

BREVE ESTUDO DAS TEORIAS DOS PRINCÍPIOS: Dignidade da pessoa humana. Da justiça social. Da não discriminação. Da equidade. Da proporcionalidade ou razoabilidade. Da impessoalidade e moralidade. Direitos humanos na administração da justiça - Proteção da Vítima. E, outros...

1 - Teoria Geral dos Princípios

Carem Barbosa de Castro

Resumo: Este artigo tratará sobre os princípios norteadores do Direito do Trabalho.

Sabemos que os princípios são dotados de uma força normativa, que dão sentido as normas, suprem as lacunas existentes e orientam quanto a aplicação e interpretação das mesmas. Aqui falaremos sobre conceito diferenças entre princípios, normas, bem como a funções dos princípios e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico. Alguns princípios encontram-se de forma implícita na lei. Outros por não serem tão relevantes são meramente doutrinários. Fazem uso dos princípios os aplicadores do direito em geral em especial podemos encontrá-los nas decisões jurisprudenciais servindo como elemento norteador de muitas decisões. Nesse sentido a teoria geral dos princípios trás a tona a importância desses em nosso ordenamento jurídico.

O que são princípios?

“Um princípio é o fundamento de uma norma jurídica, são as vigas do direito que não estão definidas em nenhum diploma legal.

Miguel Reale aduz que "princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis".^[1]

É possível concluir que o princípio inspira a criação da norma, ou seja, tem a função de instruir o legislador ou outro agente sobre os seus motivos.

O doutrinador Mauricio Godinho Delgado refere que “princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das

peças e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade”. [2]

Na escada da construção de uma nova regulamentação, o princípio será sempre o primeiro degrau, passo ao qual devem seguir-se outros. Ele é muito mais que uma simples regra, além de estabelecer certas limitações, fornece diretrizes que embasam uma ciência e visam à sua correta compreensão e interpretação.

A violação de um princípio é mais gravosa do que a violação de uma regra, tendo em vista que ofende não só um mandamento obrigatório, mas a todo um sistema.

Princípios informam, orientam e inspiram regras gerais. Devem ser observados quando a criação da norma, na sua interpretação e na sua aplicação. Sistematizam e dão origem a institutos.

Na ciência princípios trazem a ideia de proposições ideais, fundamentais, construídas a partir de uma certa realidade, e que buscam a compreensão dessa realidade.[3]

Para Miguel Reale os princípios podem ser discriminados em três grandes categorias[4]:

- a) *“princípios omnivalentes, quando são válidos para todas as formas de saber, como é o caso dos princípios de identidade e de razão suficiente;*
- b) *princípios plurivalentes, quando aplicáveis a vários campos de conhecimento, como se dá com o princípio de causalidade, essencial às ciências naturais, mas não extensivo a todos os campos do conhecimento;*
- c) *princípios monovalentes, que só valem no âmbito de determinada ciência, como é o caso dos princípios gerais de direito.”*

No mesmo esteio o doutrinador ainda disserta sobre a amplitude da função integradora dos princípios:

“A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.

Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa Constituição sobre os princípios de isonomia (igualdade de todos perante a lei), de irretroatividade da lei para a proteção dos direitos adquiridos, etc.” [5]

Humberto Ávila[6] trás a tona a definição de princípios como normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização.

Os princípios gerais de Direito não são preceitos de ordem moral ou econômica, mas sim esquemas que se inserem na experiência jurídica, convertendo-se, desse modo, em elementos componentes do Direito. Os princípios se inserem em nosso ordenamento jurídico através do processo legislativo, mas também com frequência através da atividade jurisdicional e na formação dos precedentes judiciais, bem como através dos usos e costumes e da prática dos atos negociais[7].

Com relação ao problema da hierarquia entre os princípios, a doutrina apresenta duas possibilidades de resposta: a existência de uma “ordem estrita” de hierarquia entre princípios e a defesa de uma “ordem hábil”.

Nesse sentido o doutrinador Alexy, aduz:

“(...) no es posible una orden que conduzca em cada caso precisamente a um resultado - a tal orden habría que llamarlo “orden estricto”. Una orden estricto solamente será posible si el peso de los valores e de los principios y sus intensidades de realización fueran expresables em una escala numérica, de manera calculable (...)” [8]

Não é possível se falar em hierarquia in abstracto entre princípios, o princípio que prevalecerá em uma situação poderá ceder lugar, em outro contexto e em outra situação, para o mesmo princípio que foi superado no caso anterior. Tal situação também é explicada por Alexy:

“(...) o que sucede é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferentes pesos e que prevalece o princípios com maior peso”. [9]

Todas as colisões entre princípios fundamentais vão se resolver no caso concreto, na análise específica do caso.

Acerca do problema dos conflitos de princípios Miguel Reale levanta as seguintes considerações sobre o conflito entre princípios de Direito Natural e os do Direito Positivo pátrio ou comparado, vejamos:

“(...) É o problema da “resistência às leis injustas”, ou da não obediência ao que é “legal”, mas não é “justo”. Na prática, a questão se resolve, ou se ameniza, através de processos interpretativos, graças aos quais a regra jurídica “injusta” vai perdendo as suas arestas agressivas, por sua correlação com as demais normas, no sentido global do ordenamento” [10].

A precedência de um princípio sobre o outro é condicionada às circunstâncias do caso concreto, as quais darão o peso de cada princípio em jogo, tudo decorrendo da tese impressa linhas atrás de que a norma princípio comporta aplicação modular, flexível, variável conforme a hipótese [11].

Diferença entre princípio e regras

Normas são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos, nesse sentido Humberto Ávila dispõe:

“Em alguns casos há norma, mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico.

Em outros casos há dispositivos, mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma”. [12]

A doutrina trás diversos exemplos sobre o tema, um deles é a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: o Supremo Tribunal Federal, ao proceder ao exame de constitucionalidade das normas investiga os vários sentidos que compõem o significado de determinado dispositivo, declarando, sem mexer no texto, a inconstitucionalidade daqueles que são incompatíveis com a Constituição Federal. O

dispositivo fica mantido, mas as normas construídas a partir dele, e que são incompatíveis com a Constituição Federal, são declaradas nulas. Então há dispositivo a partir dos quais se pode construir mais de uma norma. [13]

Se as regras diferem dos princípios ou se eles se assemelham tanto a ponto de não se distinguirem é algo a cujo consenso a doutrina não chegou. De um modo geral, e com segurança, pode-se pelo menos afirmar que prevalece a ideia de que ambos são manifestações normativas. Que as regras e os princípios, portanto, tem força cogente, é algo por assim dizer fora da controvérsia nos dias atuais. [14]

Sobre tal assertiva Ricardo Tenório Cavalcante refere:

“É desvalioso dizer que nem sempre foi assim. Os princípios eram vistos como meras intenções metajurídicas, que não vincularam e nem poderiam fazê-lo pelo seu alto grau de generalidade. A parte de um corpo constitucional ou legislativo que contivesse apenas princípios era tida como uma espécie de carta de intenções, ao lado das regras que efetivamente valiam” [15].

A norma é prescrição objetiva e obrigatória por meio da qual organiza-se ou impõem-se condutas. Também não deixa a norma de ser prescrição de vontade impositiva para estabelecer disciplina a respeito de uma conduta dirigida ao ser humano.

O conceito de norma não é, contudo, pacífico. A norma tem um sentido de orientação, de regular conduta, tendo caráter imperativo (de superioridade, que mostra que ordena e quem recebe a ordem, que pode envolver obrigação ou proibição).

As normas são classificadas, segundo Miguel Reale, em: de conduta ou de organização. As de conduta pretendem disciplinar o comportamento das pessoas. As de organização têm caráter instrumental, visando a estrutura e ao funcionamento de órgãos ou à disciplina de processo técnicos de identificação e aplicação de normas, a fim de assegurar uma convivência juridicamente ordenada. As normas, geralmente, tem sanção por seu descumprimento, porém há normas imperativas, por exemplo, que não tem sanção [16].

Em determinado sistema jurídico, não se encontram apenas normas, mas também princípios, que podem estar ou não positivados, isto é, previstos na legislação.

Humberto Ávila [17] disserta sobre os critérios de distinção entre princípios e regras:

- a) *“Critério do “caráter hipotético-condicional” é relevante na medida em que permite verificar que as regras possuem um elemento frontalmente descritivo, ao passo que os princípios apenas estabelecem uma diretriz. Esse critério não é portanto, infenso a críticas.*
- b) *Critério do “modo final de aplicação”, embora tenha chamado atenção para aspectos importantes das normas jurídicas, pode ser parcialmente reformulado.*
- c) *Critério do “conflito normativo” também se constitui em um passo decisivo no aprimoramento do estudo das espécies normativas. Apesar disso, é preciso aperfeiçoá-lo. Isso porque não é apropriado afirmar que “a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso.”*

Têm os princípios grau de abstração muito maior do que o da norma. São as normas gerais, visando ser aplicada para um numero indeterminado de atos e fatos, que

são específicos. Não são editadas para uma situação específica. Os princípios servem para uma série indefinidamente de aplicações.

Trazem os princípios estimacões objetivas, éticas, sociais, podendo ser positivados. Exemplo no Direito do Trabalho seria o princípio da irredutibilidade salarial, que não era expresso em nosso ordenamento jurídico e hoje está explicitado no inciso VI do artigo 7º da Constituição da Republica. Os princípios em forma de norma jurídica são, entretanto, regras, pois estão positivados, mas não deixam também de ser princípios, como ocorre com o princípio da irredutibilidade salarial.

Eros Grau aduz que os princípios também são normas. As normas compreendem um gênero do qual são espécies, as regras e os princípios. Além disso, como não há, concretamente, o direito, senão os direitos, devo reiterar: esses princípios gerais do direito realizam-se, concretamente, no bojo de cada direito, como princípios gerais do (deste) direito.

Sobre a proposta conceitual das regras e dos princípios, o doutrinador Humberto Ávila assevera[18]:

“As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisa a ser promovida e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” [19].

Ainda, é possível encontrar em parte da doutrina mais moderna, pensadores que referem que não haveria razão para distinguir regras de princípios, tendo em vista as inúmeras semelhanças entre ambos.

Nessa esteira Klaus Gunther, estabelece que a diferença entre regras e princípios esta restrita a forjada no plano da aplicação, não sendo de cunho conceitual, e assim não se justificando:

“A distinção entre princípios e regras não é uma distinção do conceito de norma, mas das condições da ação, sob as quais as normas são aplicadas. Esse fato, porém, não exclui que cada norma, per se, possa ser aplicada de tal modo que todos os sinais característicos efetivos e normativos de uma situação sejam examinados. Provavelmente, esse será um desenvolvimento inevitável em sociedade complexas, justamente no caso daquelas normas que, no âmbito do possível, aparentemente constituem “declarações” definitivas.” [20]

Na contra mão desse entendimento outro seguimento de estudiosos enxergam uma diferença entre princípios e regras, mais forte para uns e menos para outros, Ricardo Tenório Cavalcante elucida o assunto:

“Seria uma fronteira débil” para Esser, Bobbio, Larenz e Canaris. Essa vertente divisa uma diferença não de qualidade, mas de grau ou quantidade entre as regras e os princípios, e ainda assim sem contornos bem definidos, sendo o que ocorre, por exemplo, quando se afirma que os princípios são mais gerais que as regras, nada impedindo, contudo, encontrarem-se regras gerais.

E finalmente haveria, para outros, uma forte demarcação conceitual entre as regras e princípios. Aqui são destaque Ronald Dworkin e Robert Alexy, e mais recentemente Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero” [21].

Os princípios e as normas são razões de juízo concreto do dever-ser. Princípios são standards jurídicos. São gerais. As normas são atinentes, geralmente, a uma matéria.

Norma jurídica é gênero englobando como espécie regras e princípios. Princípios são normas jurídicas.

A função e a aplicação dos princípios no ordenamento jurídico

Os princípios no ordenamento jurídico têm diversas funções, é possível destacar as com funções de maior relevância.

A função informadora serve de inspiração ou orientação ao legislador, dando base à criação de preceitos legais, fundamentando as normas jurídicas e servindo de sustentáculo para o ordenamento jurídico. São descrições informativas que irão inspirar o legislador. Num segundo momento, os princípios informadores servirão também de auxílio ao intérprete da norma jurídica positivada.

Atua a função normativa como fonte supletiva, nas lacunas ou omissões da lei, quando inexitem outras normas jurídicas que possam ser utilizadas pelo interprete. Irão atuar em casos concretos em que inexista uma disposição específica para disciplinar determinada situação. Nesse caso, são utilizados como regra de integração da norma jurídica, preenchendo as lacunas existentes no ordenamento jurídico, completando-a, inteirando-a. Seria também uma espécie de função integrativa, como instrumentos de integração das normas jurídicas, como ocorre, por exemplo, nas lacunas.

A interpretação de certa norma jurídica também deve ser feita de acordo com os princípios. Irá a função interpretativa servir de critério orientador para os interpretes e aplicadores da lei. Será uma forma de auxílio na interpretação da norma jurídica e também em sua exata compreensão. De modo geral, qualquer princípio acaba cumprindo também uma função interpretativa da norma jurídica, podendo servir como fonte subsidiária do interprete para a solução de um caso concreto.

Têm ainda os princípios função construtora. Indicam a construção do ordenamento jurídico, os caminhos que devem ser seguidos pelas normas.

Evidencia-se, pois, o caráter informador dos princípios, de orientar o legislador na fundamentação das normas jurídicas, assim como o de fonte normativa, para suprir lacunas ou omissões da lei.

Sobre a função e graduação dos princípios gerais do direito Miguel Reale dispõe brilhantemente o seguinte:

“Ao estudarmos os processos de aplicação e integração do Direito, já vimos que a analogia, em essência, consiste no preenchimento da lacuna verificada na lei, graças a um raciocínio fundado em razões de similitude, ou seja, na correspondência entre certas notas características do caso regulado e as daquele que não o é.

Ora, o apelo à analogia não impede que recorramos, concomitantemente, aos costumes e aos princípios gerais mesmo porque todo o raciocínio analógico pressupõe a apontada correspondência entre duas modalidades do real postas em confronto (analogia entis) e conduz naturalmente ao plano dos princípios. Quando mais não seja,

estes reforçam as aduzidas razões de similitude e dão objetividade à sempre delicada aplicação do processo analógico.” [\[22\]](#)

O artigo 8º da CLT autoriza o intérprete a utilizar-se da analogia, da equidade, dos princípios gerais de Direito, principalmente do Direito do Trabalho, dos usos e costumes, na falta de disposições legais ou contratuais específicas, porém desde que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

O artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) permite ao juiz, quando a lei for omissa, decidir o caso concreto que lhe foi submetido de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. O artigo 126 do CPC dispõe que o juiz não se exima de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Em nosso sistema, os princípios não têm função retificadora ou corretiva da lei, pois só são aplicáveis em caso de lacuna da lei. A finalidade dos princípios é de integração da lei. Se há norma legal, convencional ou contratual, os princípios não são aplicáveis.

