editores, 2004.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Tradução de Dumia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional*. Lima, Peru: Palestra Editores, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. vol.I. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005.

GASPARI, Elio. “O viés dos juízes pelos pobres é lenda.” In: O GLOBO. São Paulo, 04 fev. 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Editora Revista ds Tribunais, 1990.

GUISSO, Giannino. *La Condanna di Aldo Moro: la verità dell'avvocato difensore di Renato Curcio*. Tradução de Mário Ivo Dantas Cavalcanti. Milano: Editora SugarCo Edizioni Srl., 1979.

HABERMAS, Jürgen. *O Ocidente Dividido*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

HEGEL, G. W. F. *Princípios de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. *Fenomenologia do Espírito*. Partes I e II. Petrópolis: Vozes, 2001.

HEIDEGGER, Martin. *Identidade e Diferença*. São Paulo: Vozes, 2006.

HERRERA, Carlos Miguel. *Derecho y Socialismo en el pensamiento jurídico*. Bogotá: Universidade Esternado de Colômbia, 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 2005.

HORN, Norbert. *Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica (Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie)*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Tradução de Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005.

JAYME, Fernando G. *Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

KERSTING, Wolfgang. *Universalismo e Direitos Humanos*. Porto Alegre: EDIPUC-RS, 2003.

KOLM, Serge-Cristophe. *Teorias Modernas da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos - Reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

\_\_\_\_\_. *A internacionalização dos Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2005.

LEIBHOLZ, Gerhard. *Die Gleichheit vor dem Gesetz – Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*. Tradução livre. Berlin: Verlag von Otto Liebmann, 1925.

\_\_\_\_\_. “Poder del Derecho y Poder del Estado em la República Federal de Alemania.” In: REVISTA DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. vol.IV, n°2. Genebra, 1963.

\_\_\_\_\_. *Conceptos. Fundamentales de la Política y de Teoría de la Constitución*. Colección Civitas. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964.

\_\_\_\_\_. *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna*. Colección Civitas. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos Constitucionais do Processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOSURDO, Domenico. *Hegel, Marx e a Tradição Liberal - Liberdade, Igualdade, Estado*. São Paulo: Editora Unesp, 1998.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Garantia do Tratamento paritário das partes." In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1985.

MAMAN, Jeannett Antonios. *Fenomenologia Existencial do Direito. Crítica do Pensamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MARINONI, Luis Guilherme. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelle de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Viviane Geraldine Ferreira. Montevideu: Konrad Adenauer-Stiftung E. V., 2005.

MARX, K. *Crítica ao programa de Gotha*. Obras Escolhidas. São Paulo: Editora Alfa-omega, s/d.

MÁYNEZ, Eduardo García. *Filosofia del Derecho*. México: D. F. Editorial Porrúa, 2005.

MBAYA, Etienne-Richard. *Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas*. 1997. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141997000200003&lng=pt&nrm=isso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200003&lng=pt&nrm=isso).

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O Poder de Celebrar Tratados - Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados à luz do Direito Internacional Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional*. vols. I e II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MIRANDA, Pontes. *Democracia, Liberdade, Igualdade - Os três caminhos*. Atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

MONDIM, Battista. *O Humanismo filosófico de Tomás de Aquino*. Tradução de Antonio Angonese. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 1998(a).

\_\_\_\_\_. *Grandeza e atualidade de Santo Tomás de Aquino*. Tradução de Antonio Angonese. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 1998(b).

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais - Garantia Suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2003.



\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos Fundamentais - Teoria Geral - Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2005.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à Justiça e Princípio da Igualdade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

MORENO, Fernando Díez. *El Estado social*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito - Dos Gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOUTOUH, Hugues; RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Igualdade Normas de Igualdade*. Revista Brasileira: Direito Constitucional. Vol.1. Justiça Constitucional. São Paulo: Método, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais - Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo & Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PASSOS, J. J. Calmon de. "A Formação do Convencimento do Magistrado e a Garantia Constitucional da Fundamentação das Decisões." In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva (Coords.). *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio; COLSA, Juan Manuel Uruburu. *História da União Européia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

\_\_\_\_\_. “A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos.” In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nadia de (Orgs.). *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006(a).

\_\_\_\_\_. *Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006(b).

PLATÃO. *As Leis*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro Edições Profissionais, 1999.

\_\_\_\_\_. *A República*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no Estado de Direito - O problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Almedina, 1990.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*. Tradução de Maria Isabel Azereto de Vasquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

\_\_\_\_\_. *Introdução à Ciência do Direito*. Tradução de Vera Barrow. São Paulo: Martins Fontes, 1999(a).

\_\_\_\_\_. *Relativismo y Derecho*. Tradução de Luis Villar Borda. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999(b).

\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMOS, André de Carvalho Ramos. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REVORIO, Francisco Javier Díaz (Comp.). *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Lima, Perú: Palestra Editores, 2004.

RIBEIRO, Ivan César. *Hood versus King John: como os juízes locais decidem caos no Brasil?* Disponível em: <[http://getinternet.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/IpeaCaixa\\_2006\\_Profissional\\_01lugar\\_tema01.pdf](http://getinternet.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/IpeaCaixa_2006_Profissional_01lugar_tema01.pdf)>.

RIUS, Oscar. *La igualdad ante la ley*. Córdoba: Editora Córdoba, 1987.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “Por uma concepção multicultural de direitos humanos.” In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para Libertar - Os caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

\_\_\_\_\_. “Integração Pluralista.” *Folha de São Paulo*, Tendência e Debates, 13 de nov. de 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e Ideologia - O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva., 2006.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Atlas, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2004.

SÓLON, Ari Marcelo. “A Polêmica acerca da Origem dos Direitos Fundamentais: do Contrato Social à Declaração Americana.” Texto da palestra proferida em workshop no 20º Congresso Mundial da *International Association for Philosophy of Law and Social Philophy*, em 23 de junho de 2001 (Amsterdã). In: REVISTA DA PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA USP. Vol.4. São Paulo, 2002.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes Éticos do Juiz - A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. São Paulo: LTr, 2003.

STALIM, J. *Materialismo Dialético e Materialismo Histórico*. Tradução de Olinto Beckerman. São Paulo: Parma, 1979.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro, 2006.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade das Decisões Judiciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

THOMSON ARANZADI. *Base de Datos Esencial de Jurisprudencia*. (CD-ROM). Incluye 14.000 documentos. s/d.

TREMPS, Pablo Pérez. *La reforma del recurso de amparo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004(a).

\_\_\_\_\_. *El Recurso de Amparo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004(b).

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. vol.1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no Domínio Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIGO, Rodolfo Luis. *De La Ley Al Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2005.

\_\_\_\_\_. “La axiologia jurídica de Gustav Radbruch.” In: VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2006.

VILLEY, Michel. *A formação do Pensamento Jurídico moderno*. Tradução de Cláudia Beliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

YOURCENAR, Marguerite. *Memórias de Adriano*. Tradução de Martha Calderaro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Karin Parefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZOLO, Danilo. “Teoria e crítica do Estado de Direito.” In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito - História, teoria, crítica*. Colaboração de Emilio Santoro. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ZVEITER, Waldemar. *A Gênese Judaica dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Topbooks Editora e Distribuidora de Livros, 2005.

## ANEXOS

**DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD ANTE LA LEY: Igualdad en la aplicación de la ley por jueces y tribunales:** cambio de criterio: requisitos para que tenga relevancia constitucional: a) acreditación de un «tertium comparationis»; b) existencia de alteridad en los supuestos comparados; c) identidad del órgano judicial, incluso en el nivel de Sección; d) ausencia de toda motivación que justifique en términos razonables el cambio de criterio; Jurisdicción y proceso contencioso-administrativo: rescate de concesión administrativa: identidad de los supuestos traídos a comparación: desigual aplicación de la ley por el mismo órgano judicial: total carencia de justificación del cambio de criterio: vulneración existente, que también arrastra la del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Voto particular formulado por el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas.

Recurso de amparo contra Sentencia, de 18-02-2004, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, desestimatoria del recurso de casación interpuesto contra Sentencia, de 05-02-1999, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que confirmó rescate de concesión administrativa en dominio público marítimo-terrestre. Vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad ante la ley y a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales: existencia: estimación del amparo.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1719-2004, promovido por don Luis M. A., representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús González Díez y asistido por el Letrado don Ramón C. Pelayo, contra las Sentencias de 18 de febrero de 2004 (RJ 2004\1097) de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de 5 de febrero de 1999 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que confirmaron el rescate de la concesión en el dominio público marítimo-terrestre ordenada por la Resolución de 28 de noviembre de 1995 del Ministerio de Obras Públicas y Medio Ambiente. Ha sido parte el Abogado del Estado en la representación que ostenta. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer de la Sala.

## I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 17 de marzo de 2004 don Luis M. A., bajo la representación procesal de la Procuradora doña María Jesús González Díez, interpuso demanda de amparo constitucional contra las resoluciones mencionadas en el encabezamiento.de.esta.Sentencia.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda son los siguientes:

a) El recurrente impugnó la Resolución de 28 de noviembre de 1995 del Ministerio de Obras Públicas y Medio Ambiente por la que se acordaba el rescate de la concesión administrativa en el dominio público marítimo-terrestre de la que es titular. La concesión había sido otorgada en 1954 a su padre, don Domingo M. G., sin límite temporal, con destino a hostelería. El restaurante, denominado «Casa Domingo», es de su propiedad.

b) El rescate de la concesión se acordó con el fin de poder llevar a cabo un proyecto de regeneración de la playa aprobado por Resolución de 19 de abril de 1991 de la Dirección General de Puertos y Costas del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo (MOPU). El proyecto constaba de dos unidades de actuación: el rellenado artificial de la playa y la remodelación del paseo marítimo con el retranqueo del actual. Para poder llevar a cabo el referido proyecto se consideró necesario el rescate de la concesión de la que es titular el ahora recurrente y de otra concesión más, en la que se encuentra el restaurante «Casa Julio», establecimiento emplazado a escasos metros del restaurante propiedad del recurrente en amparo.

c) En ambos casos se impugnaron en vía administrativa las resoluciones por las que se acordaba el rescate de las referidas concesiones y, frente a la desestimación de los recursos, los propietarios de los restaurantes «Casa Julio» y «Casa Domingo» interpusieron respectivamente sendos recursos contencioso-administrativos.

d) Por Sentencia de 16 de mayo de 1997 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, se estimó el recurso que formuló el propietario del restaurante «Casa Julio», por entender la Sala que el proyecto se efectuó sin necesidad de afectar a la concesión ni de proceder a la ocupación. El acta de recepción provisional de la obra de regeneración de la playa declaró concluidas las obras el 4 de junio de 1992, fecha anterior a la Orden por la que se declaró de utilidad pública tal ocupación, que es de 17 de febrero de 1993, por lo que, cuando se declaró extinguida la concesión, ya no existía el interés público que se pretendía satisfacer.

e) La Sentencia que resolvió el recurso del ahora recurrente en amparo, a pesar de haber sido dictada por el mismo órgano judicial –la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional– y ser de fecha posterior –la Sentencia impugnada es de 5 de febrero de 1999–, desestimó el recurso por entender que aunque la obra de regeneración se había efectuado y recibido, con ello no se había cumplido su finalidad, que era la recuperación de la playa de las agresiones, tanto naturales como artificiales, que había sufrido, entre las que se encontraba el restaurante «Casa Domingo».

f) El demandante de amparo formuló recurso de casación frente a la citada resolución judicial. El Tribunal Supremo desestimó el recurso en Sentencia de 18 de febrero de

2004 (RJ 2004\1097), por concurrir una causa de inadmisión, como consecuencia de no rebasar la cuantía del asunto el límite legalmente establecido. No obstante, a mayor abundamiento, la Sentencia entró en el fondo del asunto, indicando que el recurso también habría sido desestimado aunque no hubiese concurrido la causa de inadmisión apreciada.

