



Revista da  
**PROCURADORIA-GERAL DO  
ESTADO DE SÃO PAULO**

ISSN 2966-1889

97  
janeiro/junho 2023

---

# **REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

---



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR  
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

**97**

JANEIRO/JUNHO 2023





## **GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

TARCÍSIO DE FREITAS

*Governador do Estado*

## **PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

INÊS MARIA DOS SANTOS COIMBRA

*Procuradora-Geral do Estado*

Lucas Pêsoa Moreira

Cintia Byczkowski (a partir de 21/06/2023)

*Procuradores do Estado Chefes do Centro de Estudos*

## **COORDENAÇÃO EDITORIAL**

Fernanda Lopes dos Santos

*Procuradora do Estado*



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR  
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

ISSN 2966-1889

## **CENTRO DE ESTUDOS**

### **PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Rua Pamplona, 227 – 10º andar

CEP 01405-100 – São Paulo – SP - Brasil Tel. (11) 3286-7005

Homepage: [www.pge.sp.gov.br](http://www.pge.sp.gov.br)

E-mail: [divulgacao\\_centrodeestudos\\_pge@sp.gov.br](mailto:divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br)

#### **Procuradores do Estado Chefes do Centro de Estudos**

Lucas Pêssoa Moreira (até 06/06/2023)

Fabio André Uema Oliveira (de 06/06/2023 a 21/06/2023)

Cintia Byczkowski (a partir de 21/06/2023)

#### **Assessoria**

Claudio Henrique de Oliveira (Até 02/02/2023)

Emanuel Fonseca Lima (Até 02/02/2023)

Fabio André Uema Oliveira (Até 05/06/2023)

Raphael Franco Del Duca (A partir de 01/02/2023)

#### **Comissão Editorial**

Presidência

Lucas Pêssoa Moreira

Membros

Lucas Pêssoa Moreira, Fabio André Uema Oliveira, Adalberto Robert Alves (até 25/05/2023), Adriana Masiero Rezende (a partir de 25/05/2023), Alexandre Ferrari Vidotti, Guilherme Malaguti Spina, Lucas Soares de Oliveira, Luciano Alves Rossato, Patrícia Helena Massa, Paulo Alves Netto de Araujo, Rafael Issa Obeid, Sueine Patrícia Cunha de Souza, Raphael Franco Del Duca (a partir de 04/04/2023).

#### **Revista**

Coordenação editorial desta edição: Fernanda Lopes dos Santos

Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores.

Tiragem: revista eletrônica.

---

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,  
Brasil, 1971 - (semestral)

1971-2022 (1-96)

CDD-340.05  
CDU-34(05)

---

# Sumário

APRESENTAÇÃO.....	VII
O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA VISÃO DA DOCTRINA .....	9
Márcio de Oliveira Jacob	
NAMING RIGHTS DE BENS REVERSÍVEIS EM CONCESSÕES PÚBLICAS .....	34
Vitor Gomes Moreira	
A PROGNOSE LEGISLATIVA DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 AO PERÍODO PÓS-PANDEMIA.....	49
Fernando Henrique Médici	
AS FORMAS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E A TERAPÊUTICA JURÍDICA NO ENFRENTAMENTO DO LITÍGIO: MEDIÇÃO, CONCILIAÇÃO E JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MOVIMENTOS DE TRANSFORMAÇÃO DA PRÁTICA JUDICIÁRIA BRASILEIRA.....	97
Lucas Soares de Oliveira	
BREVE ENSAIO SOBRE O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E DO PROCESSO .....	120
Lucas Soares de Oliveira	

# APRESENTAÇÃO

Prezados leitores,

É com grande entusiasmo que compartilhamos os principais destaques da mais recente edição nº 97, da Revista da PGE, referente ao primeiro semestre de 2023. Esta seleção cuidadosa de artigos oferece uma jornada intelectual envolvente, abordando temas de grande relevância no panorama jurídico atual.

O primeiro artigo, “O Princípio da Proporcionalidade na Visão da Doutrina”, de autoria de Márcio de Oliveira Jacob, aborda o contexto do neoconstitucionalismo, que transforma as constituições conferindo-lhes um caráter cogente para regular as relações sociais. Dentro desse cenário, o autor aponta que a aplicação do direito passa por profundas alterações, incluindo o uso rotineiro dos princípios jurídicos, entre os quais se destaca o da proporcionalidade.

Avançamos agora para uma análise detalhada sobre a utilização dos *namings rights* como uma fonte alternativa de receita em contratos de concessão, tema explorado no artigo “*Naming Rights* de Bens Reversíveis em Concessões Públicas” de autoria de Vitor Gomes Moreira. No artigo, o autor não só analisa a viabilidade jurídica desse instituto no cenário nacional, mas também investiga os efeitos de sua implementação nos setores público e privado, com o objetivo de avaliar sua capacidade de gerar receitas, além de oferecer importantes alertas para os gestores públicos interessados em adotar a cessão de *namings rights* como uma fonte adicional de receita em contratos de concessão.

Prosseguimos nossa jornada com uma análise da evolução legislativa dos direitos sociais no Brasil no artigo “A Prognose Legislativa dos Direitos Sociais no Brasil: da Constituição Federal de 1988 ao Período Pós-Pandemia”, de Fernando Henrique Médici. Esse texto nos convida a refletir sobre as transformações sociais e jurídicas ocorridas no país, especialmente em um contexto pós-pandemia, examinando as políticas legislativas implementadas para proteger e promover os direitos sociais.

Seguimos com uma exploração das estratégias alternativas para resolução de conflitos no artigo “As Formas Consensuais de Resolução de Conflitos e a Terapêutica Jurídica no Enfrentamento do Litígio: mediação, conciliação e justiça restaurativa como movimentos de transformação da prática judiciária brasileira”, de Lucas Soares de Oliveira. Aqui, somos convidados a considerar a importância da mediação e da justiça restaurativa em um mundo em constante transformação, no qual o tratamento colaborativo de conflitos ganha cada vez mais relevância.

Encerramos nossa trajetória com o ensaio “Breve Ensaio sobre o Fenômeno da Constitucionalização do Direito e do Processo”, também de autoria de Lucas Soares. O texto nos instiga a refletir sobre o impacto da constitucionalização do direito em nosso sistema jurídico, consolidando os conceitos discutidos ao longo dessa jornada intelectual.

Convidamos todos os interessados a mergulhar nessas reflexões e aprofundar seus conhecimentos sobre os temas abordados. A Revista da PGE continua comprometida em promover a discussão acadêmica e contribuir para o desenvolvimento do direito em nosso país.

Agradecemos a todos os autores por suas valiosas contribuições e desejamos uma excelente leitura a todos.

**CINTIA BYCZKOWSKI**

*Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos*



# O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA VISÃO DA DOCTRINA

Márcio de Oliveira Jacob<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A proporcionalidade em Robert Alexy; 3. A proporcionalidade em Luiz Roberto Barroso; 4. A proporcionalidade em Virgílio Afonso da Silva; 5. A proporcionalidade em Humberto Ávila; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O neoconstitucionalismo tem como característica a transformação das Constituições, que passam a ter caráter cogente regulando as relações sociais. A aplicação do direito passou por profundas alterações, dentre as quais é possível citar o uso rotineiro dos princípios jurídicos. Dentre eles, destaca-se o da proporcionalidade. Trata-se de instituto amplamente citado em trabalhos doutrinários e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Ainda não há um consenso sobre a natureza jurídica do instituto. Percebe-se, no entanto, que grande parte dos estudiosos partem da doutrina desenvolvida pelo autor Robert Alexy, segundo o qual a proporcionalidade é um princípio cuja aplicação se dá pela ponderação. No entanto, há outras conclusões como a do Ministro do STF Roberto Barroso, para quem a proporcionalidade tem grande similitude com a razoabilidade. Há ainda autores como Virgílio Afonso e Humberto Ávila, cujas considerações revelam um caráter de regra e de metanormas. Apesar do dissenso, é possível aferir que a proporcionalidade, em todos os autores, denota a intenção de racionalizar e controlar os atos do Poder Público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio da proporcionalidade. Princípios constitucionais. Ponderação e princípios. Postulados como proporcionalidade.

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Especialista na área de Concentração Direito Processual Cível pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é um marco para a sociedade brasileira. A partir dela, o sistema jurídico nacional iniciou, de fato, uma transformação a fim de absorver a doutrina do neoconstitucionalismo, que já era sentido no mundo ocidental. Segundo a concepção neoconstitucionalista, a Constituição deve ser vista não como um emaranhado de normas abstratas e válidas apenas do ponto de vista formal, mas como normas efetivas e eficazes no plano da realidade.

Sob esse diapasão, a efetivação das normas constitucionais se tornou obrigatória, cabendo ao Estado a obrigação de garantir aos seus cidadãos um mínimo de condições essenciais exigidas para a sua existência, efetivando minimamente os direitos fundamentais como forma de concretizar a dignidade da pessoa humana.

A necessidade de efetivação da Constituição ressalta a sua força normativa, que motivou uma transformação da forma de aplicação do direito. Isso porque as Constituições são escritas a partir de normas genéricas e com conceitos abertos, de forma que o método tradicional de aplicação do direito, de vertente positivista, não se mostrava mais suficiente aos anseios da sociedade.

Dentro desse contexto, a dogmática jurídica passou a ter que lidar com a aplicação dos princípios. Como afirma Bastos, a norma constitucional, muito frequentemente, apresenta-se como uma petição de princípios, ou mesmo como uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado<sup>2</sup>.

O método clássico de aplicação do direito, por intermédio da subsunção, abre espaço para aplicação e estudos de outros métodos de aplicação do direito. Não se tem a intenção de afirmar que exista um método próprio de interpretação da Constituição, no entanto, como bem afirma Canotilho<sup>3</sup>, a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos desenvolvido pela doutrina e jurisprudência com

---

2 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

base em critérios ou premissas filosóficas, metodológicas, epistemológicas diferentes, mas complementares.

Nesse contexto, a proporcionalidade ganhou relevo na doutrina e na jurisprudência nacional. Trata-se de um conceito amplamente utilizado na jurisprudência do STF, foco de vários estudos doutrinários.

A despeito da ampla utilização, não há um consenso doutrinário sobre a natureza jurídica da proporcionalidade. Robert Alexy, um dos grandes estudiosos desse princípio, afirma que a proporcionalidade é um princípio cuja finalidade é o sopesamento de princípios colidentes. Já para Barroso, a proporcionalidade e razoabilidade são sinônimos. Outro autor que se dedicou ao tema foi Virgílio Afonso, segundo o qual a proporcionalidade assume, pelo menos em algumas hipóteses, um caráter de regra cuja aplicação se dá pela subsunção. Há ainda outros entendimentos como o de Ávila, para quem a proporcionalidade é postulado normativo aplicativo, cuja função é solucionar questões atinentes à aplicação do direito.

Apesar da ampla utilização na jurisprudência, percebe-se uma ausência de consenso na natureza jurídica da proporcionalidade e, conforme seja a definição adotada, ter-se-á funções e consequências distintas.

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é descrever as premissas e o entendimento de cada autor sobre o instituto, bem como analisar julgados pelo STF nos quais a aplicação do princípio da proporcionalidade se aproxima do entendimento de cada autor.

A metodologia de pesquisa foi bibliográfica, com abordagem crítica. O método foi o hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e objetivos exploratórios. Os estudos foram embasados pelos pressupostos constitucionais, perpassando pelos aspectos da dialética como contribuição crítica à análise.

## **2. A PROPORCIONALIDADE EM ROBERT ALEXY**

A afirmação geral da doutrina é de que os direitos fundamentais não são absolutos, mas relativos, haja vista que todos eles se encontram limitados por outros direitos ou por valores amparados pela própria Constituição. São direitos heterogêneos, pois defendem valores distintos

e plurais, e são dotados de conteúdo aberto e variável para aplicação diante do caso concreto. Essas características implicam em um vasto leque das mais variadas colisões de direitos humanos e fundamentais.

Destaca-se como filósofo e jurista que enfrentou profundamente essa problemática o alemão Robert Alexy, um autor de grande referência quando o assunto é o princípio da proporcionalidade no direito constitucional, com grande influência sobre os autores brasileiros.

Em seu livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, o autor parte da análise da teoria do norte-americano Ronald Dworkin, que por sua vez traz a distinção de normas entre regras e princípios:

Diante disso, alguém poderia imaginar que os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo. Um tal modelo parece estar presente em Dworkin, quando ele afirma que regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária urna determinada decisão. Esse modelo é, contudo, muito simples. Um modelo diferenciado é necessário. Mas também no âmbito desse modelo diferenciado o diferente caráter *prima facie* das regras e dos princípios deve ser mantido.<sup>4</sup>

Na obra *Uma Questão de Princípio*, de 2001, Dworkin aponta dois modelos, duas maneiras de diferenciar as regras e os princípios. As regras possuem um modelo de aplicabilidade mais rigoroso do tipo tudo-ou-nada, enquanto os princípios seguem um modelo mais flexível, que se caracteriza pela dimensão de peso<sup>5</sup>.

O jusfilósofo americano diz que, se existe um conceito para o Direito – e esse deve ser entendido como um conceito interpretativo –, direito e princípio se misturam numa concepção de integridade. Para ele, normas e princípios, casos fáceis e casos difíceis não possuem uma diferenciação rígida, tudo depende do contexto.

---

4 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 104.

5 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Já Alexy definiu os princípios como mandamentos de otimização. Afirmou que devem ser adotadas todas as medidas possíveis para a satisfação do princípio, todas as medidas que estiverem ao alcance das possibilidades fáticas e jurídicas:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>6</sup>

Note-se que, a partir da ideia de que os princípios são mandamentos de otimização, Alexy afirma que podem ter satisfação em diferentes graus, ou seja, podem ser atingidos de maneira mais ampla ou menos ampla, e é possível até mesmo a satisfação ou a implementação parcial dos princípios, sem, contudo, que nenhum deles perca sua validade.

Alexy debruçou-se com profundidade na questão das diferenças entre regras e princípios para buscar uma solução às colisões de direitos fundamentais, analisando a obra de Dworkin, que defende que, quando dois princípios entram em colisão, ganha aquele princípio que, pelas circunstâncias concretas do caso, tenha preferência ou seja mais importante, sem que isso resulte na invalidade do princípio oposto. Diversamente, se duas regras entram em conflito, uma delas será invalidada.

Portanto, a colisão dos princípios para Dworkin resolve-se na dimensão de peso (de importância); já o conflito entre regras, no plano da validade (ou uma ou outra)<sup>7</sup>.

Com efeito, em Alexy, a solução de conflito entre as regras resolve-se pela sua validade, mas, para a solução das colisões entre princípios constitucionais, ele parte da técnica do sopesamento, ou do balanceamento.

---

6 Alexy, op. cit., p. 90.

7 Dworkin, op. cit.

Ele defende que, se todos os princípios em abstrato possuem a mesma importância, na hipótese de colisão entre eles devem ser analisadas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto, para somente após decidir qual deverá prevalecer.

Na análise do caso concreto, um dos princípios terá que ceder, sem que signifique a sua invalidade. O princípio “preterido” apenas não será aproveitado para aquele caso específico, sendo possível que, em outro caso com fatos diferentes, esse mesmo princípio que cedeu prevaleça.

Sobre a colisão de princípios é interessante a lição de Robert Alexy:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso.<sup>8</sup>

Na visão de Robert Alexy, para resolver casos de colisão entre princípios, aplica-se a técnica ao caso concreto do sopesamento, onde o instrumento a ser utilizado para o deslinde da questão será a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A força de um princípio fundamental deve ceder para ser possível a aplicação de outro princípio fundamental, mais forte ou de maior peso naquele caso específico; em outro caso pode ser completamente diferente. Nas palavras de Alexy, a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade:

---

8 Alexy, op. cit., p. 93.

Uma das teses centrais da “Teoria dos Direitos Fundamentais” é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais. Essa equivalência significa que as três máximas parciais da máxima da proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por “otimização” na teoria dos princípios.<sup>9</sup>

Alexy foi a detalhes em sua teoria afirmando que, em caso de colisão entre direitos fundamentais, eventual medida que restrinja um deles para garantir ou privilegiar outro, ainda que adequada e necessária, não necessariamente será suficiente para solucionar a colisão.

Para alcançar esse objetivo, é necessário ainda o exame da proporcionalidade estrita, e aqui ele traça um longo raciocínio, uma técnica, como uma verdadeira fórmula matemática que denominou Lei de Colisão, para explicar o exercício da ponderação, através de um sopesamento em etapas:

Nesse sentido, é possível formular a seguinte lei sobre a conexão entre relações de preferências condicionadas e regras: (K) Se o princípio P 1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 P P2) C, e se do princípio P 1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C - R. Uma formulação menos técnica seria: (K ‘) As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.

Essa lei, que será chamada de “lei de colisão”, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.<sup>10</sup>

---

9 Ibidem.

10 Ibidem, p. 99.

É que os direitos fundamentais têm essa característica da diversidade e do pluralismo, podem caminhar na mesma direção em determinada circunstância, mas podem colidir em outra situação.

A solução em Dworkin é o peso do princípio (a importância), a balança na análise do caso concreto. A solução em Alexy é o sopesamento, a ponderação pelo princípio da proporcionalidade; é ele quem nos ajuda a racionalizar escolhas em que algum princípio deva ter relevância e preponderar em determinado caso. No caso de colisão de princípios fundamentais, não se deve excluir um princípio em detrimento do outro; é preciso interpretar com uma hermenêutica moderna, que vá permitir a coexistência entre esses princípios e a melhor solução ao caso concreto:

ADI 5136 MC/DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA  
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 01/07/2014

Publicação: 30/10/2014

**Órgão julgador: Tribunal Pleno**

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC  
30-10-2014 Partes REQTE(S): PARTIDO DA SOCIAL DEMO-  
CRACIA BRASILEIRA - PSDB ADV.(A/S): MARILDA DE PAULA  
SILVEIRA E OUTRO(A/S) INTDO (A/S): PRESIDENTE DA  
REPÚBLICA INTDO (A/S): CONGRESSO NACIONAL ADV.(A/S):  
ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ementa Ação direta de inconstitucionalidade. §1º do art. 28 da Lei n. 12.663/2012 (“Lei Geral da Copa”). Violação da liberdade de expressão. Inexistência. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Juízo de ponderação do legislador para limitar manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e atentar contra a segurança dos participantes de evento de grande porte. Medida cautelar indeferida. Ação julgada improcedente.

Decisão Após o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), indeferindo o pedido de medida cautelar, no que foi acompanhado pelos



Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber e Carmen Lúcia, o Tribunal, por unanimidade, acolheu proposta da Ministra Carmen Lúcia para julgar o mérito da ação. Em seguida, colhida a manifestação do Ministério Público Federal, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa (Presidente). Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Falou pelo requerente a Dra. Marilda de Paula Silveira. Plenário, 01.07.2014.<sup>11</sup>

No presente caso, havia conflito entre a liberdade de expressão e a segurança dos torcedores do Brasil e de outros países em plena Copa do Mundo. O relator, em sua fundamentação, afirma que a liberdade de expressão não é direito absoluto, insuscetível de restrição, que há hipóteses de colisão com outros direitos e valores também constitucionalmente protegidos: “Tais tensões dialéticas precisam ser ponderadas a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade”<sup>12</sup>.

O Ministro Gilmar Mendes narra que já havia sustentado sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmando em dado momento em seu voto: “há de perquirir-se, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado, isto é, apto para produzir o resultado desejado; necessário, isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz; e proporcional em sentido estrito”<sup>13</sup>, de forma a aplicar a teoria de Robert Alexy para a solução da colisão, aplicando a restrição de um princípio em favor de outro contraposto.

### **3. A PROPORCIONALIDADE EM LUIZ ROBERTO BARROSO**

Para Luís Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo é o ponto de ruptura do positivismo estrito no qual vige o império da lei, sendo o juiz apenas o enunciador das normas jurídicas. As Constituições ganham

---

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5136**. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requeridos: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 1º de julho de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4589278>. Acesso em 6 mai. 2024.

12 Ibidem.

13 Ibidem.

força normativa e passam a orientar toda atuação estatal. Os direitos fundamentais deixam de ser meras promessas e se tornam vetores das ações públicas. Na concepção de Barroso, esse fenômeno pós-positivista marca a reaproximação entre direito e ética, cujos pilares são a dignidade da pessoa humana e a razoabilidade:

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante dos seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República e a separação de Poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade.<sup>14</sup>

Pode-se perceber que, com base no autor, a proporcionalidade é o instrumento para superar a posição legalista positivista, possibilitando a reaproximação entre o direito e a norma. Essa possibilidade decorre do caráter aberto do princípio que contém maior carga valorativa, como bem diz o autor:

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir. (...) A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso, a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância.<sup>15</sup>

---

14 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2010, p. 250.

15 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 329.

Para o autor, em que pese os princípios de proporcionalidade e razoabilidade tenham origens em sistemas jurídicos distintos, eles apresentam conteúdos jurídicos iguais, havendo uma fungibilidade entre os dois, como bem se elucida na seguinte passagem:

(...) a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade.<sup>16</sup>

Para explicar essa fungibilidade entre proporcionalidade e razoabilidade, o autor explica que a razoabilidade, cujas origens remontam ao direito americano, passou por uma transformação. Segundo Barroso:

Na primeira fase, a cláusula teve caráter puramente processual (procedural *due process*), abrigando garantias voltadas, de início, para o processo penal e que incluía os direitos a citação, ampla defesa, contraditório e recursos. Na segunda fase, o devido processo legal passou a ter um alcance substantivo (*substantive due process*), por via do qual o Judiciário passou a desempenhar determinados controles de mérito sobre o exercício da discricionariedade pelo legislador, tornando-se importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais – especialmente da liberdade e da propriedade – em face do poder político. O fundamento de tais controles assentava-se na verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como na aferição da legitimidade dos fins. Por intermédio da cláusula do devido processo legal passou-se a proceder ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das leis e dos atos normativos em geral no direito norte-americano.<sup>17</sup>

Ao fim, a razoabilidade e a proporcionalidade visam aferir a racionalidade das leis e atos normativos. Para tanto, o autor incorpora a razoabilidade aos três subprincípios da proporcionalidade desenvolvidos em Robert Alexy, mais bem desenvolvidos em tópico próprio. Nesse processo, a razoabilidade se expressa no subprincípio da necessidade,

---

16 Ibidem, p. 224.

17 Idem, 2010, op. cit., p. 256.

desenvolvido em Alexy. Nas palavras do autor, “a razoabilidade se expressa através do princípio da proibição do excesso”<sup>18</sup>.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso princípio da proporcionalidade é uma forma de auferir a legitimidade dos atos estatais, assumindo verdadeiro caráter instrumental de verificação de constitucionalidade de tais atos. Nesse passo de ideias, é possível concluir que a proporcionalidade é um princípio instrumental que visa auferir a compatibilidade dos atos estatais com a Constituição, sendo que a razoabilidade equivale à necessidade, e, portanto, é um subprincípio da proporcionalidade. Além disso, a aplicação da proporcionalidade em Luís Roberto Barroso equivale à aplicação em Robert Alexy, cujas proposições serão vistas a seguir.

É possível perceber essas conclusões no Habeas Corpus nº 124306 do Rio de Janeiro, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, cujo voto vencedor foi o prolatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Na oportunidade, o ministro considerou proporcionalidade e razoabilidade como sinônimos:

Direitos fundamentais estão sujeitos a limites imanentes e a restrições expressas. E podem, eventualmente, entrar em rota de colisão entre si ou com princípios constitucionais ou fins estatais. Tanto nos casos de restrição quanto nos de colisão, a solução das situações concretas deverá valer-se do princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade.<sup>19</sup>

Ainda no mesmo julgado, é possível extrair que o ministro tratou da razoabilidade como conceito interno ao princípio da proporcionalidade, bem como deixou claro que seu conceito de proporcionalidade coincide com a proposta de Robert Alexy. Nesse sentido:

O princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida. Em uma

18 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2010, p. 260.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 124306/RJ*. Impetrante: Jair Leite Pereira. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Pacientes: Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de agosto de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>. Acesso em 6 mai. 2024.

palavra, sua justiça. Conforme entendimento que se tornou clássico pelo mundo afora, a proporcionalidade divide-se em três subprincípios: (i) o da adequação, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (ii) a necessidade, que expressa a vedação do excesso; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na análise do custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde.<sup>20</sup>

Assim, a proporcionalidade para Luís Roberto Barroso é um princípio instrumental, cuja aplicação se desenvolve na esteira da doutrina de Robert Alexy, acrescentando o princípio da razoabilidade como sinônimo do subprincípio da necessidade.

#### 4. A PROPORCIONALIDADE EM VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

Para Silva, a proporcionalidade se apresenta como verdadeira regra. Para entender a construção do autor, é preciso entender a forma de aplicação de princípios e regras. De início, alerta-se que o autor adota a teoria da norma como gênero, enquanto princípios e regras são espécies normativas<sup>21</sup>. Também é adotada a distinção de aplicação entre as espécies, conforme preleciona o autor:

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*<sup>22</sup>.

Também é importante alertar que o autor adota a premissa teórica de Robert Alexy segundo a qual os princípios são mandamentos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento não depende só das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.

---

20 Ibidem.

21 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

22 Ibidem, p. 168.

Por outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Essa assertiva é confirmada nas palavras do doutrinador:

Com isso, conclui-se este capítulo, que pretendia expor, brevemente, um dos pressupostos teóricos do presente trabalho. O mais importante, neste ponto, era fixar conceitos. Assim, sempre que se mencionar o conceito de princípio, neste trabalho, deverá ser ele compreendido como mandamento de otimização, ou seja, como norma que garante direitos ou impõe deveres *prima facie*. Não se fará, portanto, referência a princípio como disposição fundamental de um sistema, ou algo semelhante. O mesmo vale para as regras: quando mencionadas, estarão sempre em contraposição aos princípios, ou seja, como normas que garantem direitos ou impõe deveres definitivos.<sup>23</sup>

Portanto, o autor não refuta a forma de aplicação dos princípios como mandamentos de otimização aplicáveis pelo sopesamento, nem a forma de aplicação das regras, aplicáveis pela subsunção. No entanto, no que se refere à resolução do embate de princípios e regras, há uma diferenciação em relação a Robert Alexy. Isso porque, para Alexy, diante de tal embate, para que seja possível o sopesamento dos princípios, o intérprete deve se valer do princípio sob o qual se baseia a regra. No entanto, esse modelo gera insegurança jurídica, já que permite ao intérprete sempre invocar princípios, se entender que o princípio é mais importante que a regra, nas palavras do autor:

Ela é problemática porque dá a entender que o aplicador do direito está sempre livre, em qualquer caso e em qualquer situação, para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento. Isso teria como consequência um alto grau de insegurança jurídica.<sup>24</sup>

O autor entende que, nesses casos, o sopesamento já foi realizado pelo legislador e a proporcionalidade se revela como regra. Logo, no embate entre as regras e o princípio, deverá prevalecer a regra que revela a proporcionalidade, levada a cabo democraticamente pelo órgão legislativo. Essa construção ainda é possível nos casos em que a regra, já sopesada, revela-se incompatível com um preceito constitucional. O autor exemplifica:

---

23 Ibidem, p. 63.

24 Ibidem, p. 62.

Um caso muito frequente nesse sentido é o levantamento dos valores da conta do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) para pagar o tratamento de saúde de um dependente do titular da conta. A Lei 7.670/1988, em seu art. 1º, II, autorizava esse levantamento para os casos em que o titular da conta era portador do HIV. A partir de determinado momento, os juízes passaram a se deparar com pedidos de levantamento dos valores para o pagamento do tratamento de seus dependentes. A regra prevista na lei não poderia ser aplicada ao caso, já que não previa o benefício para a regra que restringia o uso do dinheiro do FGTS. Com base nessa ideia, muitos juízes passaram a permitir o levantamento dos valores, mesmo contra a regra legal.

Como se percebe, essa estratégia pode ser considerada como um sopesamento entre o princípio que sustenta a regra e o princípio com ela colidente, mas quando muito em uma primeira decisão, que, ao menos inicialmente, é uma decisão *contra legem*. Não é, contudo, um sopesamento que se repete a cada decisão. Isso porque, uma vez consolidado o entendimento em determinado sentido, cria-se uma regra que institui exceção à regra proibitiva.<sup>25</sup>

Percebe-se, portanto, que a proporcionalidade é fundamento da criação de uma exceção à regra e, uma vez criada a exceção, a aplicação se dá pela subsunção. Nessa perspectiva, a proporcionalidade assume a natureza de regra jurídica aplicada como subsunção sempre que o suporte fático se repetir. O autor cita ainda o crime de bagatela. O crime de bagatela é aquele cuja insignificância da conduta justifica a não reprimenda constitucional. O crime de bagatela tem íntima relação com a proporcionalidade, segundo Gomes:

Conceito de Infração Bagatela: infração bagatela ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.). Não se

---

25 SILVA, 2009, p. 52.

justifica a incidência do Direito penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante<sup>26</sup>.