Os princípios serão o ultimo elo a que o intérprete irá se socorrer para a solução do caso que lhe foi apresentado. São, portanto, os princípios especiais fontes secundárias para aplicação da norma jurídica, sendo fundamentais na elaboração das leis e na aplicação do direito, preenchendo lacunas da lei.

Silvio de Salvo Venosa, que anteriormente creditou ao princípio sua função meramente normativa, posteriormente releva a sua importância ao afirmar que [\[23\]](#):

“Por meio dos princípios, o intérprete investiga o pensamento mais elevado da cultura jurídica universal, buscando orientação geral do pensamento jurídico.”

Além disso, no tocante à sua importância e função, acrescenta que [\[24\]](#):

“(…) de início é fundamental ressaltar sua importância, reconhecida pelo próprio legislador não só como fonte material, mas também como inspiração para as fontes materiais, para sua atividade legislativa.”

Maria Helena Diniz não descarta a função dos princípios como fonte jurídica ao afirmar que [\[25\]](#):

“(…) eles suprem a deficiência da ordem jurídica, possibilitando a adoção de princípios gerais de direito, que, às vezes, são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico”.

O Direito do Trabalho é um ramo do direito que busca a promoção da Justiça Social, tendo como o objetivo de alcançar a proteção e a paz social no mundo do trabalho.

Os princípios que se formam no direito do trabalho fornecem ao intérprete uma possibilidade de identificar os componentes novos que a sociedade injetou na norma, trazidos pela realidade dos fatos, pela mudança nos usos e costumes, pelas novas ideias.

Importante destacar que os princípios devem ser aplicados conforme objetivos: Se é bem verdade que o direito do trabalho é animado pelo sentido de ajuste a situações concretas que visam a proteção do trabalho, não é menos verdadeiro que os mesmos não podem ser aplicados contra a lei.

Portanto, existem limites ao emprego dos princípios de direito do trabalho, de modo que o resultado da interpretação não seja absurdo, ilógico, contraditório ou que viole os dispositivos legais.

A compreensão desse limite é muito importante na medida em que os princípios gerais de direito do trabalho foram recepcionados pelo sistema jurídico trabalhista para atribuir-lhes uma função relevante como fonte subsidiária do direito.

Considerações finais

Não se fala em interpretação do sistema jurídico pátrio se o ponto de partida não for princípios.

A coesão lógica, a harmonia interpretativa e a uniformização de entendimentos, só pode nascer a partir da observância dos princípios.

O entendimento de princípio como fonte de direito é hoje apenas secundária, tendo em vista que atualmente é muito mais completo e complexo, sendo que a necessidade de fonte a partir dos princípios fica cada vez menos provável, porém, na mesma medida em que esse sistema se torna complexo, fica a dependência pelos princípios de forma a dar a tal coesão lógica quer válida o sistema.

Os operadores do direito devem sempre se valer dos princípios para interpretar e aplicar a Lei, para que estas se ajustem sempre ao caso concreto.

Com o avançar da globalização econômica, novas questões surgem de alguns interesses em relação aos direitos dos trabalhadores, com tendência à flexibilização ou mesmo à desregulamentação do Direito do Trabalho. Isso tudo para possibilitar menor custo de produção, beneficiando somente os donos dos meios de produção e possivelmente gerando maior desigualdade econômica.

Nesse sentido, os princípios devem ser aplicados como forma de garantir a aplicação da lei de forma a proteger os direitos dos trabalhadores já conquistados.”

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica*. Doxa - Publicaciones periódicas, n. 5, 1988.

ÁVILA, Humberto. *Teoria Geral dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª Ed. Malheiros Editores Ltda, São Paulo - 2004.

CAVALCANTE, Ricardo Tenório. *Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador: a efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios*. - Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. - 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *A Ciência Jurídica*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

GUNTER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

GRAU, Roberto Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 1996.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os Princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2004.

Notas:

- [1] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37.
- [2] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. - 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p.180.
- [3] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. - 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p.181.
- [4] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva 2002, p. 303-304.
- [5] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva 2002, p. 305.
- [6] ÁVILA, Humberto. **Teoria Geral dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª Ed. Malheiros Editores Ltda, São Paulo - 2004, p. 72.
- [7] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva 2002, p. 306
- [8] ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica**. Doxa - Publicaciones periódicas, n. 5, 1988, 9. 145-146.
- [9] ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89.
- [10] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva 2002, p. 317-318.
- [11] CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador: a efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios**. - Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2008, p.82.
- [12] ÁVILA, Humberto. **Teoria Geral dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª Ed. Malheiros Editores Ltda, São Paulo - 2004, p.22.
- [13] _____, Humberto. **Teoria Geral dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª Ed. Malheiros Editores Ltda, São Paulo - 2004, p. 23.
- [14] PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os Princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.135.
- [15] CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador: a efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios**. - Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2008, p.72.
- [16] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva 2002, p. 96.
- [17] ÁVILA, Humberto. **Teoria Geral dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª Ed. Malheiros Editores Ltda, São Paulo - 2004, p. 32, 36, 43.
- [18] GRAU, Roberto Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 1996, p. 19.
- [19] ÁVILA, Humberto. **Teoria Geral dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª Ed. Malheiros Editores Ltda, São Paulo - 2004, p. 70.
- [20] GUNTER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 319.
- [21] CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador: a efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios**. - Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2008, p.73.
- [22] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva 2002, p. 315.
- [23] VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2004, p.162.
- [24] _____, Silvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2004, p.163.
- [25] DINIZ, Maria Helena. **A Ciência Jurídica**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, P. 456.

Informações Sobre o Autor

Carem Barbosa de Castro

Advogada, cursando Pós Graduação em Direito do Trabalho na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Informações Bibliográficas

CASTRO, Carem Barbosa de. Teoria geral dos princípios. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12251&revista_caderno=25>. Acesso em mar 2014.

O Âmbito Jurídico não se responsabiliza, nem de forma individual, nem de forma solidária, pelas opiniões, idéias e conceitos emitidos nos textos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).

(Fonte: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12251&revista_caderno=25, data de acesso 09/03/2014)

2 - O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Reflexão sobre o princípio da dignidade humana à luz da Constituição Federal.

Por Ivone Ballao Lemisz em 25/mar/2010

“A dignidade da pessoa humana é um conceito extremamente abrangente¹, desta forma, existe uma grande dificuldade de se formular um conceito jurídico a respeito. Sua definição e delimitação são amplas, haja vista englobar diversas concepções e significados. Seu sentido foi sendo criado e compreendido historicamente como valor, preexistiu ao homem.

Nesse sentido, podemos afirmar que nunca houve uma época em que o homem esteve separado de sua dignidade, mesmo que ainda não a reconhecesse como um atributo ou como uma qualidade inata da pessoa.

A dignidade é um atributo humano sentido e criado pelo homem; por ele desenvolvido e estudado, existindo desde os primórdios da humanidade, mas só nos últimos dois séculos percebido plenamente. Contudo, apesar de que quando o ser humano começou a viver em sociedades rudimentares organizadas a honra, a honradez e a nobreza já eram respeitadas por todos do grupo, o que não era percebido e entendido concretamente, mas geravam destaque a alguns membros.

Plácido e Silva consigna que:

“dignidade é a palavra derivada do latim dignitas (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.2”

Esta base moral que o autor se refere é o norteador que vai dar a pessoa o direcionamento a ser seguido, suas atitudes serão referenciadas neste balizador, afinal todo ser humano busca o respeito e o reconhecimento por partes dos seus semelhantes.

O valor da dignidade da pessoa humana - resultante do traço distintivo do ser humano, dotado de razão e consciência, embora tenha suas raízes no pensamento clássico, vincula-se à tradição bimilenar do pensamento cristão, ao enfatizar cada Homem relacionado com um Deus que também é pessoa. Dessa verdade teológica, que identifica o homem à imagem e semelhança do Criador, derivam sua eminente dignidade e grandeza, bem como seu lugar na história e na sociedade. Por isso, a dignidade da pessoa humana não é, no âmbito do Direito, só o ser humano é o centro de imputação jurídica, valor supremo da ordem jurídica.³

O reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana pelo Direito é resultado da evolução do pensamento humano.

O postulado da dignidade da pessoa humana sempre existiu acoplado à existência humana, se hoje, ainda, algumas culturas não o reconhecem como tal, isso não impede que, fora do conhecimento de cada cultura, esse conceito já não estivesse presente na consciência humana.

A Constituição Federal de 1988 traz como fundamentos da República Federativa do Brasil e conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

É o que dispõe o art. 1º, III da Constituição Federal:

“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.”

O avanço que o Direito Constitucional apresenta atualmente é resultado, em parte, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar normas asseguradoras dessas pretensões.

Seguem juntos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, ileso às maiorias ocasionais formadas no calor de momentos adversos ao respeito devido ao homem.⁴

Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que os direitos fundamentais tiveram um avanço significativo, estes passaram a ser tratados como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana.

Respeitar a dignidade da pessoa humana deve ser uma tônica das relações de trabalho, o Direito deve atuar de forma dinâmica, inovando e transformando, porque o trabalho torna o homem mais digno ao possibilitar-lhe o pleno desenvolvimento de sua personalidade, de onde resulta sua valorização como pessoa humana.

Enfim, o princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual se reporta a idéia democrática, como um dos fundamentos do Estado de Direito Democrático, torna-se o elemento referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. O ser humano não pode ser tratado como simples objeto, principalmente na condição de

trabalhador, muitas vezes visto apenas como uma peça da engrenagem para fazer girar a economia.”

REFERÊNCIAS:

ANDRADE, Vander Ferreira. *A Dignidade da Pessoa Humana. Valor-Fonte da Ordem Jurídica*. São Paulo: Cautela, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NOTAS

1 ANDRADE, Vander Ferreira. *A dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Cautela, 2007, p. 67

2 SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967, p. 526.

3 SILVA, Jose Afonso da. “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia” In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 212 (abril/junho, 1998), p.89.

4 MENDES, Gilmar et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: 2008, p. 231.

(Fonte: <http://www.diretonet.com.br/artigos/exibir/5649/O-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>, data de acesso 09/03/2014)

3 - Princípio da Justiça Social

Justiça Social, um direito fundamental na relação de trabalho

Dercy Vara Neto Da Equipe de Colaboradores*

“O Direito do Trabalho constantemente sofre influência de distintos fatores que chegam a afetar a estrutura histórica desse ramo da ciência jurídica. Assim, como a globalização de mercado, a enxurrada no que tange ao desenvolvimento tecnológico, as crises econômicas e seus efeitos tormentosos, e até, a flexibilização das normas têm levado a algumas mudanças paradigmáticas no âmbito do Direito do Trabalho no presente momento.

Em consequência, surgiram novos conflitos, nascidos no seio das relações do trabalho subordinado, reclamando formas adequadas de composição, tais como a responsabilização civil do empregador e do empregado, a questão do constrangimento moral no trabalho, por diversas formas, como a discriminação, o assédio sexual. Consequentemente existem outros problemas, como por exemplo, as novas formas de solucionar conflitos, e ainda, a ênfase para o debate sobre o pluralismo do Direito do Trabalho vindo de encontro da Justiça Social.

Nossa Carta Maior aponta a justiça social como um de seus fundamentos, um de seus princípios básicos. Em seu Título I, “Dos Princípios Fundamentais”, refere-se aos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, IV), firmando entre os objetivos fundamentais da República “construir uma sociedade justa e solidária” e

"erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º, I e III). Em coerência submete, logo a seguir, o direito de propriedade à "sua função social" (art. 5º, XXIII).

Como se não bastasse, no título que trata da ordem econômica e financeira (n. VII), fixa a Constituição Brasileira os princípios gerais da atividade econômica, reenfatizando o comando jurídico de justiça social. "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: (...) III - função social da propriedade; (...) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego" (art. 170).

No título seguinte (n. VIII), que trata da ordem social, estabelece como disposição geral que essa "tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e as justiças sociais" (art. 193).

A Carta Democrática de 1988 incorporou o notável avanço na concepção de justiça social, que se deslocou do simples, embora instigante, conceito de ideário, para o conceito maior de princípio, isto é, comando jurídico instigador do ordenamento do Direito e das relações sociais.

É desnecessário enfatizar que a constitucionalização do ideário de justiça social como princípio produz-lhe mudança de natureza, imantando-lhe dos poderes normativos concorrentes próprios a esses elementos integrantes do Direito.

O princípio da justiça social dispõe que, independentemente das aptidões, talentos e virtudes individualizadas, as pessoas humanas possuem o direito de acesso as utilidades essenciais existentes na comunidade.

O mesmo princípio reúne em sua fórmula ampla e imprecisa todas as vertentes que entendem, em maior ou menor extensão, que a realização material das pessoas não passa apenas por sua aptidão individual de se posicionar em cargo de maior poder no mercado capitalista. Esta realização material depende também de fatores objetivos externos ao indivíduo, os quais devem ser regulados ou instigados por norma jurídica.

Admite-se que a Justiça Social tem indissimulável sentido redundante afinal, todo mecanismo de justiça, enquanto instrumento de gestão interindividual ou de grupos, já tem, por si mesmo, caráter social. Não obstante esse defeito formal em sua expressão reveladora, a ideia de justiça social alcançou prestígio na cultura contemporânea como fórmula sintetizadora das diversas concepções que se opõem à regência exclusiva do mercado econômico na realização individual, material e social das pessoas. À medida que o Direito do Trabalho é a própria afirmação de algumas dessas concepções (já que, este ramo traduz uma intervenção normativa na regulação, meramente bilateral das relações trabalhistas), o princípio da justiça social age como um comando instigador ao desenvolvimento e avanço desse ramo jurídico especializado."

Dercy Vara Neto Advogado; Mestrando em Direito pela Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha". Pós Graduando em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP. Extensão Universitária pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal. Professor da Faculdade de Administração de Santa Cruz do Rio Pardo - Organização Aparecido Pimentel de Educação e Cultura, OAPEC - curso de Direito. Membro do Conselho Universitário (CONSU) do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Integrante Pesquisador do grupo de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas nas Áreas Jurídicas, coordenado pelo Prof. Doutor Lafayette Pozzoli. Em 2009, foi Presidente da Comissão de Redação e Justiça do Poder Legislativo do município de Chavantes, atual

Presidente da Comissão de Finanças e Orçamento do Poder Legislativo do município de Chavantes.

(Fonte: <http://www2.uol.com.br/debate/1543/cidade/cidade25.htm>, data de acesso 09/03/2014)

4 - Princípio da Não Discriminação

A Igualdade e a não discriminação no contexto da ordem jurídica interna

***Por IVO ZANONI*

“Um dos princípios fundamentais do sistema jurídico português é o princípio da igualdade previsto no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), cujo n.º 1 dispõe que "Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei"; e o n.º 2 que "Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual".