3. Se aduce en la demanda de amparo que la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional es contraria al principio de igualdad en aplicación de la Ley (art. 14 CE [RCL 1978\2836]), ya que ese mismo órgano judicial había dictado en un caso igual (el referido al restaurante «Casa Julio») una Sentencia que resolvía el asunto de modo contrario a lo resuelto en la Sentencia ahora impugnada, sin que en esta última se motivase el cambio de criterio. Según se expone en la demanda de amparo los casos resueltos por estas Sentencias son iguales, ya que ambos supuestos se refieren a un acto administrativo por el que se acuerda el rescate de concesiones otorgadas en la misma playa y en las que se ubican los restaurantes entre los que media una distancia inferior a diez metros y, en ambos casos, el rescate tenía por finalidad ejecutar el proyecto de regeneración de las playas de San Juan y Muchavista aprobado por la Dirección General de Puertos el 19 de abril de 1991. Por otra parte, se aduce que los motivos alegados en el primer recurso contencioso-administrativo y que determinaron su estimación también fueron los alegados en el segundo y, además, que en este último proceso, en el trámite de conclusiones, se puso de manifiesto que el mismo órgano judicial ante el que se accionaba había dictado Sentencia estimatoria en un caso igual al que se estaba enjuiciando.

Las consideraciones expuestas llevan al recurrente a entender que en este caso se cumplen todos los requisitos exigidos por la doctrina constitucional para apreciar la vulneración del principio de igualdad en aplicación de la Ley (art. 14 CE), pues, a su juicio, los supuestos de hecho son iguales (se trata de casos idénticos, que han sido resueltos por un mismo órgano judicial y, además, existe alteridad entre los supuestos comparados, ya que la Sentencia que se aporta como término de contraste fue dictada en un recurso contencioso-administrativo promovido por otro recurrente, y la Sentencia que se aparta del precedente no motiva el cambio de criterio). La vulneración la habrían producido, no sólo la Sentencia de 5 de febrero de 1999 de la Audiencia Nacional, sino también la Sentencia de 18 de febrero de 2004 (RJ 2004\1097) del Tribunal Supremo, que desestimó el recurso sin reparar la lesión producida por la Sentencia de la Audiencia Nacional.

Se alega, además, que la Sentencia de la Audiencia Nacional es arbitraria y que, por este motivo, vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión del recurrente (art. 24.1 CE), al haber resuelto de modo distinto a como lo había hecho el mismo órgano judicial en un caso similar sin justificar el cambio de criterio. La vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión del recurrente se imputa, asimismo, a la Sentencia del Tribunal Supremo que, al desestimar el recurso de casación, confirmó la Sentencia de la Audiencia Nacional.

Por otrosí solicitó el recurrente la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida.

4. De conformidad con lo previsto en el art. 11.2 LOTC (RCL 1979\2383), la Sala Segunda, por providencia de 17 de febrero de 2005, acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, en virtud de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atenta comunicación a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo



para que remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 4543/99 y a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para que también remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso núm. 502/96 y, para que en igual plazo de diez días, emplazase a los que hubieran sido parte en el procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, para que, si lo deseaban, pudiesen comparecer en el presente proceso.

5. Por otra providencia de la misma fecha la Sala Segunda acordó formar la pieza separada de suspensión y, de conformidad con lo previsto en el art. 56 LOTC (RCL 1979\2383), conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para que alegasen lo que estimaran pertinente sobre dicha suspensión. Este último, por escrito registrado en este Tribunal el 24 de febrero de 2005, reiteró la petición de suspensión alegando que, en caso de no otorgarse, el amparo perdería su finalidad, porque la ejecución de las resoluciones impugnadas conllevaba la demolición del restaurante «Casa Domingo». El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones por escrito registrado en este Tribunal el 28 de febrero de 2005 a favor del otorgamiento de la medida cautelar solicitada. El Auto del Tribunal Constitucional núm. 154/2005, de 18 de abril (RTC 2005\154 AUTO), acordó la suspensión de la ejecución de las resoluciones impugnadas como medida cautelar.

6. Por diligencia de ordenación de 28 de abril de 2005 del Secretario de Justicia, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional tuvo por personado y parte al Abogado del Estado en la representación que ostenta. A tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC (RCL 1979\2383) se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

7. La representación procesal del demandante de amparo evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado con fecha de 19 de mayo de 2005, en el que reproduce las efectuadas en la demanda.

8. El Abogado del Estado, por escrito registrado el 23 de mayo de 2005, interesó la desestimación del recurso de amparo que habría incurrido en una causa de inadmisión, concretamente, la no invocación de los derechos fundamentales que se entienden vulnerados en el recurso de casación [art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 c) LOTC (RCL 1979\2383)]. El Tribunal Supremo no pudo pronunciarse sobre una posible vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE [RCL 1978\2836]), supuestamente producida por la Sentencia de 5 de febrero de 1999 de la Audiencia Nacional, porque la Sentencia de 16 de mayo de 1997 de la misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional, citada como elemento de contraste, no figuraba en autos por falta de diligencia de la parte, que sólo la citaba en los antecedentes del recurso de casación y que la aportó cuando el recurso de casación estaba pendiente de votación y fallo.

Subsidiariamente interesa el Abogado del Estado la desestimación del recurso de amparo señalando, en cuanto al fondo, que no hubo vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) ni arbitrariedad en las Sentencias

impugnadas que vulnerase el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del recurrente (art. 24.1 CE).

En cuanto a la denunciada vulneración del art. 14 CE, el Abogado del Estado parte de la tesis de que deben darse los requisitos exigidos por este Tribunal respecto las dos últimas resoluciones judiciales recaídas en el proceso, en este caso, las dos Sentencias del Supremo que inadmiten los recursos de casación interpuestos, respectivamente, por el propietario del restaurante «Casa Julio» y del restaurante «Casa Domingo». Comparando ambas resoluciones judiciales alega el Abogado del Estado, en primer lugar, la falta de identidad del órgano que dictó la recurrida Sentencia de 18 de febrero de 2004 (RJ 2004\1097) con el que pronunció la Sentencia de 25 de julio de 2003 (RJ 2003\6658), que resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la Sentencia estimatoria de la Audiencia Nacional en relación con el restaurante «Casa Julio», ambas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ya que la recurrida procede de la Sección Tercera y la aportada de la Sección Quinta. Además, en segundo lugar, el recurso debe desestimarse, a juicio del Abogado del Estado, porque no se trata de casos sustancialmente iguales, ya que la Sentencia de 18 de febrero de 2004 entra en el fondo aunque sea «a mayor abundamiento», mientras que la Sentencia de contraste simplemente inadmite el recurso de casación por razón de la cuantía, sin que sea posible comparar resoluciones de pura inadmisión con resoluciones que entran a examinar el fondo del asunto, según declaró la STC 33/2002, de 11 de febrero. (RTC.2002\33),.F.3.

9. El Ministerio Fiscal, por escrito registrado el 2 de junio de 2005, interesó la estimación del recurso de amparo reconociendo el derecho del recurrente a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE [RCL 1978\2836]), declarando la nulidad de las Sentencias de 5 de febrero de 1999 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y de 18 de febrero de 2004 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, con retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno para que se dicte resolución respetuosa con el derecho reconocido. A juicio del Ministerio Fiscal, la queja sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del recurrente (art. 24.1 CE) presenta tan íntima conexión con la relativa a la discriminación sufrida que queda embebida en ésta, por lo que la única que ha de ser objeto de análisis es la alegada vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) producida por las resoluciones judiciales impugnadas.

A partir del análisis de la doctrina constitucional sobre este principio, el Ministerio Fiscal concluye que nos encontramos ante dos situaciones fácticas y jurídicas iguales que han recibido un tratamiento judicial diverso, pues la Sentencia de 16 de mayo de 1997 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional estimó el recurso formulado por el propietario del restaurante «Casa Julio» al entender que la obra de regeneración de las playas de San Juan y Muchavista se había realizado con anterioridad a la declaración de utilidad pública de la misma y que dicha obra no se había visto afectada por la existencia del citado restaurante. Aunque el recurrente puso de manifiesto la existencia de la Sentencia de 16 de mayo de 1997 en el escrito de conclusiones previo al trámite de deliberación y fallo de la Sentencia de 5 de febrero de 1999, procedente del mismo órgano (Sala, Sección y siendo Ponente el mismo Magistrado), ésta desestimó el recurso sin hacer alusión alguna al precedente anterior, al menos para destacar que las situaciones pudieran no ser equiparables o que, aun siéndolo, existían razones objetivas que justificaban un decisión

distinta. En consecuencia, el Ministerio Fiscal sostiene que se ha producido la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) por la Sentencia de la Audiencia Nacional y por la del Tribunal Supremo que la confirmó.

10. Por providencia de 26 de enero de 2006 se señaló para deliberación y fallo de la presente. Sentencia. el día. 30. del mismo mes. y año.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Como ha quedado expuesto en los antecedentes, el recurrente imputa a las Sentencias de 5 de febrero de 1999, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y de 18 de febrero de 2004 (RJ 2004\1097), de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la vulneración de su derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) y de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE [RCL 1978\2836]).

La aludida Sentencia de la Audiencia Nacional desestimó el recurso formulado por el recurrente, propietario del restaurante «Casa Domingo», contra la Resolución de 28 de noviembre de 1995 del Ministerio de Obras Públicas y Medio Ambiente, que ordenó el rescate de la concesión de la que el recurrente era titular. La misma Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con el mismo Magistrado Ponente, había estimado en Sentencia de 16 de mayo de 1997 el recurso formulado por el propietario del restaurante «Casa Julio», situado a escasos diez metros del anterior y sobre el que también pesaba la orden de rescate de la concesión con el fin de regenerar las playas de San Juan y Muchavista en Alicante.

La vulneración del derecho de igualdad en la aplicación de la Ley es imputada, asimismo, a la Sentencia del Tribunal Supremo que inadmitió el recurso de casación confirmando la Sentencia de la Audiencia Nacional y que, aunque realizó a mayor abundamiento consideraciones sobre el fondo del asunto, no motivó tampoco el cambio de criterio que había tenido lugar respecto a lo declarado por la Sentencia de 16 de mayo de 1997 de la misma Audiencia Nacional.

Además, según la demanda de amparo, ambas resoluciones judiciales habrían vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del recurrente (art. 24.1 CE) al incurrir en arbitrariedad, puesto que ofrecieron distintas respuestas judiciales ante supuestos de hecho idénticos sin un razonamiento que lo justificase.

El Abogado del Estado interesa la desestimación del recurso de amparo al concurrir una causa de inadmisibilidad del mismo, como es la no invocación del derecho fundamental vulnerado en la vía judicial previa al recurso de amparo [art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 c) LOTC (RCL 1979\2383)]. En cuanto al fondo del asunto interesa, asimismo, la desestimación del recurso de amparo por considerar que no existió la vulneración aducida puesto que no concurre el requisito de identidad del órgano judicial. El Abogado del Estado sostiene la tesis de que para entender vulnerado el principio de igualdad en aplicación de la Ley (art. 14 CE) deben compararse las últimas resoluciones judiciales, sin que en este caso la Sentencia de 25 de julio de 2003 (RJ 2003\6658) del Tribunal Supremo sea un elemento válido de contraste, ya que la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada es de la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso-Administrativo

del Tribunal Supremo y la aportada como elemento de contraste, de la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Alega, además, que no pueden compararse ambas Sentencias porque una, la impugnada, entra en el fondo aunque sea «a mayor abundamiento» y la otra declaró solamente la inadmisión del recurso de casación.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso de amparo al considerar que la Sentencia de la Audiencia Nacional impugnada vulneró el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) del recurrente por desestimar el recurso contencioso-administrativo apartándose del criterio mantenido en la Sentencia aportada como elemento de contraste, sin motivar el cambio de criterio ni alegar la concurrencia de razones objetivas que justificasen ese cambio.

2. Antes de entrar en el fondo de las quejas formuladas en este recurso de amparo debemos pronunciarnos sobre el óbice procesal puesto de manifiesto por el Abogado del Estado, que hace referencia a la posible falta de invocación formal del derecho fundamental vulnerado en el proceso de casación; incumplimiento que, de confirmarse, daría lugar a la inadmisión de la demanda de amparo, en aplicación de la causa prevista en el art. 50.1 a) LOTC (RCL 1979\2383).