Sobre tal princípio, o STF no julgamento do Habeas Corpus nº 84412/SP estabeleceu a seguinte fórmula de aplicação do princípio da insignificância:

**E M E N T A:** PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - “RES FURTIVA” NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “*DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR*”. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos

26 GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, v. 1, p. 50.



do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.<sup>27</sup>

Nesse julgado, é possível perceber que o tribunal criou regras de aferição da insignificância. Dessa forma, o juiz, ao identificar tais parâmetros, deve afastar a tipicidade. Em outras palavras: atendido o suporte fático, a proporcionalidade deve ser aplicada de forma a afastar a tipicidade da conduta. Sob essa perspectiva, a proporcionalidade tornou-se regra, pois criou exceções taxativas, devendo ser aplicada integralmente, não havendo que se falar em sopesamento, mas, sim, em subsunção.

Dessa forma, sob a ótica do autor, a proporcionalidade, sempre que se revelar em uma regra imposta pela instância legislativa ou ainda em uma exceção criada pela atividade judiciária, mormente em decisões vinculantes, será tratada como regra cuja aplicação se dá pela subsunção.

## 5. A PROPORCIONALIDADE EM HUMBERTO ÁVILA

Em seu livro *Teoria dos Princípios*, o professor Humberto Ávila traz importantes considerações críticas do que chamou de modismo da doutrina em diferenciar princípios e regras como se existisse uma unanimidade, sendo comum encontrar por aí alegações como “princípios são normas mais abstratas do que regras que têm maior concretude”. Humberto Ávila não concorda com essa ideia, e explora mais criticamente o que alguns entusiastas chamam de estado principiológico.

O ilustre jurista brasileiro critica as noções comumente difundidas pela doutrina acerca dos princípios e das regras jurídicas, especialmente

---

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84412/SP. Impetrante: Luiz Manoel Gomes Junior. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Bill Cleiton Cristóvão. Relator: Ministro Celso de Mello, 19 de outubro de 2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226200>. Acesso em: 6 mai. 2024.

aquelas calcadas nas concepções de Ronald Dworkin e Robert Alexy, alegando falta de clareza conceitual na manipulação das espécies normativas, com critérios frágeis, que sempre dependem do intérprete.

Ávila se opõe ao critério do tudo ou nada das regras, dizendo que há casos em que as regras podem ser aplicadas em partes e, no tocante aos princípios, propõe um modelo de explicação dessa espécie normativa, mas através de uma ponderação estruturada no seu processo de aplicação, com método. Coloca em dúvida, portanto, os conceitos comumente aceitos até então por grande parte da doutrina. Nas palavras de Ávila:

Será mesmo que todas as espécies normativas comportam-se como princípios ou regras? Será mesmo que as regras não podem ser objeto de ponderação? Será mesmo que as regras sempre instituem obrigações peremptórias? Será mesmo que o conflito entre as regras só se resolve com a invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção a uma delas? Este trabalho não só responde a essas e outras tantas perguntas que surgem na análise da distinção entre princípios e regras, como apresenta um novo paradigma para a dissociação entre princípios e regras, como apresenta um novo paradigma para a dissociação e aplicação das espécies normativas.<sup>28</sup>

Em sua análise, afirma que é possível propor uma melhor distinção entre regras e princípios. De forma a trazer uma maior diferenciação entre elas, explica que as regras têm um componente descritivo de comportamentos, com obrigações, proibições e permissões, ao contrário dos princípios, que apenas apontam para um estado de coisas, que preveem direções de comportamentos genéricos, sem especificar o comportamento que deve ser adotado. Indica, ainda, que essa diferenciação ocorre através de três perspectivas: a comportamental (regra), a finalística (princípio) e a metódica (postulado):

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada,

28 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 46.

os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que características dianteiras das regras é a previsão do comportamento.<sup>29</sup>

Na sua teoria dos princípios, Ávila desenvolve a tese em que há normas de primeiro e segundo grau. As de primeiro grau se subdividem em regras e princípios e funcionariam como normas objeto da aplicação; e as de segundo grau se subdividem em postulados hermenêuticos, ou postulados normativos aplicativos, e seriam normas método de aplicação. Assim, no momento da aplicação do direito, ocorreria o fenômeno da aplicação das normas de primeiro grau, por meio das normas de segundo grau. Na definição de Humberto Ávila:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, que no modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente por que se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com as outras normas.<sup>30</sup>

Na teoria normativa do autor, o uso do termo “postulado da proporcionalidade”, para essa roupagem diferenciada daquilo que até então se denominava simplesmente “regras e princípios”, implica que devem ser tratados separadamente a norma abstrata do ordenamento jurídico (regras e princípios) e os postulados normativos (metanorma), os quais

---

29 Ibidem, p. 95.

30 Ibidem, p. 164.

serviriam para solucionar questões que surgem em casos concretos. Nas palavras do autor, as normas de segundo grau:

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas.<sup>31</sup>

Assim, em suas críticas, o autor brasileiro afirma que o princípio da proporcionalidade não seria necessariamente um princípio como comumente conhecido pela doutrina clássica, mas, sim, um método de aplicação de normas aos casos concretos quando necessário; portanto, mais limitado quando da utilização pelo intérprete, que não pode em seu exercício interpretativo agir de forma ilimitada. Nas palavras de Ávila: “a proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim”, senão vejamos:

A conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender “provisória” como permanente, “trinta dias” como mais de trinta dias, “todos os recursos” como alguns recursos, “ampla defesa” como restrita defesa, “manifestação concreta de capacidade econômica” como manifestação provável de capacidade econômica, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica por que a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>32</sup>

O postulado da proporcionalidade em Humberto Ávila decorre da construção crítica a respeito do método de diferenciação entre princípios

---

31 Ibidem.

32 Ibidem, p. 54.

e regras, tão importante para o direito contemporâneo em tempos de neoconstitucionalismo e pós-positivismo. A proporcionalidade é o postulado mais comumente invocado para viabilizar a aplicação de regras e princípios no direito pátrio, especialmente em casos de conflito e colisão:

Neste sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico.

A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. Se não houver uma relação meio/fim devidamente estruturada, então – nas palavras de Hartmut Maurer – cai o exame de proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio. O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade.<sup>33</sup>

Os postulados se incluem como uma terceira espécie normativa, ao lado dos princípios e das regras, como norma de aplicação de outras normas, chamados de metanormas, uma espécie de critério de aplicação das normas aos casos concretos, a serem considerados tanto para os princípios como para as regras.

MATÉRIA NÃO SUBMETIDA À RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE LEI ORDINÁRIA (LEI Nº 9.430/96) PARA REVOGAR, DE MODO VÁLIDO, A ISENÇÃO ANTERIORMENTE CONCEDIDA PELA LC Nº 70/91 - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL - A QUESTÃO CONCERNENTE ÀS RELAÇÕES ENTRE A LEI COMPLEMENTAR E A LEI ORDINÁRIA - INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO HIERÁRQUICO-NORMATIVO ENTRE A

---

33 Ibidem, p. 206-207.

LEI COMPLEMENTAR E A LEI ORDINÁRIA - ESPÉCIES LEGISLATIVAS QUE POSSUEM CAMPOS DE ATUAÇÃO MATERIALMENTE DISTINTOS - DOCTRINA - PRECEDENTES (STF) - INAPLICABILIDADE, AO CASO, DA DOCTRINA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PRETENSÃO QUE, EXAMINADA NOS “*LEADING CASES*” (RE 377.457/PR E RE 381.964/MG), NÃO FOI ACOLHIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RESSALVA DA POSIÇÃO PESSOAL DO RELATOR DESTA CAUSA, QUE ENTENDE CABÍVEL, TENDO EM VISTA AS PECULIARIDADES DO CASO, A OUTORGA DE EFICÁCIA PROSPECTIVA - CONSIDERAÇÕES DO RELATOR (MIN. CELSO DE MELLO) SOBRE OS POSTULADOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA DOS CIDADÃOS EM SUAS RELAÇÕES COM O PODER PÚBLICO E, AINDA, SOBRE O SIGNIFICADO E AS FUNÇÕES INERENTES À SÚMULA DOS TRIBUNAIS - OBSERVÂNCIA, CONTUDO, NO CASO, DO POSTULADO DA COLEGIALIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.<sup>34</sup>

Como no julgado acima, o princípio da proporcionalidade aplicado na visão de Humberto Ávila como postulado, é muito difundido e utilizado pelo STF e pelo direito pátrio, ainda que tenha na doutrina diferentes terminologias e diferenças conceituais aqui e ali. Trata-se de um importante elemento de aplicação da justiça. É pacífico entre os autores a necessidade de o juiz, adepto a uma ou outra corrente teórica, sempre fundamentar expressamente o emprego da proporcionalidade nas decisões judiciais.

## 6. CONCLUSÃO

Conclui-se que o neoconstitucionalismo trouxe mudanças profundas na forma como as Constituições devem ser observadas, alterando com isso as relações entre Estado e sociedade na forma em que devem ser construídas.

---

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 592148/MG**. Embargante: Sette e Câmara Magalhães Souza Aguiar, Costa e Silva Advocacia. Embargado: União. Relator: Ministro Celso de Mello, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2635900>. Acesso em 6 mai. 2024.

Sob esse viés, a Constituição passa a não ser um documento de conteúdo abstrato e meramente principiológico, tomando forma de verdadeira fonte de direito capaz de fundamentar demandas subjetivas, mormente aquelas que objetivam direitos fundamentais.

Diante dessa necessidade de aproximação, o princípio da proporcionalidade revela-se como instrumento capaz da verificação de compatibilidade dos atos do Poder Público com a Constituição. Ainda que reconhecida importância do instituto e sua ampla utilização pelo Judiciário brasileiro, não há consenso sobre a natureza jurídica do princípio entre alguns doutrinadores. Não obstante, é possível concluir que muitos doutrinadores partem da doutrina de Robert Alexy, segundo a qual princípios são mandamentos de otimização, sendo que a proporcionalidade é uma forma de verificar a racionalização das decisões do Poder Público.

Nesse contexto, Barroso parte do conceito da proporcionalidade do referido autor; no entanto, no que tange ao subprincípio da necessidade, referido autor assevera ser sinônimo do princípio da razoabilidade. Para Virgílio Afonso da Silva, a proporcionalidade é tratada nos mesmos termos de Robert Alexy, todavia o princípio se torna regra nas hipóteses em que já houve o sopesamento pelo órgão legislativo ou por decisões judiciais nos casos em que se estabelecem exceções à lei já imposta. E, por fim, Humberto Ávila é o autor que mais destoa na noção de Robert Alexy, na medida em que o princípio da proporcionalidade seria uma norma de segundo grau, cuja função é racionalizar a aplicação de outras normas.

Apesar do dissenso doutrinário, observa-se que o princípio da proporcionalidade tem uma função bem definida, qual seja, a verificação da racionalidade e adequação constitucional dos atos do Poder Público.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5136**. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requeridos: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 1º de julho de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4589278>. Acesso em 6 mai. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 592148/MG**. Embargante: Sette e Câmara Magalhães Souza Aguiar, Costa e Silva Advocacia. Embargado: União. Relator: Ministro Celso de Mello, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2635900>. Acesso em 6 mai. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124306/RJ**. Impetrante: Jair Leite Pereira. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Pacientes: Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de agosto de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>. Acesso em 6 mai. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84412/SP**. Impetrante: Luiz Manoel Gomes Junior. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Bill Cleiton Cristóvão. Relator: Ministro Celso de Mello, 19 de outubro de 2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226200>. Acesso em: 6 mai. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.



GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

# NAMING RIGHTS DE BENS REVERSÍVEIS EM CONCESSÕES PÚBLICAS

Vitor Gomes Moreira<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1. Introdução: questão proposta e justificativa; 2. *Naming rights*: aspectos legais; 3. Os possíveis benefícios da exploração de *naming rights* de bens reversíveis; 4. Experiências nacionais e internacionais em exploração de *naming rights*; 5. Cuidados com *naming rights*; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O presente artigo analisa a viabilidade e atratividade da exploração de *naming rights* como receita alternativa em contratos de concessão. Em primeiro lugar, estuda-se a legalidade do instituto no ordenamento jurídico nacional. Após, são compilados os efeitos da exploração de *naming rights* nos setores público e privado, a fim de constatar a capacidade de geração de receitas do instituto, sendo analisados, em seguida, alguns casos nacionais e internacionais. Posteriormente, são feitas alertas ao gestor público que pretenda inserir a cessão de *naming rights* de bens reversíveis como receita alternativa em contratos de concessão. Por fim, é feita conclusão com os principais pontos do texto.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Naming rights*. Bens reversíveis. Concessões públicas. Receitas alternativas. Eficiência.

---

## 1. INTRODUÇÃO: QUESTÃO PROPOSTA E JUSTIFICATIVA

O presente artigo tem como objetivo analisar a viabilidade e atratividade da exploração de *naming rights* como receita alternativa em contratos de concessão.

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Público pela FGV/SP.

Em 2013, a insatisfação generalizada da população com a qualidade dos serviços públicos culminou em manifestações após o aumento das tarifas de transporte público. A magnitude dos protestos fez diversos governantes reverem o reajuste tarifário. Contudo, tendo em vista que os contratos de concessão garantem equilíbrio econômico-financeiro, o congelamento de preços teve de ser compensado de outra forma, com realocação de recursos de outras áreas essenciais, esvaziando, em parte, as conquistas dos protestos.

É no cenário acima descrito, de inevitável escassez de recursos públicos, que se insere o presente artigo. A exploração de receitas alternativas, como os *naming rights*, em concessões públicas visa a reduzir as tarifas pagas pelos usuários ou as contrapartidas pagas pelo Poder Público, sem sacrifício dos interesses do concessionário, satisfazendo-se os interesses de todas as partes contratuais.

O artigo será dividido em cinco partes: (i) a viabilidade jurídica da exploração de *naming rights* de bens reversíveis; (ii) os efeitos da exploração de *naming rights*, demonstrando-se a relevância prática do instituto do ponto de vista tanto legal quanto financeiro; (iii) as experiências nacionais e internacionais na cessão de *naming rights*; (iv) os cuidados que devem ser tomados ao explorar *naming rights* de bens reversíveis; e (v) conclusão.

Para elaboração do artigo, foi realizada pesquisa bibliográfica acadêmica e jornalística<sup>2</sup>. Ressalta-se aqui que não foi encontrada literatura especializada sobre o tema. As produções citadas tratam da exploração de *naming rights* de bens públicos ou de bens privados. Neste último caso, portanto, elas foram adaptadas quando necessário.

## 2. NAMING RIGHTS: ASPECTOS LEGAIS

Tratando-se de trabalho jurídico, é essencial análise legal do tema. Assim, inicialmente, deve ser feita a conceituação de *naming rights*, a fim de que se possa encontrar seu regime jurídico.

---

2 Dadas as preocupações práticas do artigo e a escassez de fontes resultantes da novidade da exploração de *naming rights* no Brasil, entendo ser devida a utilização de notícias, pois relatam o dia a dia do instituto.

O conceito de *naming rights*<sup>3</sup> não é bem definido, seja doutrinária seja legalmente<sup>4</sup>. Para os fins do presente artigo, adoto a definição dada pela *Metropolitan Pier and Exposition Authority Act* da “Lei de Illinois 70 ILCS 210/5.7”<sup>5</sup>, que, em tradução livre, diz serem os *naming rights* o “direito de associar o nome ou marca identificadora de qualquer pessoa ou entidade ao nome ou identidade de lugares, prédios ou instalações da autoridade”. Em termos práticos, no ajuste de *naming rights*, um indivíduo contrata com outro, por tempo determinado ou indeterminado, o direito de nomear um bem material ou imaterial. Feita a conceituação de *naming rights*, passo a discorrer sobre seu tratamento legal.

O art. 98 do Código Civil adota o critério subjetivo para definir os bens públicos, de forma que, nos termos legais, “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”<sup>6</sup>. Diante da disposição legal, é possível afirmar, com certa segurança, que os bens reversíveis são privados, pois só passam ao domínio público com a extinção da concessão. Contudo, isso não significa o total afastamento do regime de direito público dos bens reversíveis. Doutrina e jurisprudência já vêm, há muito, aplicando certas normativas de direito público a bens privados essenciais à prestação de serviços públicos, situação na qual se enquadram muitos bens reversíveis. Esse regime, contudo, não impede a exploração de *naming rights*. Isso porque os bens públicos muitas vezes comportam, na prática, utilizações públicas e privativas em conjunto, para a maior consecução

---

3 IKENAGA, Ana Lucia. *A atribuição de nome como modo de exploração de bens públicos*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 38.

4 Até mesmo o termo *naming rights* não é pacificamente aceito na doutrina nacional. Há autores que defendem a utilização, ao menos por ora, do termo em inglês, como forma de transparecer a incipiência do instituto no direito brasileiro (SAMPAIO, Luís Felipe. *Naming Rights de Bens Públicos*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 21). Já outros entendem que, como a importação do conceito requer adaptação ao ordenamento jurídico nacional, deve-se utilizar nomenclatura própria (IKENAGA, op. cit., 2012, p. 53).

5 ILLINOIS GENERAL ASSEMBLY. (70 ILCS 210/1) *Metropolitan Pier and Exposition Authority Act*. *Illinois Compiled Statutes*: Chapter 70 – Special Districts. Disponível em: <https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=829&ChapterID=15>. Acesso em: 16 mai. 2024.

6 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, p. 1, 11 jan. 2002, art. 98.

possível do interesse público<sup>7</sup>. Se a arrecadação obtida com a exploração de *namings rights* de bens reversíveis beneficia a concessão, eventual aplicação rígida de regime público – que vedaria a prática – pode terminar por ferir o interesse que se visa a proteger.

Em nível principiológico, a cessão de *namings rights* de bens reversíveis promove a eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal)<sup>8</sup>. Adotando-se o conceito de eficiência como realização de fins com o mínimo dispêndio de recursos disponíveis, é possível afirmar que a concessão de *namings rights* prestigia a eficiência econômica do bem<sup>9</sup>. Isso é facilmente compreendido quando se tem em mente que o nome do bem pode ser considerado em si próprio um bem, o qual pode ou não ser explorado. A não cessão dos *namings rights*, nesse cenário, representa parcial ociosidade da capacidade econômica do bem, o que viola o dever de eficiência.

É de se ressaltar, contudo, que, embora a eficiência milite a favor da exploração de *namings rights* em concessões, não enxergo a existência de dever em empregar o instituto. Entende-se que a maioria dos casos concretos que envolverem cessão de *namings rights* estará em área de discricionariedade, cabendo ao gestor decidir pela exploração ou não do nome do bem reversível. Interesses contrários à exploração do nome podem pesar mais na situação fática. O importante é exigir que o administrador decida de forma fundamentada, para que a decisão possa ser debatida e, se for o caso, impugnada.

A exploração de *namings rights* também é uma forte ferramenta do princípio da consensualidade. Cada vez mais a doutrina publicista vem defendendo que a Administração adote soluções consensuais aos problemas que surgem, evitando imposições unilaterais de vontade. São diversas as formas de consensualidade adotadas nos últimos tempos, entre elas acordos substitutivos de sanção, parcerias com o terceiro setor e consultas públicas. Na medida em que é celebrada por contratação,

---

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 6, 2006.

8 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, p. 1, 5 out. 1988, art. 37, *caput*.

9 SAMPAIO, op. cit., p. 47.

a exploração de *naming rights* representa solução alternativa ao principal meio de aumento da arrecadação, a tributação, que possui caráter unilateral<sup>10</sup>.

A exploração de *naming rights* também respeita o princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal)<sup>11</sup>, conceituado como o princípio pelo qual “a Administração só pode fazer aquilo que a lei permite”<sup>12</sup>. A concessão de *naming rights* é expressamente autorizada pelo art. 11 da Lei nº 8.987/95<sup>13</sup>, que trata do regime geral de concessões e autorizações de serviços públicos e permite a exploração de receitas alternativas. O art. 3º, § 1º, da Lei nº 11.079/04<sup>14</sup>, que trata das Parcerias Público-Privadas (PPPs), determina a aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95<sup>15</sup> a esse tipo de contrato, de modo que também nas PPPs é possível a exploração de receitas alternativas.

Receitas alternativas são aquelas que, embora não vinculadas num sentido estrito ao desenvolvimento do serviço público, com ele se relacionam, mesmo que de forma não material<sup>16</sup>. A exploração de *naming rights* encaixa-se perfeitamente no conceito, na medida em que à nomeação do bem é contraposto o pagamento não tarifário.

10 Não nego que o desenvolvimento do princípio da consensualidade tem se dado principalmente no campo administrativo e que o Direito Financeiro é ramo diverso. Isso, contudo, não evita a aplicação do princípio na seara fiscal. A um, porque a divisão do direito em ramos não retira seu caráter unitário. A dois, porque o princípio da consensualidade diz respeito aos atos da Administração, e não ao Direito Administrativo em si. A três, porque a substituição, em parte, da tributação por exploração de receitas originárias pode ser benéfica.

11 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit.

12 Apesar das concessionárias serem pessoas jurídicas de direito privado, como dito anteriormente, estou supondo que o regime de direito público incide integralmente sobre bens reversíveis. Assim, o princípio da legalidade em sua vertente privatista, pela qual os particulares podem fazer tudo que não seja proibido pelo Direito.

13 BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, seção 1, Brasília, DF, p. 1917, 14 fev. 1995, art. 11.

14 BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*: Brasília, seção 1, p. 6, 31 dez. 2004, art. 3º, § 1º.

15 BRASIL. Lei nº 8.987, op. cit.

16 SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário*: concessões comuns e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Foi realizada pesquisa jurisprudencial sobre *naming rights* em bens públicos/reversíveis, não tendo sido encontrado caso de rejeição de cláusula contratual que preveja a cessão de *naming rights* em contratos administrativos pelas cortes superiores e/ou de contas. Em alguns casos encontrados, foram analisados contratos que previam expressamente a cessão de *naming rights* como receita alternativa, nos quais não houve objeções ao instrumento<sup>17</sup>. Foi realizada ainda pesquisa específica sobre a PPP da Arena Fonte Nova, no qual foi explorada a nomeação do estádio. Também nesse caso não foi encontrada objeção a cessão de *naming rights* da estrutura. A cláusula de *naming rights* não foi impugnada. É de se ressaltar, entretanto, que, provavelmente em razão da sua pouca utilização no Brasil, o tema ainda não foi debatido com profundidade pelos tribunais, de forma que não é possível dizer que há jurisprudência a favor ou contra a exploração de *naming rights*.

### **3. OS POSSÍVEIS BENEFÍCIOS DA EXPLORAÇÃO DE NAMING RIGHTS DE BENS REVERSÍVEIS**

Fixada a juridicidade da cessão de *naming rights* de bens reversíveis, passo a abordar a principal questão levantada por este artigo: até que ponto é benéfica a exploração do nome do bem?

Em primeiro lugar, e como já foi dito, a cessão de *naming rights* prestigia a eficiência, pois permite a melhor exploração econômica do bem. Além disso, a cessão de *naming rights* diminui os riscos envolvidos na concessão.

É um corolário de investimentos que a diversificação de ativos diminui o risco de perdas. Não é difícil entender o raciocínio: a economia em geral tende a oscilar menos que suas partes, já que as variações de um ativo/setor são diluídas por todo o sistema econômico (eventos que têm grande efeito sobre um setor da economia, por exemplo, podem não afetar os demais com tanta força). Diante disso, quanto mais variadas as fontes de receita, menor é o risco de desequilíbrio financeiro de um projeto. Nesse contexto, a exploração de *naming rights* abre mais uma via de arrecadação da concessão, advinda não da contraprestação dos

---

17 Acórdãos 494/2017 e 1527/2016, ambos do Tribunal de Contas da União.

usuários ou do Poder Público, mas do setor privado, diminuindo os riscos da concessão. Imagine-se que em um contrato de concessão, metade da receita seja fornecida pelo Poder Público (receita A) e a outra metade pela contraprestação dos usuários (receita B). Agora imagine-se que seja inserido nessa concessão a exploração de *namings rights* (receita C), que passa a responder, junto com as tarifas e contraprestações públicas, por um terço da receita. Diminui-se, desta forma, o risco do projeto, pois caso comprometidas as receitas A e B, ainda restará a receita C.

Além de diminuir os riscos da concessão, a exploração de *namings rights* beneficia tanto usuários quanto Poder Público, ao reduzir a contrapartida e as tarifas, prestigiando a modicidade tarifária. Conforme o disposto no art. 11 da Lei nº 8.987/95<sup>18</sup>, a exploração de receitas acessórias deve ser feita em vantagem da modicidade tarifária. Contudo, deve ser tomado aqui um cuidado. Não é inteligente prever que todo o valor aferido com a cessão de *namings rights* seja revertido para a concessão. Ao menos parte desse valor deve ser mantido pela concessionária, na medida em que ela é quem buscará parceiros para a cessão de *namings rights*. Do contrário, tanto faria para a concessionária firmar ou não a cessão de *namings rights*, o que desincentivaria o uso do instituto.

Uma outra vantagem da exploração de *namings rights* é o aumento da arrecadação sem necessidade de modificação do sistema tributário.

A despeito da previsão constitucional da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da Constituição Federal)<sup>19</sup>, na prática a carga tributária brasileira é regressiva<sup>20</sup>, ou seja, compromete parcela maior da renda das famílias pobres do que das ricas. Isso gera um ciclo vicioso: conforme os gastos do governo aumentam, é necessário arrecadar mais; contudo, os pobres são os mais prejudicados com o aumento da carga tributária, e a diminuição da renda disponível os torna mais dependentes de auxílio governamental, aumentando os gastos do governo<sup>21</sup>.

18 BRASIL. Lei nº 8.987, op. cit., art. 11.

19 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit., art. 145, § 1º.

20 ORAIR, Rodrigo Octávio; GOBETTI, Sérgio W. Tax reform in Brazil: guiding principles and proposals under debate. *Working Paper*, n. 182, 2019.

21 É verdade que a solução definitiva para o problema apontado é uma reforma tributária que reveja de forma abrangente o sistema tributário nacional. Contudo, os custos políticos



A exploração de *naming rights* também democratiza o mercado. Como há diversos bens que podem ser nomeados, desde grandes prédios até bancos de uma praça, a variação de preços permite que empresas menores divulguem seus produtos ou serviços de forma estratégica. É perfeitamente possível, a meu ver, determinar no contrato de concessão que uma parte dos *naming rights* deverão ser cedidos a empresas de menor porte.

Analisados os benefícios teóricos da exploração de *naming rights* em bens reversíveis, deve-se verificar como o instituto tem se saído na prática.

#### **4. EXPERIÊNCIAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS EM EXPLORAÇÃO DE NAMING RIGHTS**

Pode-se afirmar, diante do exposto no capítulo anterior, que há benefícios financeiros na exploração de *naming rights*. Contudo, existem inúmeros instrumentos que podem ser adotados para melhorar as concessões. O manejo desses instrumentos requer tempo e dinheiro, pois é preciso estruturar as cláusulas contratuais, realizar estudos econômicos, designar servidores para acompanhar os contratos etc. Nesse cenário, é comum que sejam priorizadas as medidas de maior impacto. Portanto, é preciso saber qual a extensão do benefício gerado pela exploração de *naming rights*, a fim de que ele seja valorado de modo correto. Nesse contexto, é crucial analisar as experiências na cessão de *naming rights*, tanto no Brasil quanto afora.

As poucas experiências brasileiras demonstram a gradual evolução da exploração de *naming rights*. O contrato da Arena da Baixada não foi renovado após vencer em 2008 e somente em 2023 foi firmado ajuste com nova patrocinadora; após anos de busca, o Corinthians cedeu os *naming rights* em 2023; algumas estações do metrô de São Paulo tiveram

---

envolvidos com a reforma tornam difícil sua realização da forma desejada. Nesse espaço, a adoção da cessão de *naming rights* é mais viável em um curto espaço de tempo, já que, por se tratar de contrato, não há compulsoriedade e o particular recebe benefícios imediatos. Ressalta-se, contudo, que os valores obtidos pela exploração de *naming rights* não são nem de perto suficientes para tornar desnecessária uma reforma tributária.

seus *naming rights* cedidos; e a Arena Multiuso do Rio de Janeiro se encontra em seu segundo contrato de cessão de *naming rights*.

O primeiro fator que se destaca na experiência nacional surge na análise dos *naming rights* de estádios esportivos. Na ausência de acordo com o Palmeiras, a principal rede de televisão chama o estádio do clube de “Arena Palmeiras”, a despeito do nome oficial do local ser “Allianz Parque”<sup>22</sup>. Apenas em 2020, sete anos após a cessão dos *naming rights*, o imbróglio foi solucionado<sup>23</sup>. Como as maiores oportunidades de divulgação da marca ocorrem durante a transmissão dos jogos, a postura outrora adotada pela transmissora é determinante para o sucesso do acordo de *naming rights*. Ademais, a exploração do nome de estádios geralmente envolve altos valores – no caso específico do Allianz Parque, R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais) por vinte anos –, o que diminui o campo de possíveis patrocinadores e os torna especialmente sensíveis à rentabilidade do contrato. Nesse ponto, é essencial que os contratantes tenham em mente, ao fixarem os contratos de exploração de *naming rights*, que a conduta de terceiros é, muitas vezes, determinante para o sucesso do acordo<sup>24</sup>.