O conjunto de factores de discriminação indicados no n.º 2 do artigo 13.º da CRP não tem um carácter exaustivo, pelo que são igualmente ilícitas as diferenciações de tratamento fundadas em outros motivos que sejam contrários à dignidade humana, incompatíveis com o princípio do Estado de direito democrático, ou arbitrários.

O artigo 26.º da CRP dispõe, no n.º 1, que "A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação."

Neste sentido, o n.º 1 do artigo 20.º dispõe que "A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos" e, o n.º 5 do mesmo artigo, que "Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos".

Por força do artigo 18.º, n.º 1, os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, de que fazem parte os artigos supra referidos, são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

O Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, instituiu um regime unitário relativamente à igualdade e não-discriminação, que não se cinge à tradicional proibição de discriminação em função do sexo (artigos 22.º a 32.º e 73.º a 78.º). Este regime é desenvolvido pela Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho que regulamenta o Código do Trabalho (artigos 30.º a 40.º).

O regime da igualdade e não-discriminação é também aplicável à relação jurídica de emprego público que confira a qualidade de funcionário ou agente da Administração Pública, com as necessárias adaptações (artigo 5º da Lei n.º 99/2003).

Através do Código do Trabalho e da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, foi transposta para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2000/78/CE, do Conselho, de 27 de Novembro, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional.

A Lei n.º 18/2004, de 11 de Maio, por seu turno, transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2000/43/CE, do Conselho, de 29 de Junho, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, e tem por objectivo estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica.

No âmbito dos instrumentos normativos internacionais, Portugal ratificou o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adoptado em 1996 pela Organização das Nações Unidas (ONU) e aprovado para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11 de Julho, bem como o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), aprovado para ratificação pela Lei n.º 29/78, de 12 de Junho, que conferem obrigatoriedade aos princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Através do Decreto do Presidente da República n.º 54-A/2001, de 17 de Outubro de 2001, foi ratificada a Carta Social Europeia Revista, de 1996, que estabelece direitos e liberdades individuais e um sistema de controlo do seu respeito por parte dos Estados signatários (ou Partes).

Em matéria de não-discriminação, a Carta Social Europeia estabelece, nomeadamente:

- *o direito à igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e de profissão, sem discriminação baseada no sexo (artigo 20.º);*
- *a garantia dos direitos reconhecidos pela Carta a todos os nacionais e estrangeiros legalmente residentes e/ou trabalhadores, sem qualquer distinção baseada, nomeadamente, na raça, na cor, no sexo, na língua, na religião, nas opiniões políticas, ou em quaisquer outras opiniões, na ascendência nacional ou na origem social, na saúde, na pertença a uma minoria nacional, no nascimento ou em qualquer outra situação (artigo E, Parte V);*
- *a proibição da discriminação baseada nas responsabilidades familiares (artigo 27.º);*
- *o direito das pessoas com deficiência à autonomia, à integração social e à participação na vida da comunidade (artigo 15.º).*

Portugal ratificou, ainda, os seguintes instrumentos normativos da Organização Internacional do Trabalho (OIT):

- *Convenção n.º 100, relativa à Igualdade de Remuneração entre a Mão-de-obra Masculina e a Mão-de-obra Feminina em Trabalho de Valor Igual (aprovada para ratificação pelo Decreto-Lei n.º 47302, de 4 de Novembro de 1966;*
- *Convenção n.º 111 sobre a Discriminação em matéria de Emprego e Profissão (aprovada para ratificação pelo Decreto-Lei n.º 42520, de 23 de Setembro de 1959);*
- *Convenção n.º 156, relativa à Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para os Trabalhadores dos Dois Sexos: Trabalhadores com Responsabilidades Familiares (aprovada para ratificação pelo Decreto do Governo n.º 66/84, de 11 de Outubro.*
- *Directiva n.º 2000/78/CE, do Conselho, de 27 de Novembro (116KB)*
- *Lei n.º 18/2004, de 11 de Maio (114KB)*

- *Directiva n.º 2000/43/CE, do Conselho, de 29 de Junho (125KB)*
- *Lei n.º 45/78, de 11 de Julho (1306KB)*
- *Lei n.º 29/78, de 12 de Junho (2225KB)*
- *Decreto do Presidente da República n.º 54-A/2001, de 17 de Outubro de 2001 (238KB)*
- *Decreto-Lei n.º 47302, de 4 de Novembro de 1966 (154KB)*
- *Decreto do Governo n.º 66/84, de 11 de Outubro (822KB)”*

(Fonte:

http://www.dgert.mtss.gov.pt/Conteudos%20de%20ambito%20geral/Igualdade/igualdade_1_juridica_interna.htm, data de acesso 09/03/2014)

5 - O Princípio da Equidade

AUTOR - Ivo Zanoni Mestre em Ciência Jurídica -

CMCJ/UNIVALI Itajaí-SC PÁGINA JURÍDICA - 2

Introdução

“Este trabalho é a produção final para a obtenção de crédito da disciplina Teoria Geral do Processo, do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, e tem por objeto (referente) um breve estudo a respeito Princípio da Equidade no âmbito da aplicação da Justiça.

Será adotado o método indutivo, com a visualização de posicionamentos teóricos a respeito das categorias, mormente a partir dos autores estudados na disciplina Teoria Geral do Processo.

Como apoio foram adotadas as técnicas de pesquisa bibliográfica, pesquisa jurisprudencial, pesquisa legal, técnica do referente, técnica das categorias e técnica do 'COP' (conceito operacional). 1

De início é mister que se definam os conceitos adotados para algumas categorias importantes para a análise efetuada.

Por Equidade, pode-se entender provisoriamente (de forma ainda inconclusiva) como sendo o tratamento equilibrado de cada caso, resultante do entendimento da Justiça com fundamento na igualdade. O Direito, de início, conceitua-se como "disciplina de conduta social que tem como expressão formal a norma." 2 Como Teoria pode-se designar o "conjunto de princípios e leis fundamentais." 3 Processo, "(...) em sentido amplo, significa o conjunto de princípios e de regras jurídicas, instituído para que se administre a justiça." 4

A Teoria Geral do Processo é Geral no sentido mais amplo possível, como adotado por Kelsen, para não se referir especificamente a um dado ordenamento jurídico. 5

Para se clarear a noção das categorias, de forma conceitual e estrutural, foram realizados seminários especiais durante o primeiro semestre letivo de 1999, com leitura, análise e fichamento de diversas obras jurídicas. 6

1 - Noção Inicial

Etimologicamente, Equidade vem de *aequitas* (latim), derivado de *aequus* (igual, equitativo). Para Aristóteles, a Equidade corresponde à Justiça em sentido amplo e a legalidade, a Justiça em sentido mais estrito. Assim, "tudo o que é iníquo é ilegal, mas nem tudo que é ilegal é iníquo" ⁷

Trata-se de uma escolha equidistante entre duas ações. "Já que tanto o homem injusto quanto o ato injusto são iníquos, é óbvio que há também um meio-termo entre as duas iniquidades existentes em cada caso. Este meio-termo é o igual, pois em cada espécie de ação na qual há um 'mais' e um 'menos' há também um 'igual'. " ⁸ Ao se julgar uma ação, não entra em consideração se quem a praticou é bom ou mau, a injustiça está na ação, independentemente do sujeito:

"Mas a justiça nas relações privadas é de fato uma espécie de igualdade, e a injustiça nestas relações é uma espécie de desigualdade (...). Com efeito, é irrelevante se uma pessoa boa lesa uma pessoa má, ou se uma pessoa má lesa uma pessoa boa (...); a lei contempla somente o aspecto distintivo da justiça, e trata as partes como iguais, perguntando somente se uma das partes cometeu e a outro sofreu a injustiça, e se uma infligiu e a outra sofreu um dano. Sendo, portanto esta espécie de injustiça uma desigualdade, o juiz tenta restabelecer a igualdade, pois também no caso em que a pessoa é ferida e a outra fere, ou uma pessoa mata e a outra é morta, o sofrimento e a ação estão mal distribuídos, e o juiz tenta igualizar as coisas por meio da penalidade (...)." ⁹

A partir desta noção clássica inicial, pretende-se chegar ao conceito atual de Equidade, à luz das teorias que historicamente influíram no mundo jurídico.

2 - Conceito de Equidade

Mas não se abandone ainda a noção clássica, pois a teoria de Aristóteles, o seu pensamento organizado e estruturado, é que deu amplo suporte a um conhecimento científico mais confiável.

A Equidade é importante no âmbito do poder, na manutenção do Estado democrático. "(...) A igualdade é a identidade de funções entre seres semelhantes, e é difícil ao Estado subsistir quando obra contra as leis da justiça. (...)" ¹⁰

Com o estagirita se pode ir ainda mais adiante:

"A primeira espécie de democracia é aquela que tem a igualdade por fundamento. Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade significa que os ricos e os pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção. Se é verdade, como muitos imaginam, que a liberdade e a igualdade constituem essencialmente a democracia, elas, no entanto, só podem aí encontrar-se em toda a sua pureza, enquanto gozarem os cidadãos da mais perfeita igualdade política.(...)" ¹¹

Com estas noções adicionais de Aristóteles, ganha força o conceito de Equidade como um tratamento igualitário, não só entre as partes, independentemente de seus valores¹², como também entre dois casos idênticos, que devem receber o mesmo tratamento de um magistrado. Neste ponto, já é possível observar-se uma distinção, ainda tênue, entre o Direito instrumental ou Processual e o Direito substantivo.

Igualdade de oportunidades de realização das vontades. "(...) O direito é a igualdade, e a expressão da vontade do povo é a soberania; a liberdade e a igualdade consistem em fazer aquilo que se quer de modo que, em tais democracias, cada qual vive segundo a sua vontade e fantasia, como diz Eurípedes. (...)" 13.

3 - O Princípio da Equidade

Na teoria de Kelsen, está implícito que a Justiça liga-se ao bom Direito, depreendendo-se daí que ela inclui um juízo de valor, de Equidade. "Se a ideia de justiça tem alguma função, é a de ser um modelo para a feitura de bom Direito e um critério para distinguir bom e mau Direito." 14

Já os contratualistas contemporâneos, adeptos de uma teoria alternativa de Justiça, como é o caso de John Rawls, veem na igualdade uma situação inicial, um pré-requisito circunstancial para se estabelecer os parâmetros da Justiça por eles concebida.

Rawls primeiro classifica a Justiça como Equidade, como exemplo do que chamou teoria contratualista. Neste sentido, ele sugere uma abstração da realidade inicial, na posição de igualdade, imaginando um pacto social, para definir-se, a partir desta supra realidade, os termos fundamentais de uma espécie de convenção, embora ressaltando que a sua teoria não é radicalmente contratualista. Os princípios teriam de ser escolhidos na posição de origem idealizada. O justo é o pactuado. O maximizador do bem é elemento do utilitarismo. São duas coisas diferentes. De antemão não se conhecem objetivos pessoais ao se optar pelo princípio de liberdade igual. A prioridade é o justo sobre o bem. Vê-se para o ideal moral, um fundamento no Direito natural e na tradição contratualista.

A intuição ficaria restrita pela aplicação de juízos da sabedoria em vez de somente juízos morais.

Se alguém se associa voluntariamente, restringindo sua liberdade, é justo que a outra parte também cumpra o seu papel para o resultado final ser justo para ambas as partes. Mas para isso, a associação deve ter objeto lícito e justo. Um acordo original, como norma fundamental, é aceito para se viver em sociedade, até como ideia intuitiva.

A atitude coerente também é esperada quando tem-se que decidir por uma exceção à regra, à vista de uma dificuldade de aplicação desta mesma regra. Mas estabelecido o sentido, as condições devem ser vantajosas para todos.

Há uma projeção do que a sociedade necessita, os interesses particulares deverão adequar-se dentro de suas paralelas. Entretanto, a Justiça como equidade não está submetida à influência absoluta de interesses e necessidades concretas.

O espelho desta realidade inicial está assim projetado por Rawls: "Considero o bem comum como um conjunto de determinadas condições gerais que, num determinado sentido, são igualmente vantajosas para todos." 15

"Meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generaliza e eleva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant. (...) A ideia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as

formas de governo que se podem estabelecer. A essa maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de justiça como equidade." 16

Este posicionamento dos contratualistas é uma alternativa contra a ruptura institucional que tantas injustiças tem originado nas revoluções e nas guerras justificadas por causas nem sempre voltadas para o bem da humanidade.

Do ponto de vista de Jürgen Habermas: "Se for verdade que nas questões 'éticas' nós procuramos obter clareza sobre quem nós somos e quem nós gostaríamos de ser, e que nas questões 'morais' nós gostaríamos de saber o que é igualmente bom para todos, então é possível afirmar que na conscientização emancipatória as ideias morais estão conectadas a uma nova autocompreensão ética." 17

Assim, para o resgate da legitimidade, estando nela inserida a justiça como Equidade, ameaçada pelo ceticismo ante uma evolução demasiadamente estéril do capitalismo de resultado financeiro, existe a proposição de um novo contrato social que assegure também uma paz duradoura para a humanidade cansada de guerras:

"Através disso, não são somente as ideias de Kant sobre a paz perpétua que readquirem uma curiosa atualidade, mas também o tema de Lessing que propunha uma reconciliação entre as religiões mundiais. (...) Será que meu colega John Rawls tem razão quando afirma que nas interpretações religiosas e seculares dos sentimentos morais profundos e das experiências elementares do intercâmbio comunicativo existe um 'consenso que se sobrepõe', do qual a comunidade das nações pode lançar mão para encontrar as normas de uma convivência pacífica? (...) No entanto, estou convencido que Rawls tem razão, que o conteúdo essencial dos princípios morais incorporados ao direito dos povos concorda com a substância normativa das grandes doutrinas proféticas que tiveram eco na história mundial e das interpretações metafísicas do mundo. (...)" 18

Outro jurista inspirado na filosofia de Rawls, Ronald Dworkin preleciona que casos semelhantes devem ter resultados semelhantes. Para ele, não se pode aceitar a força da jurisprudência como força de lei, mas deve-se localizar sua força gravitacional justamente no princípio da equidade, ao garantir tratamento semelhante a casos semelhantes. Assim: "*La fuerza gravitacional del precedente no puede ser captada por ninguna teoria que suponga que el precedente tiene fuerza de ley como la legislación. Pero lo inadecuado de tal enfoque sugiere otra teoría, superior. La fuerza gravitacional de un precedente su puede explicar apelando, no a la prudencia de imponer leyes, sino a la equidad de tratar de manera semajante los casos semajantes.*" 19

Neste contexto, um exemplo bastante convincente, em se tratando de equidade, é o de um jogo de xadrez em que um adversário irrita ao outro injustificadamente. Ambos têm direito a aplicar toda sua capacidade intelectual ao jogo, de forma que, se num certo ponto da partida, um deles passar a rir ou bater na mesa causando irritação ao adversário, o juiz poderá aplicar a regra que pune a irritação injustificada ao adversário, já que esta atitude está reduzindo a possibilidade do adversário aplicar sua capacidade intelectual a um jogo que distingue justamente a parte que melhor aplique esta capacidade.