Pues bien, la objeción del Abogado del Estado no puede ser aceptada, si partimos de la postura flexible mantenida por este Tribunal en cuanto a la forma en que se ha de entender satisfecho el requisito cuya omisión se denuncia. En efecto, por una parte, en el escrito de conclusiones presentado en el recurso seguido ante la Audiencia Nacional, el demandante de amparo puso de manifiesto que la reciente Sentencia de 16 de mayo de 1997 de dicho Tribunal, dictada por la misma Sección e, incluso, con el mismo Magistrado Ponente, había estimado el recurso contencioso-administrativo en un supuesto idéntico al suyo. Asimismo, en el escrito de formalización del recurso de casación preparado contra la Sentencia de instancia, encontramos una doble referencia a la cuestión. Por una parte, el recurrente adujo en los antecedentes del escrito la existencia de la Sentencia de 16 de mayo de 1997, de la misma Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, señalando que esa Sentencia contenía un pronunciamiento estimatorio del recurso en un supuesto idéntico al suyo. Por otra, encontramos también el planteamiento del tema en el primer motivo de casación, en el que, si bien se enunció la cuestión apelando a la existencia de un vicio de incongruencia en la Sentencia de la Audiencia Nacional, por alteración de los términos del debate, realmente, bajo dicho planteamiento traslucía también la queja sobre la vulneración del principio de igualdad en aplicación de la Ley (art. 14 CE [RCL 1978\2836]) por parte de la Sentencia impugnada. El motivo de casación articulado por el actor giraba en torno al hecho de que existía otra Sentencia anterior de la Audiencia Nacional, dictada en un supuesto idéntico al suyo, en la que, contrariamente a lo sucedido en la resolución judicial recurrida, se respetaron los términos del debate tal como habían sido planteados por las partes, y –esto es lo importante– se había estimado el recurso, por entender la Sala que no existía incompatibilidad entre la concesión administrativa y las obras ya ejecutadas y recibidas. A pesar de ello, en la resolución judicial recurrida, ante el mismo planteamiento, la Sala desestimó el recurso entendiendo que la finalidad del proyecto no se había cumplido, sin justificar el cambio de criterio respecto a la resolución judicial anterior.

En suma, los términos en que se articuló la cuestión por el recurrente ante el Tribunal Supremo, aunque pudieran ser tachados de poco afortunados desde un punto de vista técnico, pueden entenderse suficientes para considerar satisfecho el requisito del art.

44.1 c) LOTC. No resulta alterada la anterior conclusión por el hecho de que el Tribunal Supremo rechazara los argumentos de fondo del recurso de casación, sin apreciar la vulneración denunciada, pues tales consideraciones tan sólo se efectuaron a mayor abundamiento, ya que la verdadera razón de la desestimación del recurso de casación fue la distinta valoración de la cuantía del objeto litigioso, entendiéndose el Tribunal Supremo que el asunto en cuestión no alcanzaba la legalmente establecida para el acceso a la casación, a pesar de haberle sido ofrecida a la parte por el Tribunal de instancia.

3. Desestimado el óbice procesal debemos entrar a conocer las quejas que el demandante de amparo aduce, concretamente, si las resoluciones judiciales impugnadas vulneraron el principio de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE [RCL 1978\2836]) y su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) al resolver de modo distinto un caso idéntico al enjuiciado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 1997. Ambas quejas presentan una íntima conexión hasta el punto de que, como señala el Ministerio Fiscal, la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva quedaría embebida en la también alegada vulneración del derecho de igualdad en la aplicación de la Ley, ya que ésta se habría producido al dictarse una Sentencia que, ante supuestos idénticos, ha cambiado de criterio sin motivación alguna que lo justifique. Por tanto, debemos comenzar nuestro enjuiciamiento recordando la doctrina de este Tribunal sobre la vulneración del principio de igualdad en aplicación de la Ley (art. 14 CE).

La doctrina constitucional en relación con el principio citado ha sido recogida de forma sistematizada recientemente en las SSTC 29/2005, de 14 de febrero (RTC 2005\29), F. 6, y 146/2005, de 6 de junio (RTC 2005\146), F. 5. En sus propios términos, para que pueda considerarse vulnerado el mencionado derecho fundamental, se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La acreditación de un *tertium comparationis*, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria. Los supuestos de hecho enjuiciados deben ser, así pues, sustancialmente iguales, pues sólo si los casos son iguales entre sí se puede efectivamente pretender que la solución dada para uno deba ser igual a la del otro.

b) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de la "referencia a otro" exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo.

c) La identidad de órgano judicial, entendiéndose por tal, no sólo la identidad de la Sala, sino también de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en aplicación de la Ley.

d) La ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizados el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, esto es, de un previo criterio aplicativo consolidado, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició. La razón de esta exigencia estriba en que el derecho a la igualdad en aplicación de la Ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones, adoptadas con anterioridad en casos

sustancialmente iguales, sin una argumentación razonada de dicha separación, que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta singularizada ad personam.

También hemos dicho que la justificación a que hace referencia este último requisito no ha de venir necesariamente explicitada en la resolución judicial cuya doctrina se cuestiona, sino que podrá, en su caso, deducirse de otros elementos de juicio externos que indiquen un cambio de criterio, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la Sentencia impugnada que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso. En suma, lo que invariablemente hemos exigido en tales supuestos es que un mismo órgano no modifique arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente iguales, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro; esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o que se continúa con posterioridad».

4. Desde la perspectiva que ahora nos ocupa el examen del supuesto planteado nos lleva a considerar los siguientes hechos relevantes:

a) Frente a la Resolución de 28 de noviembre de 1995 del Ministerio de Obras Públicas y Medio Ambiente, que ordenó el rescate de la concesión administrativa, el propietario del restaurante «Casa Julio» formuló recurso contencioso-administrativo aduciendo que, en virtud de la modificación del proyecto de obras inicial se había podido completar la regeneración de la playa sin necesidad de proceder al rescate de la concesión, cuya causa de utilidad pública había dejado de existir. La Sentencia de 16 de mayo de 1997 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, estimó el recurso acogiendo la tesis del demandante. El Abogado del Estado formuló recurso de casación frente a la citada resolución judicial, que fue desestimado por la Sentencia de 25 de julio de 2003 (RJ 2003\6658), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Quinta, por razón de la escasa cuantía de la pretensión.

b) Frente a la Resolución de 28 de noviembre de 1995 del Ministerio de Obras Públicas y Medio Ambiente, que ordenó el rescate de la concesión administrativa, el demandante de amparo, propietario del restaurante «Casa Domingo» que dista escasos diez metros del restaurante «Casa Julio», formuló recurso contencioso-administrativo con idéntica fundamentación. Además, una vez conocida la existencia de la Sentencia recaída en el procedimiento iniciado por el propietario del restaurante «Casa Julio», el demandante de amparo lo puso de manifiesto en su escrito de conclusiones ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, de la Audiencia Nacional. Sin embargo, la Sentencia de 5 de febrero de 1999, de la misma Sala y Sección, incluso del mismo Ponente que la recaída en el procedimiento iniciado por el propietario del restaurante «Casa Julio» declaró que los trabajos efectuados no satisfacían la finalidad de la obra que consistía en regenerar la playa, recobrarla de las agresiones tanto naturales como artificiales sufridas, entre ellas las edificaciones innecesarias o ilegales como el restaurante «Casa Domingo», por lo desestimó el recurso considerando procedente el rescate de la concesión. En la citada Sentencia, de 5 de febrero de 1999, la Audiencia

Nacional no justificó el cambio de criterio respecto del expresado en la Sentencia aportada como elemento de contraste.

El demandante formuló recurso de casación frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional que fue desestimado por la Sentencia de 18 de febrero de 2004 (RJ 2004\1097) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Tercera, por razón de la cuantía. Aún así, la Sala se pronunció «a mayor abundamiento» sobre el fondo del asunto, señalando que también habría procedido su desestimación desde tal perspectiva, aunque sin hacer referencia alguna al cambio de criterio introducido, y no justificado, por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de febrero de 1999, respecto de la de 16 de mayo de 1997.

5. Aplicando la doctrina transcrita en el fundamento jurídico 3 sobre la vulneración del principio de igualdad en aplicación de la Ley (art. 14 CE [RCL 1978\2836]) al supuesto de hecho que nos ocupa comprobamos que las situaciones de ambos restaurantes eran muy similares, como así lo puso de manifiesto el Dictamen del Consejo de Estado de 27 de enero de 1993 sobre el rescate de la concesión, y que ante casos sustancialmente iguales, la misma Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con el mismo Magistrado Ponente, ofreció soluciones diversas, estimando en un caso el recurso contencioso-administrativo al considerar que el rescate de la concesión había perdido su finalidad, dado que se había completado la regeneración de la playa, y en el caso del demandante de amparo desestimando su recurso contencioso-administrativo sin justificar, ni tan siquiera mencionar, el cambio de criterio respecto del mantenido en la Sentencia de 16 de mayo de 1997. En efecto, la Sentencia impugnada se limita a declarar, en contradicción con lo afirmado en la anterior, que no se había cumplido la finalidad del proyecto, que era la regeneración de la playa recuperándola de las agresiones naturales y artificiales que sufría, entre las que se encontraban edificaciones innecesarias o ilegales como el restaurante «Casa Domingo».

Por otra parte, la desigualdad invocada por el recurrente no lo fue respecto de sí mismo, sino del tratamiento dispensado al propietario de «Casa Julio», por lo que se cumple el requisito de alteridad. En consecuencia, debemos declarar que concurren los requisitos que este Tribunal exige para apreciar la vulneración del principio de igualdad en aplicación de la Ley (art. 14 CE) producida por las Sentencias de 5 de febrero de 1999 de la Audiencia Nacional y de 18 de febrero de 2004 (RJ 2004\1097) del Tribunal Supremo, que confirmó aquélla.

En distinto orden de consideraciones, tal como declaramos en las SSTC 150/2001, de 2 de julio (RTC 2001\150), F. 4, y 210/2002, de 11 de noviembre (RTC 2002\210), F. 4, la Sentencia de la Audiencia Nacional que ha sido impugnada en este recurso de amparo carece de una justificación razonable que permita excluir la posible apreciación de arbitrariedad en el cambio de criterio efectuado, por lo que no sólo resulta lesiva del art. 14 CE, por desigual aplicación de la Ley, sino que vulnera también el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), dado que la solución alcanzada resulta arbitraria en la medida en que dos ciudadanos han obtenido distintas respuestas en supuestos de hecho idénticos sin que medie un razonamiento que así lo justifique (STC.7/2005,de.17.de.enero.[RTC.2005\7],.F..5).

6. A fin de restablecer al demandante en la plenitud de su derecho basta con disponer la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar la Sentencia de la Audiencia Nacional, a fin de que por la propia Sala se dicte, con plenitud jurisdiccional, nueva resolución en el recurso contencioso-administrativo mediante la que se elimine la vulneración de los derechos fundamentales en cuestión, de tal forma que la nueva Sentencia, con absoluta independencia de criterio, decida lo procedente, de conformidad con el contenido constitucional de los derechos fundamentales vulnerados.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la demanda de amparo presentada por don Luis M. A. y, en su virtud:  
1º. Declarar vulnerados los derechos del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [RCL 1978\2836]) y a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE).

2º. Restablecerlo en sus derechos y, a tal fin, anular la Sentencia de 5 de febrero de 1999 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 502/96, retro trayendo las actuaciones al momento procesal anterior a su dictado, a fin de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional pronuncie una resolución conforme con el contenido constitucional de los derechos fundamentales vulnerados. Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a treinta de enero de dos mil seis.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

Voto particular

Que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto a la Sentencia de 30 de enero de 2006, recaída en el recurso de amparo núm. 1719-2004

Con el respeto que siempre me merecen los criterios de los Magistrados cuyos votos sirven de soporte a las sentencias, creo conveniente hacer uso del derecho establecido en el art. 90.2 LOTC (RCL 1979\2383) para expresar mi Voto particular discrepante.