O segundo fator relevante da experiência nacional diz respeito aos valores obtidos nos contratos de *naming rights*. Trago, como exemplo, a estação Industrial/Killing do sistema metroviário de Porto Alegre. Os valores obtidos, à primeira vista, não impressionam: R\$ 9.000,00 (nove mil reais) mensais durante cinco anos. Contudo, deve-se notar que o contrato diz respeito a apenas uma estação (o metrô de Porto Alegre possui vinte e duas estações) e se está falando de uma das primeiras experiências de exploração de *naming rights* em transportes públicos no Brasil, o que diminui seus valores.

---

22 Apesar de se tratar de um caso específico, é necessário lembrar que a gestão do Allianz Parque é considerada uma das mais bem-sucedidas em território nacional, o que torna paradigmáticos tanto seu sucesso quanto seus problemas.

23 AMARO, Guilherme. Globo passará a chamar de Neo Química Arena e Allianz Parque os estádios de Corinthians e Palmeiras. Estadão, 2020. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/esportes/futebol/globo-passara-a-chamar-de-neo-quimica-arena-e-allianz-parque-os-estadios-de-corinthians-e-palmeiras/>. Acesso em: 29 mai. 2024.

24 A situação apresentada não é específica do Brasil, como demonstra o caso da Willis Tower, que continua, até hoje, a ser chamada pelo seu antigo nome: Sears Tower. MARTINS, Angela Vidal da Silva. *Naming rights agreements: uma aproximação*. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v. 9, n. 54, p. 5-18, dez./jan., 2013/2014.

Para compreender esta última afirmação, é interessante analisar a experiência americana, já bastante evoluída na exploração de *naming rights*. É comum, nos Estados Unidos, a cessão de *naming rights* de instituições universitárias. Essa prática remonta ao início do Século XIX<sup>25</sup>, o que permite a coleta extensiva de dados, os quais demonstram que, com o passar do tempo, ocorre aumento significativo dos valores dos contratos de *naming rights*. Isso se dá na medida em que a escassez de bens aumenta o preço da cessão de nome, e o sucesso dos contratos firmados gera maior interesse na obtenção de *naming rights*. Nesse cenário, observa-se que, durante os anos noventa, a média obtida pela cessão de *naming rights* de doze escolas de Administração foi de US\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de dólares) por escola, com mediana de US\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de dólares). Já nos contratos de vinte e uma escolas de Administração após 2000, a média foi de US\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de dólares), com mediana de US\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de dólares)<sup>26</sup>. O aumento foi significativo<sup>27</sup>.

Por fim, na seara de exploração de transportes públicos em âmbito internacional, é notável o caso do sistema metroviário de Dubai. A cidade lançou, em 2009, projeto de parceria para exploração de *naming rights* das estações do metrô. Inicialmente, foram nomeadas treze estações, sendo fixado um prazo contratual mínimo de dez anos, como forma de evitar que a troca constante de nome das estações confunda os usuários<sup>28</sup>. Os valores envolvidos são expressivos. Em 2014, a autoridade de transportes emiradense afirmou que cerca de 60% dos custos de manutenção e operação eram cobertos pela contrapartida dos contratos de *naming rights*. O sucesso da experiência não foi momentâneo; em 2020, foram

---

25 SAMPAIO, op. cit., p. 91

26 BURTON, Terry. **Naming Rights: Legacy Gifts and Corporate Money**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2008, pp. 2-6.

27 Embora os contratos de cessão de *naming rights* nos EUA sejam algumas vezes perpétuos, o que não se entende possível quando se trata de bens públicos ou reversíveis, esses ajustes comumente são fixados por longos prazos, de forma que o surgimento de novos bens tende a ocorrer mais lentamente que o fim dos contratos. Desta forma, a afirmação de que a oferta não acompanha a demanda se mantém válida.

28 CROUCHER, Martin. Names of more Dubai metro stations to be sold. **The National News**, Abu Dhabi, 27 abr. 2014. Disponível em: <https://www.thenational.ae/uae/transport/names-of-more-dubai-metro-stations-to-be-sold-1.303203>. Acesso em: 16 mai. 2024.

celebrados contratos para nomeação de duas novas estações e renomeação de outras três<sup>29</sup>.

Os exemplos acima demonstram que, embora não se possa dizer que a exploração de *naming rights* em cenário nacional vem sendo bem-sucedida, a utilização dessa ferramenta, em âmbito internacional, evidencia seu grande potencial de arrecadação.

## 5. CUIDADOS COM NAMING RIGHTS

Após realizar defesa da possibilidade e atratividade da exploração de *naming rights* como meio de receita alternativa em concessões, passo a expor os cuidados que devem ser tomados com a aplicação do instituto.

Foi afirmado que a exploração de *naming rights* prestigia o princípio da eficiência. Contudo, na situação concreta, esse princípio pode conflitar com outros que militem contra a exploração dos *naming rights*. O principal deles é a proteção do meio-ambiente.

É comum que os bens com maior relevância cultural também sejam aqueles que mais possam render, caso tenham seus *naming rights* explorados. Cito como exemplo o estádio do Maracanã, que, não surpreendentemente, possui a maior possibilidade de arrecadação com exploração de *naming rights* entre os estádios da Copa de 2014, segundo estudo da empresa de Auditoria BDO<sup>30</sup>. Contudo, não raramente – e como ocorre no referido exemplo – o bem, incluído seu nome, é de grande importância histórica e cultural para a população. Dessa forma, no caso concreto pode surgir um conflito entre o interesse de arrecadação da Administração e o interesse de preservar o valor cultural do bem. Nesse cenário, a fixação de parâmetros para sopesar os interesses envolvidos ajuda o administrador a decidir de modo fundamentado.

Luís Felipe Sampaio traz cinco critérios que devem ser observados, em tais casos, para resolver o conflito. Dois têm caráter objetivo: i) a existência de lei geral ou ii) de lei específica que vede a exploração dos *naming rights* do bem. Os outros três possuem caráter subjetivo,

29 AHMED, Ashfaq. Three metro stations in Dubai renamed: RTA. *Gulf News*, Dubai, 18 mai. 2020. Disponível em: <https://gulfnews.com/uae/three-metro-stations-in-dubai-renamed-rta-1.71565623>. Acesso em: 16 mai. 2024.

30 BDO Brazil. *Naming rights de estádios e arenas no Brasil*. 2011. Disponível em: <http://imguol.com/blogs/33/files/2012/06/AmirSomogi1.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2020.

e dizem respeito: i) à natureza do bem – bens de uso comum e de uso especial são geralmente mais relevantes socialmente do que bens dominicais; ii) à importância cultural do bem e sua relação com o patrimônio público protegido; e iii) ao tempo de existência do bem. Os critérios objetivos têm caráter definitivo: em havendo proibição legal de nomeação do bem, não será possível a exploração de *naming rights*. Já os critérios subjetivos se encontram sujeitos à ponderação<sup>31</sup>. De fato, não é possível concordar com afirmações peremptórias baseadas em valores altamente abstratos, como “não pode haver exploração de *naming rights* do Maracanã, pois a relevância cultural do estádio impede tais ajustes”. Afirmações nesse sentido partem de uma premissa de que interesses arrecadatários nunca se sobrepõem a interesses existenciais<sup>32</sup>. Ocorre que tal distinção é artificial, pois a arrecadação estatal é revertida em serviços públicos, que concretizam interesses existenciais. Um exemplo demonstra a impropriedade da distinção.

Imagine-se que a exploração de *naming rights* do Maracanã seja determinante para a construção de sistema de saneamento básico em área carente. É razoável, aqui, impedir a exploração do nome do estádio com base em sua relevância histórica e cultural, ao sacrifício do direito de saúde de parte da população? Parece-me que não.

Obviamente, havendo alternativas menos danosas ao interesse público, o administrador deve buscá-las. Contudo, quando se tem em mente a situação fiscal do Estado brasileiro, não parece impossível que as fontes de renda sejam reduzidas a ponto do exemplo apresentado se concretizar. O importante é que o processo de exploração de *naming rights* de bens culturalmente relevantes seja feito de forma transparente e processualizada, permitindo que os interesses diversos dialoguem na prática. Isso pode ser feito por meio de consultas públicas, com bem ressaltado por Sampaio<sup>33</sup>. Ademais, nessas situações polêmicas, é crucial a motivação abrangente da decisão, que deverá dialogar com todos os interesses envolvidos.

---

31 SAMPAIO, op. cit., pp. 115-127.

32 Lembre-se, aqui, a doutrina de Renato Alessi, que defende que o interesse público primário – o conjunto de interesses individuais tutelados pela Administração – não podem ser sacrificados em prol de interesse público secundário – interesse da Administração em si (ALESSI, Renato. *Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949. v. 1, p. 122-124).

33 SAMPAIO, op. cit., p. 159-165.

## 6. CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo analisar a possibilidade e a atratividade da exploração de *naming rights* de bens reversíveis de concessões públicas como método de receita alternativa.

Inicialmente, foi atestada a viabilidade legal de exploração de *naming rights* de bens reversíveis. A análise do sistema jurídico brasileiro demonstra a compatibilidade do instituto com os princípios e regras que regem os bens e serviços públicos.

Em seguida, foi demonstrado que a exploração de *naming rights* de bens reversíveis possui grande capacidade benéfica, tanto do ponto de vista teórico quanto prático, a despeito de sua implementação ainda não ter sido bem-sucedida.

Finalmente, foram apontados cuidados que devem ser tomados ao se implementar os *naming rights* nas concessões.

A conclusão que se tira das reflexões feitas é que o instituto merece maior atenção, eis que possui grande potencial arrecadatório e seu tratamento, tanto pela doutrina quanto pelos gestores, ainda se encontra em estágio inicial.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHMED, Ashfaq. Three metro stations in Dubai renamed: RTA. **Gulf News**, Dubai, 18 mai. 2020. Disponível em: <https://gulfnews.com/uae/three-metro-stations-in-dubai-renamed-rta-1.71565623>. Acesso em: 16 mai. 2024.

ALESSI, Renato. **Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffré, 1949. v. 1.

AMARO, Guilherme. Globo passará a chamar de Neo Química Arena e Allianz Parque os estádios de Corinthians e Palmeiras. **Estadão**, 2020. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/esportes/futebol/globo-passara-a-chamar-de-neo-quimica-arena-e-allianz-parque-os-estadios-de-corinthians-e-palmeiras/>. Acesso em: 29 mai. 2024.

BDO Brazil. **Naming rights de estádios e arenas no Brasil**. 2011. Disponível em: <http://imguol.com/blogs/33/files/2012/06/AmirSomogi1.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, seção 1, p. 1, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, seção 1, Brasília, DF, p. 1917, 14 fev. 1995.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, seção 1, p. 1, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**: Brasília, seção 1, p. 6, 31 dez. 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 010.915/2015-0. Acórdão TCU 494/2017. Plenário. Relator: Augusto Nardes, 22 de março de 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/acordao-completo/1091520150.PROC>. Acesso em: 16 mai. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 010.915/2015-0. Acórdão TCU 1527/2016. Plenário. Relator: Augusto Nardes, 15 de junho de 2016. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/acordao-completo/1091520150.PROC>. Acesso em: 16 mai. 2024.

BURTON, Terry. **Naming rights**: legacy gifts and corporate money. Hoboken: John Wiley & Sons, 2008.

CROUCHER, Martin. Names of more Dubai metro stations to be sold. **The National News**, Abu Dhabi, 27 abr. 2014. Disponível em: <https://www.thenational.ae/uae/transport/names-of-more-dubai-metro-stations-to-be-sold-1.303203>. Acesso em: 16 mai. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 6, 2006.

IKENAGA, Ana Lucia. **A atribuição de nome como modo de exploração de bens públicos**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ILLINOIS GENERAL ASSEMBLY. (70 ILCS 210/1) Metropolitan Pier and Exposition Authority Act. **Illinois Compiled Statutes**: Chapter 70 – Special Districts. Disponível em: <https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=829&ChapterID=15>. Acesso em: 16 mai. 2024.

MARTINS, Angela Vidal da Silva. *Naming rights agreements*: uma aproximação. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 9, n. 54, p. 5-18, 2013/2014.

ORAIR, Rodrigo Octávio; GOBETTI, Sérgio W. Tax reform in Brazil: guiding principles and proposals under debate. **Working Paper**, n. 182, 2019.

SAMPAIO, Luís Felipe. **Naming Rights de Bens Públicos**. São Paulo: Almedina, 2017.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário**: concessões comuns e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.



# A PROGNOSE LEGISLATIVA DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 AO PERÍODO PÓS-PANDEMIA

Fernando Henrique Médici<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Evolução legislativa dos direitos sociais no Brasil: avanços e retornos; 3. A estrutura constitucional dos direitos sociais no Brasil; 4. A prognose legislativa no período pós-pandemia; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O artigo tem por finalidade a análise das políticas legislativas implementadas após a superação da fase mais aguda da pandemia da covid-19, em especial no estabelecimento das redes de proteção sociais permanentes que serão dirigidas às populações vulneráveis no âmbito do Estado brasileiro. Busca-se, por meio da reconstrução do histórico normativo constitucional e infraconstitucional, definir as linhas gerais da evolução do processo de implementação dos direitos sociais no Brasil. Da mesma forma, o trabalho tem por objetivo compartilhar uma visão estruturada das diversas previsões normativas relativas aos direitos sociais no ordenamento brasileiro, para, ao final, tentar traçar uma conjectura sobre os rumos normativos que se desenharam para o futuro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos sociais. Evolução legislativa. Renda básica.

---

---

<sup>1</sup> Doutorando e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador do Estado de São Paulo, Brasil. Ex-analista judiciário junto ao Supremo Tribunal Federal.

## 1. INTRODUÇÃO

É inegável que a pandemia da covid-19, para além dos reflexos sociais e econômicos amplamente noticiados na imprensa nacional e internacional, provocou séria modificação no rumo da produção legislativa brasileira, seja na implementação de redes emergenciais de proteção social, para o amparo dos cidadãos desvalidos e impactados pelo recrudescimento das atividades laborais e econômicas, seja no estabelecimento de novas redes de proteção social permanentes ou na ampliação dos sistemas de proteção já existentes.

A Constituição Federal de 1988 é um marco para o Estado brasileiro, que deu inegável suporte normativo para a implementação efetiva dos direitos sociais, notadamente pela sistematicidade e diversidade das suas previsões, bem assim pelo ineditismo na criação de mecanismos orçamentários específicos de financiamento desses direitos.

Ao longo das décadas de 1990 a 2020, o que se percebeu foi um movimento de avanços e retrocessos no âmbito de proteção dessas garantias sociais. De um lado, houve a produção de emendas constitucionais que promoveram a inserção de novos direitos no catálogo previsto originalmente na Carta Constitucional. Em outra vertente, por meio das mesmas emendas, realizaram-se alterações normativas restritivas, focadas especialmente na diminuição da esfera de proteção dos direitos de natureza previdenciária, sob a justificativa de déficit orçamentário e outros problemas fiscais.

Como elemento imprevisto, a crise sanitária que se abateu sobre o Brasil a partir do ano de 2020 influenciou decisivamente nos rumos da política legislativa nacional, deixando clara a necessidade de fortalecimento das redes de proteção social dedicadas à saúde e à preservação da renda dos cidadãos em situação de vulnerabilidade.

Não é por acaso que o debate político se focou na edificação de um projeto de renda básica que substituirá ou aperfeiçoará o exitoso modelo do Programa Bolsa Família (PBF), após o encerramento do pagamento da renda emergencial disponibilizada pelo governo brasileiro durante o período crítico da pandemia.

São exemplos dessa situação tanto a tramitação no Congresso Nacional da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 29/2020, que busca a inserção permanente no texto constitucional do direito social à renda básica para os cidadãos em situação de vulnerabilidade, quanto a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos do Mandado de Injunção nº 7.300, que configurou a inconstitucionalidade por omissão da União na efetivação desse mesmo direito.

Por outro lado, os desafios deixados pelo aumento do endividamento público, pela alta taxa de desempregados e desocupados, bem como pela ausência de perspectiva de melhora no quadro de crescimento econômico sustentado, emergem como dificuldades para o Estado brasileiro caminhar no sentido de efetivação dos direitos sociais já consagrados e que serão inseridos na Carta Constitucional.

O que se pretende com este breve artigo é analisar o caminho legislativo percorrido desde 1988 até aqui, com o tecimento de uma possível prognose legislativa sobre direitos sociais no período pós-pandemia.

## **2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: AVANÇOS E RETORNOS**

Acerca da inserção dos direitos sociais no âmbito normativo brasileiro, vale o destaque do estudo realizado pelo professor Paulo Bonavides, que aponta, em especial, o espelhamento e a inspiração das Constituições Federais brasileiras de 1934, 1946 e 1988 nas Leis Fundamentais de Weimar e de Bonn<sup>2</sup>.

Esses textos constitucionais brasileiros inovaram em sua época, consagrando diversos direitos sociais hoje tidos como comezinhos, tais como o salário-mínimo, os direitos trabalhistas basilares (greve, férias, segurança laboral, previdência), a função social da propriedade e a construção de uma ordem econômica ao lado do estatuto jurídico relativo à ordem social (art. 115 e seguintes da Constituição de 1934 e art. 145 e seguintes da Constituição de 1946).

---

2 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 367.

As Constituições de 1967 e 1969, em certa medida, replicaram os modelos adotados nas cartas anteriores, mantendo o catálogo de direitos sociais, em especial trabalhistas e previdenciários dentro do capítulo destinado à “Ordem Econômica e Social”.

Todas essas constituições, ainda, asseguraram expressamente a educação como direito de todos e dever do Estado.

Não obstante, foi o poder constituinte de 1988 que promoveu a quebra dos paradigmas normativos anteriores. Ainda que de maneira tardia, a Assembleia Constituinte buscou, por meio da nascente Lei Maior, a construção de um projeto institucional de implementação/efetivação dos direitos sociais no Brasil.

O projeto foi inspirado, em última análise, no modelo de *welfare state* vigente na maior parte da Europa e que foi construído no período que se seguiu ao encerramento da Segunda Guerra Mundial. Em relação à Constituição Federal de 1988, o professor Bonavides destaca que:

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado Social. A primeira é uma constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder<sup>3</sup>.

É inegável que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu originariamente um projeto normativo de implementação de um Estado de bem-estar social no Brasil, buscando a composição dos valores próprios do liberalismo econômico (direito à propriedade e livre iniciativa) com as premissas básicas que inspiraram a construção histórica dos direitos sociais, tais como o primado da dignidade da pessoa humana e do

---

3 Ibidem, p. 371.

trabalho. Na redação primordial da Carta Política, esta característica conciliatória é mais amplamente verificada nos artigos 1º, 6º, 170 e 193<sup>4</sup>.

A leitura do texto constitucional dá nota da complementaridade da ordem econômica e da ordem social. Ambas foram definidas normativamente pelo poder constituinte originário, sendo sua finalidade a promoção da dignidade do ser humano, a busca do bem-estar e da qualidade de vida. Segundo o professor Eros Grau:

Por isso o texto do art. 170 não afirma que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça

---

4 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

(...)

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

(...)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos 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;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

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.

(...)

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, p. 1, 5 out. 1988).

social, senão que ela deve estar – e deve ter – vale dizer, – tem de necessariamente ter – por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social<sup>5</sup>.

Essa posição conciliatória também ressalta a multidimensionalidade própria dos direitos humanos/fundamentais, que não seriam plenamente realizados senão quando garantida a todas as pessoas a liberdade de empreender ou trabalhar, própria do regime capitalista, somada ao destaque do dever do Estado e da sociedade como um todo na promoção de políticas públicas e na atuação econômica voltadas à realização da justiça social. Sobre a multidimensionalidade axiológica do art. 170 da Constituição Federal, a contribuição do professor Thiago Lopes Matsushita:

Assim, e neste sentido que entendemos haver uma confluência das dimensões de direitos humanos na ordem econômica. A redação do artigo 170 da Constituição expressa o dever-ser de assegurar existência digna, observando, entre outros, o princípio da propriedade privada e o fundamento na livre iniciativa, o que corrobora a tese de que, além de estabelecer uma ordem capitalista, evoca os direitos humanos de primeira dimensão enquanto estruturantes da ordem econômica pátria.

De outro lado, também impõe que a regência jurídica da economia seja pautada nos ditames da justiça social, sendo esta promotora da segunda dimensão dos direitos humanos, qual seja, a dimensão da igualdade, não só formal, mas também material – e aí a importância da economia em prol do alcance de tais ditames.

Por fim, deontologicamente a ordem econômica deve assegurar existência digna “a todos”, ou seja, impõe uma axiologia do homem enquanto inserido na coletividade, em princípio já solapando a ideologia estritamente liberal e individualista, pois coloca o homem, individualmente concebido, enquanto inserido na coletividade, solidarizando a dignidade da pessoa humana, direito este que deve ser garantido a todos, tanto na relação vertical Estado-Sociedade quanto na relação horizontal Indivíduo-Sociedade, Sociedade-Sociedade. Enfatizamos a relação

5 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 196.

horizontal, *e. g.*, por ter o artigo 170 elencado a propriedade privada e sua função social, além de estabelecer os ditames da justiça social, o que significa que o direito subjetivo de propriedade, em princípio individual, tem necessariamente que satisfazer a dimensão fraterna, qual seja, a de assegurar que não seja violada e, ainda, proativamente, que seja garantida e viabilizada a existência digna a todos os partícipes da coletividade. A ordem econômica e expressão, neste sentido, também da dimensão fraterna dos direitos humanos<sup>6</sup>.

Porém, tem-se que no decorrer desses mais de 30 anos, desde 1988, não se pode dizer que o projeto inaugural permaneceu intocado, tendo o conteúdo da Constituição sofrido diversas modificações.

Por um lado, direitos sociais novos foram inseridos no rol definido no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, a saber, o direito à moradia pela Emenda Constitucional nº 26/2000, o direito à alimentação pela Emenda Constitucional nº 64/2010 e o direito ao transporte pela Emenda Constitucional nº 90/2015. Esse novo catálogo de direitos, a seu turno, impõe simetricamente ao Estado o dever de criação de políticas públicas específicas para sua concretização.

Ademais, foram aperfeiçoados certos instrumentos normativos relativos ao financiamento dos direitos sociais, citando-se a título de exemplo a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (Fundeb) e de Valorização dos Profissionais da Educação pela Emenda Constitucional nº 53/2006, que trouxe significativo reforço orçamentário à efetivação do direito à educação básica. Dita emenda trouxe, em especial, a fixação de um piso salarial mínimo para os profissionais da educação, bem como a definição de um valor basilar de custeio para cada aluno matriculado no sistema de ensino, situação que viabilizou melhoria razoável nos níveis de aprendizado<sup>7</sup>.

---

6 MATSUSHITA, Thiago Lopes. A regra-matriz de incidência e a regra-matriz da ordem econômica brasileira. *In*: HENAO, Magdalena Corre; SILVA, Paula Robledo. **Memórias del XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: el diseño institucional del Estado democrático**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 981-998, p. 996.

7 SILVEIRA, Iara Maira da *et al.* Avaliação do efeito do Fundeb sobre o desempenho dos alunos no ensino médio no Brasil. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 1, 2017.

Em contraponto, outras emendas constitucionais foram editadas com o propósito de restringir a amplitude de certos direitos sociais, precipuamente os previdenciários, tanto quanto estabeleceram mecanismos de contenção da despesa pública a eles vinculada.

Sobre as emendas constitucionais que tratam das normas relativas aos direitos previdenciários, seja do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) ou dos diversos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), vale a lembrança das Emendas Constitucionais n° 3/1993, 20/1998, 41/2003, 47/2005, 70/2012, 72/2013, 88/2015 e 103/2019, por meio das quais o constituinte reformador alterou desde regras pontuais do sistema previdenciário, como o cálculo dos benefícios por incapacidade dos servidores públicos, até a realização de reformas estruturais, que se pode dizer que remodelaram o sistema de previdência social (EC n° 103/2019).

Justificativas de caráter fiscal usualmente têm sido apostas como fundamento para a promoção dessas reformas.

Segundo levantamento realizado pelo Tribunal de Contas da União, no ano de 2016, o déficit agregado da previdência social (RGPS, RPPS dos civis e militares da União) superava a cifra de 226 bilhões de reais, quantia que representava quase dez por cento do Produto Interno Bruto do país no mesmo ano<sup>8</sup>. Ainda, na mesma direção, relatório elaborado pelo Banco Mundial no ano de 2019, que tratava da qualidade do gasto público brasileiro, apontava o déficit da previdência social como o principal item de desestabilização da dívida pública do país em longo prazo<sup>9</sup>. Tais fatos foram amplamente utilizados no debate político para a aprovação da reforma previdenciária insculpida na EC n° 103/2019.

Argumentos de natureza semelhante foram colocados como premissas para a aprovação das restrições orçamentárias e fiscais

---

8 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 001.040/2017-0. Acórdão TCU 1295/2017. Relator: José Múcio Monteiro, 21 de junho de 2017. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/AA/F4/22/85/29CCC51036FB7CC52A2818A8/001.040-2017-0%20-%20Levantamento%20na%20Previd\\_ncia%20\\_2\\_.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/AA/F4/22/85/29CCC51036FB7CC52A2818A8/001.040-2017-0%20-%20Levantamento%20na%20Previd_ncia%20_2_.pdf). Acesso em: 27 abr. 2020.

9 THE WORLD BANK. *Um ajuste justo: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil*. [s.l.]: Grupo Banco Mundial, 2017. Disponível em: <http://documents1.worldbank.org/curated/pt/884871511196609355/pdf/121480-Revised-Portuguese-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.



consagradas na Emenda Constitucional nº 95/2015, através da qual foi proibido o aumento da despesa pública da União com educação e saúde até o ano de 2036.

Foi mantido como limite de gastos os valores despendidos pelo ente central relativos ao orçamento do ano de 2018. Não se admitiu qualquer ampliação do valor real para os exercícios financeiros seguintes, mas apenas o uso do limite de gastos reajustado por Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA)<sup>10</sup>.

Já no ano de 2019, por meio do denominado “Plano Mais Brasil”, representado no Senado Federal brasileiro pelas PECs 186/2019, 187/2019 e 188/2019<sup>11</sup>, houve uma tentativa de alteração do eixo interpretativo dos direitos sociais, aliando-a à questão das obrigações intergeracionais. Da justificação para a apresentação da PEC nº 188/2019, colhe-se:

Nobres Colegas, apresentamos esta Proposta de Emenda à Constituição no intuito de propor um novo modelo fiscal para Federação Brasileira, que tem por objetivo assegurar o fortalecimento fiscal da República, considerando a condição atual de fragilidade fiscal em todos os níveis de governo na federação e visando trazer os incentivos corretos para uma boa gestão pública.

Serão criados instrumentos de ajuste fiscal que permitem que gestores possam adequar sua realidade fiscal aos anseios da população, além de conferir mais autonomia para estados e municípios através da distribuição de recursos e suas alocações, ampliando também a responsabilidade dos gestores no cuidado com as contas públicas.

---

10 “Art. 110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão:

I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do **caput** do art. 212, da Constituição Federal; e

II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, op. cit.).

11 AGÊNCIA SENADO. Senado recebe pacote do governo para mudar pacto federativo e regras fiscais. **Senado Notícias**, Brasília, 5 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/11/05/senado-recebe-novo-pacote-de-reformas-do-governo>. Acesso em: 20 abr. 2020.

(...)

Olhando para a sustentabilidade fiscal de longo prazo, projeto busca um compromisso de que o Brasil está firmando para que a geração atual não onere as gerações futuras. Uma das novas medidas propostas, por exemplo, impedirá que leis sejam implementadas sem a devida previsão orçamentária.

O projeto possuía extensão considerável, tratando majoritariamente de questões fiscais, federativas ou administrativas, tais como a extinção de municípios sem sustentabilidade financeira; a limitação de gastos com pessoal, ativo e inativo; a fixação de limites à remuneração de servidores públicos; a consolidação da interpretação das leis orçamentárias e financeiras pelos Tribunais de Contas; o regime constitucional das leis orçamentárias, com destaque para a criação da figura do orçamento plurianual; a limitação da concessão de incentivos fiscais e tributários às empresas; a redução do percentual de repasse tributário ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), entre outros.

Sob a perspectiva intergeracional, ganhava destaque o art. 2º da PEC 188/2019, por meio do qual se pretendia a inclusão de um parágrafo único ao art. 6º da Constituição Federal, com o seguinte conteúdo: “*Será observado, na promoção dos direitos sociais, o direito ao equilíbrio fiscal intergeracional*”<sup>12</sup>.

