

O Estado Democrático e Social de Direito -  
uma visão crítica do papel da sociedade  
organizada no controle de constitucionalidade

Adriana Costa Teixeira de Carvalho

Brasília, abril de 2009.

## Índice

Introdução .....	02
Surgimento e consolidação dos direitos sociais .....	03
A interpretação constitucional .....	07
Histórico brasileiro .....	10
Os direitos sociais na Constituição Federal Brasileira de 1988 .....	12
Controle de constitucionalidade .....	15
Análise de casos práticos (criação e interpretação de normas legais) .....	21
Conclusões .....	24
Bibliografia .....	27

## **O Estado Democrático e Social de Direito – uma visão crítica do papel da sociedade organizada no controle de constitucionalidade**

### **Introdução**

O estudo a seguir tem como principal objetivo analisar os desafios do Estado Brasileiro frente à sua função de instituir e gerir políticas públicas voltadas à garantia do Estado Democrático de Direito, isto é, submetido a normas estabelecidas dentro do ordenamento jurídico, proporcionando o acesso democrático da população a essas políticas. Também será objeto de análise a forma como o controle das ações governamentais é exercido, de modo a garantir que estejam em plena conformidade com as leis vigentes, principalmente a Lei Maior.

Para tanto, serão utilizados exemplos práticos da vida cotidiana da sociedade brasileira, a fim de ilustrar situações em que o Direito deve ser interpretado à luz do ideal democrático, com vistas à preservação da sua função social.

Por fim, far-se-á uma crítica ao sistema de controle de constitucionalidade utilizado no Brasil, apontando suas possíveis falhas e propondo maneiras mais eficazes para que esse controle seja exercido, apresentando as razões que as justificam, dentre os quais, a participação efetiva da sociedade civil organizada, consciente e atuante na fiscalização da observância aos princípios fundamentais que norteiam o Estado Democrático e Social de Direito.

## **Surgimento e consolidação dos direitos sociais**

Da Revolução Francesa (1789), tomamos emprestados os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, que constituem o marco histórico dos direitos coletivos tal qual são entendidos hoje. Para entender melhor a evolução dos direitos sociais, é possível subdividi-los em três fases, isto é, para fins meramente didáticos: i) os direitos de primeira geração são os civis e políticos, que correspondem às liberdades clássicas, negativas ou formais e realçam o princípio da liberdade; ii) os direitos de segunda geração são os econômicos, sociais e culturais, que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas e acentuam o princípio da igualdade; iii) já os direitos de terceira geração têm titularidade coletiva, são atribuídos genericamente a todas as formações sociais e consagram o princípio da solidariedade, em reconhecimento dos direitos humanos.

Para se alcançar direitos sociais, é preciso primeiro passar pelos direitos fundamentais e pelos direitos civis. E, sem a existência de direitos fundamentais e civis plenamente exercidos, não há garantias reais à fruição dos direitos sociais. Isso porque a principal tarefa do Estado Democrático de Direito é garantir a efetividade do exercício pleno da cidadania e a preservação da dignidade da vida humana, reflexos inegáveis do exercício dos direitos fundamentais e civis de uma população.

*“O Estado Democrático de Direito caracteriza-se pela acolhida na Constituição de valores éticos supremos do Direito como fins últimos da convivência política”*<sup>1</sup> e, a partir daí, a sujeição ao ordenamento jurídico vigente, por meio de técnicas normativas adequadas da organização e do funcionamento do Estado e da vida social.

---

<sup>1</sup> Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto. A Garantia do Contraditório. In: Do Formalismo no Processo Civil, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

*“O Estado Democrático de Direito nasceu de uma tentativa de concretização material da reação contra o individualismo e o abstencionismo do Estado liberal, para possibilitar a justiça social”.*<sup>2</sup> Portanto, o Estado Democrático e Social de Direito pode ser entendido como a soma das liberdades conquistadas com o Estado liberal mais a busca pela justiça social.

Esse novo modelo também é chamado de Estado de Direito Constitucional e sua concepção surgiu a partir da crise de legalidade ocorrida durante o século XX, marcada pela percepção de que a função social do Estado consistente na distribuição da justiça, da saúde e da educação e o conceito tradicional de soberania estavam deixando de existir. Diante disso, conclui-se que o desafio do Estado moderno é concretizar a democracia, buscando a liberdade, a igualdade, a justiça material e a defesa dos direitos humanos.

Os conflitos sociais associados ao processo de industrialização das sociedades modernas impulsionaram o Estado a intervir e a instituir certas garantias na medida em que se ampliou o reconhecimento da incapacidade da esfera econômica para suprir, via mercado, um conjunto de necessidades consideradas socialmente relevantes. Segundo Castel<sup>3</sup>, a consolidação do Estado Social está diretamente relacionada ao reconhecimento, na esfera política, da ineficácia de outras formas de regulação sobre a questão social.