1. Una vez más muestro mi insistencia en la necesidad de una rigurosa observación de las exigencias procesales relacionadas con el carácter subsidiario del recurso de amparo, referidas al respeto de las vías previas y de los plazos procesales de acceso al amparo constitucional, filtros ineludibles para evitar el riesgo de solapamiento de la función jurisdiccional atribuida a este Tribunal con la de la jurisdicción ordinaria.

En el caso actual el fundamento jurídico 2 de la Sentencia rechaza la alegación del Abogado del Estado referente a la falta de invocación formal en el recurso de casación del derecho vulnerado con una argumentación que no puedo compartir, porque, a mi juicio, no se adecua a los límites de enjuiciamiento propios del recurso de casación.



2. La invocación del derecho fundamental ante la jurisdicción ordinaria, exigida como requisito de admisión del recurso de amparo en el art. 44.1 c) LOTC (RCL 1979\2383), no puede entenderse como un trámite formal vacío de contenido, sino en sentido finalista, derivada como exigencia del carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional, y tendente a posibilitar que el órgano de la jurisdicción ordinaria llamado a decidir pueda, en su caso, remediar la vulneración constitucional frente a la que la parte perjudicada por ella reclama el amparo, y en un sentido sistemático como requisito relacionado con el del art. 44.1 a) LOTC.

Sobre esa base me resulta sumamente artificiosa la argumentación contenida en el fundamento referido de nuestra Sentencia, en la que, para justificar la invocación del derecho vulnerado, se hace referencia a la alusión a la Sentencia de la Audiencia Nacional discrepante de la recurrida en casación, contenida en antecedentes y en el motivo primero.

No me resulta convincente que una tal referencia, meramente episódica, pueda equipararse a un planteamiento, aun informal, de vulneración del derecho de igualdad. En tal sentido creo que nuestra Sentencia adolece de una desviación, que solemos rechazar normalmente con contundencia, consistente en la reconstrucción de la demanda, haciendo decir al escrito de interposición del recurso de casación lo que en rigor no dice. Por ello no me resulta compartible la afirmación, referida a los aludidos antecedentes y motivo primero del recurso de casación, de que «dicho planteamiento traslucía también la queja sobre la vulneración del principio de igualdad en aplicación de la Ley (art. 14 CE [RCL 1978\2836]) por parte de la Sentencia impugnada» (con referencia a la de la Audiencia Nacional).

3. Habida cuenta del carácter del recurso de casación, de cognitio limitada por taxativos motivos, para que una eventual «queja sobre la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE [RCL 1978\2836]) por parte de la Sentencia impugnada» pudiera considerarse planteada en la casación, ello debía suscitarse a través de un motivo ad hoc, para lo que no había en el caso ninguna dificultad. Y la mera alusión en antecedentes y al fundar la incongruencia como primer motivo a una Sentencia discrepante, dictada por la misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional, que dictó la recurrida en casación, es absolutamente insuficiente, a mi juicio, para tener por formulado un motivo de casación discernible, aun superando formalismos enervantes.

Nuestra Sentencia, aunque no lo diga expresamente en el fundamento jurídico respecto al que muestro mi discrepancia, da por sentado que hubo en casación un planteamiento sobre la vulneración del principio de igualdad que permitía que el Tribunal Supremo pudiese entrar a conocer de la misma, y remediar, en su caso, la vulneración producida. Una inteligencia tal, aun no explícitamente enunciada, no se ajusta a los límites de enjuiciamiento propios de la casación, con arreglo a los cuales creo que en este caso la parte no dio al Tribunal Supremo en la casación la posibilidad de remediar la vulneración del principio de igualdad, contra la que se alza en el recurso de amparo interpuesto ante nosotros. Ello sentado, creo que la benévola apreciación con la que rechazamos el óbice alegado por el Abogado del Estado no respeta las exigencias procesales del art. 44 LOTC (RCL 1979\2383). Todo lo más podría discutirse si el requisito incumplido en este caso es el del art. 44.1 c) o el del art. 44.1 a) LOTC; pero en cualquier caso me parece claro que en la vía judicial previa la parte tuvo la posibilidad de hacer valer la vulneración del principio de igualdad en la Sentencia

recurrida contra la que reclama nuestro amparo, y no lo hizo; lo que debiera conducir a la inadmisión del recurso de amparo, estándonos así vedada la entrada en el enjuiciamiento de fondo que se hace en los restantes fundamentos de nuestra Sentencia conducentes al fallo.

Al no entenderlo así, se produce el efecto, a mi juicio paradójico, de que, respetando la Sentencia del Tribunal Supremo, que es una Sentencia desestimatoria de la casación, descendemos per saltum a la Sentencia recurrida en casación, anulándola, con lo que la situación procesal resultante será la simultánea vigencia de una Sentencia de casación válida, desestimatoria del recurso contra la de la Audiencia Nacional recurrida, y de la inexistencia (pues la anulamos) de la Sentencia recurrida en casación.

Me parece que un fenómeno tal produce una clara distorsión de la lógica procesal. A mi juicio, según tal lógica, para que pudiéramos anular la Sentencia de la Audiencia Nacional, como hacemos, debiéramos previamente anular la del Tribunal Supremo que decidió el recurso de casación frente a aquélla. Si no, debiéramos considerar cerrado el iter de impugnación de la vulneración constitucional en la vía previa concluida en el Tribunal Supremo.

En otros términos, el sentido de nuestra Sentencia, manteniendo por una parte la Sentencia del Tribunal Supremo, y anulando por otra la Sentencia recurrida ante él, desfigura el carácter subsidiario del recurso de amparo, según lo entiendo, y convierte nuestra jurisdicción en una jurisdicción alternativa a la ejercida por el Tribunal Supremo.

4. El fundamento jurídico que comento minimiza la significación del rechazo por el Tribunal Supremo de los argumentos de fondo del recurso de casación «pues tales consideraciones tan sólo se efectuaron a mayor abundamiento, ya que la verdadera razón de la desestimación del recurso de casación fue la distinta valoración de la cuantía del objeto litigioso, entendiendo el Tribunal Supremo que el asunto en cuestión no alcanzaba la legalmente establecida para el acceso a la casación, a pesar de haberle sido ofrecida a la parte por el Tribunal de instancia».

Pues bien, ese remate de la argumentación en realidad implica afirmar la superfluidad del rechazo del óbice procesal; pero ello no elimina el desacierto de la misma, ni su significación doctrinaria hacia el futuro, que es frente a la que fundamentalmente se alza este Voto.

En todo caso, si el verdadero fundamento de la desestimación del recurso de casación fue que existía un defecto de cuantía para el acceso a aquélla; esto es, que la desestimación en realidad suponía una inadmisión del recurso, nuestra Sentencia debiera haber razonado a partir del dato de que el recurso de casación era inadmisibile, y fue inadmitido, exponiendo al respecto una fundamentación alternativa que echo en falta.

Si se partiera de la inadmisibilidad del recurso de casación, la oportunidad de solicitar la tutela frente a la alegada vulneración del principio de igualdad por la Sentencia de la Audiencia Nacional no surgiría, ciertamente, en un recurso inexistente en vía jurisdiccional ordinaria, lo que dejaría sin base el óbice de inadmisibilidad alegado por el Abogado del Estado; pero en tal caso la interposición de un recurso inadmisibile determinaría la extemporaneidad del recurso de amparo, cuyo plazo de interposición no se suspendería por la interposición de un recurso no establecido en la Ley para el caso.

El hipotético error en el ofrecimiento del recurso improcedente, según nuestra jurisprudencia, no exoneraría a la parte de las consecuencias, negativas para su defensa, de la opción de alargar improcedentemente la vía judicial, en vez de acudir directamente al amparo.

Habida cuenta de que la parte actuaba asistida de Letrado, sería aplicable al caso la doctrina contenida en SSTC 107/1987, de 25 de junio (RTC 1987\107), F. 1; 43/1995, de 13 de febrero (RTC 1995\43), F. 2; 70/1996, de 24 de abril (RTC 1996\70), F. 2 y 128/1998, de 16 de junio (RTC 1998\128), F. 6 (por todas), sintetizada más recientemente en el ATC 434/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004\434 AUTO). Con arreglo a ella la llamada instrucción de recursos no forma parte del decisorio de la Sentencia y por tanto no supone una decisión que cierre el paso al recurso, ni que fije de manera definitiva las condiciones en que debe interponerse. En otras palabras, ni la omisión de la mención de los recursos procedentes en las resoluciones judiciales ni su indicación errónea impiden, en modo alguno, la posibilidad de recurrir, ni obligan necesariamente, por el contrario, a interponer un recurso en caso de improcedencia legal del ofrecido. Doctrina que completamos con la indicación de que si bien los errores judiciales en la instrucción de recursos no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, esos efectos carecerán de relevancia desde el punto de vista del amparo constitucional, cuando el error sea también imputable a la negligencia de la parte, cuya apreciación habrá de tomar en consideración la hoy diferente situación en la que se encuentra quien interviene en el proceso sin especiales conocimientos jurídicos y sin asistencia letrada, y quien, por el contrario, acude a él a través de peritos en Derechos capaces por ello de percibir el error en que se ha incurrido al formular la instrucción de recursos.

5. En suma, o bien el recurso de casación era admisible, y en tal caso para acudir al recurso de amparo ante este Tribunal Constitucional el recurrente debía haber planteado en el recurso de casación la vulneración que hoy trae a este amparo, a través del correspondiente motivo, lo que no hizo, con lo que procedería el óbice de admisibilidad que alega el Abogado del Estado; o bien el recurso de casación era inadmisibile por razón de la cuantía, en cuyo caso su indebida interposición hace extemporáneo el actual amparo. En cualquier caso éste resulta inadmisibile, a mi juicio, y en tal sentido dejo expresada mi discrepancia con la Sentencia. Madrid, a treinta de enero de dos mil seis.– Vicente Conde Martín de Hijas.–Firmado y rubricado.

Número de referencia: 74/2002 ( SENTENCIA )

Referencia número: 74/2002

Tipo: SENTENCIA

Fecha de Aprobación: 8/4/2002

Publicación BOE: 20020425 [«BOE» núm. 99] :: (Doc. PDF)

Sala: Sala Primera

Ponente: don Roberto García-Calvo y Montiel

Número registro: 5262/1997

Recurso tipo: Recurso de amparo.

#### TEXTO DE LA RESOLUCIÓN

Extracto:

Promovido por don Anastasio Castizo Machío frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, que confirmó su condena a abonar a Urbanizadora Santa Clara, S.A., una cantidad por la transmisión de una vivienda.

Vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley: Sentencia de apelación civil con un fallo diferente a otras dictadas en supuestos idénticos sin justificación.

1. Una Sentencia en la que el órgano judicial se aparta del criterio reiteradamente mantenido por él mismo en Sentencias anteriores, sin que se aleguen argumentos o razones que, de modo explícito, expliquen tal cambio de criterio o doctrina ni haya datos bastantes de los que pueda inferirse, a modo de argumentación implícita, las razones de dicho cambio, vulnera el derecho fundamental del recurrente a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE; SSTC 200/1990, 193/2001) [FFJJ 5 y 7].

2. La circunstancia de que la Sentencia recurrida se remita a la de instancia, en la construcción de sus razonamientos, no es óbice a la conclusión alcanzada [FJ 6].

3. Aun cuando el incidente de nulidad de actuaciones frente a resoluciones judiciales firmes constituía un recurso manifiestamente improcedente antes de la reforma del art. 240 LOPJ operada por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, tras la citada reforma legal constituye un recurso de ineludible interposición para cumplir el requisito relativo al agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial [FJ 2].

4. Los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan subsanados porque el recurso haya sido inicialmente admitido a trámite (SSTC 50/1991, 18/2002) [FJ 2].

Preámbulo:

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, don Fernando Garrido Falla, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio y don Roberto García-Calvo y Montiel, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5262/97, promovido por don Anastasio Castizo Machío, representado por la Procuradora de los Tribunales doña María José Millán Valero y asistido por el Abogado don José Ignacio Aguilar García, contra Sentencia de 18 de noviembre de 1997 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictada en el rollo de apelación civil 1269/97, que confirmó la que había dictado el 31 de enero de 1997 el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Sevilla en autos de juicio de menor

cuantía núm. 688/96. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel, quien expresa el parecer de la Sala.