Tal projeto, ainda, trazia inovações quanto à forma de financiamento da saúde e da educação, permitindo aos entes federados a realização de compensações dos gastos com esses sistemas de proteção social. De forma sucinta, o valor gasto com saúde que excedesse o limite mínimo constitucionalmente estabelecido, poderia ser descontado do valor mínimo a ser empregado na área de educação, e vice-versa. Cite-se:

12 Idem. BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 188, de 2019. Altera arts. 6º, 18, 20, 29-A, 37, 39, 48, 62, 68, 71, 74, 84, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 184, 198, 208, 212, 213 e 239 da Constituição Federal e os arts. 35, 107, 109 e 111 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; acrescenta à Constituição Federal os arts. 135-A, 163-A, 164-A, 167-A, 167-B, 168-A e 245-A; acrescenta ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias os arts. 91-A, 115, 116 e 117; revoga dispositivos constitucionais e legais e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8035580&ts=1583936714-597&dispo-sition=inline>. Acesso em 20 abr. 2020.

Art. 198 (...)

(...)

§ 7º Para fins de cumprimento do disposto no §2º, fica autorizada, na elaboração da proposta orçamentária e na respectiva execução, a dedução do montante aplicado na manutenção e desenvolvimento do ensino que exceder o mínimo aplicável, nos termos do art. 212, *caput*, desta Constituição.

Art. 212 (...)

(...)

§ 7º Para fins de cumprimento do disposto no *caput*, fica autorizada, na elaboração da proposta orçamentária e na respectiva execução, a dedução do montante aplicado em ações e serviços públicos de saúde que exceder o mínimo aplicável, nos termos do art. 198, § 2º, desta Constituição.

O projeto original não chegou a ser avalizado pelo Congresso Nacional, como será visto a seguir, deixando de fazer parte do texto aprovado da Emenda Constitucional nº 109/2021.

Ressalte-se, ademais, que a concretização dos direitos sociais não prescindiu da necessidade de edição de uma série de atos normativos infraconstitucionais que dessem densidade às disposições constitucionais.

Acerca das leis mais recentes, vale a menção às diversas normas de revisão da legislação trabalhista. Destaque especial à denominada “Reforma Trabalhista”, alicerçada na Lei Federal nº 13.467/2017, que criou a figura jurídica do trabalho intermitente e alterou o eixo interpretativo da Consolidação das Leis do Trabalho, de modo a dar prevalência à negociação coletiva, em detrimento de outras fontes de regulação das relações de emprego<sup>13</sup>. A validade jurídica de tal

---

13 “Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

---

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);

IV - salário mínimo;

V - valor nominal do décimo terceiro salário;

VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

VIII - salário-família;

---

IX - repouso semanal remunerado;

X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;

XI - número de dias de férias devidas ao empregado;

XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;

XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;

XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;

XIX - aposentadoria;

XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;

XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;

XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;

XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;

XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;

XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;

XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;

XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;

XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo” (BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, seção 1, p. 1, 14 jul. 2017).

possibilidade foi corroborada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo - ARE nº 1.121.633/GO,<sup>14</sup> em acórdão publicado em 28/04/2023, com ementa a seguir transcrita:

Recurso extraordinário com agravo. Direito do Trabalho. Processo paradigma da sistemática da repercussão geral. Tema 1.046. 3. Validade de norma coletiva que limita ou restringe direito trabalhista. Matéria constitucional. Revisão da tese firmada nos temas 357 e 762. 4. Fixação de tese: “São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuem limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis.” 5. Recurso extraordinário provido.

A pandemia da covid-19, por sua vez, modificou os rumos e prioridades da atividade legislativa brasileira, que passaria a focar a produção de normas que dessem guarida ao enfrentamento da crise sanitária. Do ponto de vista constitucional, foram promulgadas as Emendas Constitucionais nº 106/2020 e 109/2021.

Além do próprio reconhecimento jurídico do estado de calamidade pública decorrente da crise sanitária (Lei Federal nº 13.979/2020 e Decreto Legislativo nº 6/2020), a Emenda Constitucional nº 106/2020 veio a criar um regime fiscal extraordinário para o enfrentamento da pandemia, primordialmente dando suporte às medidas legislativas excepcionais de criação de uma rede de proteção social voltada à preservação da renda das pessoas diretamente afetadas.

Essa rede de proteção social excepcional foi construída pela formação de programas substitutivos de renda, entre eles o auxílio emergencial previsto no art. 2º da Lei nº 13.982/2020, no valor de R\$ 600,00, destinado aos microempreendedores individuais (MEI), contribuintes individuais e trabalhadores informais, bem assim o Benefício Emergencial

---

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.121.633/GO**. Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 02/06/2022, Tribunal Pleno. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427>. Acesso em: 20 mai. 2024.

de Preservação do Emprego e da Renda, que consistia em uma renda substitutiva conferida ao empregado que tivesse sofrido suspensão do contrato de trabalho ou redução da jornada laboral, com diminuição do salário (arts. 5º e seguintes da Lei Federal nº 14.020/2020).

Já no ano de 2021, a Emenda Constitucional nº 109/2021 foi aprovada com um texto agregado das PECs 186/2019, 187/2019 e 188/2019, somada à inserção de mecanismo que permitiu a prorrogação do auxílio emergencial até o final do exercício fiscal de 2021. A questão intergeracional foi explicitamente retirada da versão final da referida emenda, remanescendo na Constituição Federal apenas as disposições do art. 163, VIII, e do novo art. 164-A, que estabelecem a necessidade de vigilância sobre a sustentabilidade do endividamento público<sup>15</sup>.

O auxílio emergencial foi prorrogado no ano de 2021, porém em valor menor que o pago no ano de 2020 (de R\$ 600,00 para R\$ 250,00), com base na edição da Medida Provisória (MP) nº 1.039/2021 e no Decreto Presidencial nº 10.740/2021.

---

15 “Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

(...)

VIII - sustentabilidade da dívida, especificando:

- a) indicadores de sua apuração;
  - b) níveis de compatibilidade dos resultados fiscais com a trajetória da dívida;
  - c) trajetória de convergência do montante da dívida com os limites definidos em legislação;
  - d) medidas de ajuste, suspensões e vedações;
  - e) planejamento de alienação de ativos com vistas à redução do montante da dívida.
- Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso VIII do *caput* deste artigo pode autorizar a aplicação das vedações previstas no art. 167-A desta Constituição.

(...)

Art. 164-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem conduzir suas políticas fiscais de forma a manter a dívida pública em níveis sustentáveis, na forma da lei complementar referida no inciso VIII do *caput* do art. 163 desta Constituição.

Parágrafo único. A elaboração e a execução de planos e orçamentos devem refletir a compatibilidade dos indicadores fiscais com a sustentabilidade da dívida” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit.).

Encerrada a fase mais crítica da crise sanitária, despontou no Congresso Nacional o debate sobre a continuidade do projeto normativo de renda básica, agora já em caráter permanente.

Por meio da MP nº 1.061/2021, ainda, o exitoso Programa Bolsa Família foi substituído pelo novo Programa Auxílio Brasil, ambos com o objetivo central de propiciar a transferência direta de renda às populações vulneráveis como medida de assistência social destinada, em resumo, i) à redução da pobreza e da extrema pobreza; ii) à promoção do desenvolvimento de crianças e adolescentes; e iii) ao estímulo da emancipação de famílias em situação de vulnerabilidade.

### 3. A ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

Como fundamento da República brasileira temos o valor do trabalho humano. Cuida-se do instrumento por meio do qual o indivíduo, dentro de suas capacidades, persegue a realização do seu projeto pessoal de vida, sendo vinculado aos predicados da autonomia e da autodeterminação conferidos a cada pessoa humana.

É o trabalho o veículo econômico e social pelo qual o indivíduo deve perseguir preferencialmente o atingimento do denominado mínimo existencial, sendo a rede de proteção social criada pelo Estado um mecanismo de caráter supletivo, cujo objetivo é auxiliar a pessoa humana em situações de vulnerabilidade e risco social<sup>16</sup>.

No dizer do professor Wagner Balera, o trabalho é o valor maior previsto na ordenação social estabelecida constitucionalmente. É a atividade que distingue o ser humano dos demais animais, bem como representa o meio precípuo que lhe proporciona a sobrevivência:

O trabalho, sobre ser um valor social fundamental na República (art. 1º, IV) possui uma categoria superior aos demais valores que a Ordem Social salvaguarda (art. 193).

16 MEDICI, Fernando Henrique. ODS 8: Direito humano ao trabalho e o desenvolvimento sustentável. In: COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros. **Direitos humanos e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 176.



Essa primazia não significa outra coisa, em nosso entender, que aquela mesma ideia tão bem expressa pelo magistério social cristão e ainda agora reafirmada pelo Romano Pontífice.

De feito, na Carta Encíclica *Laborem Exercens*, o PAPA JOÃO PAULO II sublinha: “O trabalho humano é uma *chave*, provavelmente a *chave essencial de toda a questão social normal*”.

Tal colocação nos remete, forçosamente, a uma compreensão mais ampla do fenômeno laborativo.

Reflexão séria sobre esse fenômeno não pode deixar de considerá-lo como uma projeção da própria vida humana, naquilo que distingue o homem dos outros seres.

Na ordem natural, o ser humano se acha vocacionado para o trabalho que é instrumento indispensável para a sua sobrevivência.

Estamos num terreno que, sobre ser antecedente ao próprio direito positivo, fornece a este elementos fundamentais de estruturação<sup>17</sup>.

O direito humano ao trabalho foi muito bem explorado pelo Papa São João Paulo II na Encíclica *Laborem Exercens*, que ressalta a dignidade intrínseca dessa atividade tipicamente humana (o homem que se alimenta com o fruto do próprio esforço), ao lado do desafio social e político perene de acesso e inserção dos indivíduos no mercado laboral, em especial nos países menos desenvolvidos<sup>18</sup>.

---

17 BALERA, Wagner; SIMÕES, Thiago. O valor social do trabalho. In: BALERA, Wagner; SIMÕES, Thiago Taborda. **Participação nos lucros e nos resultados**: natureza jurídica e incidência previdenciária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

18 No texto original: “O trabalho é um desses aspectos, perene e fundamental e sempre com actualidade, de tal sorte que exige constantemente renovada atenção e decidido testemunho. Com efeito, surgem sempre novas interrogações e novos problemas, nascem novas esperanças, como também motivos de temor e ameaças, ligados com esta dimensão fundamental da existência humana, pela qual é construída cada dia a vida do homem, da qual esta recebe a própria dignidade específica, mas na qual está contido, ao mesmo tempo, o parâmetro constante dos esforços humanos, do sofrimento, bem como dos danos e das injustiças que podem impregnar profundamente a vida social no interior de cada uma das nações e no plano internacional. Se é verdade que o homem se sustenta com o pão granjeado pelo trabalho das suas mãos — e isto equivale a dizer, não apenas com aquele pão quotidiano mediante o qual se mantém vivo o seu corpo, mas também com o pão da ciência e do progresso, da civilização e da cultura — então é igualmente verdade que ele se alimenta deste pão com o suor do rosto; isto é, não só com os esforços e canseiras pessoais, mas também no meio de muitas tensões, conflitos e crises que, em relação com a realidade do trabalho, perturbam a vida de cada uma das sociedades e mesmo da inteira humanidade.

Conjuntamente com o “direito ao trabalho”, a Constituição Federal trouxe também o valor da livre iniciativa como fundamento do Estado nacional.

Recentemente, foi publicada a Lei Federal nº 13.874/2019, com a finalidade de dar densidade normativa aos arts. 1º, IV, 170 e 174 da Lei Fundamental de 1988. A lei fixou como diretrizes de interpretação da livre iniciativa, entre outras, a garantia da liberdade no exercício da atividade econômica e a definição do papel subsidiário do Estado como agente interventor na economia<sup>19</sup>.

---

Celebramos o nonagésimo aniversário da Encíclica *Rerum Novarum* em vésperas de novos adiantamentos nas condições tecnológicas, econômicas e políticas, o que — na opinião de muitos peritos — irá influir no mundo do trabalho e da produção, em não menor escala do que o fez a revolução industrial do século passado. São vários os factores que se revestem de alcance geral, como sejam: a introdução generalizada da automação em muitos campos da produção; o aumento do custo da energia e das matérias de base; a crescente tomada de consciência de que é limitado o património natural e do seu insuportável inquinamento; e o virem à ribalta, no cenário político, povos que, depois de séculos de sujeição, reclamam o seu legítimo lugar no concerto das nações e nas decisões internacionais. Estas novas condições e exigências irão requerer uma reordenação e um novo ajustamento das estruturas da economia hodierna, bem como da distribuição do trabalho. E tais mudanças poderão talvez vir a significar, infelizmente, para milhões de trabalhadores qualificados o desemprego, pelo menos temporário, ou a necessidade de um novo período de adestramento; irão comportar, com muita probabilidade, uma diminuição ou um crescimento menos rápido do bem-estar material para os países mais desenvolvidos; mas poderão também vir a proporcionar alívio e esperança para milhões de homens que hoje vivem em condições de vergonhosa e indigna miséria” (PAPA JOÃO PAULO II. *Carta Encíclica Laborem Exercens*. Castel Gandolfo, 1981. Disponível em: [http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_14091981\\_laborem-exercens.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html). Acesso em: 29 mai. 2020).

- 19 “Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

§ 1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

§ 2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

§ 3º O disposto nos arts. 1º, 2º, 3º e 4º desta Lei não se aplica ao direito tributário e ao direito financeiro, ressalvado o inciso X do caput do art. 3º.

§ 4º O disposto nos arts. 1º, 2º, 3º e 4º desta Lei constitui norma geral de direito econômico,

Estabelecidas essas premissas, tem-se por viável tratar dos contornos gerais dos direitos fundamentais de cunho social.

Tal empreitada, já alertava o professor Vidal Serrano Nunes Junior, não é simples, revelando-se imprópria a utilização de modelos reducionistas ou que limitem os direitos sociais a simples direitos prestacionais<sup>20</sup>. Ao lado de direitos prestacionais típicos, como os relativos à seguridade

---

conforme o disposto no inciso I do *caput* e nos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 24 da Constituição Federal, e será observado para todos os atos públicos de liberação da atividade econômica executados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, nos termos do § 2º deste artigo.

§ 5º O disposto no inciso IX do *caput* do art. 3º desta Lei não se aplica aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, exceto se:

I - o ato público de liberação da atividade econômica for derivado ou delegado por legislação ordinária federal; ou

II - o ente federativo ou o órgão responsável pelo ato decidir vincular-se ao disposto no inciso IX do *caput* do art. 3º desta Lei por meio de instrumento válido e próprio.

§ 6º Para fins do disposto nesta Lei, consideram-se atos públicos de liberação a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros.

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - a boa-fé do particular perante o poder público;

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do *caput* deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência” (BRASIL. Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, p. 1, 20 set. 2019).

20 NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição Federal de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 63.

social, são observados outros direitos sociais que não impõem ao Estado nenhuma postura ativa, mas, ao contrário, demandam uma postura de abstenção. São exemplos o direito de greve e o direito de livre associação ou sindicalização.

Da análise da Constituição Federal de 1988, pode-se extrair, segundo André Ramos Tavares, algumas categorias de direitos sociais, marcadas precipuamente pela sua diversidade e assimetria: i) direitos sociais dos trabalhadores; ii) direitos sociais da seguridade social; iii) direitos sociais de natureza econômica; iv) direitos sociais da cultura; v) direitos sociais de segurança.

Os direitos sociais dos trabalhadores poderiam ser subdivididos em: i) direitos laborais individuais; e ii) direitos laborais coletivos. Os direitos da seguridade social, em: i) direito à previdência social; ii) direito à saúde; e iii) direito à assistência social. Os direitos sociais de natureza econômica envolveriam a atuação do Estado na: i) busca do pleno emprego; ii) redução das desigualdades sociais e regionais; iii) erradicação da pobreza e da marginalização; iv) defesa do consumidor e da concorrência. Por fim, os direitos sociais culturais poderiam ser cindidos em: i) direito à educação; e ii) direito à cultura propriamente dita<sup>21</sup>.

Ao fim e ao cabo, eles têm por objetivo central a promoção da igualdade e da justiça social, sendo atrelados especificamente ao princípio da dignidade da pessoa humana sob a perspectiva da garantia de um piso mínimo vital (mínimo existencial) a todos os indivíduos<sup>22</sup>. Conforme teve oportunidade de aduzir o professor José Afonso da Silva:

(...) podemos dizer que os “direitos sociais”, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais, na medida em que

21 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 705-706.

22 *Ibidem*, p. 65.

criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real – o que proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade<sup>23</sup>.

Após o apontamento dos fundamentos valorativos e das características gerais dos direitos sociais, de rigor que se prossiga na investigação, agora sobre o problema relativo à sua eficácia/efetividade no âmbito constitucional brasileiro.

Parte-se, inicialmente, da premissa de que o Direito tem função prescritiva e contrafactual, ou seja, tem por objetivo a conformação da realidade às disposições normativas elegidas democraticamente em nível nacional e internacional. Nessa seara, cita-se Norberto Bobbio:

(...) a função descritiva, própria da linguagem científica, consiste em dar informações, em comunicar aos outros certas notícias, na transmissão do saber, em suma, em fazer conhecer; (...) a função prescritiva, própria da linguagem normativa, consiste em dar comandos, conselhos, recomendações, advertências, influenciar o comportamento alheio e modificá-lo, em suma, no *fazer fazer* (...) Com a descrição queremos informar outrem; com a prescrição, modificar o seu comportamento<sup>24</sup>.

Mesmo nas posições teóricas puramente positivistas, na qual a carga valorativa dos direitos era colocada em segundo plano, a eficácia (aqui compreendida como a realização da norma no plano concreto) era tida como parte integrante do próprio conceito de validade jurídica, no sentido de que um ordenamento desprovido de qualquer incidência/aplicação no mundo do ser deixa de ter função e propósito<sup>25</sup>. Reforça tal ideia o pensamento do mestre Pontes de Miranda, considerando que “*se o direito é, a sua medida é a realização*”<sup>26</sup>.

---

23 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 186-187.

24 BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução: Ariani Bueno Sudatti; Fernando Pavan Baptista. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008, p. 78-80.

25 Kelsen, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 236.

26 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti apud MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. A retórica de Pontes de Miranda e os direitos fundamentais na República Nova (1930-1945). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 17, n. 1, pp. 191-226, 2016, p. 201.

Essa característica prescritiva e conformadora da realidade, ínsita de todas as normas jurídicas, é ainda mais destacada na interpretação e aplicação dos direitos humanos/fundamentais. Sobre o caráter prescritivo dos direitos sociais, a posição de Eros Grau:

Atingido porém este ponto de minha exposição, devo salientar aspecto de extrema importância, em vista do que me permito referir a circunstância de o direito ser prescritivo. O direito não descreve situações ou fatos senão para lhes atribuir consequências jurídicas. Por isso o texto do art. 170 não afirma que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, senão que ela deve estar – vale dizer, tem de necessariamente estar – e deve ter – vale dizer – tem de necessariamente ter – por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social<sup>27</sup>.

Convém lembrar que divergências interpretativas sobre o compartilhamento da mesma “fundamentalidade” pelos direitos sociais, quando em comparação com os ditos direitos de liberdade, assolaram a comunidade internacional no período da Guerra Fria e foram refletidos na construção divorciada de dois pactos internacionais sobre direitos humanos (Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

Situação semelhante ocorreu no Brasil antes do advento da Constituição de 1988, fato que influenciou o conteúdo das ordenações constitucionais anteriores, nas quais os direitos sociais – muito embora tratados minimamente no capítulo destinada à “Ordem Econômica e Social” – careciam de uma alocação topologicamente mais significativa no texto constitucional:

(...) como já visto, a própria terminologia “direitos e garantias fundamentais” constitui novidade, já que nas Constituições anteriores costumava utilizar-se a denominação “direitos e garantias individuais”, desde muito superada e manifestamente anacrônica, além de desafiada em relação à evolução recente no âmbito do direito constitucional e internacional. A acolhida dos direitos fundamentais sociais

---

27 GRAU, op. cit., p. 196.

em capítulo próprio no catálogo de direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontram positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático<sup>28</sup>.

De certo modo, a dualidade interpretativa ainda permaneceu mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, projetando-se agora para a análise do tratamento constitucional conferido à eficácia e à efetividade dos direitos sociais. Segundo Ingo Sarlet:

A doutrina majoritária sustenta o ponto de vista de acordo com o qual os direitos sociais de natureza prestacional se distinguem dos direitos de defesa, inclusive quanto a aspectos relacionados à forma de sua positivação, isto é, à sua estrutura jurídico-normativa. Neste sentido, enquanto a maior parte dos direitos de defesa costuma não ter sua plena eficácia e imediata aplicabilidade questionadas, dependendo sua efetivação virtualmente de sua aplicação aos casos concretos (operação de cunho eminentemente jurídico), os direitos sociais prestacionais, por sua vez, necessitariam de concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza socioeconômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora. Como já se observou, formulações de caráter concreto correm o risco de ser rapidamente superadas pelas mudanças na conjuntura. A dinâmica na esfera socioeconômica – alegam outros – encontrar-se-ia em permanente conflito com a necessária estabilidade da Constituição, ainda que fosse possível a definição do conteúdo em nível constitucional<sup>29</sup>.

Compartilha-se do entendimento de que os direitos fundamentais sociais, em razão da sua essencialidade para o sistema jurídico nacional, comungam com os direitos e garantias individuais do predicado da máxima efetividade.

---

28 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos constitucionais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 67.

29 *Ibidem*, p. 298

O princípio da força normativa da Constituição assegura o império de todas as disposições da *Lex Magna* sobre as demais normas produzidas pelo Estado, em especial quando destinadas à proteção dos direitos fundamentais:

Reduzindo à sua expressão mais simples, poder-se-ia dizer que esse cânone interpretativo (princípio da força normativa da constituição) consubstancia um conselho – Friedrich Muller nos fala em apelo – para que os aplicadores da Constituição, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, procurem dar preferência àqueles pontos de vista que, ajustando historicamente o sentido das suas normas, confirmam-lhes maior eficácia.

(...)

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo.

De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas<sup>30</sup>.

Dá especificidade a este princípio a previsão do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, extensível à interpretação e aplicação dos direitos sociais enquanto categoria jurídica pertencente à classe dos “direitos e garantias fundamentais”. A aplicabilidade imediata é uma decorrência inerente à própria fundamentalidade desses direitos, surgindo para o legislador e para o intérprete do Direito o dever de materialização/realização<sup>31</sup>.

30 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 178-179.

31 E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO



É certo que problemas operativos relativos à baixa densidade normativa de certos direitos podem prejudicar o dever constitucional de efetividade. Nessa situação, ficaria a cargo do legislador infraconstitucional a tarefa de delimitar seu conteúdo e forma de aplicação, sempre tendo em mente o respeito ao arquétipo constitucional. Nota-se nas lições de Virgílio Afonso da Silva:

As teses acerca das restrições e da proteção dos direitos fundamentais, defendidas no trabalho que aqui se resume, têm, além das consequências mencionadas acima, um enorme efeito na compreensão da eficácia das normas constitucionais. Como se sabe, a principal classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia é aquela que as distingue em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de

---

À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICCIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário nº 745.745/MG*. Recorrente: Município de Belo Horizonte. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Celso de Mello, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4397371>. Acesso em: 20 mai. 2024).

eficácia limitada. (...) essa forma de classificar as normas constitucionais é incompatível com o modelo e os pressupostos aqui defendidos. Em linhas gerais, isso ocorre porque essa classificação é baseada em duas dicotomias que são rejeitadas nesta tese: (1) A primeira delas é aquela entre as normas que não podem e as que podem ser restringidas (*normas de eficácia plena vs. normas de eficácia contida*); (2) A segunda é a distinção entre as normas que não necessitam e as que necessitam de regulamentação ou desenvolvimento infraconstitucional (*normas de eficácia plena vs. normas de eficácia limitada*). Ora, se parte de um modelo de suporte fático amplo, a distinção entre restrição e regulação é mitigada, e toda regulação deve ser considerada, ao mesmo tempo, uma restrição, visto que regular o exercício de um direito implica excluir desse exercício aquilo que a regulação deixar de fora; e, além disso, toda restrição deve ser considerada, ao mesmo tempo, regulamentação, já que não se restringe direito fundamental sem fundamentação, mas sempre com o objetivo de harmonizar o exercício de todos eles. Com isso, defende-se que toda norma que garante direitos fundamentais tem algum tipo de limitação quanto a sua eficácia<sup>32</sup>.

A respeito do tema, utilíssima a classificação acerca das diversas fórmulas normativas utilizadas para a positivação direitos sociais, econômicos e culturais construída pelo professor Vidal Serrano Nunes Junior. Ela alberga a heterogeneidade do modo como estes direitos foram plasmados na ordenação constitucional: i) normas programáticas; ii) direitos públicos subjetivos; iii) garantias institucionais; iv) cláusulas limitativas do poder econômico; e v) normas projectivas ou conformadoras dos institutos da ordem capitalista.

As normas programáticas são aquelas que definem tarefas, objetivos e planos a serem perseguidos pelos poderes constituídos, em especial o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Não são passíveis de gerar, *de per si*, direitos subjetivos a eventuais destinatários. Sua normatividade, contudo, impõe ao Poder Público um dever de ação, seja pela edição de marcos normativos necessários para a concretização de direitos

32 SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 4, pp. 23-51, 2006, p. 25/26.

fundamentais ou pela necessidade de adoção de políticas públicas voltadas à satisfação do mínimo existencial, sob pena de incursão em uma omissão inconstitucional.

Do ponto de vista proibitivo (negativo), em circunstâncias de normalidade, eles impedem o retrocesso no nível de proteção social reconhecido pelo Estado por meio dos marcos normativos e administrativos, bem assim a eliminação completa das políticas públicas respectivas, sob pena de retorno ao estado anterior de omissão normativa/administrativa. São exemplos as políticas públicas voltadas à habitação, como o fornecimento de crédito subsidiado, a construção de casas populares ou os programas de regularização fundiária. Outro exemplo diz respeito à criação de benefícios específicos de assistência social, como o Bolsa Família.

A concessão de direitos públicos subjetivos pela Constituição Federal constitui a forma primordial de concretização do mínimo existencial presente nos diversos direitos sociais fundamentais.

Por meio dessa categoria jurídica, a Constituição Federal outorga ao destinatário da norma o direito subjetivo de implementação do seu conteúdo, inclusive por meio jurisdicional, sendo a espécie de positivização, portanto, dotada da mais alta carga de coercibilidade e exigibilidade. São seus exemplos o direito à saúde (arts. 196 e 198, II) e à educação básica (art. 208). A saber:

Opção constituinte por esta técnica de consagração, sobretudo quando, como nos casos dos direitos à educação e saúde, se fez com prescindência de lei (norma de eficácia plena), revela um propósito claro: o de deixar a posse de alguns direitos, tidos como essenciais à dignidade, fora dos debates políticos e das pendengas partidárias<sup>33</sup>.

As garantias institucionais dizem respeito àqueles direitos sociais não plenamente realizáveis somente pela perspectiva individual, mas que ganham dimensão e significação no aspecto coletivo e comunitário da sociedade. A sua concretização, desse modo, realiza-se por meio de instituições sociais, cuja proteção constitucional ganha corpo pelas chamadas garantias institucionais.

---

33 NUNES JUNIOR, op. cit., p. 123.

O direito à saúde, por exemplo, não seria plenamente realizável sem a existência de um sistema de proteção social respectivo, o Sistema Único de Saúde (SUS), da mesma forma que o direito à educação somente é materializado pela existência da rede de ensino público e privado.

A relação entre o mínimo existencial e as garantias institucionais ganha significado, nesse sentido, quando parcela do orçamento público é destacado para o atendimento de determinados direitos sociais. Exemplos disso são os arts. 198, § 2º, e o art. 212 da Constituição Federal (receitas públicas mínimas para saúde e educação), bem como o art. 165, § 5º, III (orçamento específico da seguridade social).

Tais destinações, nas palavras de Fernando Facury Scaff, fazem parte do mínimo existencial atrelado às garantias institucionais:

A Constituição de 1988 consagrou direitos sociais tais como educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança e previdência social, e concedeu a vários deles fontes específicas de financiamento público, o que garante efetividade às políticas públicas que vierem a ser propostas, restringindo a margem de discricionariedade do legislador na alocação de recursos para estas finalidades.

Vários destes direitos possuem fonte de financiamento estabelecido pela Constituição para sua implementação, o que se constitui em uma verdadeira “garantia constitucional de financiamento dos direitos sociais”, caracterizando-se desta forma um “mínimo existencial” socialmente considerado, que não pode ser reduzido pelos poderes públicos na aplicação dos recursos<sup>34</sup>.

Faz-se um parêntese na explanação para lembrar que este tema ganha relevância atual quando se analisam as previsões da Emenda Constitucional nº 95/2015. A reforma criou a limitação prevista no art. 110 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), por meio da qual a correção dos gastos obrigatórios com educação e saúde da União, nos 20 anos seguintes à publicação da norma, seriam atualizados apenas pelos índices oficiais de inflação, e não pelo aumento real das receitas públicas.

34 SCAFF, Fernando Facury (coord.); ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel. *A eficácia dos direitos sociais: I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 42.