Por sua vez, a construção de sistemas estatais de proteção social é impulsionada por uma ampliação de demanda por igualdade e autonomia oriunda da afirmação da igualdade entre os indivíduos no contexto de organização política das sociedades modernas, seja para enfrentar problemas advindos da ampliação da

---

<sup>2</sup> Gomes, Luiz Flavio. Do Estado de Direito Legal ao Transnacional. Disponível em: <http://lfg.com.br>

<sup>3</sup> Castel, Robert. Les métamorphoses de la question sociale. Paris: Fayard, 1995.

participação, seja para dar retorno ao problema da baixa participação política e fraca institucionalização democrática<sup>4</sup>.

Nasce aí a visão da desigualdade como questão central, cujas implicações situam-se fora do campo econômico e requisitam a intervenção pública pela via de políticas de Estado. A cidadania, expandida tanto em termos políticos como em termos sociais, permitiu a construção de um novo paradigma para a organização da proteção social: os direitos sociais.

Conclui-se daí que uns dos maiores desafios políticos que o país tem de enfrentar para consolidar a democracia é construir instituições democráticas que reforcem a cidadania num contexto de extrema desigualdade sócio-econômica. Contudo, essa construção pressupõe uma avaliação sobre a percepção que os diversos agentes sociais têm com respeito ao processo de democratização e à promoção da cidadania.

Importante ressaltar que as demandas por proteção social e por igualdade organizam-se, contudo, de forma diferenciada em cada sociedade, e interagem em função de sua dinâmica econômica, social e da forma de organização e legitimação de seu sistema político.

Os direitos sociais, que surgiram para proteger os trabalhadores, oprimidos pelo sistema capitalista, alcançaram mais objetos e sujeitos ao longo do século XX, evoluindo da condição de direitos categoriais para direitos difusos, que protegem genericamente a sociedade em si mesma. Em oposição ao homem abstrato, livre, surge o homem operário, concreto. Assim, consagra-se o pensamento de que o desenvolvimento nacional é um meio para que a justiça social seja alcançada.

---

<sup>4</sup> Donzelot. L'invention du social. Paris: Seuil, 1994.

E um dos meios de viabilizar a justiça social é incorporar as aspirações e necessidades dos cidadãos nas políticas que eles querem implementar, além de estabelecer o debate entre Estado e sociedade civil sobre questões relativas à esfera pública. Isso abre a oportunidade de se propiciar esquemas de percepção, apreciação, aprendizagem e, por que não dizer, de reflexão social, que o indivíduo só adquire a partir da construção de estruturas cognitivas e avaliatórias que apenas são possíveis através da experiência durável de uma posição mais “estável”, ou menos desprivilegiada, no mundo social<sup>5</sup>.

Dessa maneira, pode-se afirmar que o direito incondicional (ou pleno) de cidadania social não exige nada do habitante de um país, para o gozo daqueles direitos, além do seu próprio pertencimento àquela comunidade nacional. Os únicos critérios de elegibilidade para qualquer pessoa acessar as políticas públicas são o pertencimento à nação e o reconhecimento estatal de sua cidadania, a partir da conquista de direitos civis (liberdade individual, direito à propriedade e direito à justiça), direitos sociais (bem-estar econômico e segurança) e direitos políticos (participação no exercício do poder político).

---

<sup>5</sup> Bourdieu, Pierre, Coisas Ditas: Espaço social e poder simbólico. S.Paulo: Brasiliense, 1987

## A interpretação constitucional

É de se observar que o Direito Constitucional, em constante evolução, demonstra que a Constituição muda a partir das exigências de um mundo dinâmico e complexo. “*Constituição não é somente texto e Direito não é apenas regra*”.<sup>6</sup> Texto é um sistema de significantes às quais atribuem-se valores, significados, que mudam de acordo com a sociedade que, por sua vez, também muda por meio das contradições e conflitos internos e externos. Logo, a sociedade, os valores, as significantes e os significados são mutáveis. Assim, a superação de um legalismo simplificador é exigência de nosso tempo.

Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho<sup>7</sup>:

"Interpretar as normas constitucionais significa (como toda a interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional. A interpretação jurídica constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição."

Nesse compasso, tem-se que a função do intérprete é precisamente tornar algo que é pouco familiar, distante e obscuro em algo real, próximo e inteligível.

Para tanto, há de ser levada em consideração, a importância do contexto na interpretação constitucional. É função da interpretação desvendar o

---

<sup>6</sup> Magalhães, José Luiz Quadros. Jurisdição Constitucional e Federalismo. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/38872>

<sup>7</sup> Canotilho, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra, Almedina, 1993.

sentido do texto constitucional; a interpretação é, assim, uma maneira pela qual o significado mais profundo do texto é revelado para além do seu conteúdo material.