Leis criam direitos. Casos semelhantes devem ser julgados de maneira semelhante. Em casos mais complexos, em que não se identifica semelhança, pergunta-se que direito criou a lei, partindo-se para princípios embutidos na norma, mais específicos. O próprio governo deve ser racional e equitativo, decidindo globalmente a

um conjunto justificável de objetivos coletivos e garantindo todos os direitos individuais.

Para os positivistas analíticos, primeiramente com Hart, o princípio da equidade deriva na noção de Justiça/equilíbrio/proporção. A moral e a equidade preenchem vazios de leis que orientam vagamente o procedimento, diminuindo ao máximo a zona de discricionariedade, geradora de iniquidades. Da interpretação deve resultar Justiça. A moral nem sempre oferece resposta clara aos conflitos, daí dever ser a sentença uma decisão racional onde tudo está pesado e equilibrado.

"Uma decisão judicial, especialmente em questões de alta importância constitucional, envolve frequentemente uma escolha entre valores morais e não uma simples aplicação de único princípio moral proeminente; será tolice acreditar que, quando o significado do direito é objecto de dúvidas, a moral tem sempre uma resposta clara a dar. Neste ponto, os juízes podem de novo fazer uma escolha que não é, nem arbitrária, nem mecânica; e aqui mostram frequentemente virtudes judiciais características, cuja especial adequação à decisão jurídica explica por que razão alguns sentem relutância em designar tal actividade judicial como 'legislativa'. Estas virtudes são as seguintes: imparcialidade e neutralidade ao examinar as alternativas; consideração dos interesses de todos os que serão afectados; e preocupação com a colocação de um princípio geral aceitável como base racional de decisão. Sem dúvida, porque é sempre possível uma pluralidade de tais princípios, não pode ser demonstrado que cada decisão é a única correcta: mas essa pode tornar-se aceitável como produto racional de escolha esclarecida e imparcial. Em tudo isso, temos a exactividade de 'pensar' ou de 'equilibrar', características do esforço para fazer justiça entre interesses conflitantes."
20

Já o jurista italiano Norberto Bobbio considera a possibilidade de se imaginar um ordenamento em que o juiz julgará cada caso segundo o princípio da equidade. "Chamam-se 'juízos de equidade' aqueles em que o juiz está autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma legal preestabelecida." 21

Desta forma, o juiz poderia resolver um caso concreto sem recurso à norma preestabelecida. Estaria assim produzindo Direito pela autorização legal.

Nos ordenamentos em que o poder criativo do juiz é maior, mais se aplicará o princípio da Equidade. "Enquanto na passagem da Constituição para a lei ordinária vimos que se pode verificar o caso de falta de limites materiais, na passagem da lei ordinária para a decisão do juiz é difícil que se verifique esta falha na realidade: deveríamos formular a hipótese de um ordenamento no qual a Constituição estabelecesse que em cada caso o juiz deveria julgar segundo a equidade." 22

Nesta corrente positivista, mostra-se novamente em voga a identidade do conceito de Equidade com o de Justiça proporcional classicamente referido por Aristóteles na sua *Ética a Nicômaco*. "O juízo de equidade pode ser definido como autorização, ao juiz, de produzir direito fora de cada limite material imposto pelas normas superiores." 23 Mas ressalva-se a sua aplicação limitada a certos ordenamentos e em determinadas circunstâncias. "Em nossos ordenamentos, este tipo de autorização é muito raro. Nos ordenamentos em que o poder criativo do juiz é maior, o juízo de equidade é também sempre excepcional: se os limites materiais ao poder normativo do juiz não derivam da lei escrita, derivam de outras fontes superiores, como pode ser o costume ou o precedente judiciário." 24

A norma jurídica tem sua execução garantida pela sanção externa e institucionalizada advindo daí o primeiro dos poderes do juiz que é o poder de determinar o cumprimento das normas. Através das normas estruturais e de competência é que o sistema jurídico define os poderes do juiz. O exercício do poder encontra limites legais. Assim, o Poder Legislativo limita-se pelas disposições do Poder Constitucional. O Poder Judiciário limita-se pelo Poder Legislativo.

Segundo Bobbio, a substância das leis é também um limitador da atividade jurisdicional. Isto porque ele aplica esta substância ao caso concreto, devendo a sentença derivar necessariamente deste teor legal. A própria sanção é substância da lei que determina a interveniência judicial para determinar o cumprimento de uma norma jurídica.

Considerações Finais

Classicamente Aristóteles já via a Justiça em sentido amplo como resultando da aplicação do princípio da Equidade aos termos legais. Kelsen, assimilando os pressupostos kantianos, tenta universalizar o entendimento do Direito jurídico, nos estritos termos do que for estabelecido na norma positiva, admitindo apenas que, se um dado Direito é justo é porque fundamentou-se na igualdade.

No momento em que os positivistas analíticos rompem com esta tentativa de imposição de um paradigma universal, o Direito passa a amoldar-se à necessidade social dos povos, embora não se abrindo mão da lei sobre a cabeça dos que detém o poder. Tenta-se por este caminho reconsiderar a Justiça como Equidade através de um Direito dinâmico e prático, e da sua permanente atualização.

Finalmente, a escola de tendência contratualista de Rawls e Dworkin sugere que equidade é a situação ideal, em que se considera o consenso social e os princípios aplicáveis ao Direito a partir de um ponto inicial de igualdade de condições.

Diante dos posicionamentos colocados, o conceito de Equidade pode estribar-se no consenso a respeito da igualdade e liberdade, criando-se um modelo em que a minoria seja respeitada e também ela respeite os direitos da maioria, fixando-se parâmetros sobre o que é bom para todos e, proporcionalmente, bom para cada indivíduo.”

Notas:

1 *Sobre Técnica do Referente, Técnica das Categorias e Técnica do 'COP', ver PASOLD, Cesar Luiz. Prática da Pesquisa Jurídica - Idéias e ferramentas úteis ao pesquisador do Direito. Florianópolis: OAB/Editora, 1999. 188 p.*

2 *VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria Geral do Direito - Teoria da Norma Jurídica. 4 ed. São.Paulo: Malheiros, 1996. p. 11.*

3 *SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 4. p. 1531.*

4 *SILVA, De Plácido e. Op.cit. v. 3. p. 1226.*

5 *KELSEN. Hans. Teoria Pura do Direito. 6 ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.1.*

6 *SILVA, De Plácido e. Op. cit. v. 3. p. 1067.*

7 *ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: Os Pensadores - Aristóteles. Trad. J.B. Morral. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 196.*

8 *ARISTÓTELES. Op. cit. p. 197.*

- 9 ARISTÓTELES. *Op. cit.* p. 199-200.
- 10 ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 91.
- 11 ARISTÓTELES. *A Política*, cit. p. 117.
- 12 Valores, no sentido moral, ético, social, ideológico, etc., aceitos e praticados pelas partes.
- 13 ARISTÓTELES. *A Política*, cit. p. 161.
- 14 Kelsen, Hans. *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da Ciência*. Trad. Luís Carlos Borges e Vera Barkow. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 292.
- 15 Rawls, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. 1ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 270.
- 16 Rawls, John. *Uma Teoria da Justiça*, cit. p. 12.
- 17 Habermas, Jürgen. *Passado como Futuro*. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p. 99.
- 18 Habermas. *Op. cit.* p.32.
- 19 Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1989. p.185. Tradução: "A força gravitacional do precedente não pode ser adotada por nenhuma teoria que atribua ao precedente força igual à da lei. Mas a inadequação de tal enfoque sugere outra teoria superior. A força gravitacional de um precedente só pode explicar apelando-se, não à jurisprudência de impor leis, mas à equidade de tratar de maneira semelhante casos semelhantes."
- 20 Hart, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p.220-221.
- 21 Bobbio, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10 ed. Trad. Maria Celeste C. L. dos Santos. Brasília:UNB, 1997. p. 56.
- 22 Bobbio, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, cit. p. 56.
- 23 Bobbio, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, cit. p. 56.
- 24 Bobbio, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, cit. p. 56-57.

(Fonte: <http://www.angelfire.com/ia/zanoni/EQUIDADE1.html>, data de acesso 09/03/2014)

6 - Princípio da Proporcionalidade ou Princípio da Razoabilidade

Princípio da proporcionalidade

Resumo: A passagem do Estado absolutista para o Estado liberal abriga o surgimento da proporcionalidade. O primeiro modelo, com o poder concentrado nas mãos do monarca, já não conseguia dar as respostas esperadas aos apelos da população e as liberdades individuais ficavam a serviço dos interesses da Administração. A proporcionalidade surge então como meio de coibir os desmandos, delimitando os mecanismos que poderiam ser empregados para obter as finalidades perseguidas. Se antes a lei garantia a totalidade do poder do monarca, agora ela serve de freio aos seus atos. No Brasil, a Constituição de 1988 estabeleceu um pacote de direitos essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, das liberdades e garantias individuais, dentre outros pressupostos erigidos à condição de direitos fundamentais. Na estrutura principiológica da Constituição brasileira, a proporcionalidade ocupa papel de destaque, justamente na proteção dos direitos fundamentais, na harmonização de interesses e também como instrumento de efetivação/aplicação da Constituição. Não há dúvida, portanto, que o princípio da

proporcionalidade representa um avanço, até mesmo no que se refere ao controle de constitucionalidade e na defesa dos tão arduamente conquistados direitos e garantias fundamentais, bem assim, na solução de eventuais conflitos entre princípios.

Palavras chave: Princípio da Proporcionalidade. Origem. Composição. Proteção. Direitos Fundamentais.

***Abstract:** The passage of the absolutist state for the liberal state is home to the appearance of proportionality. The first model, with power concentrated in the hands of the monarch could no longer give the expected answers to the calls of the population and individual freedoms were at the service of administration interests. Proportionality then arises as a means of curbing the excesses, delineating the mechanisms that could be used to obtain the objectives pursued. If before the law was used to guarantee the monarch's totality of power, now serves as a restraint to his actions. In Brazil the Constitution of 1988 established a whole package of rights essential to conservation of the democratic rule-of-law state, human dignity, the individual freedoms and guarantees, among others premises erected as condition of fundamental rights. In principled structure of the Brazilian Constitution the proportionality plays a leading role, precisely to protect fundamental rights, the harmonization of interests and also as an instrument for effecting / application of the Constitution. There is no doubt therefore that the principle of proportionality is a step forward, even with regard to the control of constitutionality and the defense of such hard-won rights and guarantees, as well as in solving conflicts between principles.*

Keywords: Principle of Proportionality. Home. Composition. Protection. Fundamental Rights.

Sumário: Introdução; Princípio da Proporcionalidade; Considerações Finais; Referências bibliográficas.

Introdução

“O princípio da proporcionalidade, tão importante instrumento a ser utilizado na manutenção da ordem estabelecida pela Constituição Federal e na proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos, é uma máxima que ainda engatinha no sistema jurídico brasileiro.

Um dos fundamentos sobre os quais se assenta o Estado constitucional de direito é a divisão ou separação dos Poderes. A rígida separação dos Poderes, fez com que este princípio tivesse trajetória acanhada no Brasil.

Luis Roberto Barroso, ao comentar o caminho da razoabilidade no país, que para ele, semanticamente tem o mesmo significado que proporcionalidade, assevera.

“Há uma renitente resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, discricionária, onde as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade.”[1]

Neste artigo, de forma simples e concisa, procurar-se-á delinear as origens da proporcionalidade, seus contornos e formas de utilização, bem assim demonstrar sua extrema importância na limitação da atuação da Administração Pública, do Legislativo e até mesmo do Judiciário, na manutenção e consolidação dos parâmetros constitucionais, inclusive para salvaguardar os direitos fundamentais, mirando a efetivação/aplicação da Constituição Federal.

Princípio da Proporcionalidade

A origem da proporcionalidade pode ser encontrada na passagem do Estado absolutista, onde o governante estava legalmente incondicionado, sem limites de atuação, para o Estado liberal (individualista), onde a lei passou a ser limitadora das próprias ações do governante. Se antes a lei garantia a totalidade do poder do monarca, agora ela serve de freio aos seus atos.

O Estado absolutista, com o poder concentrado nas mãos do monarca, já não conseguia dar as respostas esperadas aos apelos da população, ao contrário, avolumavam-se desmandos e as liberdades individuais restavam a mercê dos interesses da Administração. Percebeu-se então a necessidade de limitar o poder do administrador público, surgindo a proporcionalidade, como obstáculo aos desmandos, demarcando os meios que poderiam ser empreendidos, para obter as finalidades perseguidas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um pacote de direitos essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, das liberdades, das garantias, dentre outros pressupostos, erigidos à condição de direitos fundamentais.

Nesta esteira, a dignidade da pessoa humana, aparece como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída como um Estado Democrático de Direito, conforme esculpido já no artigo 1º, inciso III da Carta Magna de 1988. O respeito aos direitos fundamentais brota, assim, como centro de gravidade da nova ordem jurídica, diferenciando o esqueleto constitucional, adotando a concepção de Estado de Direito, embasado na constitucionalidade.

O regime de exceção de 1964 é deixado para trás, surgindo como limite de atuação do ente estatal, não mais apenas a legalidade, mas, como já mencionado, a dignidade da pessoa humana, consagrada na enunciação dos direitos fundamentais. Sendo a dignidade da pessoa humana o núcleo central da Constituição e os direitos fundamentais a sua dimensão, toda produção legislativa, sua interpretação e aplicação têm como referencial a Constituição e o ser humano como centro e fim do direito.[2]

No arcabouço principiológico constitucional, a proporcionalidade, ocupa papel de destaque, na proteção dos direitos fundamentais e também na harmonização de interesses, até mesmo entre princípios e direitos fundamentais.

“A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.”[3]

Resta claro que há um limite imposto, especialmente ao legislador, que deve obedecer certos critérios na elaboração das normas, para que as mesmas conformem-se com a estrutura constitucional do país. Um desses critérios, erigido como um dos mais relevantes, é o princípio da proporcionalidade. Neste diapasão, enfatiza-se que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Comentando o princípio da proporcionalidade, Pedro Lenza anota que:

“Ao expor a doutrina de Karl Larens, Coelho esclarece: “utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos - muito embora possa aplicar-se, também, pra dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios -, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a posituação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico”.”[4]

Denota-se que o princípio da proporcionalidade (Direito Alemão), também chamado de razoabilidade (Direito Estadunidense), serve de verdadeiro escudo para evitar que as prioridades eleitas pela Constituição Federal sejam feridas ou até mesmo esvaziadas, por ato legislativo, administrativo e/ou judicial que exceda os limites e avance, sem permissão na seara dos direitos fundamentais.