Por outro lado, as cláusulas limitativas do poder econômico são normas estatais destinadas à regulação da atividade privada, através das quais há o estabelecimento de conteúdos mínimos do contrato de trabalho, bem como se asseguram os direitos de liberdade dele decorrentes (greve, liberdade de associação e sindicalização). São a expressão do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho. Ressalta, novamente, o professor Vidal Serrano:

Em tal seara, evidentemente o propósito maior é o de assegurar dignidade material ao trabalhador, plasmando direitos como os que limitam a jornada de trabalho, que obrigam o pagamento de horas extraordinárias, fixam pisos salariais e o direito ao descanso semanal remunerado<sup>35</sup>.

Como norma principal representativa dessa categoria, poderia se destacar a garantia do salário-mínimo.

Por fim, as normas projectivas teriam por finalidade a conformação dos institutos do capitalismo aos ditames do Estado Democrático Social de Direito, influenciado pelo primado do mínimo existencial. Seriam exemplos deste modelo de positivação a proibição de desapropriação da pequena e média propriedade rural (art. 185, I), a permissão de usucapião especial de pequenas propriedades urbanas e rurais (arts. 183 e 191) e o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte (art. 179).

Já caminhando para outro aspecto imprescindível para a análise da efetividade dos direitos sociais, há que se ressaltar a dimensão econômica que é ínsita a estes direitos. O grande expoente da teoria que avalia os custos dos direitos é o americano Richard Posner, para quem há má compreensão sobre a aplicação da análise econômica no estudo dos direitos fundamentais.

Sustenta ele que a economia, enquanto ciência que lida com a escassez, é pautada pelo balanceamento entre custos e benefícios. Se existem alguns bens desprovidos de valor econômico, os direitos fundamentais (*legal rights*) são dependentes do uso de recursos e os

---

35 NUNES JUNIOR, op. cit., p. 52.

custos que lhes são inerentes não podem ser ignorados no desenho legal e político das instituições<sup>36</sup>.

A despeito da validade desta teoria como filtro de análise da eficácia dos direitos sociais, em especial pela presença do elemento econômico como premissa interna de alguns sistemas de proteção social, não pode a análise econômica ser considerada como único ponto de vista possível do fenômeno, sob o risco de amesquinçamento do próprio núcleo dos direitos sociais em questão.

Ao final, ao se cotejar todos esses elementos, observa-se que o problema da efetividade dos direitos sociais no Brasil não é normativo.

A Carta Política de 1988 foi pródiga na positivação e na criação dos mecanismos institucionais necessários à promoção dos direitos sociais. Há todo o catálogo dos arts. 6º a 11 da Constituição Federal, além da estruturação detalhada das ordenações econômica (art. 170 e seguintes) e social (art. 193 e seguintes), sem falar nos demais direitos sociais cuja previsão é esparsa no Texto Magno.

Ainda, os sistemas de proteção social criados pela Constituição, cuja regulamentação também foi por ela determinada, foram efetivamente implementados por meio de legislação infraconstitucional e demais instrumentos normativos.

---

36 POSNER, Richard A. The cost of rights: implications for Central and Eastern Europe – and for United States. *Tulsa Law Journal*, Tulsa, v. 32, n. 1, pp. 1-20, 1996, p. 1/2. No original: *My approach is an economic one. The nature of economic analysis is often misunderstood, and this misunderstanding will prime some readers to reject the applicability of economics to the subject of rights. It is widely believed that economics is about money and markets and that when it is applied to political or social matters it kills them by reducing things of the spirit to objects of trade. That is a mistaken understanding. Economics is about the management of scarcity. Where there is scarcity there is a need to make tradeoffs, and economics is the science of rational tradeoffs. Some goods really are free, such as air (if you're not too particular about its quality), and there is no need to worry about trading them off against other goods. Legal rights are not free goods, unless society is willing to let them remain purely aspirational, paper rights. The enforcement of legal rights consumes real resources, including the valuable time of highly educated professionals who may be in particularly short supply in poor countries, which includes most of the countries of Central and Eastern Europe. In addition to the direct costs of rights there are indirect costs to the extent that rights are enforceable against socially productive activities, or impose socially burdensome duties, or protect socially harmful activities. The costs of rights must not be ignored in the design of legal and political institutions of fragile, transitioning societies such as we find in the ex-communist world. Reflection on these costs may even help us with the design and redesign of our own institutions.*

Digna de nota é a extensa regulação normativa infraconstitucional relativa à seguridade social, seja em relação à previdência, à saúde ou à assistência (art. 194). Os sistemas de proteção social correspondentes foram regulamentados todos já no início da década de 90 do século passado: i) Lei Geral do Sistema Único de Saúde (SUS) (Lei nº 8.080/1990); ii) leis de custeio e de benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) (Leis Federais nº 8.212/1991 e nº 8.213/1991); e Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) (Lei Federal nº 8.742/1993). Com o auxílio da ciência econômica, verificamos que parte significativa da baixa efetividade dos direitos sociais no plano nacional exsurge de falhas estruturais na formulação das políticas públicas, na ineficiência do gasto público e na baixa qualidade da gestão administrativa dos respectivos sistemas.

Objeto interessante de ponderação é o relatório produzido pelo Banco Mundial ao final de 2017, a pedido do governo brasileiro, denominado “Um ajuste justo: análise da eficiência e equidade do gasto público o Brasil”<sup>37</sup>.

Em resumo, o relatório concluiu que o aumento do gasto público representa o principal desafio à sustentabilidade fiscal do país, criando um horizonte de difícil solução no futuro.

Além da reforma previdenciária, já realizada por meio da EC nº 103/2019, apontam-se como fatores preocupantes i) as distorções de concessões de incentivos tributários que não colaboraram com o aumento da produtividade e da geração de empregos; ii) a existência de sobreposição de benefícios sociais para o atendimento das mesmas contingências e populações vulneráveis<sup>38</sup>; iii) a incongruência na política

---

37 THE WORLD BANK, op. cit.

38 “O sistema brasileiro de proteção social engloba a gama quase total dos programas oferecidos em países de alta renda para ajudar as famílias a lidar com riscos ao longo do ciclo de vida. Entretanto, nossa análise concluiu que resultados semelhantes ou até melhores poderiam ser atingidos com menos gastos: muitos programas com funções semelhantes são implementados isoladamente, o que resulta em milhões de famílias aptas a receberem múltiplos benefícios. Uma melhor coordenação das políticas e uma maior integração das funções de gestão e prestação de serviços poderiam reduzir as sobreposições, economizar recursos e realinhar os incentivos para aumentar a produtividade da força de trabalho. A recomendação geral é reformular e integrar os programas de proteção social (programas de apoio ao mercado do trabalho, assistência social e aposentadorias sociais) em um sistema coerente que faça melhor uso da capacidade brasileira de identificar famílias carentes e, assim, obter economias fiscais. O estudo recomenda a reformulação de todos os programas

---

sociais em três partes complementares, o que geraria uma economia de até 1,3% do PIB ao longo da próxima década:

(a) Assistência social consolidada: Isso implicaria a reformulação e integração de todos os benefícios não contributivos de transferência de renda – incluindo pensões e aposentadorias de cunho social (BPC e rural), assistência social e Salário-Família – em um programa consolidado desenhado de acordo com as melhores práticas de países da OCDE. Com base no bom desempenho do programa Bolsa Família, um benefício consolidado de assistência social poderia garantir gastos progressivos, critérios de elegibilidade internamente coerentes e regras de recebimento de benefícios compatíveis com os incentivos, de forma a estimular a participação no mercado de trabalho formal. No âmbito de tal programa, todos os indivíduos em situação de pobreza estariam aptos a receber não mais de uma transferência condicionada à renda. A economia fiscal potencial dependeria dos níveis de elegibilidade e benefícios (e da capacidade do governo de detectar erros por meio da garantia da interoperabilidade dos dados administrativos), mas poderia chegar a aproximadamente 0,7% do PIB sem aumento da taxa de pobreza. Uma medida de curto prazo compatível com tal objetivo de reforma mais ampla seria a transformação do Salário-Família em um benefício condicionado à renda em nível de domicílio (beneficiando-se da capacidade do Cadastro Único) a fim de incentivar os beneficiários do Bolsa Família a migrarem para empregos formais. Embora isso não gere economias fiscais no curto prazo, os efeitos positivos esperados sobre a oferta de mão de obra e a produtividade dos trabalhadores formais gerariam benefícios sociais e econômicos de longo prazo. (b) Subsídios salariais dirigidos: O Abono Salarial poderia ser transformado em um verdadeiro subsídio salarial pago ao empregador como um incentivo à contratação de (i) indivíduos desempregados há muito tempo, ou (ii) pessoas em busca de um primeiro emprego no mercado de trabalho formal (em sua maioria, jovens). Essa reforma reduziria o número de beneficiários de subsídios salariais. Parte da poupança fiscal pode ser reinvestida para outros programas do mercado de trabalho ativo que atualmente são insuficientemente financiados, como programas de treinamento e intermediação de mercado de trabalho que são mais efetivos para melhorar o pareamento (entre trabalhadores e empregos) e, assim, a produtividade. No geral, nenhuma economia fiscal significativa é esperada dessa medida. No entanto, os recursos seriam gastos de maneira mais eficaz e seriam dirigidos aos trabalhadores mais vulneráveis. Além disso, a reforma aumentaria a capacidade do Brasil de fornecer serviços de intermediação com o mercado de trabalho e apoio à busca de emprego, o que resultaria em ganhos de produtividade gerados pelo uso da mão de obra ociosa. (c) Apoio integrado de renda para os desempregados: A integração do FGTS e do Seguro Desemprego em um conjunto sequencial de instrumentos de apoio à renda para indivíduos em busca de emprego poderia reduzir em mais de 95% as despesas públicas com o Seguro Desemprego. Com base em melhores práticas internacionais, os desempregados teriam acesso ao Seguro-Desemprego somente após o esgotamento de seus saldos de FGTS, ao passo que os pagamentos de tal fundo seriam limitados a um valor máximo mensal que fosse alinhado a taxas razoáveis de reposição (por exemplo, 70%) do último salário. Tal reforma também geraria o espaço fiscal necessário para aumentar o período máximo de pagamento do seguro-desemprego (por exemplo, até 7 meses) para a minoria de trabalhadores que realmente necessita do benefício, principalmente durante períodos de crise econômica. A reforma também eliminaria muitos dos riscos morais que atualmente levam a excessiva rotatividade da mão de obra, que resultam da interação dos dois programas. A elevação da remuneração do saldo do FGTS para taxas de mercado deveria fazer parte dessa reforma. A reforma estimularia o emprego e geraria economias fiscais de aproximadamente 0,6% do PIB. Além disso as multas rescisórias pagas pelos empregadores poderiam ser usadas para aumentar o fundo de intermediação com o mercado de trabalho e melhorar os serviços de apoio à busca de emprego” (Ibidem, p. 11-13)



de gastos com a educação, marcada pela ineficiência na alocação de recursos no ensino superior e médio, bem como com o dispêndio excessivo de recursos com o ensino superior, quando comparado com o setor privado; e, por fim, iv) a possibilidade de economia de recursos na área da saúde, se houvesse maior investimento na eficiência da prestação de serviços em nível local<sup>39</sup>.

Diante desse contexto de ineficácia/ineficiência endêmica dos direitos sociais no Brasil, sempre atuais as lições do professor Marcelo Neves, que, ao analisar a função simbólica da Constituição Federal de 1988, destaca o uso reiterado do texto como “álibi”, a fim de justificar a divergência flagrante entre o plano normativo constitucional e plano material de concretização dos direitos fundamentais, *in verbis*:

A falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está associada à sua função simbólica. A identificação retórica do Estado e do governo com o modelo democrático ocidental encontra respaldo no documento constitucional. Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi: transfere-se a “culpa” para a sociedade desorganizada, “descarregando-se” de “responsabilidade” o Estado ou o governo constitucional. No mínimo, transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto. Ao nível de reflexão jurídico-constitucional, essa situação repercute ideologicamente, quando se afirma que a Constituição de 1988 é “a mais programática” entre todas as que tivemos e se atribui sua legitimidade à promessa e esperança de sua

---

39 “Ao comparar os níveis de eficiência dos municípios, a análise deste estudo identifica possíveis ganhos de eficiência de 37% no atendimento primário (uma economia potencial de R\$ 9 bilhões) e 71% nos serviços secundários e terciários (uma economia adicional potencial de R\$ 12 bilhões). Em total, isso poderia gerar uma economia potencial de 0,3% do PIB. A ineficiência resulta principalmente da fragmentação do sistema público de saúde, especialmente do alto número de pequenos hospitais, o que impede economias de escala na prestação de serviços. Também foram identificadas carências relativas à integração dos sistemas e insuficiência de incentivos oferecidos a prestadores e pacientes para a escolha do tratamento mais eficaz em relação ao custo. Muito poderia ser ganho, por exemplo, por meio da identificação e tratamento de doenças não transmissíveis antes que se tornem casos hospitalares. Além disso, os gastos tributários são grandes e altamente regressivos. Em particular, os gastos tributários do IRPF poderiam ser eliminados para gerar ganhos de receita equivalentes a 0,3% do PIB. Melhorar a eficiência nos serviços de saúde será importantíssimo para garantir que o setor possa absorver os aumentos previstos dos custos associados a alterações demográficas” (Ibidem, p. 14).

realização no futuro: “a promessa de uma sociedade socialmente justa, a esperança de sua realização”. Confunde-se, assim, a categoria dogmática das normas programáticas, realizáveis dentro do respectivo contexto jurídico-social, com o conceito de constitucionalização simbólica, indissociável da insuficiente concretização normativa do texto constitucional<sup>40</sup>.

Na omissão recorrente de materialização das disposições da Constituição Federal para o plano social, inegável que o Poder Judiciário possui um papel institucional de primeira grandeza, sendo responsável pela imposição aos demais poderes do dever de concretização (controle da omissão inconstitucional) e garantia dos direitos sociais no âmbito subjetivo. Isso porque, como defende André Ramos Tavares, com a positivação dos direitos fundamentais sociais na Constituição, a questão passa de “*opção política a problema jurídico*”<sup>41</sup>. De modo mais abrangente, colhe-se:

As constituições e realidades contemporâneas passaram a exigir novos modelos. Ao juiz constitucional (caso do Poder Judiciário no Brasil), como defensor de constituições com conteúdo social, não resta nenhuma alternativa senão a tutela desses direitos ou a negação parcial de sua função. Passado, portanto, um momento inicial de “estranhamento”, a assimilação expressa dos direitos sociais jogou a Justiça para o campo da implementação de direitos.

(...)

No caso brasileiro, como mencionado, situação que se repete nos países de modernidade tardia, o descaso com a população, com seus direitos mais básicos, por parte do Executivo e do Legislativo, tem feito com que o Poder Judiciário assumisse mais intensamente sua responsabilidade por realizar plenamente a Constituição. O fundamento está na postergação, no adiamento indefinido da realização da Constituição, ao mesmo tempo em que há recordes de arrecadação tributária e grandes escândalos de corrupção, desvio e mau uso dos recursos públicos.

40 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 160/161.

41 TAVARES, André Ramos. Direitos sociais e sua “evolução judicial” nos 30 anos da Constituição do Brasil. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). *30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 613.

Contudo, observa-se também o movimento recente atrelado a uma nova leitura de bloqueio das cláusulas sociais da Constituição, em nome de uma artificial restrição fiscal, supostamente em nome de princípios constitucionais e, ainda, em nome da suposta programaticidade de certas normas, que culminou com a lógica de inversão das prioridades sociais da Constituição, cujo ápice é identificado com já referida Emenda Constitucional nº 95/2016 que privilegia “uma política de falsa austeridade, porque promove o maior desperdício imaginável”, pois faz uma opção por “cortes nas áreas chamadas sociais, a fim de resguardar e promover as áreas econômicas e financiadas sob a tutela do Estado, especialmente a manutenção de juros oficiais em níveis atrativos para o capital especulativo”.

Tais perspectivas teóricas buscam, na verdade, uma deturpação do modelo constitucional de 1988, que exige a efetivação de uma série de direitos sociais, como tentativa de inserção do Brasil em um novo paradigma de desenvolvimento socioeconômico<sup>42</sup>.

De todo o quadro acima narrado, evidencia-se um problema crônico de efetividade dos direitos sociais no Brasil. Para além da questão puramente normativa, o grande desafio que se coloca é o aprimoramento do desenho das políticas públicas destinadas à sua concretização.

Exemplo de boa política pública foi o Programa Bolsa Família, que constituiu um dos principais meios de redução das desigualdades sociais no país. O programa governamental de transferência de renda, instituído pela Lei Federal nº 10.836/2004, destinou-se a atender a população economicamente vulnerável ou em situação extrema pobreza, além de: i) promover o acesso à rede de serviços públicos, em especial, de saúde, educação e assistência social; ii) combater a fome e promover a segurança alimentar e nutricional; iii) estimular a emancipação sustentada das famílias que vivem em situação de pobreza e extrema pobreza; iv) combater a pobreza; e v) promover a intersetorialidade, a complementaridade e a sinergia das ações sociais do Poder Público (art. 4º do Decreto nº 5.209/2004).

---

42 Ibidem, p. 613-614.

Nos termos do já citado relatório elaborado pelo Banco Mundial, o programa consumia, em 2017, 0,45% do Produto Interno Bruto (PIB), com o atendimento de mais de 14 milhões de famílias, ou cerca de 40 milhões de pessoas<sup>43</sup>. Por isso, foi altamente eficiente em comparação com outros programas sociais federais.

Segundo estudo encabeçado por Luís Henrique da Silva de Paiva e outros profissionais do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicada (IPEA):

O PBF consegue fazer muito com recursos orçamentários modestos. A análise das PNADs de 2001 a 2015 e das PNADC 2016 e 2017 evidencia que o programa é, por larga margem, o benefício monetário mais bem focalizado no Brasil. Embora as transferências previdenciárias e assistenciais vinculadas ao salário mínimo também tenham boa focalização, o PBF consegue ser ainda melhor. Não à toa, o programa se tornou uma peça fundamental no sistema de proteção social brasileiro.

(...)

Os resultados da PNAD para a desigualdade de renda com e sem os benefícios do PBF mostram que o programa reduz o coeficiente de Gini entre 1% e 1,5%. Já as decomposições dinâmicas indicam que o PBF foi responsável por quase 10% da queda do Gini entre 2001 e 2015. Se considerarmos apenas o período entre 2001 e 2006, essa contribuição chega a quase 17%. Esses números se tornam ainda mais eloquentes quando lembramos que o PBF representa uma parcela ínfima – menos de 0,7% - da renda total da PNAD. As transferências vinculadas ao salário mínimo movimentam cerca de dez vezes mais recursos, mas obtiveram resultados apenas um pouco melhores, respondendo por 18% da queda do Gini entre 2001 e 2015 e por apenas 13% - menos do que o PBF – entre 2001 e 2006. Essas conclusões reiteram os achados anteriores da literatura, deixando claro que a expansão e consolidação do programa em nada prejudicaram seu grau de focalização ou sua importância no combate à pobreza<sup>44</sup>.

43 THE WORLD BANK, *op. cit.*

44 PAIVA, Luis Henrique da Silva de *et al.* Os efeitos do Programa Bolsa Família sobre a pobreza e a desigualdade: um balanço dos primeiros 15 anos. *In*: VIANA, Iara Azevedo Vitelli; KAWAUCHI, Mary; BARBOSA, Thiago Varanda (orgs.). *Bolsa Família 15 anos (2003-2018)*. Brasília: Enap, 2018, p. 155-190, p. 179/180.

O programa, apesar de não gerar impacto orçamentário significativo, permitiu a redução da desigualdade social de forma continuada durante anos, sem o comprometimento da sustentabilidade financeira das gerações vindouras<sup>45</sup>.

#### 4. A PROGNOSE LEGISLATIVA NO PERÍODO PÓS-PANDEMIA

Passada a fase mais aguda da pandemia da covid-19, como adiantado acima, o que se verifica é o direcionamento da política legislativa constitucional e infraconstitucional para a construção de uma rede de

---

45 “A trajetória do Brasil nas últimas décadas revela que um dos maiores avanços sociais se deu no combate à pobreza extrema. O percentual de extremamente pobres recuou de 16%, em 1990, para pouco menos de 4%, em 2015. Com esse desempenho, o país ultrapassou, em muito, a meta estipulada nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio de reduzir a pobreza extrema pela metade. Contribuíram para essa redução o bom desempenho da economia e do mercado de trabalho associado à criação e ao aperfeiçoamento de políticas que alargaram a proteção social no país. Entre outras medidas, a formalização do mercado de trabalho, a expansão do acesso ao crédito e ao consumo, a valorização do salário mínimo e os programas de transferência de renda proporcionaram um rápido crescimento da renda dos mais pobres, com particular intensidade a partir de meados dos anos 2000.

No entanto, resultado da crise econômica que o Brasil atravessa no período recente, os índices de pessoas em situação de pobreza e extrema pobreza voltaram a subir em 2015, quando comparados a 2014, tendo o percentual de pobres no Brasil oscilado de 6,5% para 7,8% no período, enquanto os extremamente pobres passaram de 2,6% da população para cerca de 4%, conforme anteriormente mencionado. Medidas recentes adotadas para contornar a crise, em conjunto com as ações de proteção social em curso, ajudarão a retomar o combate à pobreza como prioridade na estratégia de desenvolvimento nacional.

(...)

Dessa forma, o pressuposto básico para que o país retome a desejada trajetória de erradicação da pobreza, conforme estabelecem as metas do ODS 1, passa pela articulação entre as medidas políticas macro e microeconômicas que induzam a volta do crescimento econômico com a necessária manutenção de patamares adequados de financiamento das políticas sociais. A combinação desses dois conjuntos de medidas é fundamental, pois o agravamento da crise econômica e do desemprego potencializa o aumento da demanda por benefícios e serviços públicos, com impactos prováveis sobre as políticas sociais, sobretudo as de assistência social.

Nesse contexto, destaca-se em particular a garantia do acesso ao Benefício de Prestação Continuada aos idosos e às pessoas com deficiência em situação de miserabilidade, o Programa Bolsa Família, que conjuga a garantia de renda mínima às famílias em situação de pobreza com condicionalidades que estimulam a superação da pobreza intergeracional e a continuidade de expansão e qualificação dos serviços de assistência social” (IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Erradicando a pobreza e promovendo a prosperidade em um mundo em mudança**: subsídios ao acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Brasília, DF: Ipea, 2018, p. 29-36. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9452/1/ODS\\_Erradicando\\_da\\_pobreza%20e%20promovendo%20a%20prosperidade.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9452/1/ODS_Erradicando_da_pobreza%20e%20promovendo%20a%20prosperidade.pdf). Acesso em: 28 mai. 2020).

proteção social permanente, sob o pálio dos programas de transferência direta de renda, também denominados de programas de renda básica.

Como sinais desse influxo legislativo, para substituir os programas emergenciais de transferência de renda previstos na Lei nº 13.982/2020 e na MP nº 1.039/2021, temos que o Governo Federal do Brasil editou a MP nº 1.061/2021, na qual o Programa Bolsa Família foi substituído pelo Programa Auxílio Brasil.

Por sua vez, no âmbito do Congresso Nacional, verifica-se que o Senado Federal aprovou recentemente a Proposta de Emenda à Constituição nº 29/2020, cuja finalidade é a inserção na Carta Constitucional do direito social à renda básica:

Art. 1º O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 6º .....

Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade de renda terá direito a uma renda básica, garantida pelo poder público, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei.”

Art. 2º A renda básica de que trata o parágrafo único do art. 6º da Constituição Federal será instituída por lei, que poderá prever sua implementação por etapas, priorizando os cidadãos em situação de insuficiência de renda.

A finalidade da proposta, como consta da sua exposição de motivos, é a criação, ou melhor, a constitucionalização do direito subjetivo a um benefício assistencial que permita o combate à pobreza e à desigualdade social, em razão de se vislumbrar um possível agravamento dos problemas relacionados à estagnação econômica e às dificuldades de geração/manutenção de empregos, diante do surgimento de novas tecnologias e da progressiva precarização das relações laborais<sup>46</sup>.

---

46 “Nossa Constituição deve evoluir e garantir uma proteção do Século 21 – a renda básica – em seu rol de direitos sociais. A história nos chama a agir. A atual crise revela mais do que nunca nossas desigualdades: é hora de aprofundar o pacto que fizemos em 1988. Com Constituição universalizamos a proteção à saúde, que passou a ser direitos de todos e não apenas dos brasileiros com emprego formal. O momento é de fazer o mesmo com a proteção à renda. Todos os brasileiros devem estar protegidos, não somente os que

Não que a criação de benefícios de renda básica seja necessariamente uma novidade normativa surgida com a pandemia. Muito embora o escopo seja diferente, já que não se trata de um benefício assistencial propriamente dito, tal como o Bolsa Família, a renda básica de cidadania foi estabelecida na Lei Federal nº 10.835/2004, como “*direito de todos os brasileiros residentes no País e estrangeiros residentes há pelo menos 5 (cinco) anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica, receberem, anualmente, um benefício monetário*”.

Apesar do PBF ter sido estatuído desde 2004, a renda básica de cidadania nunca foi efetivamente implementada, deixando a lei de produzir efeitos concretos por inércia de todos os governos brasileiros que se seguiram. Apesar de normativamente criado, o pagamento do benefício dependia de regulamentação por parte do Poder Executivo Federal, que deveria definir o seu valor, respeitados os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 2º), o que nunca foi feito.

---

conquistaram a carreira assinada. Propomos a renda básica como direito social. Ela poderá ser implementada por lei e em etapas, privilegiando os brasileiros mais vulneráveis. Autorizamos, ademais, que possa ser custeada com a integração com outras despesas previstas na Constituição – se este for o desejo futuro do Parlamento. Permitimos, também, que ela não seja limitada pelo teto de gastos, se nossa sociedade decidir assim fazê-lo. Pelo País, milhões de pessoas formaram enormes filas para buscar o auxílio emergencial. Sempre conhecemos as estatísticas da informalidade, do desemprego, do desalento, mas o coronavírus colocou a olhos nus a vulnerabilidade de nossa sociedade. Temos de buscar formas e meios de tornar permanente este apoio. Afinal, milhões de brasileiros vivem permanentemente no distanciamento econômico, no isolamento das oportunidades. Ora, passados 30 anos da Constituição de 1988, como podemos nos conformar em ter 25% dos brasileiros ainda vivendo na pobreza? Quatro em cada dez crianças de nosso País vivem assim, sem o atendimento de suas necessidades básicas. Que futuro teremos com tanto conformismo? Como podemos considerar suportável sermos campeões mundiais de desigualdade? Por isso, a renda básica vem resgatar o espírito de 1988 – que tive a honra de viver como relator geral da Constituinte amazonense. Uma renda básica robusta, assegurada pela Constituição, poderá tirar milhões de brasileiros da pobreza, especialmente as crianças e os jovens. Ela tem potencial para reduzir drasticamente nossas desigualdades sociais e regionais. Tudo indica que a renda básica será uma proteção essencial para dar segurança para as famílias brasileiras diante de um futuro que se mostra desafiador. A recuperação econômica ameaça ser lenta diante de uma crise inédita, que deixará milhões de desempregados. Para além desta conjuntura, as novas tecnologias podem transformar diversas ocupações, deixando outros tantos sem emprego ou em postos precários. Governos de diversos países, organismos multilaterais e as principais empresas do planeta imaginam que a renda básica será parte deste futuro. Depois da experiência do auxílio emergencial, não podemos retroceder. O Senado deve estar do lado certo da história. Assim, pedimos o apoio das Senadoras e dos Senadores para a aprovação desta Proposta” (BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2020. Introdz a renda básica como direito social. Brasília: Senado Federal, 2020).

Não por outro motivo o Poder Judiciário chegou a ser provocado. Diante da possível omissão inconstitucional na implementação desta política pública, o STF veio em agosto de 2021 a proferir no Mandado de Injunção nº 7.300 decisão que: i) determinou que o valor do benefício fosse fixado para o exercício fiscal de 2022, com a finalidade de atendimento das camadas mais vulneráveis da população; e ii) fosse feito um apelo ao legislador, de modo que o Congresso Nacional e o Poder Executivo Federal atualizassem os programas sociais de transferência de renda, tais como o Bolsa Família, com vistas ao incremento do montante pago<sup>47</sup>.