Desse modo, o operador do Direito deve buscar a segurança jurídica possível diante do universo de compreensão que se abre. A criação de regras para tudo é ilusão que não gera segurança, mas sim injustiça e imobilismo autoritário. Assim, o sistema jurídico oferece maior segurança se for compreendido em sua dimensão histórica, sistêmica e teleológica. Nesse contexto, o Direito não pode ser resumido a regra, mas sim vinculado à história, ao caso concreto.

A Constituição, por sua vez, há de ser dinâmica, viva, em constante aperfeiçoamento diante da complexidade das sociedades contemporâneas, constituindo-se em verdadeira interpretação. É uma norma qualitativamente distinta das demais, porquanto incorpora o sistema de valores essenciais que há de constituir a ordem de convivência política e informar todo o ordenamento jurídico.

A interpretação constitucional deve sempre levar em conta a sociedade e o caso concreto em que se insere, de modo a não cair no positivismo vazio, gerando decisões injustas. Alguns princípios jurídicos e até mesmo dispositivos legais consideram aspectos fáticos e singulares do cotidiano, como, por exemplo, em Direito Penal, ao prever situações nas quais a intenção do autor é atenuante ou agravante para a penalização de determinada conduta.

Nesses casos, as circunstâncias presentes no momento da ação são fundamentais na definição do tipo penal a ser empregado. Esse critério decorre do princípio do devido processo legal em sua acepção substantiva, servindo, inclusive, como fundamento para anulação de decisões que desconsiderem a correspondência necessária entre a lesividade da conduta que se tenciona sancionar ou prevenir e a

intensidade da sanção aplicada; ou quando a pena poderia ter sido substituída por outra menos restritiva de direitos, permitindo atingir o mesmo fim.

É possível perceber contextos em que determinadas condutas são tidas como contravenções e outros em que o mesmo comportamento é plenamente aceitável pela comunidade local. O que difere as citadas situações são os costumes, as tradições e os valores das sociedades. Mesmo tendo como Lei Maior a mesma Constituição, é preciso que se conheça e se considere os hábitos e a história das pessoas envolvidas para que a interpretação legal não gere anomalias e insatisfações desnecessárias.

Assim, o que se procura é dar sentido à norma jurídica, não apenas quanto ao formalismo da letra da lei, mas a seu espírito, ou à identificação da intenção do legislador ao criar determinado enunciado.

Essa interpretação deve ser cautelosa e aplicada ao caso concreto com sensibilidade e responsabilidade. Daí a difícil tarefa do operador do direito, da autoridade judicial quanto à medida das conseqüências das decisões perpetradas, que não devem permitir a impunidade, justificando-a nos costumes locais, tampouco deve punir excessivamente por não considerar tais costumes.

O gestor público, por seu turno, deve ter o mesmo cuidado ao implementar políticas públicas, pois ao tentar garantir a igualdade de condições, pode incorrer na violação às tradições e ao modo de vida de determinada população. Isso quer dizer que essas pessoas não desejam gozar de isonomia perante outras comunidades, mas sim ver respeitados seus hábitos e os valores que lhes são caros. Portanto, garantir o direito dessa gente significa respeitar suas diferenças.

## **Histórico brasileiro**

Em princípio, é útil traçar uma linha histórica, a fim de identificar a origem do Estado Brasileiro em sua formação atual, suas tendências e sua atualidade.

O Brasil é um Estado Federado formado a partir de um Estado Unitário. A Constituição de 1891 construiu um modelo federal descentralizado, mas artificial, pois não houve a união de Estados soberanos e sim uma divisão do Estado único, o que explica a tradição centralizadora e autoritária que se busca abandonar para a construção de uma federação moderna e um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Assim, a CF/88, ao tratar da (não) intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, cita como princípios constitucionais a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático.

Aliás, na visão contemporânea predominante, a democracia se faz presente nas nações constituídas por Estados soberanos, que comportam um arcabouço normativo capaz de refletir com mais facilidade as especificidades de sua população local, principalmente em países de grandes dimensões geográficas, como é o caso do Brasil e dos Estados Unidos da América, por exemplo.

O Estado único, forte e centralizador tende ao autoritarismo, ao absolutismo e à forma ditatorial de imposição de normas e de políticas, a exemplo de países como Cuba e Venezuela.

Voltando ao caso brasileiro, a partir das primeiras décadas do século XX, a produção da riqueza nacional deixou de ser exclusivamente agrícola e passou a ser também industrial. Emerge, então, uma mudança na forma de compreender o valor do trabalho e na forma de perceber as massas trabalhadoras urbanas e suas

vulnerabilidades<sup>8</sup>.