Antecedentes:

#### I. .Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 16 de diciembre de 1997 se interpuso el recurso de amparo que se deja mencionado en el encabezamiento, el cual se fundamenta en los hechos que a continuación se exponen, según se relacionan en la demanda de amparo:

a) .La entidad mercantil Urbanizadora Santa Clara, S.A. interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra el ahora recurrente en amparo, don Anastasio Castizo Machío, en el mes de julio de 1996. En la demanda sostenía dicha entidad que el intercambio de comunicaciones privadas habida entre las partes en los primeros meses de 1993, relativo a la transmisión de determinada finca destinada a vivienda, integrada en un conjunto objeto de promoción inmobiliaria, no había tenido eficacia transmisiva de la propiedad (transmisión que no se habría producido hasta el mes de julio de 1994, en que se formalizó escritura pública de venta), de suerte que el Sr. Castizo Machío había continuado siendo arrendatario de la finca. Con fundamento en ello solicitaba, con carácter principal -ejercitando una acción de cumplimiento de un contrato de arrendamiento-, la condena al pago de cierta cantidad, devengada en concepto de renta y gastos de comunidad de la vivienda. Con carácter subsidiario, y para el caso de que se declarara que la transmisión de la propiedad se había producido en febrero de 1993, en virtud de dichos tratos y comunicaciones privadas, con la consecuente extinción de contrato de arrendamiento hasta entonces vigente, postulaba la condena del entonces demandado al pago de una indemnización en concepto de enriquecimiento injusto.

Dicha demanda era idéntica, según se indica en el recurso de amparo, a la interpuesta contra otros treinta y siete vecinos que, defendidos por el mismo despacho de Abogados en términos también idénticos, se sustanciaron ante los Juzgados de Primera Instancia de Sevilla y, en segunda instancia, ante la Audiencia Provincial de Sevilla. Se afirma igualmente que en todos estos procedimientos se debatían dos derechos constitucionalizados: el derecho al disfrute de una vivienda digna (art. 47 CE) y el derecho a la protección de los consumidores (art. 51.1 CE).

b) .La expresada demanda fue sustanciada ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Sevilla, en autos de juicio de menor cuantía núm. 688/96. El Juzgado dictó Sentencia el 31 de enero de 1997, que estimó íntegramente la pretensión principal formulada con la demanda. Su parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que, estimando la demanda deducida por el Procurador don Andrés Guzmán Sánchez de Alva, en nombre y representación de Urbanizadora Santa Clara, S.A., contra don Anastasio Castizo Machío, sobre reclamación de cantidad, debo condenar y condeno al demandado a abonar a la actora la suma de 1.356.000 ptas. más los intereses pactados, y, desestimando la demanda reconventional, debo absolver y absuelvo a la actora de todos los pedimentos de la misma. Se condena al demandado al abono de las costas del presente juicio».

c) .El ahora recurrente en amparo formuló recurso de apelación contra dicha Sentencia, recurso que fue desestimado por Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictada en fecha 18 de noviembre de 1997. La parte dispositiva de la Sentencia de apelación dice lo siguiente: «Fallamos que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Anastasio Castizo Machío contra la resolución de fecha 31 de enero de 1997, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de los de esta capital, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, con expresa imposición de costas originadas en esta alzada a la parte apelante».

La demanda de amparo señala que la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla acoge y reitera, en parte expresamente y en parte tácitamente, los fundamentos jurídicos de la de instancia, sin añadir ninguno nuevo. Así, al igual que la Sentencia del Juzgado, declara perfeccionado el debatido contrato de compraventa en febrero de 1993, pero no lo considera consumado hasta la fecha del otorgamiento de la escritura pública correspondiente (julio de 1994), de modo que estima vigente el contrato de arrendamiento sobre la finca vendida -que vinculaba a las partes- hasta el mes de julio de 1994, con la consecuente obligación de pago de las rentas por parte del Sr. Castizo Machío. Ello se consideraba debido a que, aunque el contrato de compraventa se había perfeccionado, sin embargo, al no haber operado la traditio, el contrato no se había consumado, de modo que la efectiva transmisión de la propiedad no se produjo entonces (febrero de 1993) sino cuando se otorgó la escritura pública (julio de 1994).

En relación con estas alegaciones de la demanda de amparo, es oportuno transcribir el fundamento jurídico tercero de dicha Sentencia de apelación: «Tal como recoge la Sentencia de esta propia Sección de 13 de Febrero de 1997 (reiterada en la del 22 de Mayo de 1997) el problema transcendental reside en determinar el momento en que el contrato de compraventa quedó, primero, perfeccionado y después consumado, y ello en base a la documentación existente fundamentalmente reducida a las cartas intercambiadas entre las partes. Considerando la oferta como una declaración de voluntad recepticia dirigida a la contraparte y con el firme propósito de obligarse en caso de aceptación, en el supuesto presente debe aceptarse que dicha oferta se hizo de manera indubitada, pues dicha oferta, consistente en la propuesta precisa, completa y definitiva de celebración de un contrato de compraventa, contenía los elementos esenciales del negocio jurídico, cosa (el piso y la plaza de garaje) y precio (10.800.000 ptas.), aunque con posterioridad surgieran discrepancias respecto a determinados elementos accidentales (forma de pago, gravámenes, etc.), que en absoluto desvirtúan la proposición original ni impedían el perfeccionamiento del contrato mediante la aceptación por parte del destinatario de la oferta, aceptación formalizada a través de la carta de 16 de febrero de 1993. Estando, pues, las partes conformes sobre la cosa objeto del contrato y sobre su precio, el negocio jurídico se perfeccionó sirviendo pues de "título para la adquisición del dominio" del piso que hasta entonces disfrutaba en concepto de arriendo.

En consecuencia, la Sala hace suya la fundamentación jurídica del Juez a quo, entendiéndolo que "el contrato de compraventa quedó perfeccionado por la concurrencia de consentimiento, de acuerdo con los arts. 1258 y 1262 del Código Civil el día 16 de febrero de 1993", pero no se consumó hasta que las partes, de común acuerdo, procedieron a otorgar la escritura pública de la venta, siendo a partir de dicho momento cuando las partes habrían de proceder a la entrega de la cosa, hasta entonces arrendada, al pago del precio convenido. En consecuencia, de lo expuesto, y porque la resolución recurrida es acorde con el ordenamiento jurídico, no ofreciendo el caso enjuiciado

mayores ni más prolijas cuestiones jurídicas, procede, con desestimación total del recurso, la plena confirmación de la sentencia apelada, confirmación que acoge el pronunciamiento condenatorio de las costas de la primera instancia».

d) .Asimismo, según indica la demanda de amparo, la Sentencia de apelación, al acoger y reiterar los fundamentos de la de instancia sin añadir ningún otro, omitió -al igual que había hecho la de instancia- toda referencia a la excepción de extinción de la obligación por razón de la confusión de derechos, operada al reunirse en la persona del demandado la doble condición de deudor y acreedor de las rentas, excepción expresamente formulada por el demandado.

e) .Se indica, por último, en la demanda de amparo que la Sentencia de apelación, ahora recurrida, difiere sustancialmente y sin razonamiento alguno, en perjuicio del ahora recurrente en amparo, de otras dictadas en idénticos asuntos por la Audiencia Provincial de Sevilla, y en concreto por la misma Sección Quinta, parte de las cuales son expresamente citadas por dicha resolución. Mientras que las anteriores Sentencias entendían operada la traditio, y adquirido el dominio desde febrero de 1993, sin necesidad de otorgamiento de escritura pública, la presente, ahora impugnada, declara exactamente lo contrario, estimando la pretensión que las anteriores rechazaban.

2. La demanda denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) por la Sentencia recurrida.

a) .Se fundamenta la alegada vulneración del art. 24.1 CE en la incongruencia omisiva de la Sentencia, al eludir ésta, según se afirma en la demanda de amparo, toda referencia a una de las excepciones formuladas por el demandado: la de la extinción de la obligación de pago de la renta por razón del instituto jurídico de la confusión de derechos, excepción sobre la que también se había argumentado, con invocación del derecho a la tutela judicial efectiva, en el acto de la vista.

Se afirma en este sentido, con referencia a los términos en que se formuló la mencionada excepción al contestar la demanda del juicio de menor cuantía, que, aun entendiendo que, perfeccionado el contrato de compraventa, no se hubiera transmitido el dominio al no haber traditio, «la extinción de la obligación de pago de las rentas se habría producido merced a la institución de la confusión de derechos, al ser aquéllas frutos civiles pertenecientes al comprador desde el día de la perfección del contrato; en virtud todo ello de los arts. 1468, 355 y 1192 del Código Civil», de modo que en tal caso «las rentas, como frutos civiles, eran atribuibles no ya al propietario, sino al comprador, que en este peculiar caso coincide con el arrendatario demandado».

Sigue indicando la demanda de amparo que la Sentencia del Juzgado condenó al entonces demandado al abono de las rentas devengadas entre febrero de 1993 y julio de 1994, al entender que el dominio no se había transmitido hasta la fecha del otorgamiento de la escritura pública de venta, y que, apelada dicha Sentencia, la dictada por la Audiencia omitió toda referencia a la referida excepción. Y señala que dicha excepción constituía «una componente esencial y diferenciada, aunque alternativa, del conjunto de la oposición, pues bastaba con su apreciación, en el supuesto de declarar el contrato perfeccionado pero no consumado, para desestimar el aspecto cuantitativamente más relevante de la pretensión principal de la actora», de modo que «su falta absoluta de toma en consideración significa dejar sin respuesta una pretensión esencial del demandado».

b) .Se fundamenta la alegada lesión del art. 14 CE en que la Sentencia impugnada se aparta, sin razonarlo, del criterio mantenido por la misma Sección Quinta en otros asuntos idénticos, entre ellos los resueltos por las Sentencias de 13 de febrero y 22 de mayo de 1997, que precisamente se citan en aquélla.

El demandante de amparo, tras recordar que el litigio del que dimana el presente recurso constituye uno de un grupo de treinta y siete pleitos sostenidos entre la Urbanizadora Santa Clara, S.A., y otros tantos particulares, a que ya se hizo referencia en el antecedente 1.ª de esta resolución, indica que las sentencias dictadas en dichos litigios por las distintas Secciones de la Audiencia Provincial de Sevilla -salvo la ahora recurrida en amparo- mantienen un criterio uniforme, según el cual se había realizado la efectiva transmisión del dominio a favor de los distintos demandados y arrendatarios en febrero de 1993, mediante los acuerdos privados habidos entre éstos y la entidad mercantil. Relaciona, al efecto, los rollos de apelación en los que había recaído Sentencia, de los que los pertinentes a la Sección Quinta de la Audiencia son los rollos núms. 1224/96 (Sentencia de 13 de febrero de 1997), 3403/96 (Sentencia de 22 de mayo de 1997), 65/97 (Sentencia de 26 de junio de 1997), 922/97 (Sentencia de 30 de septiembre de 1997) y 1175/97 (Sentencia de 10 de octubre de 1997).

c) .Por último, solicita la demanda de amparo: 1) que se anule la Sentencia recurrida «en lo que respecta a la condena al pago de las rentas arrendaticias solicitadas por el actor al estimar la excepción de confusión de derechos alegada en su día, eximiendo consecuentemente al demandado del pago de las costas de ambas instancias o, subsidiariamente, inste al Tribunal que la dictó a emitir otra que tome en consideración la citada excepción», y 2) que, subsidiariamente, se anule la Sentencia recurrida «por vulneración del derecho a la igualdad y, en consecuencia, [se] inste al Tribunal que la dictó a emitir otra respetuosa con el mencionado derecho».

3. Por providencia de 23 de marzo de 1998 la Sección Primera acordó, al amparo del art. 50.5 LOTC, conceder al recurrente un plazo de diez días para que aportase testimonio de la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Sevilla en los autos del juicio de menor cuantía 688/96.