Esse quadro legislativo e jurisprudencial, portanto, denota que as políticas públicas atuais de concretização dos direitos sociais convergiram mais na constituição de uma rede de proteção social pecuniária calcada na transferência de renda direta. Esse fenômeno não é isolado no âmbito federal, culminando na edição de programas estaduais ou

---

47 Mandado de injunção. Renda básica de cidadania. Lei 10.835/2004. Art. 2º. Omissão do Poder Executivo Federal em fixar o valor do benefício. 2. Colmatação da inconstitucionalidade omissiva. Equilíbrio entre o indeclinável dever de tutela dos direitos e liberdades constitucionais (CF, art. 5º, XXXV) e o princípio da divisão funcional dos poderes (CF, art. 2º), além da observância às regras fiscal-orçamentárias. Precedentes. 3. A falta de norma disciplinadora enseja o conhecimento do *writ* apenas quanto à implementação de renda básica para pessoas em situação de vulnerabilidade socioeconômica (pobreza e extrema pobreza), na linha dos arts. 3º, III; 6º; e 23, X, da Constituição Federal. 4. O Fundo Federal de Combate à Pobreza possui receitas próprias e prioriza o atendimento de famílias situadas abaixo da linha da pobreza. Art. 81, caput e §1º, do ADCT c/c arts. 1º e 3º, I, da Lei Complementar 111/2001. 5. Bolsa Família. Lei 10.836/2004. De 2014 a 2017, milhões de concidadãos retornaram à extrema pobreza. Inexistência de atualização adequada do valor limite para fins de enquadramento e também da quantia desembolsada pelo Poder Público. Política pública que necessita de atualização ou repaginação de valores. Proteção insuficiente de combate à pobreza. 6. Lei 10.835/2004 e suas variáveis sociais, econômicas e jurídicas. Risco de grave despesa anual. Realidade fiscal, econômica e social, na quadra atualmente vivenciada e agravada pelas consequências da pandemia em curso. 7. Determinação para que o Poder Executivo Federal implemente, no exercício fiscal seguinte ao da conclusão do julgamento do mérito (2022), a fixação do valor disposto no art. 2º da Lei 10.835/2004 para o estrato da população brasileira em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Art. 8º, I, da Lei 13.300/2016. 8. Apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem as medidas administrativas e/ou legislativas necessárias à atualização dos valores dos benefícios básicos e variáveis do programa Bolsa Família (Lei 10.836/2004), isolada ou conjuntamente, e, ainda, para que aprimorem os programas sociais de transferência de renda atualmente em vigor, mormente a Lei 10.835/2004, unificando-os, se possível. 9. Concessão parcial da ordem injuncional. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção nº 7.300/DF**. Impetrante: Alexandre da Silva Portuguesez. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio, 23 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886456>. Acesso em: 20 mai. 2024).



locais de transferência de renda, como é o caso do programa “Bolsa do Povo”, criado pelo Estado de São Paulo com a unificação de projetos sociais de finalidade semelhante (Lei Estadual nº 17.372/2021).

A construção de política social sólida baseada em programas de transferência direta de renda, ao longo do tempo, tem se mostrado eficiente no alcance do objetivo de redução da pobreza e das desigualdades sociais, como já demonstrado por estudos econômicos tais quais o realizado pelo Banco Mundial ao final de 2017 e por Luis Henrique da Silva de Paiva e outros profissionais do IPEA, ambos já citados.

Não se pode, contudo, deixar de considerar que os programas de transferência de renda possuem uma função constitucionalmente auxiliar.

Como ressaltado já neste ensaio, a Constituição Federal de 1988 elegeu o valor do trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Da mesma forma, o art. 193 estabelece o primado do trabalho como elemento central de toda a ordem constitucional social.

Ademais, na desvalia e no infortúnio, ou seja, diante das contingências da vida social, é a previdência social que deve fazer as vezes de rede de proteção social primária do trabalhador, em decorrência do pacto formado entre as empresas, os segurados e o Estado, e diante do caráter compulsório do instituto do seguro social e do vínculo de filiação obrigatória decorrente (art. 194 e seguintes, e, mais especificamente, o art. 201 da Constituição Federal).

A assistência social (art. 203 e seguintes da Constituição Federal), a seu turno, deve funcionar como uma rede de proteção social suplementar para aqueles que não tenham condições permanentes ou temporárias de prover a sua subsistência por meio do trabalho, do exercício da livre iniciativa ou pelas redes primárias de proteção de cunho contributivo. Acertadamente, a MP nº 1.061/2021, que criou o Auxílio Brasil, estabeleceu a emancipação financeira das famílias em situação de pobreza e vulnerabilidade como uma das diretrizes do programa, ao lado da proteção do desenvolvimento social e educacional das crianças e adolescentes.

O Brasil pode ser considerado ainda um país não completamente desenvolvido, que sofre com os problemas da desigualdade social e má

distribuição da riqueza. A baixa produtividade do trabalhador brasileiro, em especial ligada à sua baixa qualificação profissional, também causa impacto no desenvolvimento do país.

Qualquer política social, além de justificadamente se preocupar com a justiça social presente, deve também antever os seus impactos para as gerações futuras, a fim de avaliar, entre outras circunstâncias, se o incremento do gasto público gerará resultados benéficos no porvir.

Interessante, para tanto, o conceito de contabilidade geracional apresentado por Axel Gosseries. A justiça intergeracional, sob esse ponto de vista, não poderia ser mensurada somente com a verificação do impacto da dívida pública nas gerações futuras, mas, sim, com base no legado oriundo do endividamento, constituído pela geração presente, cujos resultados somente podem ser verificados em longo prazo:

[a contabilidade geracional] preocupa-se com calcular de modo agregado as transferências públicas explícitas (a dívida pública) e implícitas (a dívida legada aos regimes de pensões e de seguros de doença) que se efetuam de uma geração para outra. Não há nada de necessariamente injusto em transferir uma dívida pública à geração seguinte: será verdade se uma geração herdou essa dívida da geração precedente, sem ter de modo algum contribuído para isso; mas também será verdade se essa dívida, apesar de ter sido aumentada pela nossa geração, serviu para financiar investimentos que irão beneficiar exclusiva ou principalmente as gerações seguintes (escolas, infraestruturas desportivas, etc). A contabilidade geracional permite-nos avanços nessa direção, pois visa comparar a medida em que uma corte, no conjunto de sua existência, contribuiu para o financiamento dos orçamentos do Estado e a medida em que retirou benefícios desse contributo. Se a diferença for superior ou inferior a zero, existe um desequilíbrio geracional<sup>48</sup>.

Nesse sentido, imprescindível, para além da criação de redes de proteção social, o investimento maciço em educação, como forma de aumento da produtividade e, conseqüentemente, da produção de riqueza agregada.

---

48 GOSSERIES, Axel. *Pensar a justiça entre as gerações*. Tradução: Joana Cabral. Coimbra: Almedina, 2015, p. 213.

A questão da distribuição das riquezas deve ser atacada com a melhoria paulatina da renda do trabalhador, a facilitação de sua inserção na rede de proteção da previdência social, a qualificação e maior formalização das relações de trabalho e a diminuição paulatina da função “assistencial” do Estado.

No fim das contas, a promessa de concretização do Estado de bem-estar social feita em 1988 ainda permanece vigente, sendo a sua implementação obrigação tanto da geração presente como daquelas que virão.

## 5. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 foi um marco normativo ímpar na história do Estado brasileiro, tendo sido por meio dela constituído um verdadeiro modelo de Estado de bem-estar social.

Entre os anos de 1990 e 2020, é de se notar uma não uniformidade dos movimentos de reforma constitucional e de edificação legislativa.

Por meio de emendas constitucionais e legislações infraconstitucionais, promoveram-se avanços, como a inserção de novos direitos sociais no catálogo inicialmente previsto no Texto Constitucional ou a criação de sistemas institucionais de proteção social, a exemplo do SUS. Em outra sede, movimentos constitucionais reformistas restringiram o âmbito de proteção de certos direitos sociais, especialmente daqueles de cunho previdenciário, com vistas à manutenção do equilíbrio financeiro desses sistemas de proteção social.

Vimos que a estrutura constitucional dos direitos sociais é heterogênea, sendo plasmados sob modalidades diversas no texto, a saber: i) normas programáticas; ii) direitos públicos subjetivos; iii) garantias institucionais; iv) cláusulas limitativas do poder econômico e v) normas projectivas ou conformadoras dos institutos da ordem capitalista.

Chamou-se atenção para o problema da efetividade, como um desafio ainda a ser superado, que depende muito mais do bom desenho de políticas públicas e de eficiência do gasto, do que da ausência de previsões normativas.

Deu-se nota da existência de iniciativas públicas altamente eficientes, como a criação e implementação do Programa Bolsa Família, que demonstrou ser eficaz na redução da pobreza e da desigualdade social a um relativo baixo custo orçamentário.

Com a superação da crise sanitária da pandemia da covid-19, verificou-se um redirecionamento da política legislativa e do influxo jurisprudencial do STF na direção da construção de redes de proteção social de caráter permanente baseadas em benefícios de transferência direta de renda, também conhecidas como programas de renda básica.

Salientou-se que a edificação desses programas, muito embora salutar, não deve negligenciar o seu caráter auxiliar no projeto constitucional de ordem social, cujo eixo principal deve ser o direito ao trabalho e a previdência social como rede de proteção social primária.

Por fim, destacou-se que a satisfação da justiça social no presente não prescinde da avaliação dos seus impactos para as gerações futuras, em especial diante da direção crescente do endividamento público, sendo primordial o investimento maciço em educação, como forma de aumento da produtividade e, conseqüentemente, da produção de crescimento econômico sustentado e equânime, fundamental para a superação definitiva da desigualdade social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA SENADO. Senado recebe pacote do governo para mudar pacto federativo e regras fiscais. **Senado Notícias**, Brasília, 5 de novembro de 2019. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/11/05/senado-recebe-novo-pacote-de-reformas-do-governo>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BALERA, Wagner; SIMÕES, Thiago. O valor social do trabalho. *In*: BALERA, Wagner; SIMÕES, Thiago Taborda. **Participação nos lucros e nos resultados**: natureza jurídica e incidência previdenciária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/participacao-nos-lucros-e-nos-resultados-natureza-juridica-e-incidencia-previdenciaria/1223246935>. Acesso em: 4 de jun. de 2024.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Ariani Bueno Sudatti; Fernando Pavan Baptista. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, seção 1, p. 1, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943, e as Leis n° 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, seção 1, p. 1, 14 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis n°s 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n° 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n° 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n° 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n° 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, seção 1, p. 1, 20 set. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição no 29, de 2020**. Introduz a renda básica como direito social. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8877002&ts=1636724184344&disPosition=inline>. Acesso em 15/11/2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n° 188, de 2019**. Altera arts. 6°, 18, 20, 29-A, 37, 39, 48, 62, 68, 71, 74, 84, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 184, 198, 208, 212, 213 e 239 da Constituição Federal e os arts. 35, 107, 109 e 111 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; acrescenta à Constituição Federal os arts. 135-A, 163-A,

164-A, 167-A, 167-B, 168-A e 245-A; acrescenta ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias os arts. 91-A, 115, 116 e 117; revoga dispositivos constitucionais e legais e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8035580&ts=1583936714-597&dispo-sition=inline>. Acesso em 20 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.121.633/GO**. Agravante: Mineração Serra Grande S.A. Agravado: Adenir Gomes da Silva. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427>. Acesso em: 20 mai. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 745.745/MG**. Recorrente: Município de Belo Horizonte. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Celso de Mello, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4397371>. Acesso em: 20 mai. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção nº 7.300/DF**. Impetrante: Alexandre da Silva Portuguez. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio, 23 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886456>. Acesso em: 20 mai. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 001.040/2017-0. Acórdão TCU 1295/2017. Relator: José Múcio Monteiro, 21 de junho de 2017. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/AA/F4/22/85/29CCC51036FB7CC52A2818A8/001.040-2017-0%20-%20Levantamento%20na%20Previd\\_ncia%20\\_2\\_.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/AA/F4/22/85/29CCC51036FB7CC52A2818A8/001.040-2017-0%20-%20Levantamento%20na%20Previd_ncia%20_2_.pdf). Acesso em: 27 abr. 2020.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GOSSERIES, Axel. **Pensar a justiça entre as gerações**. Tradução: Joana Cabral. Coimbra: Almedina, 2015.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Erradicando a pobreza e promovendo a prosperidade em um mundo em mudança: subsídios ao acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Brasília, DF: Ipea, 2018. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9452/1/ODS\\_Erradicando\\_da\\_pobreza%20e%20promovendo%20a%20prosperidade.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9452/1/ODS_Erradicando_da_pobreza%20e%20promovendo%20a%20prosperidade.pdf). Acesso em: 28 mai. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. A retórica de Pontes de Miranda e os direitos fundamentais na República Nova (1930-1945). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 17, n. 1, pp. 191-226, 2016.

MATSUSHITA, Thiago Lopes. A regra-matriz de incidência e a regra-matriz da ordem econômica brasileira. *In*: HENAO, Magdalena Corre; SILVA, Paula Robledo. **Memórias del XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: el diseño institucional del Estado democrático**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. p. 981-998.

MEDICI, Fernando Henrique. ODS 8: Direito humano ao trabalho e o desenvolvimento sustentável. *In*: COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros. **Direitos humanos e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 176.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição Federal de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

PAIVA, Luis Henrique da Silva de *et al.* Os efeitos do Programa Bolsa Família sobre a pobreza e a desigualdade: um balanço dos primeiros 15 anos. *In*: VIANA, Iara Azevedo Vitelli; KAWAUCHI, Mary; BARBOSA, Thiago Varanda (orgs.). **Bolsa Família 15 anos (2003-2018)**. Brasília: Enap, 2018. p. 155-190.

PAPA JOÃO PAULO II. **Carta Encíclica Laborem Exercens**. Castel Gandolfo, 1981. Disponível em: [http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_14091981\\_laborem-exercens.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html). Acesso em: 29 mai. 2020.

POSNER, Richard A. The cost of rights: implications for Central and Eastern Europe – and for United States. **Tulsa Law Journal**, Tulsa, v. 32, n. 1, pp. 1-20, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos constitucionais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCAFF, Fernando Facury (coord.); ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel. **A eficácia dos direitos sociais: I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 4, pp. 23-51, 2006.

SILVEIRA, Iara Maira da *et al.* Avaliação do efeito do Fundeb sobre o desempenho dos alunos no ensino médio no Brasil. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 1, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TAVARES, André Ramos. Direitos sociais e sua “evolução judicial” nos 30 anos da Constituição do Brasil. *In*: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). **30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THE WORLD BANK. **Um ajuste justo: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil**. [s.l.]: Grupo Banco Mundial, 2017. Disponível em: <http://documents1.worldbank.org/curated/pt/884871511196609355/pdf/121480-Revised-Portuguese-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.



# AS FORMAS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E A TERAPÊUTICA JURÍDICA NO ENFRENTAMENTO DO LITÍGIO: MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MOVIMENTOS DE TRANSFORMAÇÃO DA PRÁTICA JUDICIÁRIA BRASILEIRA

Lucas Soares de Oliveira<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1. Premissas de abordagem; 1.1. Análise Contextual sobre as práticas judiciais e a ideia de circuitos de fatos; 1.2. Os devires e a concepção terapêutica (ou clínica) do Direito; 2. Devir teórico; 3. Devir Técnico; 4. Devir Prático; 4.1. Métodos autocompositivos de conflitos clássicos: mediação e conciliação; 4.1.1. Introdução; 4.1.2. A seleção do método autocompositivo; 4.1.3. Vantagens e desvantagens dos métodos autocompositivos; 4.1.4 Princípios para solução consensual do conflito; 4.1.5. Conciliação e mediação; 4.1.6. Constelações familiares; 4.2. Justiça restaurativa; 4.2.1. Pressupostos para a compreensão da justiça restaurativa; 4.2.2. A Justiça restaurativa; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor coordenador na Pós-Graduação *lato sensu* de Direito Público da Universidade de São Paulo (USP) e Escola Nacional da Advocacia Pública (ESNAP). Professor assistente no Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE). Professor convidado no Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito do Estado da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE). Procurador do Estado de São Paulo.

**RESUMO:** Este trabalho utiliza um modelo de abordagem do litígio a partir de uma visão terapêutica do direito, que foca no tratamento do conflito. Para tanto, primeiramente fixaremos as premissas, em que trataremos da crise das práticas judiciais tradicionais, da ideia de circuitos de afetos, do conceito de “devir” e da concepção terapêutica (ou clínica) do Direito. Em um segundo momento, nos dedicaremos à análise do pragmatismo sistêmico, enquanto devir teórico, e dos atributos para a resolução consensual de conflitos, como devir técnico. No terceiro momento, ao abordar o devir prático, desenvolveremos a análise específica da mediação, da conciliação e da justiça restaurativa. Se bem-sucedido, o artigo se prestará a fornecer balizas a uma concepção terapêutica do Direito que alia saberes interdisciplinares para cuidar do conflito como uma doença, de modo a dar ênfase ao tratamento, e não à solução normativa e coativamente imposta.

**PALAVRAS-CHAVE:** Psicologia. Conciliação. Mediação. Justiça restaurativa. Crise do Direito. Circuito de afetos.

---

*“(...) há uma sabedoria que não aceita mais, como exclusiva, a razão normativa e começa a pensar nos Direitos como uma rede de múltiplas dimensões ocupadas com a qualidade de vida. É uma sabedoria que começa a dizer aos juristas que a razão das normas não basta para satisfazer os desejos de realização da autonomia, ou como se falava na modernidade, de emancipação”*

(WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 53).

## 1. PREMISSAS DE ABORDAGEM

### 1.1. Análise contextual sobre as práticas judiciais e a ideia de circuitos de afetos

As práticas judiciais vivenciam – há algum tempo – uma crise. São vários os motivos: a falência do dogmatismo jurídico tradicional<sup>2</sup>;

---

2 Alberto Venancio Filho, tomando como ponto de partida uma observação de Ruy Cirne Lima, foi preciso ao pontuar que a história do ensino jurídico no Brasil deve começar em

a erosão dos filtros de reparação cível, administrativa e penal; a massificação de demandas; a carência de diálogo; e o apego excessivo à normatividade. Com isso, a prática judiciária tradicional pede socorro.

O Direito, no geral, sempre se preocupou mais com uma solução coercitiva, fruto da soberania que lhe encorpa e imposta unilateralmente pelos braços do Estado-juiz, do que com uma solução avaliada em termos psicológicos e sociais<sup>3</sup>.

Contudo, se bem avaliadas as coisas, veremos que muito mais efetivos à solução dos conflitos são os circuitos de afetos<sup>4</sup>. Esses circuitos fluem articulados pelo que as práticas judiciais produzem e o que delas é capaz de se assentar, romper, qualificar ou arranhar nas ligações sociais. Em outros termos, trata-se de compreender o poder jurídico enquanto prática que tem o condão de construir, manter ou destruir corpos sociais e políticos.

---

Portugal. Nossa tradição jurídica é inegavelmente marcada pela prática coimbrã, que de certa maneira deu espaço privilegiado à consolidação do bacharelismo, do patrimonialismo e do coronelismo no Brasil (VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 1). Ver também: SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Ademais, o perfil do profissional do Direito de formação coimbrã, como alerta Roberto A. R. de Aguiar, é um perfil fechado, estreito e dedicado ao desembaraço burocrático. A estrutura da escola coimbrã despreza o contexto, a história, as ciências humanas e a teoria do conhecimento (AGUIAR, Roberto A. R. de. *A crise da advocacia no Brasil: diagnósticos e perspectivas*. São Paulo: Alfa-Omega, 1991, p. 29). Ela adota uma visão purista do Direito, pois apegada ao neopositivismo lógico kelseniano, ao qual servem de baluarte a neutralidade, a equidistância e o apego científico exclusivamente dado à norma (Ibidem, p. 32; e LINS, Ivan. *História do positivismo no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1967). Os trabalhos jurídicos, nessa senda, tendem a ser empiricamente superficiais (ou nulos), genéricos e detalhistas no âmbito normativo. Há uma aversão pelo empírico e uma cristalização de práticas atrasadas (AGUIAR, op. cit., p. 40-41).

- 3 Não raro, essa qualidade coercitiva do Direito é apontada pelos juristas mais tradicionais como um de seus elementos mais marcantes. Por todos, confira-se a clássica exposição crítica de Hans Kelsen do Direito como ordem normativa de coação (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 48 e ss.).
- 4 Como explica Vladimir Safatle, as sociedades são, fundamentalmente, circuitos de afetos (*In*: SAFATLE, Vladimir; DUNKER, Christian; SILVA JUNIOR, Nelson da (org.). *Patologias do social: arqueologias do sofrimento psíquico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2018, p. 10), de modo que, seguindo a opinião de Nelson da Silva Junior, “a vida compartilhada numa cidade depende não apenas da racionalidade, mas também da qualidade dos afetos, do respeito pela opinião dos outros e pela obediência às leis” (SILVA JUNIOR, Nelson da. “Pacto edípico, pacto social”: o Brasil da barbárie à desumanização em quarenta anos. *Revista Poder e Cultura*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, 2020, p. 198).

Com efeito, os mencionados circuitos de afetos transitam nos variados corpos culturais de uma dada sociedade (política, economia, religião etc.), sempre com maior ou menor influência dos poderes instituídos do orbe jurídico.

Destarte, ao trabalhar com o conceito de circuito de afetos, ganhamos uma arma analítica que nos municia de ferramentas para compreender o modelo de individualização que tais corpos produzem, bem como para entender a forma como eles nos implicam subjetivamente<sup>5</sup>.

Desse modo, a ideia de circuito de afeto é trazida neste texto, pois, segundo pensamos, ela é essencial para interrogarmos as implicações psicossociais das práticas judiciárias tradicionais que são exorbitantemente ritualizadas, patriarcais, normativistas, procedimentais e burocráticas.

As cenas de violência psicológica no âmbito das audiências processuais são comuns, justamente em razão do padrão sistêmico que o nosso judiciário adota. Isso, à evidência, faz-nos perguntar: se nos rituais processuais envolvendo até mesmo pessoas ricas para os padrões brasileiros cenas de violência ocorrem com frequência, o que dizer das audiências envolvendo pessoas notadamente pobres, desassistidas? Ou mesmo a violência imperante nas periferias, sem gravação pelo *Teams*, *Zoom* ou ferramenta congênere, com gente pobre e marginalizada e agentes do Estado que não usam toga, mas, sim, farda e arma?

Com efeito, as soluções exclusivamente normativas não têm espaço quando pensamos as práticas judiciárias à luz dos circuitos afetivos, pois são ineficientes ante os problemas complexos que atingem o nosso sistema de justiça.

Assim, com apoio na obra de Vladimir Safatle<sup>6</sup>, para que possamos engendrar (reais) transformações, ainda que institucionais, antes precisamos destituir as relações de poder que foram criadas a partir do paradigma totêmico. Se olharmos para as coisas como são hoje, veremos que

---

5 SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016, p. 15-16.

6 Idem. *Maneiras de transformar mundos: Lacan, política e emancipação*. Belo Horizonte: Autêntica, 2020, p. 99.

é desse modo normativista, autorreferente, impositivo e burocrata que as práticas judiciárias tradicionais acabam definindo formas de existência calcadas na sujeição, “fazendo da normalidade psíquica a aceitação de normas de forte conteúdo disciplinar e estereotipado”<sup>7</sup>.

Nessa senda, a força terapêutica (ou clínica) da transformação do pensamento jurídico passa pela certeza de que a aposta na autoridade, na hierarquia e no poder judicial, antes de apaziguar conflitos, apenas manterá o sofrimento psíquico.

Não à toa, a psicanálise nos mostra que:

[...] só podemos destituir o poder quando destituímos não seus ocupantes, mas a gramática de seu exercício. Mundos não são transformados ocupando lugares dos antigos senhores, mas destruindo os próprios lugares, decompondo a gramática que lhes sustenta. Matar senhores nunca foi a ação mais difícil [...]. Mais difícil sempre foi se recusar a ocupar os seus lugares, recusar a agir como até agora se agiu<sup>8</sup>.

Fixados esses pontos, temos, então, que é por intermédio deste pressuposto afetivo que os sistemas de justiça podem readequar suas práticas tradicionais, promovendo uma virada terapêutica (ou clínica) nas práticas judiciárias. Afinal, soluções exclusivamente normativas oferecem respostas tão boas quanto ineficientes para o complexo de crises, problemas e dilemas que atingem as práticas judiciárias no Brasil. Essa é nossa primeira e mais essencial premissa de abordagem.

## **1.2. Os devires e a concepção terapêutica (ou clínica) do Direito**

Como uma boa resposta à crise das práticas judiciárias tradicionais temos, justamente, os métodos de solução de conflitos que vão na contramão dos padrões hegemônicos da tradição jurídica. São eles a conciliação, a mediação, a justiça restaurativa, entre outros.

Tais experiências de solução de conflitos produzem domínios de saber que não somente fazem aparecer novos objetos, novos conceitos, novas técnicas, mas, igualmente, novos sujeitos – e, quem sabe, novos juristas.

---

7 Ibidem.

8 Ibidem.

Essa ascensão de métodos resolutivos de conflitos diversos do modelo de jurisdição oficial dá campo para tratarmos do conceito de devir. Com base em Gilles Deleuze apud Roberto Machado<sup>9</sup>, o termo devir pode ser compreendido como “linha de fuga” ou “desterritorialização”. A ideia de devir também é trabalhada por Gilles Deleuze como oposição à imitação, à reprodução, à identificação, à repetição, à semelhança<sup>10</sup>.

Seria, desse modo, o ato de alforria quanto aos modos de dominação dispostos em um dado sistema de sentidos, tal como são as práticas judiciárias tradicionais. Em suma, devir é apanhar o controle de uma alteração anunciada.

Justamente nesse sentido é que a locução será utilizada neste trabalho, buscando referenciar a organização teórica, técnica e prática das experiências não heterocompositivas (diga-se, hegemônicas)<sup>11</sup> de solução de conflitos.

Compreendido o conceito de devir, há espaço para tentarmos, em seguida, construir uma concepção terapêutica (ou clínica) do Direito. Nessa linha, à linguagem jurídica propomos acrescentar aspectos da linguagem clínica da psicanálise, de modo que os julgamentos passem a ser vistos, antes, como tratamentos.

Essa virada conceitual se voltará primordialmente para a transformação dos métodos resolutivos de conflitos em tratamentos que envolvam os sujeitos em litígio por meio da circulação da palavra.

Com efeito, como lembra Paulo Ferrareze Filho<sup>12</sup>, a dobra freudiana, que deu nascedouro ao paralelismo entre os sistemas de saúde psíquica

---

9 MACHADO, Roberto. *Deleuze, a arte e a filosofia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 213-214.

10 Ibidem.

11 As soluções heterocompositivas são aquelas que envolvem um terceiro que dará a solução para o conflito a ele apresentado. Divergem, pois, das soluções autocompositivas, que são fruto da resolução do conflito pelas próprias partes. Amplamente, confira-se: CHASE, Oscar Gottfried. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução: Sergio Arenhart; Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 136.

12 FERRAREZE FILHO, Paulo. *Curso de Psicologia do Direito*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 253-254.

e de saúde física, expandiu o conceito de saúde na mesma dimensão da incorporação da estrutura e do funcionamento do corpo psíquico. Essa revolução gnosiológica não pode deixar de ser considerada pelo Direito, eis que o sistema jurídico é remetido e destinado a pessoas e suas inarredáveis subjetividades. Daí a primordialidade de uma visão terapêutica (ou clínica) das práticas judiciárias.

Outro ponto interessante a ser destacado diz respeito ao fato de que, à medida que o Direito – enquanto sistema funcionalmente direcionado a resolver conflitos interpessoais e sociais – incorpora as cartilhas da psicanálise, inevitável que ele se esforce para fazer uso desses elementos fundamentais da saúde psíquica individual e social.

Por isso, uma das premissas da concepção terapêutica (ou clínica) do Direito é a de que os conflitos estão sempre vinculados a complexos patológicos individuais e sociais. Assim, uma vez não compreendidos, tratados e ressignificados mediante uma abordagem interdisciplinar, os conflitos apenas terão soluções transitórias e paliativas.

Dessa forma, o sistema jurídico e seus profissionais não podem se esquivar dos saberes da psique, pois eles compõem parte dos elementos condicionantes à compreensão dos complexos patológicos presentes nos conflitos interpessoais e sociais contemporâneos.

Nesse sentido, Michel Foucault lembra que a clínica, que surgiu na passagem do século XVIII para o XIX, é um refinamento da medicina clássica:

A ruptura conceitual promovida pela clínica modificou profundamente o olhar médico sobre o patológico e implicou o desaparecimento da chamada medicina das espécies (voltada para o estudo das doenças entendidas como realidades em si mesmas, independentes de um organismo). No seu lugar surge o que conhecemos como clínica moderna, caracterizada fundamentalmente pelo valor central concedido à singularidade do *pathos* individual. Pela primeira vez na história da medicina ocidental o doente, e não a doença, ocupa o foco central. O indivíduo se torna objeto de ciência<sup>13</sup>.

---

13 FOUCAULT, Michel. *O nascimento da clínica*. Tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977, p. 100.

Podemos contextualizar e ilustrar o que foi dito por Foucault por intermédio do narrado no conto “O lapso”, de Machado de Assis. Neste conto, o autor demonstra como alguém que não consegue pagar as contas que contrai pode ser percebido não como um malfeitor, mas como uma pessoa, em alguma medida, acometida de uma “psicopatologia”. E, como todas as doenças, tal “psicopatologia” melhoraria com tratamento, e não com punição. Essa percepção, em sua síntese, pode ser retirada do seguinte trecho do conto:

Sabendo que o “Sr. Doutor” atribuía os atrasos daquele cidadão a uma doença, tinham assentado que primeiro se tentasse a cura, antes de qualquer recurso à justiça. A justiça ficaria para o caso de desespero. Era isto o que vinham dizer-lhe, em nome de dezenas de credores; desejavam saber se era verdade que, além de outros achaques humanos, havia o de não pagar as dívidas, se era mal incurável, e, não o sendo, se as lágrimas de tantas famílias...<sup>14</sup>

Por essas razões, advogamos a necessidade de haver uma comunicação do Direito com a concepção terapêutica (ou clínica) que a linguagem psicanalítica pode oferecer, o que abre portas para a criação de novas formas de solução de conflitos. Para tanto, adaptando a frase de Nietzsche<sup>15</sup>, é mister atenuar a dureza da dogmática processual e institucional, em prol da ampliação interdisciplinar dos saberes. Com isso, o Direito pelo viés clínico poderá dar qualidade pedagógica e preventiva às novas experiências de solução de conflito em uso – e até àquelas em gestação – na jurisdição brasileira.