Sob a hegemonia de um projeto de bem-estar baseado no desenvolvimento da produção econômica nacional e na ampliação do assalariamento, a proteção social às populações vulneráveis não incorporadas pelo trabalho assalariado continuaria, durante o período entre 1930 e 1980, orientada na forma de uma gestão filantrópica da pobreza, realizada predominantemente por instituições privadas que contavam com o apoio do financiamento público<sup>9</sup>.

O Sistema Brasileiro de Proteção Social organizou-se a partir da política social de cunho corporativo, organizada durante a década de 1930 e assentada nos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAP) e na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); na antiga tradição caritativa e filantrópica e voltada ao atendimento de certas situações de pobreza e, por último; nas políticas sociais assentadas na afirmação de direitos sociais da cidadania, consolidada na Constituição Federal de 1988.

Porém, a consolidação de um eixo de políticas públicas no campo da assistência social, ocorreu somente após a Constituição de 1988 que, após o período de extrema centralização e autoritarismo havido nas fases da ditadura, restaura a federação e a democracia, instituindo, em seu artigo 60, parágrafo 4º, a vedação a qualquer emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa de Estado. Desse modo, só são possíveis modificações nessa cláusula, se forem para acentuar a descentralização, nunca para retirá-la da Carta Maior.

---

<sup>8</sup> Gomes, Ângela Maria de Castro. A invenção do trabalhismo. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

<sup>9</sup> Mestriner, Maria Luiza. O estado entre a filantropia e a assistência social. São Paulo: Cortez, 2001.

## Os direitos sociais na Constituição Federal Brasileira de 1988

Os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal, disciplinando situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Conforme conceito de José Afonso da Silva, os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a “igualização” de situações sociais desiguais<sup>10</sup>.

A reconstrução da cidadania no final da década de 80 pressupunha a afirmação da igualdade de todos os cidadãos no que se refere à participação política face à qual se ancoraria a própria legitimidade do Estado (todavia, essa participação só se dá de forma eficiente se for organizada e bem orientada). Ao mesmo tempo, recuperavam-se os ideais universalistas como norteadores da ação pública no campo da proteção do cidadão, seja no âmbito dos direitos civis, seja no dos direitos sociais. Estruturada na afirmação da igualdade, “*a democracia pressupõe o reconhecimento do cidadão em si mesmo, independentemente de sua condição socioeconômica*”.<sup>11</sup>

Afinal, a participação popular é a soberania do povo em ação, sua expressão concreta; é o efetivo exercício do poder político pelo seu titular e, como tal, é inerente e indispensável à democracia contemporânea, permeando a essência do conceito de Estado Democrático de Direito, no qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (parágrafo único do art. 1º da CF/88).

---

<sup>10</sup> Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros, 1993.

<sup>11</sup> Jr., Cardoso, C, J & Jaccoud L. Políticas Sociais no Brasil: Organização, Abrangência e Tensões da Ação Estatal, Brasília, IPEA, 2005, Capítulo 5, p. 181-260. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/questaosocial/Cap\\_5.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/questaosocial/Cap_5.pdf)

De fato, a Constituição Brasileira de 1988 lançou as bases para uma expressiva alteração da intervenção social do Estado, alargando o arco dos direitos sociais e o campo da proteção social sob responsabilidade estatal, com impactos relevantes no que diz respeito ao desenho das políticas, à definição dos beneficiários e dos benefícios.

A Constituição de 1988 estabelece, no artigo 6º, que “*são direitos sociais: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados*”. Os direitos sociais valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias para auferir a igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

A Constituição de 1988 confirma o compromisso dos direitos individuais com os direitos sociais e dos direitos civis e políticos com os direitos sociais, econômicos e culturais, trazendo capítulo próprio para cuidar dos direitos sociais. E vai mais longe: cuida, também, dos direitos fundamentais de titularidade coletiva, passando, assim, por todas as gerações de direitos anteriormente mencionadas, cujo objetivo é tornar a compreensão do presente texto mais didática.

O Estado Social de Direito está voltado à construção da igualdade material por meio da efetividade de direitos sociais. Assim, o Estado Democrático e Social de Direito procura novos meios (participativos) para a busca de soluções capazes de assegurar proteção e efetividade aos direitos fundamentais, em especial os sociais, fazendo o povo protagonista desse processo.

No que diz respeito aos direitos sociais, é ampla a proteção que a Constituição lhes empresta, realizando o que Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>12</sup> registram:

“A individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstratos, fazendo intervir também o trabalhador (exatamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade”.

---

<sup>12</sup> *In*: Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional, Ed. Atlas, 5º ed., 1999.

## **Controle de constitucionalidade**

"A existência de mecanismos adequados de controle de constitucionalidade é condição fundamental para a supremacia constitucional e a segurança jurídica, essência do Estado de Direito", afirmam alguns constitucionalistas.