4. Aportado el testimonio solicitado, por providencia de 15 de junio de 1998 se acordó admitir a trámite la demanda de amparo, y requerir, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla y al Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de dicha capital para que remitieran, respectivamente, en el plazo de diez días testimonio del rollo de apelación 1269/96 y del juicio de menor cuantía 688/96 interesando, al propio tiempo, que se emplazase a quienes habían sido parte en el juicio para que, en el plazo de diez días, pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Por providencia de 5 de octubre de 1998 se tuvieron por recibidos los testimonios solicitados y, a tenor del art. 52 LOTC, se acordó dar vista de las actuaciones, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y al recurrente para que, dentro de dicho plazo, pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniesen.



6. Por escrito registrado el 29 de octubre de 1998, el recurrente formula sus alegaciones en las que reitera su solicitud de amparo. Tras ratificarse en las alegaciones hechas en la demanda, en relación con la invocación del derecho a la igualdad, y dado que la estimación de tal motivo exige una comparación entre la Sentencia recurrida y las Sentencias que se citan como término de comparación, sugiere a la Sala que solicite para mejor proveer a los respectivos órganos judiciales el testimonio de las resoluciones citadas en la demanda de amparo, cuyas respectivas copias se aportaron con ésta.

7. Mediante escrito registrado el 5 de noviembre de 1998, el Ministerio Fiscal presenta sus alegaciones en las que interesa la desestimación del amparo.

Respecto de la invocada vulneración del derecho fundamental a la igualdad, el Ministerio Fiscal, tras exponer los requisitos que la jurisprudencia constitucional exige para apreciar la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), con cita de algunas de las Sentencias en las que se recoge esta doctrina (SSTC 48/1987, 66/1987, 102/1987, 108/1988, 161/1989, 126/1992, 218/1992 y 235/1992), analiza el caso enjuiciado. Señala, al efecto, que concurre el primero de los requisitos exigidos, relativo a que la Sentencia que se impugna y las sentencias utilizadas como términos de comparación procedan del mismo órgano judicial, en este caso la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla (no siendo relevante el hecho de que los Magistrados que la componen no hayan sido los mismos en todas las resoluciones), pero no concurre el requisito consistente en ser los «supuestos idénticos» en todas ellas. Indica, a tal fin, que la Sentencia que se recurre asume y reitera como fundamentación propia la fundamentación de la Sentencia de instancia y ésta explica, de manera razonada y fundada en derecho, la subsunción de la norma aplicable al supuesto fáctico probado, que lo está mediante la valoración de las pruebas aportadas por las partes, consistentes en «cartas enviadas por el comprador al vendedor y en especial la de fecha 15 de marzo de 1993 en la que manifiesta la voluntad expresa de considerar la puesta a disposición del comprador del piso y la plaza de garaje "mediante el otorgamiento de la escritura pública"». Esta valoración de las pruebas determina que el órgano judicial considere y declare que es la fecha de la escritura de compraventa la que produce el cumplimiento de la totalidad de los requisitos de la transmisión de la propiedad por lo que se mantiene la vigencia del arrendamiento hasta esa misma fecha.

Concluye afirmando que el supuesto no es idéntico a los supuestos resueltos por las Sentencias aportadas como término de comparación ya que en el de autos, al contrario que en los demás, hay una voluntad del vendedor, declarada probada por el Juez, de no transmitir la propiedad hasta el momento del otorgamiento de la escritura pública, lo que no se declara en los demás supuestos.

Así pues, según sostiene el Ministerio Fiscal, la fundamentación jurídica es coherente con la realidad fáctica declarada por la Sentencia, por lo que la respuesta que da la Audiencia al hacer suya la fundamentación jurídica de la Sentencia de instancia también es razonada y motivada y esta fundamentación interpreta la normativa aplicable respecto a la transmisión de la propiedad. No existe violación del derecho a la igualdad porque el órgano judicial al dictar la Sentencia sabe que ésta difiere porque existe diversidad de supuestos, diversidad que supone una diferencia con los supuestos de las Sentencias aportadas como términos de comparación.

En relación con la invocada vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrada en el art. 24.1 CE, por supuesta incongruencia omisiva de la Sentencia de la Audiencia Provincial, dice el Ministerio Fiscal que dicha Sentencia no

contesta explícitamente a la excepción planteada pero sí la contesta implícita y terminantemente. La Sentencia declara, aceptando la fundamentación de la Sentencia de instancia, que hasta la fecha del otorgamiento de la escritura no se transmitió la propiedad «estando vigente hasta dicha fecha el contrato de arrendamiento» lo que significa que no ha existido la confusión alegada al no ser propietario hasta esa fecha, continuando siendo arrendatario, condición que impide la confusión pretendida y la consiguiente adquisición de los frutos civiles.

Sigue diciendo el Ministerio Fiscal que el actor podrá disentir de la interpretación que el órgano judicial realiza respecto a la concurrencia de los requisitos del título y el modo y de las consecuencias, efectos jurídicos y momento en que estos se producen, pero esta divergencia pertenece al campo de la legalidad ordinaria, sin dimensión constitucional. Por ello, la declaración de la persistencia de la condición de arrendatario por no haberse transmitido la propiedad supone, como es lógico, la existencia de un contrato, pero en virtud del principio de libertad de pacto (art. 1255 CC) las partes establecen, como declara la sentencia, que los efectos de la compraventa se inicien en el momento del otorgamiento de la escritura de compraventa, y no antes, y la validez de esta declaración constituye la interpretación que el órgano judicial realiza de la normativa aplicable a este contrato en especial. Esta declaración es la respuesta implícita del órgano judicial a la excepción alegada por el actor, respuesta que permite afirmar la inexistencia de la incongruencia omisiva denunciada. Se podrá estar de acuerdo o no con la interpretación judicial pero esta actividad pertenece en exclusiva al contenido de la función del juzgador que no puede ser revisada en el recurso de amparo al no ser arbitraria ni irracional.

8. Por diligencia de ordenación de 2 de octubre de 2001, se acordó, al amparo de lo previsto en el art. 88 LOTC requerir a los Juzgados de Primera Instancia números 1, 2 y 19 de Sevilla, a fin de que remitieran en plazo de diez días copia de las Sentencias de 26 de noviembre de 1996, 26 de octubre de 1996, 29 de enero de 1996 y 20 de enero de 1997 y, una vez recibidas, por providencia de 26 de noviembre de 2001 la Sala Primera acordó dar traslado por diez días al Ministerio Fiscal y al demandante de amparo, a fin de que ampliaran las alegaciones efectuadas en su día.

9. El 11 de diciembre de 2001 se registró en el Tribunal el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal. El Fiscal, a la vista de la prueba ordenada practicar por la Sala, estima necesario ampliar el escrito de alegaciones presentado en este recurso de amparo.

Para el Fiscal, del examen de las actuaciones judiciales que han sido remitidas resulta, en primer lugar, que los hechos en todos los procesos son sustancialmente idénticos, puesto que se trata de la misma promotora inmobiliaria que ofreció por escrito la venta de las viviendas que ocupaban en un mismo edificio sus diferentes inquilinos, de modo que éstos dejaron de pagar las rentas que venían abonando desde el momento en que aceptaron por escrito las ofertas, lo que dio lugar a que la promotora ejercitara la acción de desahucio, por las rentas impagadas desde la aceptación de la oferta hasta la fecha de la firma de la escritura pública de compraventa, que fue rechazada por estimarse que la complejidad de la situación no permitía ser resuelta en dicho proceso. En su consecuencia, la promotora ejercitó otra acción por la que pretendía se declarara su condición de propietaria de las viviendas hasta la fecha de otorgamiento de la escritura pública y, en consecuencia, se condenara a los inquilinos al pago de las rentas correspondientes. Por su parte, los inquilinos se opusieron a dicha pretensión alegando

ser ellos los propietarios de las viviendas desde que contestaron por escrito aceptando la oferta de venta, por lo que operada la confusión entre su condición de arrendatarios y de propietarios, no venían obligados al pago de renta alguna.

En todos los casos, continúa el Fiscal, fue estimada la pretensión de la promotora, así como la reconvenición formulada por los inquilinos alegando compensación parcial de la deuda, todo ello por considerar que el contrato de compraventa no se consumó hasta la fecha del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, siendo por ello a partir de esa fecha cuando los inquilinos adquirieron la condición de propietarios.

Planteados los recursos de apelación por los inquilinos, algunos de ellos fueron repartidos a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, la cual, actuando con diferente composición de Magistrados, dictó Sentencias el 13 de febrero, 22 de mayo, 30 de septiembre y 10 de octubre de 1997, por las que revocó las de instancia al considerar que el contrato había quedado perfeccionado desde que los inquilinos contestaron a la oferta, aunque en la misma no se incluyera mención alguna sobre la persona obligada al pago de los gastos de transmisión por entender que tal extremo no constituye uno de los elementos esenciales del contrato, por lo que, en definitiva, debía operar la ficta traditio. Por estas razones los recursos fueron parcialmente estimados en las Sentencias mencionadas y los inquilinos fueron condenados no al pago de las rentas, sino al del precio convenido para la compraventa con los intereses correspondientes, de cuya cantidad había que deducir, en virtud de compensación, las cantidades que aquéllos hubieran abonado por cualquier concepto a la promotora.

El 18 de noviembre de 1997, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, actuando con composición diferente a todas las ocasiones antes mencionadas, dicta una nueva Sentencia sobre un proceso semejante a los que habían sido resueltos con anterioridad, modifica su criterio y después de aludir a algunas de las Sentencias invocadas en la demanda de amparo como término de comparación (concretamente las de 13 de febrero y 22 de mayo de 1997), al referirse al momento de la consumación del contrato de compraventa añade literalmente lo que sigue: «Estando pues las partes conformes sobre la cosa objeto del contrato y sobre su precio, el negocio jurídico se perfeccionó sirviendo pues de "título para la adquisición del dominio" del piso que hasta entonces disfrutaba en concepto de arriendo». En consecuencia, la Sala hace suya la fundamentación jurídica del Juez a quo entendiendo que «el contrato de compraventa quedó perfeccionado por la concurrencia del consentimiento de acuerdo con los arts. 1258 y 1262 del Código Civil el día 16 de febrero de 1993», pero no se consumó hasta que las partes, de común acuerdo, procedieron a otorgar la escritura pública de compraventa, siendo a partir de dicho momento cuando las partes habrían de proceder a la entrega de la cosa, hasta entonces arrendada, y al pago del precio convenido.

Sentados los anteriores antecedentes, y con cita de nuestra doctrina, concluye el Fiscal que se ha producido un cambio de criterio en la aplicación de la Ley por parte del Tribunal, concretamente de las normas que regulan en nuestro ordenamiento la perfección y consumación del contrato, cuestión sobre la que, para que pueda prosperar la demanda de amparo, se requiere que las resoluciones que se contrastan hayan sido dictadas por el mismo órgano judicial, que exista un término de comparación válido por haber resuelto dichas resoluciones supuestos sustancialmente similares, y la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables tal cambio de criterio, a fin de excluir la arbitrariedad, la inadvertencia, o la toma en consideración de circunstancias personales o sociales de las partes que no debieron serlo.

El Fiscal, modificando el criterio de su primer escrito de alegaciones a la vista del contenido de las Sentencias aportadas, considera que en todos los casos los Jueces estimaron la pretensión de la promotora por considerar que era la propietaria de la vivienda hasta el momento de otorgar la escritura pública, bien porque el contrato no se perfeccionó o bien porque no se consumó hasta el otorgamiento de la escritura. En consecuencia, no hay base después de la prueba practicada por decisión del Tribunal, para afirmar, como se hacía en el primer escrito de alegaciones, que no concurre la identidad de supuesto entre el contemplado en la Sentencia recurrida y en las que se ofrecen como término de comparación, puesto que las Sentencias recaídas en la instancia con anterioridad a la que ahora se refiere el recurso de amparo fueron revocadas por considerar que el contrato se perfeccionó en el momento de aceptarse la oferta y se consumó también en ese momento, mientras que la que es objeto del presente recurso establece que, como se hacía en la Sentencia de instancia, aun cuando quepa entender perfeccionado el contrato en el momento de aceptarse la oferta, su consumación no se produjo hasta el momento del otorgamiento de la escritura, lo que evidencia que se ha producido un cambio de criterio. Por ello, lo que procede analizar es si dicho cambio de criterio reúne los requisitos exigidos por la doctrina constitucional.