No direito alemão, encontramos o que chamam de princípio da proibição do excesso, que se assemelha muito ao que denominamos princípio da proporcionalidade, funcionando como um freio ao legislador que, desatento, pode ultrapassar a linha do razoável produzindo inconstitucionalidades.

A doutrina identifica como típica manifestação do exagero de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade ou ao princípio da proibição de excesso qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito.[5]

Na linha de pensamento adotada até então, há que se perquirir quanto a exigência social da medida e também se é a mesma apropriada para aquele momento, com aquele custo, naquela quantidade e/ou qualidade, ou seja, é preciso saber se é desejável que determinado ato seja praticado, ou se melhor seria que o mesmo não fosse posto em exercício, ou pelo menos não da maneira proposta.

Gilmar Mendes, comentando o modelo alemão, assevera que *“A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (Erforderlichkeit) e adequação (Geeignetheit) da providência legislativa.”*[6]

Neste ponto, é de bom alvitre esclarecer, por dever acadêmico, que há autores, dentre os quais Humberto B. Ávila, que entendem que a proporcionalidade se diferencia da chamada proibição de excesso existente no Direito germânico, asseverando.

“O postulado da proporcionalidade não se confunde com o da proibição de excesso: esse último veda a restrição da eficácia mínima de princípios, mesmo na ausência de um fim externo a ser atingido, enquanto a proporcionalidade exige uma relação proporcional de um meio relativamente a um fim.”[7]

Sabe-se que muitas vezes a Administração Pública, na prática daqueles atos chamados de discricionários, comete verdadeiras arbitrariedades, aparentemente legais. Nestes casos, o Estado Juiz, munido do princípio da proporcionalidade, pode barrar a atuação destemperada do Poder Público.

“As arbitrariedades e os desmandos do Poder Público, acoitados pelo dogma da insindicabilidade do mérito administrativo, são perfeitamente invalidados pela

aplicação da máxima da proporcionalidade. A vedação à justiciabilidade do mérito administrativo representa um resquício do poder de polícia administrativo e de uma doutrina liberal de absoluta separação dos poderes, que já não se sustenta ante uma teoria constitucional de vanguarda.”[8]

Outra esfera que pode ser ocupada pela proporcionalidade é o controle jurisdicional de políticas públicas, porquanto estas devem atender ao maior número de governados, com a menor quantidade de recursos, no menor espaço de tempo, através das medidas menos gravosas e mais eficazes, ou seja, há necessidade de otimização da atuação pública na implementação dos objetivos sociais.

A garantia dos direitos fundamentais de liberdade e, principalmente, a implementação dos direitos fundamentais sociais, exige uma atuação judicial responsável e comprometida, que, embora reconhecendo os inegáveis limites da reserva do possível, torne viável e efetiva a paulatina realização dos compromissos sociais constitucionalmente afirmados. Dentre os inúmeros espaços de aplicação dessa máxima, sem dúvida na defesa da justiciabilidade plena da Administração Pública e na concretização dos direitos fundamentais sociais podem ser colhidos os frutos mais significativos à teoria constitucional e à efetiva justiça social.[9]

No tocante a importância do postulado da proporcionalidade para a efetividade dos princípios constitucionais, Humberto B. Ávila assenta.

“Essas sutilezas apontadas quanto à natureza da espécie normativa que está sendo utilizada e quanto ao controle que é exercido contribuem decisivamente para a maior efetividade dos princípios constitucionais, pois o aplicador tem melhores condições de saber o que deve ser fundamentado, o que deve ser comprovado e quais as normas cuja restrição ou efetividade estão sendo analisadas.”[10]

Além disso, muitas situações práticas, em que haja agitação ou antagonismos de ideais, suplicam a utilização da proporcionalidade.

Sem desprezo a qualquer princípio ou regra estabelecidos, a proporcionalidade, parece ser o meio mais eficaz quando se trata de acomodar objetivos e atenuar tensões. Bem assim, porque busca harmonizar interesses em conflito, adequando-os de maneira que ambos possam conviver sem que nenhum seja completamente esvaziado.

“A ideia de proporcionalidade revela-se não só um importante - o mais importante, como em seguida proporemos - princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro topos argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do Direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo.”[11]

A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um “controle de sintonia fina” (Stimmigkeitskontrolle), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.[12]

Isso porque, segundo a melhor doutrina, a proporcionalidade é constituída pela máxima da conformidade ou adequação dos meios, da exigibilidade ou necessidade e pela ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.

Cumprе ressaltar que há uma espécie de hierarquia entre os chamados elementos parciais que compõe a proporcionalidade, cabendo nesta linha, inicialmente auferir a adequação da medida legislativa ou administrativa, posteriormente se a mesma é

necessária e por fim, caso adequada e necessária, compete aplicar a máxima da ponderação.

No que se refere a adequação dos meios ou máxima da conformidade, a medida adotada deve ser pertinente à consecução dos fins previstos na lei. A satisfação do interesse público deve ser perseguida pelos meios idôneos, proporcionais, adequados, exigindo-se a existência de harmonia entre os meios empregados e os fins previstos na norma.[13]

Assegura Cristóvam que:

“[...] pela máxima da adequação não se deve considerar o grau de eficácia das providências escolhidas, tidas como capazes de alcançar o objetivo almejado. A perspectiva da eficácia e o debate acerca do melhor meio para a realização da finalidade desejada - a intervenção menos gravosa ao cidadão - já transbordam o prisma da adequação e entram na órbita da máxima da necessidade.”[14]

A máxima da necessidade ou exigibilidade examina se, sendo adequada a medida, ela é a menos gravosa para a população, ou seja, se é a que em menor grau restrinja e limite os direitos fundamentais. Neste diapasão, a medida precisa ser indispensável para conservar o próprio ou outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra que, embora eficaz na mesma medida, seja menos gravosa.

Esclarece Cristóvam que *“A simples maximização de um direito fundamental não legitima a restrição de outro, havendo que se questionar acerca da necessidade da providência restritiva, ou seja, se outros instrumentos garantidores do direito a ser implementado não acarretariam menor gravame ao direito limitado.”[15]*

Todavia, há situações em que mesmo adequadas e necessárias, as medidas administrativas ou legislativas trazem uma excessiva carga de limitações aos direitos fundamentais dos cidadãos. É onde entra a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.

Basta, para afrontar a ponderação, que os motivos que fundamentam a medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. Portanto, se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se alicerça, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional.[16]

Robert Alexy, menciona em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais que o fundamento ao princípio da ponderação se fixa nos direitos fundamentais. Alerta, porém que *“Outras fundamentações, como aquelas que se baseiam no princípio do Estado de Direito, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça, não são por ela excluídos. Na medida em que forem relevantes, são elas reforços bem-vindos à fundamentação a partir dos direitos fundamentais.”[17]*

No dizer de Luis Roberto Barroso:

“Há, ainda, um terceiro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã, identificado como proporcionalidade em sentido estrito. Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se "de uma questão de "medida" ou "desmedida" para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim".”[18]

De todo modo, resta reservado ao Judiciário, em última análise, perscrutar a situação concreta e decidir se a medida eleita fere ou não um direito fundamental que

deveria prevalecer naquele caso. Pela ponderação, poderá o julgador examinar o grau de satisfação e efetivação daquele mandamento de otimização que a medida procurou atender.

Sem dúvida alguma é um exercício dos mais árduos e perigosos, especialmente quando se declara inconstitucional determinada norma produzida pelo Legislativo. Há uma interferência de um Poder sobre o outro, que em tese são independentes, autônomos e sabedores de suas funções. Não por acaso, a grande maioria da doutrina aconselha prudência na atuação do Poder Judiciário, nos casos como os que tais.

Barroso também nos ensina que:

“Por ser uma competência excepcional, que se exerce em domínio delicado, deve o Judiciário agir com prudência e parcimônia. É preciso ter em linha de conta que, em um Estado democrático, a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm o batismo da representação popular, o que não é o caso de juízes e tribunais. Mas, quando se trate de preservar a vontade do povo, isto é, do constituinte originário, contra os excessos de maiorias legislativas eventuais, não deve o juiz hesitar. O controle de constitucionalidade se exerce, precisamente, para assegurar a preservação dos valores permanentes sobre os ímpetos circunstanciais. Remarque-se, porque relevante, que a última palavra poderá ser sempre do Legislativo. É que, não concordando com a inteligência dada pelo Judiciário a um dispositivo constitucional, poderá ele, no exercício do poder constituinte derivado, emendar a norma constitucional e dar-lhe o sentido que desejar.” [19]

Observa-se por todo o exposto, que o princípio da proporcionalidade desempenha papel muito importante na limitação da atuação do Poder Público e na manutenção e consolidação dos parâmetros constitucionais. Da mesma maneira, aparece como ferramenta efetivamente idônea para salvaguarda dos direitos fundamentais e à manutenção da ordem constitucional.

Considerações Finais

O presente estudo buscou demonstrar em breves linhas, as origens do princípio da proporcionalidade, suas nuances informativas, bem como seu campo de atuação, seja no âmbito da Administração Pública, do Legislativo ou do Poder Judiciário.

Através da bibliografia utilizada, pode-se perceber que a proporcionalidade surgiu como meio de diminuir o poder do monarca/governante, face os desmandos praticados, que sufocavam as liberdades individuais. A nova ordem constitucional, no Brasil especialmente a partir de 1988, priorizou o indivíduo e o Estado Democrático de Direito, estabelecendo nos direitos e garantias individuais, os pilares de sustentação da República.

O ensaio permitiu esclarecer que o princípio da proporcionalidade, embora ainda incipiente no sistema jurídico brasileiro, já presta relevantes serviços em favor da ordem constitucional e especialmente dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, uma vez que a evolução tem demonstrado que o princípio em debate vem sendo empregado no sentido de efetivar a Constituição Federal.

Em que pese tal importância, os autores citados alertam em vários momentos para a necessidade de parcimônia em certas ocasiões, no uso do próprio princípio em relevo, face ao perigo de exorbitar-se nas competências de cada um dos poderes da República, o que seria igualmente nefasto.

Não há dúvida, todavia, que o princípio da proporcionalidade representa um avanço, até mesmo no que diz respeito ao controle de constitucionalidade e na defesa dos tão arduamente conquistados direitos e garantias fundamentais, bem assim, na solução de eventuais conflitos/colisões entre princípios, ressaltando, especialmente neste último aspecto, os pensamentos contrários, como por exemplo, de Friedrich Müller[20].”

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed., ampl., São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª ed., revista, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARDOSO, Rafael Bezerra. *O princípio da proporcionalidade na Constituição Federal de 1988*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1999, 21 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12100>>. Acesso em: 4 out. 2011.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discussão sobre interpretação/aplicação do direito*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária (UFC), 1989.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 de outubro de 2011.

Notas:

[1] BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª ed., revista, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 312.

[2] CARDOSO, Rafael Bezerra. *O princípio da proporcionalidade na Constituição Federal de 1988*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1999, 21 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12100>>. Acesso em: 4 out. 2011.

[3] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 211.

[4] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 75.

[5] MENDES, Gilmar. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 de outubro de 2011.

[6] MENDES, Gilmar. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 de outubro de 2011.

[7] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed., ampl., São Paulo: Malheiros Editores, p.177.

- [8] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. p. 213.
- [9] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. p. 214.
- [10] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p.191.
- [11] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária (UFC), 1989, p. 238.
- [12] MENDES, Gilmar. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 de outubro de 2011.
- [13] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. p. 215.
- [14] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. p. 217.
- [15] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. p. 218.
- [16] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. p. 219.
- [17] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2 ed., 2008, p. 120.
- [18] BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. p. 286.
- [19] BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. p. 327.
- [20] Professor Catedrático Emérito em Direito Constitucional, Filosofia do Direito e do Estado e Teoria Geral do Direito na Universidade de Heidelberg, Alemanha. (Segundo Müller, o sopesamento é um método irracional, uma mistura de “sugestionamento lingüístico”, “pré-compreensões mal esclarecidas” e “envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos”, cujo resultado não passa de mera suposição; a teoria desenvolvida por Müller não é conciliável com a idéia de sopesamento - [...]. A teoria estruturante de Müller supõe que a racionalidade e a possibilidade de controle intersubjetivo na interpretação e na aplicação do direito só são possíveis por intermédio de uma concretização da norma jurídica após árdua análise e limitação do âmbito de cada norma. Depois dessa árdua tarefa não há espaço para colisões, porque a norma simplesmente se revela como não-aplicável ao caso concreto e não se vê envolvida, portanto, em qualquer colisão jurídica relevante. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discussão sobre interpretação/aplicação do direito*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009. Pág. 67-68.)).

Informações Sobre o Autor: Marcos Antonio Koncikoski

Advogado em Florianópolis-SC, especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela UNC - Concórdia-SC 2008, Mestrando em Ciência Jurídicas pela UNIVALI - Itajaí-SC, Membro da Associação Catarinense de Advogados Trabalhistas - ACAT

O Âmbito Jurídico não se responsabiliza, nem de forma individual, nem de forma solidária, pelas opiniões, idéias e conceitos emitidos nos textos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).

Informações Bibliográficas:

KONCIKOSKI, Marcos Antonio. Princípio da proporcionalidade. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11050&revista_caderno=9>. Acesso em mar 2014.

(Fonte: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11050&revista_caderno=9, data de acesso 09/03/2014)

7 - Princípios da Impessoalidade e Moralidade

Saiu na Folha de hoje (16/2/11):

“O Itamaraty concedeu 328 passaportes diplomáticos em caráter excepcional e por “interesse do país” de 2006 a 2010, durante o governo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Entre os beneficiados estão ex-vice-presidentes, ex-governadores, vice-governadores, 11 prefeitos de “grandes capitais”, presidentes de partidos, ministros aposentados de tribunais superiores e do Tribunal de Contas da União, líderes religiosos, diretores e secretários-gerais do Congresso Nacional.

O detalhamento consta da resposta assinada pelo ministro das Relações Exteriores, Antonio Patriota, e enviada ao Ministério Público Federal no Distrito Federal. (...)

Depois da reportagem publicada, o Ministério Público pediu a anulação dos passaportes diplomáticos concedidos para pessoas não contempladas pelo decreto 5978/ 2006 e o controle da emissão do documento por ‘interesse do país’.

O decreto previa que o documento fosse dado a presidentes, vice-presidentes, ministros, parlamentares, chefes de missões diplomáticas, funcionários da carreira diplomática, ministros dos tribunais superiores, procurador-geral da República, subprocuradores-gerais, ex-presidentes e seus dependentes (filhos até 21 anos - e até 24 anos, no caso de estudantes).