Todavia, numa visão mais crítica e comprometida com as políticas sociais (talvez um pouco idealizada), conclui-se que a tradição constitucional, a participação política, a estabilidade democrática, o grau de instrução, de organização e de participação da sociedade civil organizada na vida política do país, aliadas à inexistência de práticas de descumprimento da Constituição por parte do Parlamento e das autoridades judiciais é que conduzem ao Estado Democrático de Direito.

Diante da supremacia constitucional ideal, não há a necessidade de mecanismos de controle de constitucionalidade tão rígidos, pois em tal situação inexistem leis inconstitucionais a serem afastadas do ordenamento jurídico e de sua prática. Aliás, essa é a função do controle de constitucionalidade: afastar do ordenamento jurídico vigente, bem como de sua prática, leis inconstitucionais.

A jurisdição constitucional significa dizer o direito constitucional em todo momento, ou seja, promover leituras constitucionalmente adequadas do direito infraconstitucional. Isso significa fazer com que a coerência do sistema constitucional seja permanentemente mantida quando da elaboração e da interpretação da norma, juntamente com os mandamentos constitucionais, de maneira a construir uma decisão justa para o caso, levando em consideração toda a complexidade da vida em sociedade.

Para que esse controle seja realizado com clareza e imparcialidade, o

ideal é que ele seja exercido não por órgãos de alguma forma vinculados com a própria origem da norma, mas pela sociedade organizada, consciente e atuante. Essas organizações devem ser capazes de influenciar a configuração de arranjos institucionais e as condições de condução, implementação e de veto - por atores estatais, grupos de interesse ou movimentos sociais - as políticas governamentais que afetam as condições de saúde, educação, habitação, acesso à justiça, enfim, toda a gama de aspectos sociais que envolvem a sociedade.

Se a sociedade civil ficar inerte nesse papel de fiscalizadora, o fenômeno da judicialização da política, consistente na utilização do sistema judiciário para a aquisição de direitos, em razão de seu âmbito de intervenção tende a aumentar e atingir níveis comprometedores ao Estado Democrático e Social de Direito, ao inverter papéis, uma vez que o Judiciário, a quem deveria caber a fiscalização do exercício regular dos direitos (garantir os direitos dos cidadãos e, portanto, limitar cada Poder político, e assegurar a soberania popular), passa a criar direitos, o que é função da Lei.

Ao normatizar e fixar os limites e os direitos dos grupos organizados corporativamente, o Estado jurisdicizou as relações sociais, prejudicando o equilíbrio do sistema político. O que se nota é que “pode mais quem está melhor representado”. Nesse contexto, a limitação do espectro de ação de grupos organizados da sociedade, em contrapartida com o excesso de poder dado a grupos politicamente organizados compromete sobremaneira estabilidade da democracia aplicada.

Exemplo disso é o que o próprio Supremo Tribunal Federal já assentou:

“... embora não caiba, *prima facie*, ao Judiciário a formulação e implementação de políticas públicas, é possível interferir nelas se a Administração Pública comprometer a eficácia e a integridade dos direitos individuais e coletivos constitucionalmente consagrados”<sup>13</sup>.

Hodiernamente, após o advento da Constituição de 1988, a soberania deve ser entendida como uma instituição jurídica que, por seus fundamentos, pressupõe a intervenção direta do povo no regramento da conduta do Estado e na elaboração e aplicação de suas políticas básicas e de seu comprometimento com os direitos fundamentais. Os poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), atentando para o fato de que o poder que exercem emana, por delegação popular, do próprio povo, devem cuidar para que à população sejam assegurados o exercício dos direitos sociais e individuais, conforme ilação do preâmbulo da Carta Constitucional.

A efetivação dos direitos consubstanciados na Constituição depende da operacionalidade das instituições encarregadas do seu cumprimento, cabendo ao Poder Judiciário, na qualidade de último intérprete da Constituição - já que aqui prevalece o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade - exercer um papel proeminente.

O Brasil dispõe de um sistema misto complexo de controle de constitucionalidade, que combina variantes utilizadas em diversos sistemas jurídico-políticos no mundo. Há influência do controle difuso norte-americano, de mecanismos concentrados abstratos, há o controle político prévio exercido pelas

---

<sup>13</sup> ADPF 45/DF e RE 436.996/SP – Relator Ministro Celso de Mello.

Comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e pelo Presidente da República, e, por fim, o controle jurisdicional repressivo difuso ou concentrado. Mas esse controle não surte o efeito que deveria surtir, em toda a sua completude, haja vista as enormes violações a direitos constitucionalmente garantidos que se pode observar no cotidiano brasileiro, face às deficiências de implementação do referido controle jurisdicional.