Con cita de la STC 176/2000, el Fiscal considera que la aplicación de dicha doctrina ha de conducir a la estimación del amparo, pues aun cuando sea compatible con el art. 14 CE que se produzcan cambios de criterio en la interpretación de la Ley, el derecho a la igualdad en su aplicación no tolera que dichos cambios sean gratuitos o desprovistos de fundamentación, como sucede en el presente caso, puesto que en con anterioridad mantuvo un criterio sobre la perfección y consumación del contrato incluso citando dos sentencias del mismo Ponente que el que dicta la resolución ahora combatida, mientras que en ésta la Sala considera que dicho momento es distinto y posterior, lo que determina que mientras que en el primer caso no existiera obligación de pagar las rentas, en el que se recurre sí. Tal cambio de criterio carece de fundamentación, y no permite interpretar que se trate de un legítimo cambio para el futuro, pues en la Sentencia recurrida no se atisba mención alguna que pueda hacer pensar que se trata de un cambio de tal índole.

Por lo que, finalmente, respecta al alcance del amparo, el Fiscal considera que procede anular la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla y retrotraer las actuaciones al momento de dictarse la misma para que se pronuncie en su lugar otra en la que se respete el derecho fundamental vulnerado motivando suficientemente el criterio que se adopte con relación a la cuestión controvertida.

10. El mismo día se registró en el Tribunal el escrito de alegaciones del recurrente en amparo. Considera el demandante que las Sentencias unidas a las actuaciones confirman que en fechas muy próximas entre sí, y a la recaída en el recurso que es causa del presente recurso de amparo, se produjeron una pluralidad de litigios de igual contenido entre la mercantil Urbanizadora Santa Clara, S.A., y un numeroso grupo de particulares que habitaban las distintas viviendas de un inmueble ocupado por éstos y promovido por aquélla. También ponen de relieve que siendo distintas las soluciones adoptadas por los Juzgados, finalmente todos ellos consideraban que la compraventa no se había perfeccionado o no se había consumado, por lo que el contrato de arrendamiento vinculaba a las partes hasta la fecha de formalización de la escritura de compraventa, por lo que hasta entonces estaba vigente la obligación de pagar la renta.

Es precisamente esa conclusión final la que de manera uniforme y sistemática revocan todas las Secciones de la Audiencia Provincial de Sevilla, incluida la Sección Quinta. Todas ellas, a excepción de la ahora combatida, disponen que el contrato de compraventa se perfeccionó y consumó a consecuencia del intercambio epistolar acaecido en 1993, dieciséis meses antes de la escrituración y que, por lo tanto, en dicha fecha se extinguió el contrato de arrendamiento previo.

Es decir que, para el demandante de amparo, todas las Secciones de la Audiencia Provincial de Sevilla tuvieron ocasión de conocer y revisar la tesis de la ausencia de perfección o consumación del contrato de compraventa y conociéndola la refutaron en treinta y seis de los treinta y siete procedimientos entablados, declarando que la adquisición original del dominio se produjo en febrero de 1993.

Sin embargo, la Sentencia que ahora se combate altera el que venía siendo su uniforme criterio y acepta que el momento de la consumación del contrato fue el del otorgamiento de la escritura pública, asumiendo el razonamiento del Juez de instancia, apartándose de la tesis anteriormente mantenida de manera inmotivada, con lo que dicha Sentencia incurre en el vicio que define la reciente Sentencia de 10 de octubre de 2001, de la Sala Segunda de este Tribunal, como exponente del trato desigual en la aplicación de la Ley una vez constatado que son pertinentes los términos de comparación.

11. Por providencia de 7 de marzo de 2002 se fijó para la deliberación y fallo del presente recurso de amparo el día 11 del mismo mes y año, día en que comenzó habiendo terminado en el día de hoy.

Fundamentos:

## II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo tiene por objeto determinar si la Sentencia de 18 de noviembre de 1997 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el hoy demandante del amparo contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Sevilla, en autos de juicio de menor cuantía núm. 688/96, ha vulnerado los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE).

La alegada lesión del art. 24.1 CE se funda en la incongruencia omisiva en que, según entiende el demandante de amparo (demandado y apelante en los mencionados autos de menor cuantía), incurrió la Sentencia de apelación, al eludir toda referencia a una de las excepciones formuladas por dicha parte: la de la extinción de la obligación del pago de las rentas reclamadas (como devengadas entre los meses de febrero de 1993 y julio de 1994) por razón del instituto jurídico de la confusión de derechos. Tal instituto de la confusión de derechos, según aduce dicha parte, habría debido operar -y en tal sentido se había alegado en juicio- aun en el supuesto de que se entendiese (como efectivamente lo entendieron las Sentencias de instancia y de apelación) que el contrato de compraventa de la finca litigiosa se había perfeccionado en febrero de 1993 sin que se hubiera consumado la transmisión del dominio, a favor del entonces demandado y ahora demandante de amparo, hasta julio de 1994.

La invocación del art. 14 CE como vulnerado se basa, a su vez, en que la Sentencia recurrida se aparta del criterio mantenido por la propia Sección Quinta de la misma Audiencia Provincial de Sevilla en otros supuestos sustancialmente idénticos (entre los que cabe citar los resueltos por las Sentencias de 13 de febrero y 22 de mayo de 1997, expresamente mencionadas en aquélla), sin que se haga razonamiento o explicación alguna sobre tal cambio de criterio.

2. En cuanto a la supuesta vulneración del art. 24.1 CE, en relación con la incongruencia omisiva, procede en primer lugar analizar si concurre la falta de agotamiento de los recursos procedentes en la vía judicial, por no haberse empleado por el recurrente el incidente de nulidad del art. 240.3 LOPJ, extremo que, de confirmarse, determinaría la inadmisión del recurso en este momento procesal, de acuerdo con lo establecido en los arts. 44.1 a) y 50.1 a) LOTC, pues los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan subsanados porque el recurso haya sido inicialmente admitido a trámite (SSTC 50/1991, de 11 de marzo, FJ 3; 129/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 185/2000, de 10 de julio, FJ 3; 105/2001, de 23 de abril, FJ 2; 228/2001, de 26 de noviembre, FJ 2 y 18/2002, de 28 de enero, FJ 3).

En efecto, aun cuando el incidente de nulidad de actuaciones frente a resoluciones judiciales firmes constituía un recurso manifiestamente improcedente antes de la reforma del art. 240 LOPJ operada por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre (por todas, SSTC 185/1990, de 15 de noviembre, FJ 4; 245/2000, de 16 de octubre, FJ 2; 12/2001, de 29 de enero, FJ 2; y 15/2001, de 29 de enero, FJ 3), tras la citada reforma legal constituye un recurso de ineludible interposición para cumplir el requisito previsto en el art. 44.1 a) LOTC, relativo al agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial y respetar así el carácter subsidiario del recurso de amparo, ya que la tutela general de los derechos y libertades corresponde (conforme al art. 53.2 CE) primeramente, a los órganos del Poder Judicial, y, por tanto, cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado, y adecuado por su carácter y naturaleza para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado, tal recurso ha de agotarse antes de acudir a este Tribunal (SSTC 108/1999, de 14 de junio, FJ 2; 169/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 82/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 178/2000, de 26 de junio, FJ 3; y 284/2000, de 27 de noviembre, FJ 3).

En el caso enjuiciado, la Sentencia que se combate fue dictada el 18 de noviembre de 1997, fecha en la que aún no había sido publicada la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial operada por Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, que vino a dar una nueva redacción a su art. 240.3, ya que dicha Ley Orgánica se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» del día 5 de diciembre siguiente, entrando en vigor (conforme a su Disposición final única) al día siguiente de su publicación y, por lo tanto, el día 6 de diciembre. Sin embargo, su Disposición transitoria primera disponía la aplicación de esa nueva redacción del art. 240 LOPJ y, con ello, del incidente de nulidad de actuaciones, también a los procesos que hubiesen finalizado por resolución o Sentencia irrecurrible dentro del mes anterior a su promulgación. Constatado lo anterior, es obvio que al haberse dictado la Sentencia en la fecha indicada le era de aplicación dicha Disposición transitoria primera y, por lo tanto, el recurrente pudo y debió instar el incidente de nulidad de actuaciones en el plazo de los veinte días siguientes a la fecha de publicación de la Ley. Al no hacerlo así, y por lo que se refiere a esta vulneración, el presente recurso de amparo deviene inadmisibles por falta de agotamiento de la vía judicial previa, causa de inadmisión que en el momento de dictar esta Sentencia se convierte en causa de desestimación (por todas, STC 105/2001, de 23 de abril, FJ 4).

3. Respecto de la queja en la que se alega la lesión del art. 14 CE, hemos de recordar que los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que garantiza el art. 9.3 CE, imponen a los órganos judiciales que en sus resoluciones no se aparten arbitrariamente de los precedentes propios. En definitiva, nuestra doctrina ha afirmado de modo continuado en el tiempo que el artículo 14 CE excluye que una decisión judicial dictada en un proceso aparezca como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a las decisiones adoptadas en otros casos anteriores resueltos de modo diverso (SSTC 55/1988, de 24 de marzo, FJ 1, y 193/2001, de 1 de octubre, FJ 2).

En consecuencia, un mismo órgano judicial no puede cambiar arbitrariamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en supuestos esencialmente iguales sin una argumentación razonada de dicho cambio que permita deducir que existe un apartamiento del precedente que responda a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta ad personam. Ello no impide que los órganos judiciales puedan cambiar su criterio y apartarse conscientemente de sus resoluciones precedentes, pero este apartamiento del precedente ha de ser consciente y razonablemente fundamentado o, en ausencia de una motivación expresa, ha de resultar patente que existe un efectivo cambio de criterio, bien por inferirse con certeza del contenido de la propia resolución, bien por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen, lo cual suele ocurrir cuando existen otros pronunciamientos posteriores coincidentes con la línea abierta por la resolución impugnada.

Por ello, resultará vulnerado el derecho a la igualdad en esta vertiente cuando se acredite que la resolución que es objeto del recurso de amparo significa una ruptura ocasional de la línea que el propio órgano judicial viene manteniendo con uniformidad en supuestos esencialmente iguales (por todas, SSTC 200/1990, de 10 de diciembre, FFJJ 2 y 3; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 176/2000, de 26 de junio, FJ 3, 57/2001, de 26 de febrero, FJ 2; 122/2001, de 4 de junio, FJ 2; 111/2001, de 7 de mayo, FJ 2 y 193/2001, de 1 de octubre, FJ 3), siempre y cuando concurren los requisitos de alteridad y existencia de precedente judicial en el que se aprecien las notas de generalidad y continuidad pues, de no concurrir cualquiera de ellos, conforme a nuestra doctrina, se produciría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE por el resultado arbitrario que supone que un mismo asunto litigioso obtenga respuestas judiciales distintas (SSTC 150/2001, de 2 de julio, FFJJ 3 y 4; 162/2001, de 5 de julio, FFJJ, 2 y 4; y 229/2001, de 26 de noviembre, FFJJ 2 y 4).