## 2. DEVIR TEÓRICO

Entendidas as premissas deste trabalho, cumpre-nos, agora, dedicar especial atenção aos devires que movem a concepção terapêutica (ou clínica) do Direito, a começar pelo teórico.

14 ASSIS, Machado de. *Contos selecionados*. Rio de Janeiro: Prazo-Livro, 1981, v. 2, p. 101.

15 “E, se vossa dureza não quer cintilar, cortar e retalhar: como podereis um dia criar?” (NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém*. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 205).



Pois bem. A mudança que dá tônica à concepção clínica do Direito ora proposta está assentada em um pressuposto teórico que pode ser denominado de pragmatismo sistêmico. Esse devir teórico, como propõe Luis Alberto Warat<sup>16</sup>, é fortemente marcado pelas características do feminino. Além disso, ele é guiado por teorias sistêmicas<sup>17</sup>, contextualistas, consequencialistas, interdisciplinares e contradogmáticas da análise jurídica<sup>18</sup>.

A preocupação principal do pragmatismo de matriz sistêmica é atender às necessidades basais do seu contexto, da sua vizinhança, da sua língua e da sua pátria. Desse modo, direta ou indiretamente, o pragmatismo de ala sistêmica amplia o quantitativo de pessoas que passam a conhecer das alternativas para um problema prático até então sem bons resultados, sendo tais alternativas testadas a partir de ensaios e erros (falibilismo pragmatista)<sup>19</sup>.

Assim, o devir pragmatista sistêmico objetiva criar respostas jurídicas à conflituosidade por meio de novos símbolos, valendo-se da concepção e da linguagem clínica da psicanálise. Esse devir se encanta com respostas úteis à necessidade de uma cultura de pacificação; preocupa-se em oferecer melhores condições relacionais de saúde para corpos psíquicos individuais e sociais.

O devir teórico que ora se defende, portanto, busca alinhar o pensamento jurídico à cultura e às necessidades psicossociais de uma dada realidade: não mais aceita a referência a um ponto fixo exógeno para unificar o social – como é o caso do Direito normativista –,

---

16 **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 87.

17 Amplamente, sobre a teoria dos sistemas, vale ver: LUHMANN, Niklas. **Social systems**. Stanford: Stanford University Press, 1995, p. 325-457.

18 Por todos, confira-se: POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

19 Sobre o falibilismo científico e jurídico, confira-se: CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. Tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 17; PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica e filosofia**: textos escolhidos de Charles Sanders Peirce. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 47; HAACK, Susan. **Manifesto de uma moderada apaixonada**: ensaios contra a moda irracionalista. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Edições Loyola, 2011, p. 63; e IBRI, Ivo Assad. A formação de hábitos e a origem das leis na VII Conferência de Cambridge, de Ch. S. Peirce. **Veritas**, Porto Alegre, v. 60, n. 3, pp. 619-630, 2015, p. 625-626.

mas em querer em contrapartida um ponto fixo endógeno, ou seja, psíquico e singular<sup>20</sup>.

Registre-se, por fim, que o devir teórico ora trabalhado se mapeia pelas características do feminino. Por isso, os atributos de cooperação, não violência, intuição, criatividade, sensibilidade, emotividade, entre outros, acabam emergindo como instrumentos para as novas técnicas agregadas pela concepção terapêutica (ou clínica) do Direito ao sistema de resolução de conflitos.

### 3. DEVIR TÉCNICO

A jurisdição prestada pelo Estado-juiz é, ainda hoje, a técnica de resolução de conflitos hegemônica em nossa prática judiciária. Contudo, a heterocomposição de conflitos pelo Estado é demasiadamente burocrática, lenta e muito normativista.

Por esses motivos, a justiça estatal oficial tem sido questionada, dada sua incapacidade de oferecer resultados satisfatórios, cedendo lugar, nesse passo, a novas técnicas de solução conflitual, que visam um tratamento mais adequado às direções pragmáticas, sistêmicas e afetivas na gestão dos conflitos.

O devir técnico apropriado para fazer valer essa virada nos modelos de solução de controvérsias guia-se pelos seguintes atributos de ação: (i) cooperação; (ii) inversão de papéis; (iii) não violência; (iv) disposição ao diálogo; e (v) escuta ativa. Como se nota, esses atributos acatam uma forma de uso da linguagem muito mais próxima daquela usada pela clínica psicanalítica do que a utilizada nas práticas judiciárias tradicionais.

No contexto das experiências autocompositivas de resolução de conflitos, a cooperação simboliza um estado de disposição das partes a operarem em conjunto, em um exercício mútuo de empatia.

---

20 Sobre essa característica do pragmatismo, veja-se: POGREBINSCHI, Thamy. A normatividade dos fatos, as consequências políticas das decisões judiciais e o pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (comentários à ADI 2240-7/BA). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 247, pp. 181-193, 2008; DEWEY, John. Context and thought. In: BOYDSTON, Jo Ann (ed.). *John Dewey: the later works, 1925-1953 (Volume 6: 1931-1932)*. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008, p. 3-21, p. 4; HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. *Harvard Law Review*, v. 10, pp. 457-478, 1897, p. 208.

Esse mesmo sentimento de empatia pode ser estimulado por meio da técnica da inversão de papéis. Esta, a seu tempo, fita estimular a sensibilidade inerente à capacidade de sentir, pensar e observar a partir da perspectiva do outro, pondo-se, em sentimento e mente, no lugar da outra pessoa.

A não violência é outra premissa dos métodos consensuais de resolução de conflito. A comunicação não violenta (ou compassiva) configura uma habilidade social. Ela envolve o falar e o escutar, tendo por objetivo despertar nossa compaixão.

Uma comunicação não violenta implica quatro cuidados básicos: (i) não fazer julgamentos, mas sim observar os fatos da vida que nos afetam; (ii) identificar como nos sentimos durante a observação; (iii) reconhecer necessidades e desejos ligados aos sentimentos percebidos; e, por fim, (iv) buscar o que se deseja a partir de ações concretas<sup>21</sup>.

Já a disposição ao diálogo é o estado anímico de aceitação ao franco diálogo, no desiderato de atender aos desejos que só podem ser bem negociados na medida em que exista essa disposição por parte das pessoas que integram o conflito.

Nesse sentido, Jacques Lacan<sup>22</sup> lembra que “o diálogo constitui uma renúncia à agressividade. A filosofia, desde Sócrates, sempre depositou nele a esperança de fazer triunfar a vida racional”.

Por fim, a escuta ativa visa reestabelecer a sensibilidade pela alteridade. Se olharmos para o passado, tanto Freud como os sofistas já conheciam do poder terapêutico que há em ser escutado por alguém com atenção<sup>23</sup>.

Congregando esses cinco atributos do devir técnico, temos que, com certeza, as práticas judiciais poderão seguir um trajeto menos patriarcal, mais contra dogmático, menos normativista e burocrático, e, por isso, mais racional, sustentável e eficaz.

---

21 GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. **Mediação de conflitos: teoria e prática**. Florianópolis: EModara, 2018, p. 153-154.

22 LACAN, Jacques. **Escritos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 109.

23 Sobre o tema, vale ver: MACEDO, Mônica Medeiros Kother; FALCÃO, Carolina Neumann de Barros. A escuta na psicanálise e a psicanálise da escuta. **Psychê**, São Paulo, v. 9, n. 15, pp. 65-76, 2005.

## 4. DEVIR PRÁTICO

Firmada a premissa teórico-filosófica do pragmatismo sistêmico (devir teórico), bem assim apontadas as características técnicas inerentes a uma boa solução consensual de conflitos (devir técnico), cumpre conhecer agora algumas das principais práticas terapêuticas (ou clínicas) de solução consensual de conflitos presentes no sistema judicial brasileiro (devir prático).

Em razão da necessidade de se efetuar um recorte analítico para abordagem neste trabalho, destacamos, aqui, as seguintes práticas terapêuticas (ou clínicas): (i) a mediação; (ii) a conciliação; e (iii) a justiça restaurativa.

### **4.1. Métodos autocompositivos de conflitos clássicos: mediação e conciliação**

#### *4.1.1. Introdução*

Tanto a mediação quanto a conciliação são métodos autocompositivos que contam com a participação de um terceiro, mediador ou conciliador, para se alcançar o ponto ótimo da composição jurídica do caso.

#### *4.1.2. A seleção do método autocompositivo*

Para bem entender o âmbito de ação da mediação e da conciliação enquanto métodos de resolução autocompositiva de conflitos é preciso, antes, compreender a abordagem pretendida por cada um deles.

Pensemos em cinco conflitos hipotéticos: (i) pai e mãe controvertem quanto ao direito de visitas ao filho; (ii) dois vizinhos litigam em razão do corte de uma das árvores limítrofes a seus terrenos; (iii) contratantes divergem sobre interpretação de cláusulas contratuais; (iv) herdeiras questionam a forma de divisão de bens de valor afetivo; (v) vítima e causador de um acidente de veículo controvertem em razão do valor da indenização.

Os três primeiros conflitos têm em comum uma relação continuada. No quarto caso, o vínculo continuativo pode ou não se apresentar. E na quinta situação não se configura a natureza continuada da relação, sendo um conflito formado em uma relação instantânea, efêmera.

Destacamos esses fatos porque a mediação possui características que se adequam melhor à resolução de problemas derivados de relações continuativas, nas quais o restabelecimento do diálogo é importante. Para as relações instantâneas, não continuativas, a conciliação tende a se mostrar como melhor método. Assim, a existência de vínculo prévio continuativo é determinante para a escolha do meio adequado de resolução do conflito. Devemos, pois, ter um olhar estratégico acerca da abordagem dos conflitos.

Um diagnóstico criterioso é o primeiro – e mais importante – passo para a escolha adequada do tratamento do conflito. É preciso, neste momento, indagar aos envolvidos: o que se quer; por qual motivo se quer; qual a fonte da resistência; as suas razões (se puramente jurídicas ou fático-psicológicas); o que ensejou as violações (visão retrospectiva); o que os envolvidos desejam para o futuro (visão prospectiva) etc. Todas essas percepções são fundamentais para que possamos tratar o conflito como uma “doença”.

Ademais, alguns outros elementos são igualmente importantes para a escolha dos meios de solução de conflitos. Por exemplo, os custos financeiros, a celeridade, o sigilo, a manutenção dos relacionamentos, a flexibilidade procedimental, a exequibilidade da solução, bem como seus custos e desgastes emocionais, o adimplemento espontâneo do resultado e a recorribilidade.

#### *4.1.3. Vantagens e desvantagens dos métodos autocompositivos*

São inegáveis os méritos dos meios autocompositivos. De positivo, a autocomposição torna possível: (i) a continuidade nas relações; (ii) o aprimoramento na comunicação que acaba prevenindo futuros conflitos; (iii) a manutenção da reputação e boa consideração entre as partes; (iv) a maior chance de cumprimento da decisão, porque ela não foi imposta, mas “construída” pelas partes etc.

Mas nem tudo são flores. Existem também críticas a esses métodos. Com efeito, a primeira crítica leva em consideração o fato de que as pessoas devem fazer um acordo porque este instrumento é realmente o meio mais adequado à solução de seu conflito, e não porque o Judiciário se encontra em crise. Outro grave problema é a perda de

legitimidade da autocomposição em que a solução é imposta às partes – e não estimulada –, constituindo, em rigor, uma “coerciliação” ou uma “pseudo-autocomposição”<sup>24</sup>.

#### 4.1.4. *Princípios para solução consensual do conflito*

As técnicas autocompositivas têm recebido bastante atenção do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que, inclusive, já editou a Resolução CNJ 125/2010, que reconhece, no art. 1º do Anexo III (Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais), serem princípios fundamentais da atuação de conciliadores e mediadores judiciais a confidencialidade, a decisão informada, a competência, a imparcialidade, a independência, a autonomia, o respeito à ordem pública e às leis vigentes, o empoderamento e a validação.

#### 4.1.5. *Conciliação e mediação*

Feito esse breve e geral esclarecimento sobre os métodos autocompositivos de solução de conflitos, cumpre, agora, entender um pouco melhor a lógica por trás da conciliação e da mediação.

Para tanto, trataremos brevemente sobre o papel do conciliador e, depois, sobre o do mediador. A mediação, vale pontuar, merecerá um espaço maior neste trabalho, justamente por ser um veículo muito hábil ao intercâmbio entre psicologia, psicanálise e Direito.

Pois bem. O conciliador, em breves termos, é um terceiro imparcial que intervém para, mediante atividades de escuta e fala, auxiliar os contendores a celebrar um acordo, se necessário expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas para a controvérsia sem, todavia, forçar a realização do pacto. O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) dedica espaço privilegiado a tais temáticas nos arts. 165 a 175.

Já o mediador é um facilitador. Trata-se de pessoa isenta e devidamente capacitada que atua tecnicamente para facilitar a comunicação e

---

24 Sobre a questão, confira-se: TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 89.

propiciar que os envolvidos no conflito possam, a partir da restauração do diálogo, encontrar formas produtivas de lidar com as disputas.

A mediação parte da premissa de que as melhores pessoas para deslindar os conflitos são as próprias partes. Em conflitos sobre relações continuadas costuma ser mais eficiente a mediação porque nela são trabalhados pontos importantes do vínculo entre os envolvidos, de modo que eles possam conceber saídas conjuntas para os impasses.

Importante reflexão sobre a mediação enquanto método de resolução de conflitos está na obra *Surfando na Pororoca*, de Warat<sup>25</sup>. Segundo o autor, é necessário que o mediador não intervenha no conflito, mas que esteja preocupado em transformar a subjetividade das partes em relação àquilo que as une na discórdia. Para tanto, o mediador deve

[...] atuar sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando à interpretação. [...] O mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas<sup>26</sup>.

Em outro momento, o autor destaca a diferença entre a mediação e outros modelos que, mesmo não sendo hegemônicos, são tão interventivos quanto o feito pelos juízes nas práticas tradicionais:

Como se forma um mediador? Formulo essa pergunta porque creio que as escolas de mediação, em sua grande maioria, estão fracassando como formadoras de mediadores. Elas se ocupam em proporcionar técnicas e rituais, um guia de formalidades, um receituário de boas recomendações, um planejamento para conseguir que as partes possam chegar a um acordo. Formam conciliadores, negociadores, não mediadores<sup>27</sup>.

Warat vai além, destacando que, como ética da alteridade, a mediação

---

25 WARAT, Luiz Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

26 Ibidem, 2004, p. 26.

27 Ibidem, 2004, p. 41.

[...] reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade de todos os espaços de privacidade do outro. Isto é, um respeito absoluto pelo espaço do outro, e uma ética que repudia o mínimo de movimento invasor em relação ao outro<sup>28</sup>.

Vale registrar que a mediação também opera o que podemos chamar de autocomposição preventiva, pois, primeiro, a solução dela advinda materializa a autonomia dos litigantes; segundo, o restabelecimento do diálogo pela mediação qualifica o afeto dos litigantes após a solução da controvérsia, prevenindo litígios futuros.

Desse modo, empregando a linguagem tal como faz a clínica psicanalítica, a mediação se capacita a perceber o conflito não como algo maligno ou prejudicial, mas como uma demanda natural, fonte de energia renovadora de afetos individuais e sociais por meio do consenso.

#### 4.1.6. *Constelações familiares*

As constelações familiares têm sido utilizadas especialmente em varas de família por todo o Brasil. Trata-se de uma terapêutica criada por Bert Hellinger que se assemelha ao psicodrama, ou seja, uma concepção de tratamento que aposta que representações de familiares feitas com pessoas estranhas podem mais facilmente mostrar a origem de certos traumas e problemas como violência doméstica, uso de drogas, endividamento, guarda de filhos, separações, adoções e quadros de abandono<sup>29</sup>.

Como explica Paulo Ferrareze Filho:

Uma das premissas dessa prática reza que quando algum membro da família permanece excluído do sistema (grupo) por um julgamento ou não compreensão do que o levou a ser o que é ou a fazer o que fez, um descendente ocupa seu lugar inconscientemente e repete o comportamento ou o ato. Essa dinâmica inconsciente tende a repetir-se caso não haja esclarecimento sobre o papel de cada membro dentro do complexo

28 Ibidem, 2004, p. 41.

29 Sobre o tema, vale conferir, por todas, a seguinte obra: HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele Ten. **Constelações familiares: o reconhecimento das ordens do amor**. Tradução: Eloisa Giancoli Tironi Tsukuyko Jinno-Spelter. São Paulo: Cultrix, 2007.



familiar. Essas práticas visam, portanto, encerrar esse ciclo de repetições de padrões patológicos dentro de determinado sistema familiar<sup>30</sup>.

Nesse sentido, de acordo com Bert Hellinger,

[...] precisamos ter força para concordar com o que foi, do jeito que foi, senão estaremos desligados de acontecimentos que envolvem uma dor profunda. Essa concordância só é possível quando percebemos isso como algo que está inserido em algo maior, o qual não compreendemos. Temos a necessidade de desviar do terrível como se isso não pudesse existir. Entretanto, é o terrível que, no fim, está na origem de tudo e o sustenta. Apenas aquele que pode concordar com o terrível é totalmente livre<sup>31</sup>.

Segundo o juiz Sami Storch, do Tribunal de Justiça da Bahia, um dos pioneiros na utilização desta técnica, das noventa audiências nas quais pelo menos uma das partes participou da vivência de constelações, o índice de conciliação foi de 91%. Já nos processos em que ambas as partes participaram, o resultado foi 100% positivo. Por outro lado, “nas simples audiências de conciliação, sem constelação, o índice foi de 73%”, explicou Sami Storch<sup>32</sup>.

Porém, nem tudo é ouro ao tratar das constelações familiares. Muito ao contrário, aliás. Há sérios questionamentos quanto ao rigor científico dessas práticas, existindo fortes e ferozes vozes que apontam a ausência de respaldo científico das constelações familiares, bem como os riscos sociais e sanitários que elas ocasionam.

Acusa-se, ademais, que as constelações familiares são práticas pseudocientíficas que alçam profissionais do direito à condição de terapeutas, em uma verdadeira paródia de ciência que leva em consideração um modelo obsoleto de família.

Ao cabo, as constelações familiares podem ter efeitos tão nocivos a seus participantes que podem levá-los a necessitar de tratamentos de

---

30 FERRAREZE FILHO, op. cit., p. 265.

31 HELLINGER, Bert. **A fonte não precisa perguntar pelo caminho**: um livro de consulta. Tradução: Eloisa Giancoli Tironi Tsukuyko Jinno-Spelter. Belo Horizonte: Atman, 2005, p. 59.

32 “CONSTELAÇÃO Familiar” ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário. Agência CNJ de Notícias, Brasília, 28 out. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2/>. Acesso em: 16 mai. 2024.

saúde ou outras políticas socioterapêuticas, vindo, em última escala, a sobrecarregar o Sistema Único de Saúde com mazelas geradas dentro do sistema oficial de justiça.

## **4.2. Justiça restaurativa**

### *4.2.1. Pressupostos para a compreensão da justiça restaurativa*

O universo jurídico ainda se encontra preso ao axioma moral que vê uma causalidade necessária entre transgressão e pena. Em outros termos, permanecemos cerrados à mais rudimentar das funções da pena: a retribuição. Com isso, continuamos a relegar a um segundo posto as funções de ressocialização e não-reincidência, quando, na verdade, estas funções da pena deveriam assumir protagonismo.

Acontece que a experiência tem demonstrado que não é pelo estímulo ao espetáculo punitivo, senão pela investigação das causas da transgressão, que obteremos dados e informações para que possamos criar, do ponto de vista institucional, estatal e político, uma forma de qualificar o aspecto reformador e preventivo das punições. Nesse cenário, temos que a investigação sobre essas causas se converterá, afinal, na transformação das punições em tratamentos.

Por esse caminho, nos aproximaremos de uma verdadeira revolução terapêutica do Direito, na qual a retributividade das penas migrará para um papel secundário, ao passo que a ressocialização e a não reincidência ganharão destaque.

No entanto, para investigar essas causas, não basta apenas entender isoladamente a psique. É absolutamente necessário ter presente que esse diagnóstico deve atenção a elementos de cunho cultural, ligados a aspectos sociais, econômicos, sociais, religiosos, comunitários etc. Isso porque o sujeito se constitui a partir do outro, na medida em que o aparelho psíquico é formado a partir da influência dos laços sociais que estabelece, das dinâmicas coletivas das quais participa e da cultura e das histórias nas quais está inserido.

É necessário, outrossim, problematizar a legitimidade exclusiva do poder dos governos e do próprio Direito para prescrever as penalidades e, especialmente, os seus modelos de cumprimento.

Assim, caberia perguntar: os mecanismos burocratizados e normativistas, frutos do poder estatal, têm condições de prescrever penas e sua forma de execução, mesmo desconhecendo completamente o universo psíquico que inevitavelmente determina as condutas transgressoras da ordem jurídica?

E mais: a política e as práticas judiciárias tradicionais, fundamentadas na lógica da vingança pública pela retribuição, são as únicas forças capazes de tratar e de punir condutas transgressoras?

#### 4.2.2. A justiça restaurativa

Assentadas as premissas contextuais do atual cenário de tratamento das transgressões à ordem jurídica, é hora de investigar a justiça restaurativa em si. Conforme explica Daniel Achutti, ela tem precedentes históricos na Antiguidade greco-romana e, contemporaneamente, reoxigenou-se a partir da criação de programas de reconciliação entre vítima e ofensor na cidade de Kitchener, Ontário (Canadá), em 1974. O autor explica que:

Tratava-se de programas comunitários que buscavam mediar conflitos entre vítimas e ofensores após a aplicação da decisão judicial. [...] Pelas palavras de Gerry Johnstone e Daniel Van Ness, a justiça restaurativa é “um movimento social global que apresenta enorme diversidade. O seu objetivo maior é transformar a maneira como as sociedades contemporâneas percebem e respondem ao crime e a outras formas de comportamentos problemáticos”<sup>33</sup>.

Na mesma esteira, Jorge Trindade pontua que:

[...] identificando as necessidades oriundas da violação e do trauma causado por um ato atentatório à lei, a justiça restaurativa propõe que, em vez do autor ser simplesmente punido através de um sistema restritivo de liberdade de questionável eficiência, seja oportunizado

---

33 ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa no Brasil: possibilidades a partir da experiência belga. In: VESCOVI, Renata Conde. *Psicanálise e Direito: uma abordagem interdisciplinar sobre ética, direito e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud; Vitória: ELPV, 2013, p. 208. Apud JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. The meaning of restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. (Orgs.). *Handbook of restorative justice*. Cullompton e Portland: Willan Publishing, 2007, p.5.

ao transgressor assumir socialmente sua atitude, e agir de forma consciente para reparar seu erro, mediante a adoção de compromissos concretos. Essa conscientização é importante tanto para a vítima se sentir efetivamente reparada, quanto para o infrator, que ganha a oportunidade de se confrontar com seu ato e de se reinserir no grupo social de sua pertença<sup>34</sup>.

Dessa forma, a justiça restaurativa parte da consideração de que a transgressão é, antes, um dano infligido a uma pessoa. Assim, o objetivo precípua da justiça é reparar o dano, e não punir o ofensor. Daí o motivo de a reconciliação entre as partes e a reconstrução de laços rompidos a partir da transgressão serem os cardinais da justiça restaurativa.

## 5. CONCLUSÃO

No presente trabalho buscamos analisar o sistema jurídico brasileiro e as suas formas de resolução de conflitos através de uma visão que integrasse, em um mesmo ato, a linguagem jurídica e a linguagem clínica.

Em uma postura contra-hegemônica, propomos uma abordagem jurídica pautada no pragmatismo sistêmico (devir teórico); nos atributos técnicos de cooperação, inversão de papéis, não violência, disposição ao diálogo e escuta ativa (devir técnico); e nos métodos consensuais de solução de conflitos, como a mediação, a conciliação e a justiça restaurativa (devir prático).

Desse modo, alcançamos uma concepção terapêutica do Direito que alia saberes interdisciplinares para cuidar do conflito como uma doença, de modo a dar ênfase ao tratamento e não à solução normativa e coativamente imposta.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa no Brasil: possibilidades a partir da experiência belga. *In: VESCOVI, Renata Conde. Psicanálise e Direito: uma abordagem interdisciplinar sobre ética, direito e responsabilidade.* Rio de Janeiro: Companhia de Freud; Vitória: ELPV, 2013. p. 208.

34 TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do Direito.* 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 482.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **A crise da advocacia no Brasil: diagnósticos e perspectivas**. São Paulo: Alfa-Omega, 1991.

ALVES, Schirlei. Julgamento de influencer Mariana Ferrer termina com tese inédita de ‘estupro culposo’ e advogado humilhando jovem. **The Intercept Brasil**, São Paulo, 3 nov. 2020. Disponível em: <https://bityli.com/xsJCT>. Acesso em: 18 set. 2021.

“CONSTELAÇÃO Familiar” ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário. **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, 28 out. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2/>. Acesso em: 16 mai. 2024.

ASSIS, Machado de. **Contos selecionados**. Rio de Janeiro: Prazo-Livro, 1981, v. 2.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. Tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CHASE, Oscar Gottfried. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Tradução: Sergio Arenhart; Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DEWEY, John. Context and thought. *In*: BOYDSTON, Jo Ann (ed.). **John Dewey: the later works, 1925-1953 (Volume 6: 1931-1932)**. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008. p. 3-21.

FERRAREZE FILHO, Paulo. **Curso de Psicologia do Direito**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da clínica**. Tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977.

GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. **Mediação de conflitos: teoria e prática**. Florianópolis: EModara, 2018.

HAACK, Susan. **Manifesto de uma moderada apaixonada: ensaios contra a moda irracionalista**. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Edições Loyola, 2011.

HELLINGER, Bert. **A fonte não precisa perguntar pelo caminho: um livro de consulta**. Tradução: Eloisa Giancoli Tironi Tsukuyko Jinno-Spelter. Belo Horizonte: Atman, 2005.

HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele Ten. **Constelações familiares: o reconhecimento das ordens do amor.** Tradução: Eloisa Giancoli Tironi Tsukuyko Jinno-Spelter. São Paulo: Cultrix, 2007.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. **Harvard Law Review**, v. 10, pp. 457-478, 1897.

IBRI, Ivo Assad. A formação de hábitos e a origem das leis na VII Conferência de Cambridge, de Ch. S. Peirce. **Veritas**, Porto Alegre, v. 60, n. 3, pp. 619-630, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

LACAN, Jacques. **Escritos.** Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

LINS, Ivan. **História do positivismo no Brasil.** 2. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1967.

LUHMANN, Niklas. **Social systems.** Stanford: Stanford University Press, 1995.

MACEDO, Mônica Medeiros Kother; FALCÃO, Carolina Neumann de Barros. A escuta na psicanálise e a psicanálise da escuta. **Psychê**, São Paulo, v. 9, n. 15, pp. 65-76, 2005.

MACHADO, Roberto. **Deleuze, a arte e a filosofia.** Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém.** Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica e filosofia: textos escolhidos de Charles Sanders Peirce.** São Paulo: Cultrix, 1972.

POGREBINSCHI, Thamy. A normatividade dos fatos, as consequências políticas das decisões judiciais e o pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (comentários à ADI 2240-7/BA). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 247, pp. 181-193, 2008.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: teoria social e política.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

SAFATLE, Vladimir. **Maneiras de transformar mundos: Lacan, política e emancipação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

SAFATLE, Vladimir. **O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

SAFATLE, Vladimir; DUNKER, Christian; SILVA JUNIOR, Nelson da (org.). **Patologias do social: arqueologias do sofrimento psíquico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2018.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA JUNIOR, Nelson da. “Pacto edípico, pacto social”: o Brasil da barbárie à desumanização em quarenta anos. **Revista Poder e Cultura**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, 2020.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do Direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

# BREVE ENSAIO SOBRE O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E DO PROCESSO

Lucas Soares de Oliveira<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O fenômeno da constitucionalização; 2.1 Introdução; 2.2 A constitucionalização como um fenômeno inarredável; 2.3 Como as coisas eram antes da constitucionalização do Direito?; 2.4 As causas do fenômeno da constitucionalização do Direito; 2.5 Os modos de manifestação da constitucionalização do Direito; 2.6 Constitucionalização do direito material; 2.6.1 Direito Civil; 2.6.2 Direito Administrativo; 2.6.3 Direito Penal; 2.6.4 Outros ramos; 2.7 Constitucionalização do processo; 2.8 Críticas ao fenômeno da constitucionalização do Direito; 3 Conclusão; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** Este trabalho analisa o fenômeno da constitucionalização do Direito e do processo. Para tanto, o ensaio aborda a constitucionalização como uma realidade inafastável; o contexto histórico-jurídico anterior ao fenômeno da constitucionalização; as causas do fenômeno da constitucionalização; os modos de manifestação da constitucionalização do Direito; a constitucionalização dos ramos do direito; e, por fim, as críticas ao fenômeno da constitucionalização. Se bem-sucedida, este trabalho fornecerá ferramentas para a boa análise crítico-construtiva da constitucionalização do Direito.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor coordenador na Pós-Graduação lato sensu de Direito Público da Universidade de São Paulo (USP) e Escola Nacional da Advocacia Pública (ESNAP). Professor Assistente no Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual Civil da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE). Professor convidado no Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito do Estado da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE). Procurador do Estado de São Paulo.