Patriota admite em sua resposta que os familiares de Lula receberam o documento em condição excepcional. Ele afirma ainda que o ex-presidente é uma ‘personalidade que continua a ter grande prestígio nacional e internacional’. (...)

São eles: diretores executivos do Banco do Brasil, do Banco Mundial, do Banco Interamericano de Desenvolvimento, da Organização Internacional do Café, da Organização Internacional de Madeiras Tropicais, da Interpol, do FMI (Fundo Monetário Internacional) e até da Fifa.

Dos 328 casos excepcionais, 148 são funcionários da Presidência da República.

Para justificar os 22 líderes religiosos na lista de beneficiários, Patriota diz que é para manter a simetria aos ‘cardeais’ da CNBB, que recebem o benefício do Vaticano.

A Folha mostrou que o bispo Romualdo Panceiro, segundo na hierarquia da Igreja Universal do Reino de Deus, recebeu o documento.

O ministro disse que o governo determinou uma revisão das normas de sua concessão para ‘assegurar que os critérios de excepcionalidade’ estejam de acordo com ‘os interesses do país’.

O Itamaraty alterou as regras para a concessão do documento em caráter excepcional 19 dias após a primeira reportagem da Folha. Agora, o documento só pode ser pedido por ‘solicitação formal’ e ‘fundamentada’ e os nomes têm de ser divulgados”.

E qual é o problema de conceder passaporte diplomático para amigos? Afinal, ninguém foi prejudicado. Não é o caso de estar subtraindo algo do patrimônio da União para dar a alguém. É verdade que existe um pequeno custo de emissão do documento, mas a solução poderia ser o pagamento pelo documento em vez de se dificultar a emissão do passaporte para os amigos.

“O 'problema' - e a razão pela qual isso não pode acontecer - é que nossa Constituição (artigo 37) diz que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, **impessoalidade**, **moralidade**, **publicidade** e **eficiência** (...)”

Dois dos princípios estabelecidos naquele artigo são importantes para entendermos todo o barulho em relação à concessão de passaportes diplomáticos para amigos.

O primeiro é o da **impessoalidade**. Impessoalidade significa que o servidor público não pode beneficiar ou prejudicar alguém só porque esse alguém é seu amigo ou inimigo. Por esse princípio, pessoas em situações idênticas devem ser tratadas de forma idêntica. Da mesma forma que um prefeito não pode proibir seu inimigo político de ter uma padaria, o Ministério das Relações Exteriores não pode conceder o passaporte diplomático para quem não ocupa um dos cargos listados na lei que permite a concessão de tais passaportes.

O segundo princípio é o da **moralidade**. Nem tudo que é legal é moral, e nem tudo que é moral é legal. Por exemplo, a eutanásia é crime (auxílio ao suicídio), mas para uma grande parte da população ela é um ato moral, pois a intenção é evitar que quem está morrendo sofra desnecessariamente. O mesmo vale para o aborto: para muita gente é melhor terminar a gravidez do que ‘condenar’ a mãe a carregar dentro de seu corpo um feto indesejado. Por outro lado, manter dois namoros ao mesmo tempo, não tomar banho ou ser um aluno relapso não são atos ilegais, mas são condutas imorais, pois vão contra o que é esperado pela sociedade. O mesmo era válido para o deputados que desviavam dinheiro público para suas empresas, sobre o qual já falamos [aqui](#).

Ao contrário do resto da sociedade, que pode fazer o que bem entender desde que não seja ilegal (ainda que seja imoral), os servidores públicos sofrem uma segunda limitação em suas ações: além de terem de ser legais (permitidas pela lei), elas devem ser também morais, ou seja, precisam estar de acordo com o que é esperado de uma pessoa que é paga para servir o interesse da sociedade. E usar da posição de servidor público para pedir ou emitir um passaporte diplomático para quem não precisa pode ser até não ser ilegal, mas é imoral pois (a) não atende aos interesses da sociedade e (b) abusa do poder discricionário de seu cargo, ou seja, abusa da flexibilidade concedida pela lei.”

(Fonte: <http://direito.folha.uol.com.br/1/post/2011/02/principios-da-impessoalidade-e-moralidade.html>, data de acesso 09/03/2014)

8 - Direitos Humanos na Administração da Justiça - Protecção da Vítima

Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder

Adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/34, de 29 de Novembro de 1985.

A Assembleia Geral,

“Lembrando que o Sexto Congresso sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes recomendou que a Organização das Nações Unidas prosseguisse o seu actual trabalho de elaboração de princípios orientadores e de normas relativas ao abuso de poder económico e político 56,

Consciente de que milhões de pessoas em todo o mundo sofreram prejuízos em consequência de crimes e de outros actos representando um abuso de poder e que os direitos destas vítimas não foram devidamente reconhecidos,

Consciente de que as vítimas da criminalidade e as vítimas de abuso de poder e, frequentemente, também as respectivas famílias, testemunhas e outras pessoas que acorrem em seu auxílio sofrem injustamente perdas, danos ou prejuízos e que podem, além disso, ser submetidas a provações suplementares quando colaboram na perseguição dos delinquentes,

1. *Afirma* a necessidade de adopção, a nível nacional e internacional, de medidas que visem garantir o reconhecimento universal e eficaz dos direitos das vítimas da criminalidade e de abuso de poder;

2. *Sublinha* a necessidade de encorajar todos os Estados a desenvolverem os esforços feitos com esse objectivo, sem prejuízo dos direitos dos suspeitos ou dos delinquentes;

3. *Adopta* a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, que consta em anexo à presente resolução, e que visa ajudar os Governos e a comunidade internacional nos esforços desenvolvidos, no sentido de fazer justiça às vítimas da criminalidade e de abuso de poder e no sentido de lhes proporcionar a necessária assistência;

4. *Solicita* aos Estados membros que tomem as medidas necessárias para tornar efectivas as disposições da Declaração e que, a fim de reduzir a vitimização, a que se faz referência aqui em diante, se empenhem em:

a) Aplicar medidas nos domínios da assistência social, da saúde, incluindo a saúde mental, da educação e da economia, bem como medidas especiais de prevenção criminal para reduzir a vitimização e promover a ajuda às vítimas em situação de carência;

b) Incentivar os esforços colectivos e a participação dos cidadãos na prevenção do crime;

c) Examinar regularmente a legislação e as práticas existentes, a fim de assegurar a respectiva adaptação à evolução das situações, e adoptar e aplicar legislação que proíba actos contrários às normas internacionalmente reconhecidas no âmbito dos direitos do homem, do comportamento das empresas e de outros actos de abuso de poder;

d) Estabelecer e reforçar os meios necessários à investigação, à prossecução e à condenação dos culpados da prática de crimes;

e) Promover a divulgação de informações que permitam aos cidadãos a fiscalização da conduta dos funcionários e das empresas e promover outros meios de acolher as preocupações dos cidadãos;

f) Incentivar o respeito dos códigos de conduta e das normas éticas, e, nomeadamente, das normas internacionais, por parte dos funcionários, incluindo o pessoal encarregado da aplicação das leis, o dos serviços penitenciários, o dos serviços médicos e sociais e o das forças armadas, bem como por parte do pessoal das empresas comerciais;

g) Proibir as práticas e os procedimentos susceptíveis de favorecer os abusos, tais como o uso de locais secretos de detenção e a detenção em situação incomunicável;

h) Colaborar com os outros Estados, no quadro de acordos de auxílio judiciário e administrativo, em domínios como o da investigação e o da prossecução penal dos delinquentes, da sua extradição e da penhora dos seus bens para os fins de indemnização às vítimas.

5. *Recomenda* que, aos níveis internacional e regional, sejam tomadas todas as medidas apropriadas para:

a) Desenvolver as actividades de formação destinadas a incentivar o respeito pelas normas e princípios das Nações Unidas e a reduzir as possibilidades de abuso;

b) Organizar trabalhos conjuntos de investigação, orientados de forma prática, sobre os modos de reduzir a vitimização e de ajudar as vítimas, e para desenvolver trocas de informação sobre os meios mais eficazes de o fazer;

c) Prestar assistência directa aos Governos que a peçam, a fim de os ajudar a reduzir a vitimização e a aliviar a situação de carência em que as vítimas se encontrem;

d) Proporcionar meios de recurso acessíveis às vítimas, quando as vias de recurso existentes a nível nacional possam revelar-se insuficientes.

6. *Solicita* ao Secretário-Geral que convide os Estados membros a informarem periodicamente a Assembleia Geral sobre a aplicação da Declaração, bem como sobre as medidas que tomem para tal efeito;

7. *Solicita, igualmente*, ao Secretário-Geral que utilize as oportunidades oferecidas por todos os órgãos e organismos competentes dentro do sistema das Nações Unidas, a fim de ajudar os Estados membros, sempre que necessário, a melhorarem os meios de que dispõem para protecção das vítimas a nível nacional e através da cooperação internacional;

8. *Solicita, também*, ao Secretário-Geral que promova a realização dos objectivos da Declaração, nomeadamente dando-lhe uma divulgação tão ampla quanto possível;

9. *Solicita, insistentemente*, às instituições especializadas e às outras entidades e órgãos da Organização das Nações Unidas, às outras organizações intergovernamentais e não governamentais interessadas, bem como aos cidadãos em geral, que cooperem na aplicação das disposições da Declaração.

ANEXO

Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder

A. Vítimas da criminalidade

1. Entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou colectivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de actos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.

2. Uma pessoa pode ser considerada como "vítima", no quadro da presente Declaração, quer o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado, e quaisquer que sejam os laços de parentesco deste com a vítima. O termo "vítima" inclui também, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima directa e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização.

3. As disposições da presente secção aplicam-se a todos, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, idade, língua, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou outras, crenças ou práticas culturais, situação económica, nascimento ou situação familiar, origem étnica ou social ou capacidade física.

Acesso à justiça e tratamento equitativo

4. As vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito pela sua dignidade. Têm direito ao acesso às instâncias judiciais e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido, de acordo com o disposto na legislação nacional.

5. Há que criar e, se necessário, reforçar mecanismos judiciais e administrativos que permitam às vítimas a obtenção de reparação através de procedimentos, oficiais ou officiosos, que sejam rápidos, equitativos, de baixo custo e acessíveis. As vítimas devem ser informadas dos direitos que lhes são reconhecidos para procurar a obtenção de reparação por estes meios.

6. A capacidade do aparelho judicial e administrativo para responder às necessidades das vítimas deve ser melhorada:

a) Informando as vítimas da sua função e das possibilidades de recurso abertas, das datas e da marcha dos processos e da decisão das suas causas, especialmente quando se trate de crimes graves e quando tenham pedido essas informações;

b) Permitindo que as opiniões e as preocupações das vítimas sejam apresentadas e examinadas nas fases adequadas do processo, quando os seus interesses pessoais estejam em causa, sem prejuízo dos direitos da defesa e no quadro do sistema de justiça penal do país;

c) Prestando às vítimas a assistência adequada ao longo de todo o processo;

d) Tomando medidas para minimizar, tanto quanto possível, as dificuldades encontradas pelas vítimas, proteger a sua vida privada e garantir a sua segurança, bem como a da sua família e a das suas testemunhas, preservando-as de manobras de intimidação e de represálias;

e) Evitando demoras desnecessárias na resolução das causas e na execução das decisões ou sentenças que concedam indemnização às vítimas.

7. Os meios extrajudiciários de solução de diferendos, incluindo a mediação, a arbitragem e as práticas de direito consuetudinário ou as práticas autóctones de justiça, devem ser utilizados, quando se revelem adequados, para facilitar a conciliação e obter a reparação em favor das vítimas.

Obrigação de restituição e de reparação

8. Os autores de crimes ou os terceiros responsáveis pelo seu comportamento devem, se necessário, reparar de forma equitativa o prejuízo causado às vítimas, às suas famílias ou às pessoas a seu cargo. Tal reparação deve incluir a restituição dos bens, uma indemnização pelo prejuízo ou pelas perdas sofridos, o reembolso das despesas feitas como consequência da vitimização, a prestação de serviços e o restabelecimento dos direitos.

9. Os Governos devem reexaminar as respectivas práticas, regulamentos e leis, de modo a fazer da restituição uma sentença possível nos casos penais, para além das outras sanções penais.

10. Em todos os casos em que sejam causados graves danos ao ambiente, a restituição deve incluir, na medida do possível, a reabilitação do ambiente, a reposição das infra-estruturas, a substituição dos equipamentos colectivos e o reembolso das despesas de reinstalação, quando tais danos impliquem o desmembramento de uma comunidade.

11. Quando funcionários ou outras pessoas, agindo a título oficial ou quase oficial, tenham cometido uma infracção penal, as vítimas devem receber a restituição por parte do Estado cujos funcionários ou agentes sejam responsáveis pelos prejuízos sofridos. No caso em que o Governo sob cuja autoridade se verificou o acto ou a omissão na origem da vitimização já não exista, o Estado ou o Governo sucessor deve assegurar a restituição às vítimas.

Indemnização

12. Quando não seja possível obter do delincente ou de outras fontes uma indemnização completa, os Estados devem procurar assegurar uma indemnização financeira:

a) Às vítimas que tenham sofrido um dano corporal ou um atentado importante à sua integridade física ou mental, como consequência de actos criminosos graves;

b) À família, em particular às pessoas a cargo das pessoas que tenham falecido ou que tenham sido atingidas por incapacidade física ou mental como consequência da vitimização.

13. Será incentivado o estabelecimento, o reforço e a expansão de fundos nacionais de indemnização às vítimas. De acordo com as necessidades, poderão estabelecer-se outros fundos com tal objectivo, nomeadamente nos casos em que o Estado de nacionalidade da vítima não esteja em condições de indemnizá-la pelo dano sofrido.

Serviços

14. As vítimas devem receber a assistência material, médica, psicológica e social de que necessitem, através de organismos estatais, de voluntariado, comunitários e autóctones.

15. As vítimas devem ser informadas da existência de serviços de saúde, de serviços sociais e de outras formas de assistência que lhes possam ser úteis, e devem ter fácil acesso aos mesmos.

16. O pessoal dos serviços de polícia, de justiça e de saúde, tal como o dos serviços sociais e o de outros serviços interessados deve receber uma formação que o sensibilize para as necessidades das vítimas, bem como instruções que garantam uma ajuda pronta e adequada às vítimas.

17. Quando sejam prestados serviços e ajuda às vítimas, deve ser dispensada atenção às que tenham necessidades especiais em razão da natureza do prejuízo sofrido ou de factores tais como os referidos no parágrafo 3, supra.

B. Vítimas de abuso de poder

18. Entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou colectivamente, tenham sofrido prejuízos, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de actos ou de omissões que, não constituindo ainda uma violação da legislação penal nacional, representam violações das normas internacionalmente reconhecidas em matéria de direitos do homem.