A fim de melhor esclarecer o tema, vale partir da definição de que controle é a verificação, por um sujeito controlador, da adequação de um objeto controlado a um objeto que serve de paradigma. Aí está claro que o controle não é a adequação de um objeto a outro, que lhe é posto como paradigma; mas é a verificação dessa adequação. E é exatamente nesse ponto que reside o excesso, que o limite de atuação do Judiciário brasileiro (a quem cabe, como órgão controlador, o controle judicial da constitucionalidade das leis) é extrapolado.

Controle judicial de constitucionalidade é a verificação pelo Poder Judiciário da adequação das espécies normativas primárias aos requisitos formais e materiais estabelecidos pela Constituição, tendo como padrão de elaboração o processo legislativo da lei ordinária.

O controle da atuação da Administração Pública (sempre limitada ao que a Lei dispõe expressamente) deve ser exercido não pelo Poder Judiciário, mas pelos Tribunais de Contas. Ao Judiciário cabe o julgamento de casos concretos que envolvam demandas contenciosas entre a Administração Pública e o administrado, mas não a regulação da sua atuação.

Faz-se necessário, então, que o próprio Judiciário e seu limite de atuação sejam controlados. Dalmo Dallari<sup>14</sup>, por seu turno, afirma que o controle do

---

<sup>14</sup> Dallari, Dalmo de Abreu. O Poder dos Juízes. São Paulo: Saraiva, 2002

Judiciário pela sociedade e pela própria magistratura configura um dos requisitos do Estado Democrático de Direito, garantindo, ademais, a eliminação de ações e omissões que, ocultadas ou protegidas a pretexto da preservação da independência, impedem o órgão jurisdicional de ser um verdadeiro Poder democrático.

Porém, o controle do Judiciário pelo próprio Judiciário tende a ser menos eficaz do que seria se feito com a participação de órgãos desvinculados do mesmo Poder, ou seja, Comissões organizadas para esse fim que não estariam exercendo a função de julgar seus próprios atos, podendo, portanto, ser mais isentas e imparciais no controle do Judiciário, simplesmente por não fazer parte dele. Em outras palavras: pouco adianta um controle difuso com mecanismos concentrados.

A fim de ilustração do que foi dito acima, vale analisar o instituto do *due process of law* (devido processo legal), percebe-se que, segundo esse instituto jurídico, há um procedimento legal a ser observado e seguido, do qual se origina a disposição do inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal: “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*” e esse processo deve ser conduzido pela autoridade competente, nos termos do inciso LIII. O devido processo legal é princípio fundamental do direito processual moderno e pode ser identificado nos diversos ramos do direito processual e nos processos administrativos.

O devido processo legal é a mais ampla garantia constitucional da observância por parte do Poder Público dos direitos fundamentais, constituindo-se em um verdadeiro pilar do próprio Estado de Direito. Todavia, o que acontece, no mais das vezes, é que ocorrem inúmeras situações em que o devido processo legal não é respeitado, apesar de haver previsão constitucional expressa nesse sentido.

Em oportunidades como essa é que a sociedade organizada pode e deve acompanhar a interpretação e a aplicação das leis, a fim de evitar abusos de autoridade e desencontros entre a lei em tese e a sua prática, além de reprimir o arbítrio do Poder Público, garantindo ao indivíduo a observância das normas que sustentam o Estado, sobretudo os direitos e garantias fundamentais.

Importante registrar que não só os atos normativos devem ser controlados e não apenas perante a Constituição, mas todos os atos jurídicos podem e devem ser controlados por todos os sujeitos perante todo o ordenamento jurídico, cumprindo o que, em sua generalidade, cabe chamar de controle de juridicidade. Inserido nesse quadro geral, o controle de constitucionalidade é apenas uma especialidade: é a espécie mais eminente do controle de juridicidade, que, por sua vez, é a situação de estar um fato ou ato de acordo com o ordenamento jurídico. Assim, a constitucionalidade é a forma superior da juridicidade.

Verifica-se que, a bem da correção, coerência e coesão do ordenamento jurídico, hoje se controlam sempre mais e de várias formas não só a constitucionalidade, como também a legalidade e a regularidade dos atos jurídicos.

E a maneira mais auspiciosa de se exercer esse controle é criar mecanismos para que a sociedade civil organizada esteja presente nas relações sociais, seja pela deficiência do Estado em atingir os setores da sociedade em sua totalidade, seja pelo espírito de comunidade e ajuda mútua, pela mobilização da sociedade em torno de problemas comuns, ou pelo empreendedorismo social de seus representantes.