**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalização. Pós-positivismo jurídico. Supremacia da Constituição.

---

“*Ontem, os Códigos; hoje as Constituições*”

(Paulo Bonavides)

## 1. INTRODUÇÃO

A presente apresentação cuidará do fenômeno da constitucionalização do Direito e do processo. Para tanto, abordaremos: (i) a constitucionalização como uma realidade inafastável; (ii) o contexto histórico-jurídico anterior ao fenômeno da constitucionalização; (iii) as causas do fenômeno da constitucionalização; (iv) os modos de manifestação da constitucionalização do Direito; (v) a constitucionalização dos ramos do direito; e, por fim, (vi) as críticas ao fenômeno da constitucionalização. Se bem-sucedida, a apresentação fornecerá ferramentas para a boa análise crítico-construtiva da constitucionalização do Direito, em especial à luz da realidade brasileira.

## 2. O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

### 2.1 Introdução

Sabemos bem que as Constituições contemporâneas cumprem um papel central no ordenamento jurídico. A ideia antes propagada de que as Constituições seriam meras “cartas políticas”, hoje não encontra mais guarida.

Como destacado nas clássicas obras de Konrad Hesse<sup>2</sup> e Eduardo García de Enterría<sup>3</sup>, as Constituições têm, sim, *força normativa*. Funcionam, pois, como epicentro da ordem jurídica de dado Estado.

---

2 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

3 ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1984.

Não à toa, contemporaneamente, além de limitarem os poderes políticos, elas têm normatividade que incide diretamente sobre as relações sociais. De igual forma, seus preceitos e valores são bússolas para interpretação e aplicação de todo o Direito, ocasionando a releitura dos conceitos e institutos há muito solidificados nos mais variados ramos do ordenamento.

Com efeito, a Constituição deixa de ser vista como uma mera *norma normarum*, cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas, como queria Hans Kelsen<sup>4</sup>. Ela passa, portanto, a ser discernida como a encarnação dos valores superiores da comunidade sociopolítica, o que podemos chamar de supremacia formal e material da Constituição. Esses valores constitucionais devem irradiar e fertilizar todo o sistema jurídico<sup>5</sup>. Há, pois, aquilo que Paulo Ricardo Schier chamou de “filtragem constitucional”<sup>6</sup>.

## 2.2 A constitucionalização como um fenômeno inarredável

No Brasil contemporâneo, a constitucionalização do Direito é uma realidade indiscutível<sup>7</sup>. É difícil, atualmente, encontrar um processo judicial, qualquer que seja a área jurídica, em que dispositivos constitucionais não sejam invocados pelas partes e posteriormente utilizados na motivação da decisão judicial.

Isso ocorre não só nas grandes questões, mas também na resolução dos pequenos conflitos: em módicas reclamações trabalhistas, em demandas simplórias nos juizados especiais, em modestas ações previdenciárias etc.

4 KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 153.

5 Nesse sentido, adotando uma visão crítica à proposta de Kelsen, veja-se: SANCHÍS, Luis Prieto. Presupuestos ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. *In*: SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 21-100.

6 SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 104.

7 Sobre o tema, confira-se: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005; e SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *In*: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b, p. 167-205.

Também os livros de doutrina nas mais diversas áreas – Direito Civil, Penal, Tributário, Administrativo, Processual, Trabalhista etc. – têm de separar boa parte do seu conteúdo à discussão da Constituição, abordando a maneira como as normas constitucionais repercutem naquele ramo, sob pena de incorrerem em flagrante incompletude.

Até nos debates políticos, midiáticos ou nas reivindicações da sociedade civil, o discurso constitucional se faz presente, de uma forma ou de outra.

Assim, a Constituição invadiu novos domínios, tornando-se praticamente *ubíqua* em nosso Direito<sup>8</sup>. E esse fenômeno não ocorre só no Brasil. Pelo contrário, algo similar acontece ou aconteceu, em maior ou menor escala, em inúmeras nações. É, pois, um fenômeno globalmente incontornável.

### 2.3 Como as coisas eram antes da constitucionalização do Direito?

Em passado não tão distante, em especial nos países do sistema jurídico romano-germânico, concebia-se o Código Civil como a principal norma jurídica de uma comunidade.

De fato, a perspectiva oitocentista de Direito, fruto do ideal liberal-burguês do século XIX, levou alguns doutrinadores do porte de Francesco Santoro-Passarelli a classificarem o Direito Civil como “o direito comum que rege as relações entre os particulares”<sup>9</sup>. Tinha-se, assim, a ideia de que *o Código Civil era a Constituição do homem comum*.

Essa perspectiva clássica encampou, tal como advertiu Michele Giorgianni<sup>10</sup>, uma *summa divisio* entre Direito Privado e Direito Público,

---

8 Tratando do tema: SARMENTO, op. cit.

9 SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli: CEDEJ, 2012, p. 19.

10 Nesse sentido: “(...) ao lento declínio da concepção, própria da publicística do final do século XIX, da supremacia do Direito Público sobre o Direito Privado, a qual cede a formulações menos extremadas ou mais agnósticas, enquanto se fazem cada vez mais insistentes e menos tímidas as tentativas de reavaliação da autonomia privada. Nisto, aliás, se deveria perceber uma ulterior contradição com o afirmado clima de ‘publicização’ do Direito Privado, se não se tratasse de dois fenômenos que se movem sobe dois planos diversos, como vimos acima. Em particular, aquela reavaliação da autonomia privada constitui simplesmente uma manifestação de alinhamento à reação generalizada contra o positivismo normativista” (GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 35-55, jan. 1998, p. 41).

na qual se estancavam as disciplinas de Direito Público e Político de um lado; e as normas privadas de outro, como se uma verdadeira barreira existisse entre esses dois segmentos.

Ocorre que, hodiernamente, essa concepção caiu por terra. Não faz mais sentido essa visão hermética do Direito<sup>11</sup>. Há, hoje, a consciência de que o sistema jurídico não se ajusta às barreiras dogmáticas, de modo que se reconhece a existência de uma recíproca influência entre Direito Público e Privado.

Justamente na equalização dessas recíprocas influências, a Constituição assume papel metodológico e harmonizador, gozando de *superioridade formal, material e – também – sistêmica*<sup>12</sup>.

Como lembrou Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998: “Ontem os Códigos; hoje as Constituições”<sup>13</sup>.

De qualquer forma, dentro da perspectiva oitocentista de Direito, os Códigos Civis abarcavam os mais importantes princípios jurídicos, que plasmariam um suposto “direito natural racional”, alicerçado em valores do liberalismo burguês, como a proteção – praticamente – absoluta da propriedade privada e da autonomia da vontade na celebração de negócios jurídicos.

Todavia, ao longo dos séculos XX e XXI, com a intensificação da intervenção do Estado sobre as relações sociais, assistiu-se a um *fenômeno de inflação legislativa*, que levou à *crise* do paradigma de ordenamento jurídico, que tinha em seu centro o Código Civil. Foi a chamada “*Era da Descodificação*”<sup>14</sup>.

---

11 Ibidem.

12 Sobre o tema, vale ver: TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-22.

13 No mesmo sentido, Piero Perlingieri ensinava: “o papel unificador do sistema, tanto em seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional” (PERLINGIERI, Piero. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 6).

14 Nesse sentido, confira-se: IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979, passim; e GOMES, Orlando. A agonia do Código Civil. *Revista de direito comparado luso-brasileira*, Rio de Janeiro, ano IV, n. 7, p. 1-9, jul. 1988.

Dessa forma, com o tempo, a *Constituição foi substituindo o Código Civil*, convertendo-se na norma jurídica mais relevante do ordenamento, com o *papel de costurar e conferir unidade e harmonia axiológica à ordem jurídica*.

## 2.4 As causas do fenômeno da constitucionalização do Direito

O fenômeno da constitucionalização do Direito teve causas variadas.

Uma dessas causas foi a *ampliação das tarefas das Constituições*. Isso, pois a partir do advento do Estado Social, as Constituições deixaram de tratar apenas da organização do Estado e da garantia de direitos individuais, passando a disciplinar muitos outros temas, como a economia, a família, o meio ambiente etc<sup>15</sup>.

É possível dizer, assim, que as Constituições contemporâneas são hipertrofiadas em seus desígnios normativos – na expressão de Canotilho<sup>16</sup>, são Constituições dirigentes; na visão de Raul Machado Horta<sup>17</sup>, Constituições expansivas.

A segunda causa do fenômeno da constitucionalização do Direito foi a sedimentação da ideia, já trazida à baila nesta apresentação, de que *a Constituição é norma jurídica e não mera proclamação política*, o que se relaciona com a difusão e fortalecimento da jurisdição constitucional<sup>18</sup>.

Por fim, uma terceira causa geralmente apontada pela doutrina diz respeito ao surgimento de *uma cultura jurídica que passou a valorizar cada vez mais os princípios*, enxergando-os não apenas como mecanismos para integração de lacunas, mas, sim, como normas jurídicas revestidas

15 IRTI, op. cit.; GOMES, op. cit.

16 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Editora Coimbra, 1994, passim.

Vale anotar, no entanto, que, como lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho, posteriormente Canotilho reviu sua posição e passou a defender ideia de *Constituição aberta*, que funcionaria como uma “ordem-quadro”, e não como um código constitucional exaustivamente regulador (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42).

17 HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 177.

18 Nesse sentido, vale conferir: HESSE, op. cit.; ENTERRÍA, op. cit.; e STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 214.

de grande importância sistêmica, com aptidão para incidir diretamente nos casos concretos e dirigir a interpretação de regras mais específicas<sup>19</sup>.

## 2.5 Os modos de manifestação da constitucionalização do Direito

A constitucionalização do Direito envolve dois fenômenos distintos, que podemos chamar de “constitucionalização-inclusão” e de “constitucionalização-releitura” – ou, na terminologia de Louis Favoreau, respectivamente, “constitucionalização-elevação” e “constitucionalização-transformação”<sup>20</sup>.

A *constitucionalização-inclusão* consiste no tratamento pela Constituição de temas que antes eram disciplinados pela legislação ordinária ou mesmo ignorados. Na Constituição de 1988 este é um fenômeno generalizado, tendo em vista a inserção no texto constitucional de uma enorme variedade de assuntos – alguns deles desprovidos de maior relevância.

Já a *constitucionalização-releitura* se liga à infiltração dos valores constitucionais em todo o ordenamento. Trata-se de uma consequência da propensão dos princípios constitucionais de projetarem uma *eficácia irradiante*, passando a nortear a interpretação da totalidade da ordem jurídica.

Assim, os preceitos legais, os conceitos e institutos dos mais variados ramos do ordenamento, são postos em uma *filtragem constitucional*, isto é, passam a ser interpretados a partir da ótica constitucional, o que muitas vezes impõe significativas mudanças na sua compreensão e em suas aplicações concretas<sup>21</sup>.

19 Nesse sentido, vale conferir: FIGUEROA, Alfonso Jaime García. La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 165-166.

20 Sobre o tema, confira-se: FAVOREU, Louis. La constitutionalization du droit. In: DECOQ, André *et al.* *L'unité du droit: mélanges en hommage à Roland Drago*. Paris: Economica, 1996, p. 37; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 710.

21 SCHIER, op. cit., p. 104.

Uma das primeiras expressões da *eficácia irradiante dos princípios constitucionais* sobre a totalidade do ordenamento jurídico foi o caso Lüth, julgado pela Corte Constitucional alemã em 1958, considerado um marco no constitucionalismo germânico.

Tratava-se de discussão relativa à legalidade de um boicote contra um filme dirigido pelo cineasta Veit Harlan, notório colaborador do regime nazista, organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, em 1950.

A produtora e a distribuidora do filme se insurgiram contra o boicote e obtiveram decisão injuntiva da Justiça Estadual de Hamburgo, determinando a sua cessação, com base no art. 826 do Código Civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB), segundo o qual “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”.

Inconformado com o julgamento, Lüth interpôs queixa constitucional para o Tribunal Constitucional. A Corte acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que as cláusulas gerais do direito privado, como os “bons costumes” referidos no art. 826 do BGB, devem ser interpretadas de acordo com a ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais – como a liberdade de expressão –, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo.

Assim, naquele importante julgado, assentou-se que as cláusulas gerais do Direito Privado devem ser interpretadas de acordo com a ordem de valores contida na Constituição, em verdadeira *filtragem constitucional*.

## **2.6 Constitucionalização do direito material**

### **2.6.1 Direito Civil**

No Brasil, igualmente, a constitucionalização tem provocado a releitura dos institutos mais importantes e tradicionais do Direito Civil,

como a propriedade, a posse, o contrato, a família etc., de modo a torná-los compatíveis com os valores humanitários da Constituição<sup>22</sup>.

A rigor, se bem olharmos as coisas, no Brasil, os primeiros passos no reconhecimento da constitucionalização do Direito Civil devem ser creditados aos civilistas e não aos constitucionalistas, que só se interessaram pelo tema posteriormente.

Trata-se de um fenômeno incomum no Direito Comparado, em que, de um modo geral, os civilistas mantiveram-se refratários a uma influência maior da Constituição sobre os domínios da sua disciplina, preocupados, talvez, com a manutenção da “integridade” dos seus institutos tradicionais.

De todo modo, as consequências desse novo “olhar” constitucional sobre o Direito Civil envolvem o reconhecimento da chamada “*eficácia horizontal*” direta dos direitos fundamentais<sup>23</sup>. Ou seja, na aceitação de que alguns direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente às relações privadas, sem a necessidade da intervenção legislativa mediadora (vide RE 201.819/RJ<sup>24</sup> – Caso da União Brasileira de Compositores).

A nova ótica se traduz, ainda, nas tendências à *repersonalização* e à *despatrimonialização* deste ramo do ordenamento. Em outras palavras, trata-se de reconhecer, a partir dos princípios constitucionais, a prioridade dos valores existenciais sobre os valores meramente patrimoniais no âmbito jurídico-privado<sup>25</sup>.

22 Formou-se no país escola de “Direito Civil-Constitucional”, capitaneada por autores como Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Edson Fachin, que têm se dedicado à tarefa de revisitar a dogmática civilista a partir da ótica constitucional.

23 Vale ver, por todos: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a, passim; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 129-173.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 201819/RJ*. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Ministra Ellen Gracie e Ministro Gilmar Mendes, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1641534>. Acesso em: 16 mai. 2024.

25 SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 57.



### 2.6.2 Direito Administrativo

No Direito Administrativo, a constitucionalização tem provocado mudanças igualmente importantes em conceitos e institutos fundamentais<sup>26</sup>.

A ideia, antes sagrada, da *impossibilidade da impugnação judicial do mérito do ato administrativo*, vem cedendo espaço para o controle calcado em princípios, como a proporcionalidade, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência<sup>27</sup>.

A *noção de supremacia do interesse público sobre o particular* também tem perdido terreno, diante da valorização dos direitos fundamentais, concebidos como “trunfos” em face de interesses eventualmente majoritários<sup>28</sup>.

O próprio *princípio da legalidade administrativa*, segundo o qual o Estado só pode agir quando autorizado por lei, tem sido repensado em razão do reconhecimento da força normativa da Constituição. Afinal, se as normas constitucionais são, em regra, diretamente aplicáveis, independentemente de mediação legislativa, não faz muito sentido exigir que a Administração se abstenha de agir sob o pretexto da inércia do legislador<sup>29</sup>.

### 2.6.3 Direito Penal

No âmbito do Direito Penal, a constitucionalização tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas punitivas, bem como sobre a produção legislativa na matéria.

*Primeiro*, pois há previsão de um amplo catálogo de garantias no art. 5º da Constituição.

---

26 Nesse sentido, amplamente, veja-se: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, passim.

27 Ibidem, p. 39-42.

28 Destaque-se a seguinte obra coletiva: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

29 CYRINO, André. *Delegações legislativas, Regulamentos e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, passim.

*Segundo*, porque o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas (ex.: o racismo, a tortura etc.), assim como impede a criminalização de outras (ex.: as imunidades parlamentares).

*Terceiro*, a carga normativa e axiológica da Constituição impõe a própria filtragem das normas penais antes existentes, desaguando na própria inconstitucionalidade (abstrata ou concreta) de algumas figuras típicas legalmente previstas<sup>30</sup>.

#### 2.6.4 Outros ramos

Em rigor, as ideias gerais apresentadas para os ramos de direito material acima destacados são válidas para todos os outros ramos, aí incluídos o Direito do Trabalho, o Direito Comercial, o Direito Ambiental, o Direito Tributário e assim por diante.

### 2.7 Constitucionalização do processo

Também no âmbito do Direito Processual é muito comum a afirmação de que este ramo se constitucionalizou<sup>31</sup>. Com isso, quer-se afirmar que, muito além de um mero reforço externo à “reserva legislativa”, a imersão do Direito Processual (Civil, Penal, Trabalhista etc.) nos paradigmas constitucionais busca consagrar um verdadeiro *modelo constitucional de processo*, no qual se imponha ao processo – e à sua disciplina – condições mínimas de juridicidade e legitimidade democrática<sup>32</sup>.

Nessa quadra, as relações entre processo e Constituição são pautadas em recíprocas implicações, na medida em que se deve proceder ao preenchimento axiológico dos espaços deixados pelo abstracionismo de matiz pandectista, preenchendo-os com os valores constitucionais<sup>33</sup>.

30 Vale conferir, sobre a questão, o seguinte trabalho: BARROSO, op. cit.

31 Já tivemos a oportunidade de enfrentar *en passant* a questão no seguinte trabalho: OLIVEIRA, Lucas Soares de. O contraditório e o modelo constitucional de processo: explorando o direito à contradição na atualidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1007, ano 108, p. 281-306, set. 2019, p. 283-285.

32 Nesse sentido, confira-se: COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. In: *STUDI in onore di Luigi Montesano*. Padova: CEDAM, 1997, v. II, p. 92.

33 Já tivemos a oportunidade de enfrentar *en passant* a questão no seguinte trabalho: OLIVEIRA, Lucas Soares de, op. cit., p. 283-285.

O estudo do processo passa a se guiar pelas garantias constitucionais; pela equação entre processo e Constituição, na perspectiva dos direitos fundamentais; pela limitação ao poder arbitrário do Estado; pela adoção de uma metodologia interpretativa e concretizadora dos direitos fundamentais; e pela assunção de um corte racional-democrático de cariz cooperativo e participativo dentro do processo<sup>34</sup>.

## 2.8 Críticas ao fenômeno da constitucionalização do Direito

Sem embargo, de tudo o que foi dito até então, os excessos na constitucionalização do Direito são alvos de críticas importantes.

No que tange à *constitucionalização-inclusão*, pode-se questionar a legitimidade democrática do *entrenchamento constitucional* de decisões políticas conjunturais ou de interesses corporativos que conseguiram

---

34 A respeito do modelo constitucional de processo e sua configuração, vale consultar: ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, passim; Idem. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). **Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 199-225, passim; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1-15; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 41; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, passim; BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 45-47; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 37-40; ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 8-9, 47; CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, passim, dentre outros tantos autores.

Nesse mesmo sentido, o direito comparado é rico em lições: ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni**. Torino: Giappichelli, 1990, passim; COMOGLIO, op. cit., p. 92; CAPPELLETTI, Mauro. **Le garanzie costituzionale delle parti nel processo civile**. In: CAPPELLETTI, Mauro. **Giustizia e società**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 339-386; COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Depalma, 1976, p. 148-161; GUINCHARD, Serge. **Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile**. In: **LE JUGE entre deux millénaires: mélanges offerts à Pierre Drat**. Paris: Dalloz, 2000, p. 355-368; CADIET, Loïc. **La légalité procédurale en matière civile**. **Revista de Processo**, Brasília, v. 33, n. 161, p. 62-100, 2008; PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: J. M. Bosch, 1997, p. 17-38; FAVELA, José Ovalle. **Garantías constitucionales del proceso**. 3. ed. Ciudad de Mexico: Oxford University Press Mexico, 2007, p. 209-244, dentre outros.

prevalecer na arena constituinte<sup>35</sup>. Afinal, trata-se de restrições às deliberações da política majoritária, muitas vezes moralmente injustificáveis.

Mais ainda, uma consequência prática indesejável deste fenômeno é o aumento da frequência das emendas constitucionais<sup>36</sup>. Pois se a Constituição trata de tantos assuntos, é natural que a cada mudança no equilíbrio das forças políticas, ou a cada alteração social mais significativa, haja necessidade de se emendar a Constituição.

Por outro lado, esta “banalização” constitucional gera outro efeito colateral pernicioso<sup>37</sup>. Ela equipara temas tipicamente constitucionais, cujo tratamento deve realmente demandar um processo de deliberação mais complexo, com outros sem a mesma estatura, que deveriam ser decididos na esfera da política ordinária<sup>38</sup>.

Com isso, passa-se a exigir, para a simples implementação de programas de governo referendados nas eleições, o apoio de 3/5 dos integrantes de cada casa do Congresso. Tal dificuldade, muitas vezes, é equacionada da pior maneira possível, com barganhas não republicanas envolvendo o governo e parlamentares.

No que concerne à *constitucionalização-releitura*, é preciso avaliar até que ponto é legítimo, numa democracia, restringir a *liberdade de conformação do legislador* em nome da irradiação dos valores constitucionais, sobretudo diante da constatação de que o grande “agente” dessa irradiação é o juiz, que não é eleito<sup>39</sup>.

35 COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, competição e políticas públicas. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, v. 65, p. 95-135, mai./ago. 2005, passim.

36 MELO, Marcus André. Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia: mito e realidade. *In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara (org.). A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: UFMG, Humanitas, 2007, p. 237-265; ANCKAR, Dag. Constitutional Amendment – The Proposal Stage. *Beijing Law Review*, Pequim, v. 8, n. 1, pp. 41-54, 2017.

37 Para uma rica análise sobre a constitucionalização simbólica, que tende a desaguar na banalização da matéria constitucional, vale conferir: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, passim.

38 Já apontamos essa crítica no seguinte trabalho: OLIVEIRA, Lucas Soares de. Reforma da Previdência e desconstitucionalização. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 91/92, p. 3-16, jan./dez. 2020, p. 6 e 7.

39 Oferecendo uma resposta a essa crítica, veja-se: TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 491-520; e BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 47-120.

Ademais, o *elevado grau de indeterminação das normas empregadas no processo de “filtragem constitucional”* agrava esse problema. Isso porque, para a concretização de normas constitucionais dúcteis, serão necessários procedimentos hermenêuticos mais complexos, como ponderações e “interpretações construtivas”, nos quais o julgador terá participação mais ativa – e muitas vezes voluntarista – na definição do resultado<sup>40</sup>.

De qualquer forma, aqui, dois registros são imprescindíveis.

*Primeiro*, não se deve supor que seja possível extrair da Constituição, pela via hermenêutica, as respostas para todos os problemas jurídicos e sociais existentes.

Quem defende que tudo (ou quase tudo) já está decidido pela Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por consequência, a autonomia política ao povo para, em cada momento da sua história, realizar as suas próprias escolhas.

Se é verdade que constituições expansivas, como a brasileira, vão muito além de apenas estabelecer as “regras do jogo”, não é menos certo que um espaço mínimo para o jogo político deve ser preservado da avidez da jurisdição constitucional.

Dessa forma, o excesso de constitucionalização do Direito – a anabólica hipertrofia constitucional – pode ser algo antidemocrático.

*Segundo*, é fundamental que haja racionalidade e transparência na atuação jurisdicional que produz a irradiação dos princípios constitucionais.

As decisões judiciais devem ser racionalmente justificadas, de forma a demonstrar não só às partes do litígio, mas também ao público em geral, que o resultado alcançado é o mais adequado à ordem jurídica e às peculiaridades do caso<sup>41</sup>.

---

40 Analisando essa questão pelo ângulo do ativismo judicial: RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 453-459.

41 PERELMAN, Chaïm. La motivation des décisions de justice: essai de synthèse. *In*: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. *La motivation des décisions de justice*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1978, p. 413-426.

Quanto mais uma decisão envolver alguma margem de valoração do intérprete, maior deve ser o cuidado empregado na fundamentação. Em outros termos: *quão mais dúctil for a norma constitucional aplicada ao caso, maior o ônus argumentativo do julgador.*

Podemos, derradeiramente, dizer que a constitucionalização do Direito, é, no geral, um fenômeno positivo, que semeia por todo o ordenamento os valores emancipatórios contidos na Constituição. Porém, ela deve respeitar espaços mínimos de liberdade de conformação do legislador, derivados do princípio democrático, e ser realizada com rigor metodológico, tendo-se sempre presente a exigência de justificação pública das decisões judiciais.

### 3. CONCLUSÃO

Em conclusão, trata-se de fato incontestável que os princípios, as regras e os valores da Constituição estão mudando a fisionomia do ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa maneira, o reconhecimento da normatividade da Constituição e de sua superioridade (formal, material e sistêmica) exige o ajustamento de todo o ordenamento jurídico ao texto constitucional.

E há de ficar claro: a constitucionalização do Direito não significa tão-somente a colocação do texto constitucional no topo da hierarquia do ordenamento jurídico. Na verdade, ela é um processo dinâmico-interpretativo de releitura (ou melhor, transformação) do ordenamento jurídico, que passa a ser impregnado pelas normas constitucionais, numa verdadeira filtragem sistêmico-axiológica pela Constituição.

Esse processo, no entanto, não se dá sem riscos de erosão constitucional e deslegitimidade simbólica do texto maior, razão pela qual, seja na academia, seja na prática, a ideia de constitucionalização do Direito deve ser trabalhada com inteligência crítica, a fim de que não faça do remédio o veneno.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ANCKAR, Dag. Constitutional Amendment – The Proposal Stage. *Beijing Law Review*, Pequim, v. 8, n. 1, pp. 41-54, 2017.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni**. Torino: Giapichelli, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 201819/RJ**. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Ministra Ellen Gracie e Ministro Gilmar Mendes, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1641534>. Acesso em: 16 mai. 2024.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CADIET, Loïc. La légalité procedurale en matière civile. *Revista de Processo*, Brasília, v. 33, n. 161, p. 62-100, 2008.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. Le garanzie costituzionale delle parti nel processo civile. *In: CAPPELLETTI, Mauro. Giustizia e società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977. p. 339-386.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. *In: STUDI in onore di Luigi Montesano*. Padova: CEDAM, 1997, v. II. p. 92.

COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, competição e políticas públicas. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 65, p. 95-135, mai./ago. 2005.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Depalma, 1976.

CYRINO, André. **Delegações legislativas, Regulamentos e Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1984.

FAVOREU, Louis. La constitutionalization du droit. *In: DECOCQ, André et al. L'unité du droit: mélanges en hommage à Roland Drago*. Paris: Economica, 1996. p. 37.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIGUEROA, Alfonso Jaime García. La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo. *In: CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 35-55, jan. 1998.

GOMES, Orlando. A agonia do Código Civil. *Revista de direito comparado luso-brasileira*, Rio de Janeiro, ano IV, n. 7, p. 1-9, jul. 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GUINCHARD, Serge. Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile. *In: LE JUGE entre deux millénaires: mélanges offerts à Pierre Drai*. Paris: Dalloz, 2000. p. 355-368.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.



- IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1979.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MELO, Marcus André. Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia: mito e realidade. *In*: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara (org.). **A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: UFMG, Humanitas, 2007. p. 237-265.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *In*: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1-15.
- OLIVEIRA, Lucas Soares de. O contraditório e o modelo constitucional de processo: explorando o direito à contradição na atualidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 108, v. 1007, ano 108, p. 281-306, set. 2019.
- OLIVEIRA, Lucas Soares de. Reforma da Previdência e desconstitucionalização. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 91/92, p. 3-16, jan.-dez. 2020.
- OVALLE FAVELA, José. **Garantías constitucionales del proceso**. 3. ed. Ciudad de Mexico: Oxford University Press Mexico, 2007.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 119-192.
- PERELMAN, Chaïm. La motivation des décisions de justice: essai de synthèse. *In*: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice**. Bruxelles: Émile Bruylant, 1978. p. 413-426.
- PERLINGIERI, Piero. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANCHÍS, Luis Prieto. Presupuestos ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. *In*: SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 21-100.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Dottrine generali del diritto civile**. 9. ed. Napoli: CEDEJ, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 129-173.

SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *In*: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b. p. 167-205.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio da livre iniciativa. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 710.

STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la República Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1-22.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. *In*: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). **Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 199-225.