19. Os Estados deveriam encarar a possibilidade de inserção nas suas legislações nacionais de normas que proibam os abusos de poder e que prevejam reparações às vítimas de tais abusos. Entre tais reparações deveriam figurar, nomeadamente, a restituição e a indemnização, bem como a assistência e o apoio de ordem material, médica, psicológica e social que sejam necessários.

20. Os Estados deveriam encarar a possibilidade de negociar convenções internacionais multilaterais relativas às vítimas, de acordo com a definição do parágrafo 18.

21. Os Estados deveriam reexaminar periodicamente a legislação e as práticas em vigor, com vista a adaptá-las à evolução das situações, deveriam adoptar e aplicar, se

necessário, textos legislativos que proibissem qualquer acto que constituísse um grave abuso de poder político ou económico e que incentivassem as políticas e os mecanismos de prevenção destes actos e deveriam estabelecer direitos e recursos apropriados para as vítimas de tais actos, garantindo o seu exercício.””

(Fonte: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-pcjp-29.html>, data de acesso 09/03/2014)

9 - Qual a diferença entre o abuso de poder e o abuso de autoridade?

** Ariane Fucci Wady

Publicado por Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (extraído pelo JusBrasil)

“O Abuso de Autoridade é crime e abrange as condutas abusivas de poder, conforme a explicação abaixo.

O abuso de poder é gênero do qual surgem o excesso de poder ou o desvio de poder ou de finalidade.

Assim, o abuso de poder pode se manifestar como o excesso de poder, caso em que o agente público atua além de sua competência legal, como pode se manifestar pelo desvio de poder, em que o agente público atua contrariamente ao interesse público, desviando-se da finalidade pública.

Tratam-se, pois, de formas arbitrárias de agir do agente público no âmbito administrativo, em que está adstrito ao que determina a lei (princípio da estrita legalidade).

No caso do abuso de autoridade, temos a tipificação daquelas condutas abusivas de poder como crimes (lei [4898/65](#)) podendo-se dizer que o abuso de autoridade é o abuso de poder analisado sob as normas penais.

Mais ainda, o abuso de autoridade abrange o abuso de poder, conforme se pode vislumbrar pelo disposto no art. [4º](#), a, lei [4898/65](#), utilizando os conceitos administrativos para tipificar condutas contrárias à lei no âmbito penal e disciplinar.

Portanto, podemos dizer que, além do abuso de poder ser infração administrativa, também é utilizado no âmbito penal para caracterizar algumas condutas de abuso de autoridade, sendo que, essas são muito mais amplas do que o simples abuso de poder (excesso ou desvio de poder), eis que abarcam outras condutas ilegais do agente público, o que nos leva a concluir que o abuso de autoridade abrange o abuso de poder que, por sua vez, se desdobra em excesso e desvio de poder ou de finalidade. ”

(Fonte: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/20923/qual-a-diferenca-entre-o-abuso-de-poder-e-o-abuso-de-autoridade-ariane-fucci-wady>, data de acesso 09/03/2014)

10 - A razoável duração do processo frente à efetividade e a celeridade da tutela jurisdicional

** Adriane Medianeira Toaldo

Resumo: O objeto primordial deste estudo é uma introdução ao estudo da razoável duração do processo. O processo em si recebeu um grande aliado no que se refere a proteção da efetividade e celeridade do processo, seria a determinação como direito fundamental do cidadão a garantia de uma razoável duração do processo. O tema enfrenta

diretamente a questão dos direitos fundamentais, ou seja, prioridade para o cidadão, e essencialidade de quem busca a tutela jurisdicional.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Razoável duração. Celeridade e efetividade do processo.

Abstract: *The primary object of this study is an introduction to the study of reasonable duration of the process. The procedure itself was a great ally as regards the protection of the effectiveness and speed of the process, would be the determination as a fundamental right of citizens to secure a reasonable length of the process. The issue facing directly the question of fundamental rights, namely priority for the citizen, and essential for those who seek judicial protection.*

Keywords: *Fundamental Rights. Average duration. Speed and effectiveness of the process.*

Sumário: Resumo. Sumário. 1 Introdução. 2 Breves considerações sobre os direitos fundamentais. 3 Direito Fundamental à razoável duração do processo. 4 O princípio da razoável duração do processo diante do entendimento de garantia. 5 O princípio da razoável duração do processo frente às jurisprudências dos Tribunais. 6 Considerações finais. 7 Referências Bibliográficas.

"A introdução do direito à duração razoável do processo no texto constitucional brasileiro, através da Emenda Constitucional 45/04, não poderia cair no vazio. Em cumprimento ao próprio comando constitucional (art. 5º, § 1º), era preciso dotá-lo de eficácia concreta." [1]

1 Introdução

“Com o advento da Reforma Constitucional do Poder Judiciário proporcionada pela Emenda Constitucional 45/04, introduziu, entre tantas outras mudanças, dentro das previsões dos direitos fundamentais a garantia ao cidadão da duração razoável do processo, como explicita o artigo 5º, inc. LVXXVIII da Constituição Federal.

Este assunto ganhou atenção dos juristas e operadores do direito, mas já era considerada como parte integrante dos direitos fundamentais tendo em vista a sua necessidade e relevância em relação aos contornos em que vive a atualidade processual.

A análise proposta no presente artigo tende principalmente estudar este direito fundamental, bem como quais as formas de melhor aplicação e entendimento deste. Obedecendo critérios de busca pelos primórdios históricos dos direitos fundamentais, e também os acontecimento que levaram a necessidade da determinação da razoabilidade do processo como um direito fundamental.

Ponto importante a ser analisado também é a questão da aplicabilidade e garantia deste direito fundamental, como forma de garantir a efetividade do processo e a efetividade jurisdicional.

2 Breves considerações sobre os direitos fundamentais

Em uma breve análise histórica, os direitos fundamentais inicialmente podem ser vistos como forma de garantir ao homem seus direitos, pois este era criatura vista como imagem e semelhança de Deus, como menciona o autor Jorge Miranda[2]:

“É comum apontar-se a doutrina do cristianismo, com ênfase especial para a escolástica e a filosofia de São Thomas, como antecedente básico dos direitos humanos. A concepção de que os homens, por serem criados à imagem e semelhança de Deus, possuem alto valor intrínseco e uma liberdade inerente à sua natureza, anima a idéia de que eles dispõem de direitos que devem ser respeitados por todos e pela sociedade política, Santo Tomás de Aquino defendia um direito natural, fundada na concepção do

homem como criatura feita à semelhança de Deus e dotada de especiais qualidades. Esse direito subordinava o direito positivo e a discrepância entre um e outro autorizaria o direito de resistência do súbito.”

Dentro do contexto da historicidade dos Direitos fundamentais um nome chama a atenção John Locke, que abria um pensamento partindo do pressuposto de que os homens se reúnem e vivem em sociedade para se protegerem, sendo que a liberdade e a propriedade deveriam ser oponíveis até mesmo ao próprio soberano.

O autor Paulo Gustavo Gonet Branco[3] preleciona com relação a essa teoria:

“Essa teoria iria inspirar as Declarações de Virgínia de 1776 e na francesa de 1789. Com efeito, o art. 1º da Declaração dos Direitos de Virgínia, proclamava que todos os homens são por natureza livres e têm direitos inatos, de que não se despojam ao passarem a viver em sociedade. O art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aponta que o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. E o art. 4º da mesma Declaração afirma que os direitos naturais de cada homem não tem por limite senão as restrições necessárias para assegurar os outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos.”

Mas, existem outros pontos importantes da história que retratam momentos e conquistas além dos já citados, como lembra o autor Ingo Sarlet[4]:

“Na Inglaterra em 1215, os bispos e barões ingleses obtêm do Rei João Sem-Terra a Magna Carta, pacto que assegura alguns privilégios feudais aos nobres, não chegando, entretanto, a alcançar o conjunto da população. Outras declarações de direitos são conhecidas, como a petition of Rights, de 1628, o habeas corpus act, de 1679. Nesses documentos, são assegurados direitos aos cidadãos ingleses, com a proibição de prisão arbitrária, o habeas corpus e o direito de petição. Tais documentos, porém, se é verdade que limitavam o poder monárquico, não tinham o condão de vincular o próprio parlamento. Esses direitos eram assim fundamentais, embora não constitucionalizados.”

Questão importante também é ter em mente que os direitos com índole constitucional, vinculando poderes e dando o poder de serem exigidos judicialmente se deram com a Declaração de Virgínia, sendo que foram os referidos direitos acolhidos e positivados pela Constituição Americana.

Norberto Bobbio[5] ensina:

“Os direitos do homem ganham relevo quando se desloca do Estado para os indivíduos a primazia na relação que os põe em contato. A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado Moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/ cidadão ou soberano/súdito, relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade (...) no início da idade moderna.”

Os direitos fundamentais alcançam o auge quando se compreende que a sociedade possui primeiramente direitos e depois deveres para com o Estado, se reconhece que o indivíduo tem primeiramente uma série de direitos e depois de deveres e que ao contrário, o Estado tem para com o indivíduo primeiramente deveres para depois deveres.

Uma outra perspectiva histórica aponta para as gerações de direitos, onde o autor Norberto Bobbio[6] aponta para uma evolução dos direitos, passando por várias gerações, sobre o assunto o autor José Alcebíades de Oliveira Junior[7] destaca:

“Primeira geração, os direitos individuais, que pressupõe a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente. Tal como assinala o professor italiano, esses direitos possuem um significado filosófico-histórico da inversão, característica da formação do Estado Moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.”

Nesta seara estão englobados nesta nova geração de direitos todos os tidos como indispensáveis aos homens, com uma visão universalista, mas no acompanhar de todo o estudo aqui traçado irá se analisar alguns momentos em que os direitos fundamentais deixam de tecer o universo de todos os cidadãos.

3 Direito Fundamental à razoável duração do processo

A determinação de elencar o direito a razoável duração do processo para integrar o rol dos direitos e garantias fundamentais, advém de exemplos, internacionais, a respeito "como se dirá incansavelmente, a duração razoável do processo é um direito fundamental consagrado em diversos documentos internacionais de proteção e promoção dos direitos humanos." [8]

O princípio do devido processo legal, é o princípio base para apoio de todos os outros princípios que advém dele. Como já mencionado o princípio da razoável duração do processo tem culminação internacional e se projeta dentro das relações processuais.

Um dos exemplos está na Convenção Americana sobre direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que apresenta termos sobre a celeridade e o devido processo legal. O seu artigo 8º[9] determina:

“Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Dentro da doutrina processual procurava-se a brevidade das relações processuais, como demonstração de um embrião do princípio da razoável duração do processo.

Na verdade os direitos constitucionais constituem verdadeira conquista da humanidade como um todo, estando assim consagrados os seus direitos mais fundamentais dentro da Carta Magna que rege a vida do povo, no caso em especial, do povo brasileiro.

O direito fundamental a razoável duração do processo, cabe aqui evidenciar, é um direito especial, tendo em vista que determina que sejam especificadas limitações no correr do desenvolvimento processual, para que seja buscada a forma mais célere para a composição do litígio.

Quando se fala em processo justo, além do exposto, tem-se em mente que:

“No Estado Democrático de Direito, a eficácia concreta dos direitos fundamentais depende da instituição de um sistema de garantias, pois são elas que possibilitam o pleno gozo dos direitos por parte dos cidadãos. Sem as garantias os direitos fundamentais não passariam de meros enunciados sem qualquer vinculação necessária.”

Há alguns obstáculos a serem enfrentados quando se trata das garantias aos direitos fundamentais, principalmente quanto ao processo justo, sendo primeiro de natureza econômica no que diz respeito aos problemas relacionados com pobreza, o segundo já parte da questão mais organizacional, direcionando-se mais para o interesse do grupo, direitos difusos ligados ao coletivo, dignos de uma sociedade contemporânea. E por fim tem-se como obstáculo a necessidade de internalização de soluções alternativas nas soluções de conflitos, além de formas diferenciadas dentro do processo civil tradicional.

Dentro do último obstáculo, e também, como forma de garantir um processo mais justo em seu julgamento e também na sua duração, está a idéia de desformalizar o processo civil, modernizando este:

“Encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos- de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também necessariamente, o ponto central da moderna processualista.”

Celeridade processual, processo justo e direito à justiça, princípio este base, para o da razoável duração do processo, bem como todas as demais garantias fundamentais do cidadão com relação ao direito buscado dentro do processo devem manter um equilíbrio, repensar suas estruturas, como expõe Mauro Cappelletti[10]:

“O direito de acesso à justiça, atualmente, é reconhecido como aquela que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos. A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas de conteúdo e função mistificadores. Por estas razões a doutrina moderna abandonou a idéia de que o direito de acesso a justiça, ou direito de ação significa apenas direito à sentença de mérito, esse modo de ver o processo, se um dia foi importante para a concepção de um direito de ação independente do direito material, não coaduna com as novas preocupações que estão nos estudos dos processualistas ligados ao tema da efetividade do processo que traz em si a superação de que este poderia ser estudado de maneira neutra e distante da realidade social e do direito material.”

Falar de razoável duração do processo está intimamente ligado com o falar sobre a tutela jurisdicional efetiva, o que por esta idéia pode mudar substancialmente o processo e seus procedimentos, tornando-o mais humanista[11]:

“Os postulados do garantismo e da efetividade é que vão tornar possível o oferecimento de um processo impregnado de humanismo que prima pela qualidade das decisões. A tendência moderna é a de flexibilização das técnicas e do sistema processual como um todo, de modo que aquelas possam mais bem aderir às peculiaridades do direito material e cumprir seus escopos institucionais. O direito a tutela jurisdicional efetiva engloba o direito à técnica processual adequada (norma processual); instituição de procedimento capaz de viabilizar a participação; e a

própria resposta jurisdicional. Neste diapasão, a tutela jurisdicional efetiva não é apenas uma garantia, mas sim, ela própria, “um direito fundamental”, cuja eficácia é preciso assegurar, em respeito á dignidade da pessoa humana, o processo deve ter o maior alcance prático e a menor restrição e custo possíveis aos direitos do cidadãos. Esta é, efetivamente, a maior contribuição da teoria dos direitos fundamentais ao direito processual.”

Com o pensar de que a efetividade processual deixa apenas de ser um procedimento garantidor e passa a ser um direito de predominância fundamental, tudo muda, o processo passa a ser visado pelo seu alcance prático, visando a celeridade na concretização dos direitos buscados pelo cidadão.

4 O princípio da razoável duração do processo diante do entendimento de garantia

Como é do conhecimento de toda a comunidade mundial, vive-se em dias de grande aceleração, esta é a marca do nosso tempo atual. Junto com essa grande aceleração vislumbramos conceitos como o da crise da modernidade.