## **Análise de casos práticos (criação e interpretação de normas legais)**

A Constituição, como norma geral que deve nortear todo o ordenamento jurídico do país, prevê princípios (em seu artigo 37) a serem obedecidos por qualquer norma infraconstitucional que venha a ser publicada. Tais princípios são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A partir de tal dispositivo, a Lei n. 9.784/99 (Lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) introduziu outros princípios tendentes a garantir maior exequibilidade àqueles constantes do texto constitucional. São eles: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

A introdução desses princípios na Lei que rege todo e qualquer processo administrativo não foi aleatória. Ela se coaduna com a interpretação do texto da Constituição e da intenção do legislador ao criar as normas constitucionais. Esse é um bom exemplo da constitucionalidade da lei, da adequação da norma infraconstitucional ao texto constitucional e da maneira como toda norma deve ser criada. A Lei do Processo Administrativo se sobressai pela previsão expressa da necessidade de observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, critério originado do chamado princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, pelo qual se busca coibir excessos desarrazoados, compatibilizando os meios e os fins da atuação administrativa.

Outro exemplo bastante prático, desta vez para ilustrar a necessidade de interpretar o texto constitucional à luz do contexto em que se insere a situação real para a qual a decisão produzirá efeitos é o previsto no inciso II do artigo 37 da CF/88, que dispõe que a investidura em cargo ou emprego público depende de

aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. Em decorrência dessa previsão há atualmente inúmeras ações civis públicas movidas pelo Ministério Público Federal em vários Estados com o objetivo de substituir pessoal terceirizado nos Hospitais Universitários em todo o país por servidores concursados.

Sob o ponto de vista estritamente legalista, tais ações judiciais teriam como foco a correção de uma ilegalidade, uma vez que os profissionais de saúde que atuam nos referidos hospitais não foram aprovados em concurso público para os cargos que exercem e, portanto, não poderiam ser investidos em cargos ou empregos públicos, salvo os casos de nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Contudo, é de importância crucial que seja analisada a situação fática, qual seja: a inexistência de profissionais concursados lotados nas respectivas unidades; o tempo gasto para a autorização, realização e homologação de concurso público, além da posse e entrada em exercício efetivo dos novos servidores, em relação à demanda das comunidades que precisam de atendimento médico imediato e urgente; as pessoas que já se encontram em atendimento nas referidas unidades e que teriam seu tratamento interrompido; a reposição de pessoal, considerando as aposentadorias, os desligamentos voluntários, as demissões e transferências; a existência ou não de outros hospitais próximos equipados para atender à demanda excessiva gerada pela paralisação das atividades de atendimento ao público nos hospitais universitários causada pela demissão dos terceirizados, realização de concursos públicos e futura e eventual contratação de novos servidores, porque há a possibilidade de não serem aprovados bastantes candidatos para suprir o número de vagas oferecido.

Ademais, há que ser lembrado o fato de que os profissionais não aprovados em concurso público em atividade não o são, ainda assim, em quantidade suficiente para atender às populações locais. Dessa forma, mesmo que sejam todos substituídos, ainda haverá uma enorme deficiência no quantitativo de profissionais para o atendimento ao público necessitado.

Desse modo, é preciso que haja concurso não somente visando à substituição de servidores não aprovados em concurso público, com o fim de obedecer a um preceito constitucional puro e simples, mas sim que haja contratação de servidores em número tal que os hospitais possam cumprir seu papel de unidade de saúde nas comunidades onde se localizam. Isso porque os hospitais universitários, na maioria das cidades, não servem apenas ao fim de pesquisa, estudo e formação de profissionais, mas cumprem papel fundamental no atendimento à população local, por meio do Sistema Único de Saúde, chegando, em alguns Municípios, a ser a única opção para a população carente e disso não se pode olvidar a autoridade judicial ao decidir em casos semelhantes.

Diante de tais circunstâncias, a obediência a um dispositivo constitucional torna-se menor diante do fim maior que é o cumprimento do dever social que a interpretação da norma deve gerar. Assim, cabe à autoridade competente para decidir tais ações coadunar sua decisão com a situação fática local, de modo a cumprir as determinações legais e constitucionais sem esquecer que as mesmas foram elaboradas com o objetivo de tornar o Estado mais justo, solidário e humano e que sua interpretação deve atender ao interesse comum e não somente a um texto vazio, em descompasso com a realidade social, uma vez que a função do Estado é promover políticas públicas que comportem a garantia dos direitos sociais de seu povo.

## **Conclusões**

Considerando o estudo do caso acima é possível perceber que uma regra constitucional que aparentemente tem a intenção de permitir que todos, sem distinção, tenham acesso a cargos ou empregos públicos, por outro lado, pode gerar, a partir de sua aplicação ou sua interpretação, enormes problemas sociais, negando o acesso à saúde das populações mais necessitadas.