Teniendo en cuenta lo anterior, para apreciar la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, hemos venido exigiendo la concurrencia de varios requisitos. En primer lugar, ha de acreditarse por el recurrente en amparo la existencia de un término de comparación, dado que el juicio de igualdad sólo puede realizarse comparando la resolución judicial que se impugna y el precedente del mismo órgano judicial en casos sustancialmente iguales (SSTC 81/1997, de 22 de abril, FJ 2; 89/1998, de 21 de abril, FJ 7; 62/1999, de 26 de abril, FJ 4; 186/2000, de 10 de julio, FJ 11; 37/2001, de 12 de febrero, FJ 3 y 111/2001, de 7 de mayo, FJ 2). Seguidamente se requiere que los supuestos que constituyen el término de comparación sean esencialmente iguales, pues sólo si los casos son iguales entre sí se puede efectivamente pretender que la solución dada para uno sea igual a la del otro (SSTC 78/1984, de 9 de julio, FJ 3; 55/1988, de 24 de marzo, FJ 2; 34/1995, de 6 de febrero, FJ 1 y 102/1999, de 31 de mayo, FJ 3). En tercer y último lugar se requiere que las resoluciones objeto de comparación procedan del mismo órgano judicial, entendiendo por tal la identidad no sólo de Sala, sino también de Sección, ya que hemos considerado a éstas como órganos judiciales con

entidad diferenciada (SSTC 134/1991, de 17 de junio, FJ 3; 42/1993, de 8 de febrero, FJ 3; 218/1994, de 18 de julio, FJ 6; 245/1994, de 15 de septiembre, FJ 3; 266/1994, de 3 de octubre, FJ 3; 240/1998, de 15 de diciembre, FJ 6; y 122/2001, de 4 de junio, FJ 5).

4. El examen de las Sentencias aportadas como término de comparación con la demanda de amparo permiten constatar que la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, además de la Sentencia ahora recurrida en amparo, dictó también las Sentencias de 13 de febrero de 1997 (rollo 1224/96), 22 de mayo de 1997 (rollo 3403/96), 26 de junio de 1997 (rollo 65/97), 30 de septiembre de 1997 (rollo 922/97) y de 10 de octubre de 1997 (rollo 1175/97) en supuestos sustancialmente iguales al que motiva el presente recurso de amparo. Dichas Sentencias fueron consecuencia de los recursos de apelación interpuestos por los demandados contra las dictadas por los Juzgados de Primera Instancia números 1, 2 y 19 de Sevilla, que han sido aportadas a instancia del Tribunal (art. 88 LOTC). Del examen de dichas Sentencias -recaídas en instancia y en apelación- queda acreditado que en todos los supuestos se trata de juicios promovidos por Urbanizadora Santa Clara, S.A., contra los respectivos inquilinos de las viviendas que ocupaban -integradas en un mismo conjunto residencial-, con los que había concertado los correspondientes contratos de compraventa de las respectivas viviendas.

Con la salvedad (a la que luego se hará referencia) del asunto resuelto por la Sentencia de 22 de mayo de 1997, en los demás solicitaba la sociedad Urbanizadora Santa Clara, S.A., con carácter principal, la condena de los respectivos demandados al pago de las rentas devengadas entre los meses de marzo de 1993 (subsiguiente a las comunicaciones privadas habidas entre las partes, sobre oferta y aceptación de las condiciones del contrato correspondiente) y julio de 1994 (en que se otorgaron las escrituras públicas de compraventa), así como, en su caso, los gastos de comunidad. Subsidiariamente -para el caso de que se entendiera transmitida la propiedad en febrero de 1993- pedía dicha entidad una indemnización por enriquecimiento injusto de los demandados durante el período cuestionado, al no haber pagado el precio ni demás gastos legítimos. En el caso resuelto por la Sentencia de 22 de mayo de 1997, según ésta explica en su fundamento jurídico primero, había ejercitado la entidad mercantil «las acciones acumuladas de resolución del primitivo contrato de arrendamiento, por falta de pago de rentas y la de enriquecimiento injusto que se postula por el hecho de seguir la demandada con el uso de su vivienda sin pagar cantidad alguna en concepto de precio e incluso sin pagar las rentas». En todo caso, en todos estos litigios, y así consta en las respectivas Sentencias, se constituyó como cuestión central la determinación de los momentos de perfección de los contratos de compraventa, por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y el precio, y de su consumación, por la efectiva transmisión de la propiedad de la finca.

En las citadas Sentencias aportadas como término de comparación, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla resuelve las apelaciones de que conoció dando a todos los casos una misma solución, revocando todas ellas, en lo pertinente al tema que ahora nos ocupa, las correspondientes Sentencias de instancia. Se afirma, en síntesis, en dichas Sentencias que el contrato de compraventa -respecto de la vivienda de la que cada demandado venía siendo inquilino- se perfeccionó en el momento en que cada uno de los demandados aceptó la correspondiente oferta de la actora (concurso de oferta y aceptación que se habría producido en todos los casos en el mes de febrero de 1993), y que en ese mismo momento se produjo también la transmisión de la propiedad ya que, al venir poseyendo la cosa el adquirente en concepto de arrendatario, se habría



producido una traditio espiritualizada (constitutum posesorium), suficiente para estimar producido dicho efecto transmisivo.

Con este planteamiento, las Sentencias desestimaron, en los respectivos procesos, la pretensión principal de la actora, formulada esencialmente en los términos ya indicados, considerando que desde el momento en que se había producido la perfección y consumación del contrato de compraventa no existía obligación de pagar rentas, al haber dejado el comprador de ser arrendatario para convertirse en propietario. En atención a ello, fueron estimadas las pretensiones subsidiarias de las correspondientes demandas, sobre enriquecimiento injusto.

5. El planteamiento que se ha dejado expuesto en su esquema básico y el criterio de aplicación normativa mantenido en las Sentencias de referencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla (de las que dos son expresamente citadas por la ahora recurrida, las Sentencias de 13 de febrero y de 22 de mayo de 1997) se abandonan notoriamente en la Sentencia que es objeto del amparo, dictada por la misma Sección Quinta. En efecto, esta última Sentencia remite la consumación del contrato de compraventa, con el correspondiente efecto transmisivo del dominio, no al momento de la perfección del contrato (fecha de aceptación de la oferta de venta, febrero de 1993) sino al momento de otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa (julio de 1994).

Así pues, es obligado concluir que nos encontramos ante una Sentencia en la que el órgano judicial se aparta del criterio reiteradamente mantenido por él mismo en Sentencias anteriores. Es además relevante, a los fines del presente recurso de amparo, el hecho de que en dicha Sentencia ni hay argumentos o razones que, de modo explícito, expliquen tal cambio de criterio o doctrina ni hay datos bastantes de los que pueda inferirse, a modo de argumentación implícita, las razones de dicho cambio. Debe destacarse, por otra parte, que tal explicación es con mayor razón exigible cuando, como aquí sucede, se citan en la propia Sentencia otras dos anteriores en las que se mantiene un criterio o doctrina antitéticos, ahora abandonados.

6. No es óbice a la conclusión que acaba de exponerse la circunstancia de que la Sentencia recurrida se remita a la de instancia, en la construcción de sus razonamientos, al afirmar (fundamento jurídico tercero) que «la Sala hace suya la fundamentación jurídica del Juez a quo, entendiendo que el contrato de compraventa quedó perfeccionado por la concurrencia de consentimiento... pero no se consumó hasta que las partes, de común acuerdo, procedieron a otorgar la escritura pública de la venta». Es inoperante esta remisión, a los efectos ahora contemplados, según se razona a continuación.

La Sentencia de instancia fundamenta la estimación de que la consumación del contrato no se produjo hasta el otorgamiento de la escritura pública en el hecho de no haber quedado acreditada una efectiva entrega de la cosa -como traditio en la compraventa- cuando se perfeccionó aquél. Y así, dice que «no se ha probado que el vendedor ponga de un modo real y actual la cosa a la plena, absoluta y única disposición del comprador, con evidente intención de ambas partes de hacerlo así», añadiendo que el vendedor, «mediante carta de fecha 15-III-93, manifiesta su voluntad expresa de considerar puesta a disposición del comprador la casa y plaza de garaje mediante el otorgamiento de la escritura pública».

Esta argumentación no constituye, sin embargo, un novum -respecto de las Sentencias aportadas como término de comparación-, que pudiera servir para motivar el cambio de criterio, ya que se contiene también en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Sevilla, dictada el 10 de octubre de 1996, que fue parcialmente revocada por la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 26 de junio de 1997, recaída en el rollo de apelación núm. 65/97, Sentencias ambas cuyos respectivos testimonios se han aportado a las actuaciones. En dicha Sentencia de instancia también se hace referencia al documento de 15 de marzo de 1993 (que es el mismo en ambos litigios), se niega que fuera voluntad de la entidad mercantil, en ocasión del intercambio de las comunicaciones privadas, entregar al comprador la cosa vendida (ni siquiera a través del mecanismo de la «intervención»), y se establece que para que exista la tradición «no se puede prescindir de la voluntad del vendedor». Pues bien, la expresada Sentencia de la Audiencia Provincial de 26 de junio de 1997, aun conociendo esta argumentación de la de instancia, concluyó, en sentido contrario, que el contrato de compraventa se había perfeccionado y consumado, con la consiguiente transmisión del dominio, en el mismo momento (16 de febrero de 1993), ya que «al acuerdo se le añadió la tradición espiritualizada a modo de *constitutum posesorium*, lo cual tiene lugar cuando el comprador se encuentra ya en la posesión de la cosa».

Así pues, también en este punto concreto de la fundamentación jurídica -atinente a la cuestión central que nos ocupa- la Sentencia ahora recurrida en amparo se aparta del precedente mantenido en sentencia anterior, sin dar razón de ello, para llegar, por lo tanto, a la ya comentada conclusión contraria respecto de dicha cuestión central.

Ya queda indicado, por otra parte, que las Sentencias aportadas como término de comparación (contradiendo explícitamente el criterio mantenido por las correspondientes Sentencias de instancia, cuyos pronunciamientos, en lo pertinente a este particular, quedaron sin efecto) afirman que en los tratos privados habidos entre las partes, como cartas y comunicaciones de los primeros meses de 1993, hubo seria y formal intención de obligarse por cada parte, lo que fundamenta la estimación de que el contrato se perfeccionó entonces. A ello sigue la conclusión de que el contrato se consumó al tiempo de perfeccionamiento, produciéndose el efecto de adquisición de la propiedad, ya que, como dice la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 10 de octubre de 1997, y en igual sentido las restantes, «las traslación posesoria se operó en forma anticipada, al pasar el comprador a ocupar la vivienda y la plaza de garaje a título arrendaticio», de modo que, se concluye «no resulta preciso en el caso de autos otro tipo de tradición, cual sería el otorgamiento de escritura pública».

7. En definitiva, de la lectura de la Sentencia recurrida en amparo y de las aportadas como término de comparación sólo se deduce, en cuanto al tema que nos ocupa, la diferente solución que le dan aquélla y éstas. Mas no puede saberse -dada la omisión de toda justificación del cambio por parte de la Sentencia ahora impugnada- si ello se debe bien a un diferente criterio de interpretación de las normas de aplicación (de modo que pudiera considerarse como la manifestación de una nueva doctrina general aplicable a los casos futuros) bien a una obligada toma en consideración de algún supuesto fáctico o elemento de prueba, presente en este caso, que conduzca necesariamente o pueda razonablemente conducir a tal conclusión diferente (supuesto fáctico o elemento de prueba del que tampoco nada se dice en la Sentencia recurrida), lo que conduce inexorablemente a entender que se trata de un cambio de criterio que no aparece basado

en una modificación de la línea doctrinal a futuro, sino que por el contrario se trata de una modificación ad casum.

La resolución de casos idénticos de modo diferente, sin que se fundamente el cambio de criterio habido para adoptar la resolución judicial, concurriendo los requisitos de alteridad y existencia de precedente, en los términos ya expresados, supone una vulneración del derecho fundamental del recurrente a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), conforme a la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, por lo que procede estimar el amparo solicitado por este motivo y, en consecuencia, declarar la nulidad de la resolución judicial combatida, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar Sentencia para que se dicte otra que respete el derecho fundamental vulnerado.

Fallo:

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar en parte la demanda de amparo, formulada por don Anastasio Castizo Machío, y en consecuencia:

1. Reconocer el derecho del recurrente a la igualdad en la aplicación de la ley.
2. Anular la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 18 de noviembre de 1997, dictada en el rollo de apelación civil 1269/97.
3. Retrotraer las actuaciones de dicho recurso al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la Sentencia, para que se dicte nueva Sentencia, en la que se resuelva el recurso de apelación respetando el expresado derecho fundamental.
4. Desestimar el recurso de amparo en los demás extremos.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a ocho de abril de dos mil dos.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)