E esta crise realmente traz seus reflexos, para alguns este processo teria findado-se em final do século XX, com a constatação da impotência do discurso da época para enfrentar os problemas ligados a sociedade que passa por transformações apurando-se as suas complexidades, além de suas características de individualismo e fragmentação.

Neste caminho advém a era ou a sociedade dita pós-moderna que traz junto o fenômeno chamado globalização, esta por sua vez, transforma significativamente o contexto social, principalmente no que trata da informação, que quanto mais rápido circula mais rápido perde sua substância.

Parece, este ponto nada ter haver com o que estamos tratando, mas ao contrário, tem destaque na medida em que exercemos uma reflexão profunda com relação a estas afirmações e o processo, uma vez que este nada mais é do que a concretização, a racionalização dos argumentos e do diálogo do ser humano, do indivíduo.

Há necessidade de uma análise das conseqüências da pós-modernidade, do mundo moderno, com relação ao processo[12]:

“O mundo moderno exige que certas decisões sejam tomadas com base em juízos de probabilidade, no sentido de que direitos prováveis sejam tutelados em detrimento daqueles improváveis. Tal paradigma já trata, de certa forma, uma adaptação do direito e do processo aos paradigmas da pó-modernidade. Ocorre que tal adaptação não deve ser integral, sob pena de haver o dismantelamento de toda racionalidade do sistema jurídico, que deve, como regra firme e geral, ser marcado pela abundância de reflexão e estabilidade. A idéia de sistema não pode ser perdida, apesar de atual e profunda crise de fundamentos do Direito.”

O direito deve buscar se adaptar aos novos parâmetros trazidos pela era da pós-modernidade, o processo deve ser racional, concreto, célere e efetivo, tendo que procurar meios e mecanismos capazes de comportar as novas tendências.

Com relação à tendência da excessiva duração dos processos judiciais vem de encontro a toda esta perplexa realidade global e veloz, e aqui cabe não apenas salientar ou criticar o Brasil, mas também atinge tal “celeuma global”[13]até mesmo os países com os procedimentos mais desenvolvidos.

A questão do problema da morosidade do sistema jurídico é uma das problemáticas mais universais, das quais enfrentam os tribunais de todo o mundo, de modo que de uma forma geral todos devem, e de certa forma, estão procurando aprimorar seus procedimentos para que possam atingir um tripé importante, qual seja, que o processo possa ser célere, efetivo.

José Rogério Cruz e Tucci[14], apresenta reflexão importante, sobre esta preocupação global:

“A preocupação global em torno da duração intolerável dos feitos é patente, já que esta configura um enorme obstáculo para que o processo cumpra seus compromissos institucionais. O tempo pode causar o perecimento das pretensões, ocasionar danos econômicos e psicológicos às partes e profissionais aos operadores do direito, estimular composições desvantajosas, e conseqüentemente, gerar descrédito ao Poder Judiciário e ao Estado como um todo.”

Idéia também que pode ser contemplada é a de que o processo em sua estrutura de morosidade por atrapalhar as visões de um determinado país, demonstrando assim a clareza da importância de instrumento que corroborem para a melhoria deste modelo atual e defasado de estrutura processual.

Não sendo tão pessimista, já ocorreram, como por exemplo, no Brasil, mudanças no Código de Processo Civil, mas acredita-se que além de tais mudanças, e outras que vão surgir, há necessidade de um pensamento novo por parte de todos os sujeitos que atuam dentro do sistema jurídico, quais sejam, os operadores do direito.

Entre os avanços Carlos Henrique Ramos[15], observa:

“Se, por um lado, os grandes avanços conquistados nos últimos anos deram-se no campo da facilitação do acesso à justiça e do rompimento com certos obstáculos ilegítimos que o impediram, por outro, surge o desafio de dar eficiência ao aparelho judiciário para que este absorva de modo satisfatório a crescente demanda, estimulada pela disseminação da idéia de cidadania operada pela Constituição de 1988.”

Sobre o tempo do processo já em 1958, Francesco Carnelutti[16] já evidenciava esta questão, determinando a fundamental importância do tempo no processo, claro que não estamos a esperar e nem seria o correto por um processo de natureza instantânea, uma vez que a jurisdição necessita sim de celeridade e de dar respostas efetivas, mas sempre dentro de cada caso concreto e com muita cautela, não se podendo pensar no cúmulo de esquecer que são perspectivas humanas que encontram-se dentro da busca processual.

Ainda com relação a garantia da razoável duração do processo, importante ainda brevemente comentar a Emenda Constitucional nº. 45, referente a reforma no judiciário, que abarcou no artigo 5º, LXXVIII, a razoável duração do processo, o que significa um grande avanço.

Mas, como toda regra sempre existem questionamentos e críticas a serem respaldadas, neste contexto, somente, comentasse que é de veras magnífico a inclusão de tal dispositivo fundamental, mas ao mesmo tempo a insegurança de todo o sistema judiciário, toma-se pela insegurança, pois, não há de forma concreta formas e mecanismos que possam abarcar tal dimensão trazida por tal princípio fundamental. No mesmo entendimento Carlos Henrique Ramos[17]: No caso da concretização da garantia da duração razoável, a utilização do princípio da razoabilidade não configura

mera opção, mas, necessidade. O desafio é calcar a atividade interpretativa de juiz através de standarts mais palpáveis, e não simplesmente abolí-la.

São várias as causas que podem não fazer valer da forma como é prestada a efetividade do princípio fundamental da razoável duração do processo, mas é necessário abordar as questões aparentes em nosso meio e buscar alternativas de solução, como as recentes evidências na reforma processual civil.

5 O princípio da razoável duração do processo frente às jurisprudências dos Tribunais

Após a sua inserção dentro do artigo que dita os direitos e garantias fundamentais o princípio da razoável duração do processo nitidamente se fez presente nos julgados e nas emendas dos tribunais. Claro que, não seria certo pensar que somente neste ponto é que se iniciou a observação de um razoável lapso de tempo para a resolução das questões processuais.

Com isto, pode-se perceber que os tribunais tem se empenhado em dar importância e magnitude para esta garantia fundamental, talvez para que possa se dar maior atenção ao problema da celeridade processual.

Colaciona-se algumas ementas que trabalham a questão analisada neste artigo, entre elas está o pensamento do Superior Tribunal de Justiça:

“Processo civil. Reconvencção. Julgamento de improcedência do pedido formulado na ação principal, e de procedência do pedido formulado na reconvencção. Pretensão, da parte derrotada, de anulação de todo o processo, com fundamento na circunstância de não ter sido atribuído valor da causa à reconvencção. Hipótese em que não foi dada, ao reconvinte, a oportunidade para saneamento do vício. Impossibilidade de anulação de todo o processado, que afrontaria ao princípio da instrumentalidade. Recurso não conhecido.

- Nos termos da jurisprudência da Terceira Turma deste Tribunal, a ausência de valor à causa 'não macula a petição inicial a ponto de provocar o indeferimento, à medida que a jurisprudência já assentou que em tais casos o valor é o mesmo da ação principal.

- Ademais, seria atentar contra o princípio da instrumentalidade e da razoável duração do processo anular todo o procedimento que já se desenvolveu por diversos anos, com dispêndio de recursos públicos e de material humano, meramente por apego a uma formalidade, notadamente na hipótese em que não se possibilitou, ao autor reconvinte, que emendasse sua petição inicial, na origem.

Recurso especial não conhecido.” [18]

Proteção do princípio da razoável duração do processo também pode ser observada no julgamento de decisão que explica o objetivo principal da multa nos embargos declaratórios, como segue:

PROCESSO CIVIL. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CPC. MANUTENÇÃO DA MULTA APLICADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM PELA PROCRASTINAÇÃO DO FEITO. REPETIÇÃO, NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, DAS RAZÕES DE AGRAVO REGIMENTAL JÁ JULGADO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os embargos são cabíveis somente em caso de omissão, contradição ou obscuridade na

decisão recorrida. Se a decisão recorrida não tem algum destes defeitos, não pode a parte opor os aclaratórios. 2. Comprovado o fato de que nos embargos de declaração a autarquia recorrente quis debater, novamente, matéria já tratada pelo colegiado do Tribunal a quo no julgamento do agravo regimental, cabível a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC. 3. A cominação de multa para a parte que utiliza indevidamente o recurso de embargos de declaração com o intuito de atrasar o andamento do feito tem fundamento no respeito ao princípio da celeridade processual e na constitucionalizada garantia da duração razoável do processo. Cabe ao Judiciário ser diligente, bem como devem as partes litigantes agir com o intuito de resolver a controvérsia, e não de atrasar a prestação jurisdicional. 4. A multa prevista no parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil busca coibir a utilização indiscriminada dos embargos de declaração, bem como evitar a extensão de discussões inócuas, que apenas atrasarão a prestação jurisdicional. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” [19]

Embasado nos mesmos objetivos surge entendimentos jurisprudenciais no sentido de justificar o uso do recurso de agravo retido a fim de sustentar também a proteção a garantia da razoável duração do processo, como exemplo do julgado do Tribunal de Justiça do RS:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO EXCEPCIONAL. DESCABIMENTO. CONVERSÃO EM RETIDO. HIPÓTESE EM QUE NÃO VERIFICADO O RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. A reforma processual instituída pela Lei 11.187/05 priorizou o agravo na forma retida, pelo que, sempre que a parte consiga, sem significativo prejuízo imediato, suportar os efeitos da decisão deve se valer desta modalidade de recurso. Assim, é preciso que a decisão represente um risco concreto de dano no cumprimento da decisão para que se admita o agravo de instrumento, modalidade, hoje, excepcional. Outrossim, o fim precípua da reforma processual é de obediência a garantia constitucional da razoável duração do processo. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONVERTIDO EM AGRAVO RETIDO [20].”

Percebe-se que além do princípio constitucional da razoável duração do processo estar presente bem antes de sua especificação concreta entre os direitos fundamentais do cidadão, vê-se que a jurisprudência, fonte de direito, está preocupada em concretizar este preceito.

6 Considerações finais

A análise da razoável duração do processo advém das mudanças que ocorreram no mundo, com a crise moderna a observação mais próxima de fenômenos pós-modernos, como a globalização. O que foi trazido com a Emenda Constitucional 45, dá status de direito fundamental a razoável duração processual.

Após uma breve reflexão dos direitos fundamentais, passou-se para as questões mais específicas do tema abordado. Observou-se a integração existente entre o princípio do devido processo legal e a razoável duração do processo.

Mais adiante mostrou-se interessante a questão abordada com ênfase na atual garantia, principalmente no que tange as dificuldades desta se efetivar devido a estrutura do todo, dentro do sistema judiciário.

O processo não pode ser demasiado demorado, mas não há como este se evidenciar de modo instantâneo devido aos conteúdos e fatos buscados através do processo.

Caminhos e saídas novos já começaram a surgir, é necessário garantir, mas mais necessário é efetivar e concretizar a duração do processo, mas sempre primando pelo justo, pela justiça.”

Referências bibliográficas:

- RAMOS, Carlos Henrique. *Processo Civil e o princípio da duração razoável do processo*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra, Coimbra ed. 1999.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais*. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2ª parte. Ed. Brasília Jurídica. Instituto Brasiliense de Direito Público. 1ª ed., 2ª tiragem. Brasília, 2002.
- SARLET, Ingo. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, Elsevier, 1992.
- CRUZ E TRUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo; uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo; RT, 1997.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- NICOLITT, André Luiz. *A Duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais: subscrita em Roma, em 4 de novembro de 1950: com as modificações introduzidas pelo Protocolo nº 11. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Convention/webConvenPOR.pdf>; Acesso em: 15. maio. 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 761.262/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17.04.2008, DJ 30.04.2008 p. 1. Disponível em: http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=razoavel%20duraçao%20do%20processo. Acesso em: 16. jun. 2008.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 962.897/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07.02.2008, DJ 25.02.2008 p. 385.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 70024431603, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 21/05/2008.

Notas:

- [1] RAMOS, Carlos Henrique. *Processo Civil e o princípio da duração razoável do processo*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 13.
- [2] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra, Coimbra ed. 1993, p. 17.
- [3] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais*. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2ª parte. Ed. Brasília Jurídica. Instituto Brasiliense de Direito Público. 1ª ed., 2ª tiragem. Brasília, 2002. p. 3.
- [4] SARLET, Ingo. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 44.
- [5] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, Elsevier, 1992, p. 4.
- [6] Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, Elsevier, 1992. p. 63.
- [7] OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 192.
- [8] NICOLITT, André Luiz. *A Duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 1.
- [9] Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais: subscrita em Roma, em 4 de novembro de 1950: com as modificações introduzidas pelo Protocolo nº 11. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Convention/webConvenPOR.pdf>; Acesso em: 15. maio. 2008.
- [10] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

[11] RAMOS, Carlos Henrique. *Op. cit.* p. 40-41.

[12] RAMOS, Carlos Henrique. *Op. cit.* p. 49.

[13] RAMOS, Carlos Henrique. *Op. cit.* p. 50.

[14] CRUZ E TRUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo; uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo; RT, 1997. p. 89.

[15] RAMOS, Carlos Henrique. *Op. cit.* p. 58.

[16] CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958. p. 354.

[17] RAMOS, Carlos Henrique. *Op. cit.* p. 61.

[18] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 761.262/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17.04.2008, DJ 30.04.2008 p. 1. Disponível em: http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=razoavel%20duração%20do%20processo. Acesso em: 16. jun. 2008.

[19] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 962.897/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07.02.2008, DJ 25.02.2008 p. 385.

[20] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 70024431603, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 21/05/2008.

Informações Sobre o Autor

Adriane Medianeira Toaldo

Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, RS, UNISC. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto Ritter dos Reis, Canoas, RS. Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito Processual Civil na Universidade Luterana do Brasil, ULBRA - Campus Santa Maria. Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil e do Núcleo de Prática da Ulbra - Santa Maria/RS. Advogada

O Âmbito Jurídico não se responsabiliza, nem de forma individual, nem de forma solidária, pelas opiniões, idéias e conceitos emitidos nos textos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).

Informações Bibliográficas

TOALDO, Adriane Medianeira. A razoável duração do processo frente à efetividade e a celeridade da tutela jurisdicional. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6472. Acesso em mar 2014.

(Fonte: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6472, data de acesso 09/03/2014)

11 - O conceito de princípios, regras e normas - Sisnet Aduaneiras

Constituição, que traz modelos jurídicos abertos à interpretação, conforme os objetivos e princípios constitucionais. Trata-se de um Código não-totalitário, que...

(Fonte: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/principio.pdf>)

12 - O sistema jurídico: normas, regras e princípios

16/07/2006 - RESUMO: Os princípios não passavam de mera fonte (e fonte... permitem definir quais as regras que pertencem ao ordenamento, seu objetivo...

(Fonte: <http://jus.com.br/artigos/8628/o-sistema-juridico>)