Isso significa que a interpretação legal deve sempre ter em conta a realidade da sociedade na qual está inserida. Isto é: a mesma disposição, cuja função é democratizar o acesso a cargos e empregos públicos, pode, diante de sua interpretação, impossibilitar o acesso ao sistema público de saúde, em dado contexto, como consequência.

Uma lei, em abstrato constitucional, pode ter uma interpretação inconstitucional diante do caso concreto, ou seja, uma lei constitucional pode receber uma interpretação inadequada ou contra a constituição quando confrontada com a complexidade da história, ou seja, da interpretação do caso concreto.

Portanto, a análise fática precisa permear a tomada de decisão. As consequências não de ser avaliadas. O impacto deve ser o menos traumático possível, para que a democracia seja exercida de verdade, desde que todos os cidadãos estejam em igualdade de condições, pois o ideal da democracia moderna é que os iguais sejam tratados igualmente e os desiguais, desigualmente (na medida de suas desigualdades). Ou seja, a lei não pode produzir os mesmos efeitos para ambos se isso ocasionar distorções e injustiças.

Em tempos de pós-positivismo, busca-se uma forma mais justa do que a simples legalidade formal, de modo que as leis sejam elaboradas e aplicadas com respeito às liberdades individuais e coletivas. Nesse escopo, os princípios no

ordenamento jurídico são vistos como concretizadores da justiça e fundamento da legitimidade dos atos estatais limitadores da liberdade.

O mérito do ato normativo deve ser avaliado de forma subjetiva, indo muito além do controle objetivo de legalidade, impondo um controle subjetivo dos atos administrativos e legislativos, de modo a restringir a liberdade de conformação do legislador e do administrador, pois não se concebe o Direito a não ser em função da sociedade. E, nesse sentido, o Estado Social (que supera o Estado Liberal) reconcilia o Direito com sua autêntica função: a social. Por conseguinte, o Direito só aparece com a vida em sociedade.

No controle e na fiscalização da interpretação, da aplicação dessas regras é que devem atuar as organizações sociais. De nada adianta a existência de limites materiais, circunstanciais, temporais e formais que marcam a rigidez constitucional se não há meio de controle eficaz que permita o afastamento do ordenamento jurídico e da vida das pessoas, dos atos e leis que contrariam esses limites.

A melhor maneira de tratar essas questões é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados, participando no processo legislativo, na formulação e na execução de políticas ou, em última instância, por meio do Poder Judiciário.

Os cidadãos podem estar reunidos em torno de associações, entidades filantrópicas, organizações não governamentais, organizações da sociedade civil de interesse público, sindicatos, confederações, federações, uniões ou qualquer outro modo de associação. O importante é que seja atuante, consciente e eficaz, trazendo resultados práticos e relevantes à preservação dos direitos sociais de titularidade coletiva.

Nesse contexto se insere a Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (CSPB), que, como entidade sindical, representante da categoria profissional dos servidores públicos civis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nos níveis Federal, Estadual e Municipal, tem a capacidade de fazê-lo perante as autoridades administrativas e judiciárias.

Portanto, ao defender os interesses gerais da categoria profissional dos servidores públicos civis brasileiros, representados pelas federações sindicais de servidores públicos, inclusive para impetrar mandado de segurança coletivo, Ação Direta de Inconstitucionalidade, objetivando a defesa destes interesses e outras ações jurídicas que a legislação vigente permitir, exerce o controle de constitucionalidade das leis, transfigurando-se em agente transformador e fiscalizador da estabilidade do Estado Democrático e Social de Direito.

## BIBLIOGRAFIA

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A Garantia do Contraditório. In: Do Formalismo no Processo Civil, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROS, Sérgio Resende de. Noções sobre Controle de Constitucionalidade. Disponível em: <http://www.academus.pro.br/professor/ivanclementino>

BOURDIEU, Pierre, Coisas Ditas: Espaço social e poder simbólico. S.Paulo: Brasiliense, 1987

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra, Almedina, 1993.

CASTEL, Robert. Les métamorphoses de la question sociale. Paris: Fayard, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Poder dos Juízes. São Paulo: Saraiva, 2002.

DONZELOT. L'invention du social. Paris: Seuil, 1994.

GOMES, Luiz Flavio. Do Estado de Direito Legal ao Transnacional. Disponível em: <http://lfg.com.br>

GOMES, Ângela Maria de Castro. A Invenção do Trabalhismo. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

JR, CARDOSO, C, J & JACCOUD L. Políticas Sociais no Brasil: Organização, Abrangência e Tensões da Ação Estatal, Brasília, IPEA, 2005, Capítulo 5, p. 181-260. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/questaosocial.pdf>

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Jurisdição Constitucional e Federalismo. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/38872>

MESTRINER, Maria Luiza. O Estado entre a filantropia e a assistência social. São

Paulo: Cortez, 2001.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros Editores, 1993.