

Ministério da Educação
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

A SEGURANÇA NA CONSTITUIÇÃO

Evandro Herrera Bertone Gussi

Porto Alegre, 2005

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A SEGURANÇA NA CONSTITUIÇÃO

Evandro Herrera Bertone Gussi

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior.

Porto Alegre

2005

“Se os antigos, raramente, compreendiam o caráter histórico do homem – sente-se que narravam fatos sucessivos, sem compreender a presença do passado no presente, sem compreender a persistência do passado e, principalmente, sem compreender que o homem se encontra diferentemente nas diversas épocas, hoje tendemos, quiçá com exagero, a considerar tudo como histórico – o mundo, a vida, as sociedades, o homem – nada é como sempre foi – tudo é histórico”. (TÔRRES, João Camillo de Oliveira. Teoria Geral da História. Petrópolis: Vozes, 1963, pg. 164).

“In the world you will have hardship, but be courageous; I have conquered the world”. (Jo, 16,33b)

Agradecimentos

Ao Bom Deus, cuja Providência me é tão solícita.

À Joice, por seus olhos e por seu coração: faróis e porto seguro.

A meus pais, forjas do caráter e da consciência.

Ao Professor Cezar Saldanha Souza Junior, luzeiro na academia e na vida.

A Manoel Gonçalves Ferreira Filho por ser o mestre de todos nós.

RESUMO

O presente trabalho analisa as dimensões da segurança na Constituição brasileira, bem como o relacionamento entre elas. O tema está ligado ao Direito Constitucional, à Ciência Política e à Teoria do Estado. Os aspectos da segurança encontrados na Constituição da República Federativa do Brasil foram os seguintes: Segurança-valor, segurança política, segurança jurídica e segurança social. Na própria seqüência das acepções já se demonstra sua ordem de primazia no quadro teleológico-funcional do Estado. O trabalho buscou imprimir uma sistemática no quadro da segurança na Constituição, além de indicar que, nas diversas modalidades, é possível encontrar um fio de analogia. Observou-se também que a segurança é elemento intrínseco do Estado de Direito, em qualquer de seus modelos, tendo, entretanto, sua configuração sensivelmente alterada em se tratando de regime romano-germânico ou de *common law*. Por fim, o trabalho demonstrou que as diferentes modalidades de segurança implicam diferentes necessidades institucionais.

Segurança, Segurança-valor, Segurança Política, Segurança jurídica, Segurança social, Estado de Direito.

RÉSUMÉ

Le présent travail analyse les dimensions de la sécurité en la Constitution brésilienne bien la relation entre elles. Le thème est lié au Droit Constitutionnel, à la Science Politique et à la Theorie de l'État. Les aspects de la sécurité rencontrés en la Constitution de la Republique Ferative du Brésil furent les suivants: Sécurité-valeur, Sécurité politique, Sécurité juridique e Sécurité social. En la suite, elle-même, déjà nous démontrons son priorité teleologique-fonctionel de l'État. Le travail a cherché printer une sistematique em le cadre de la sécurité en la Constituti3n, bien du indiquer que c'est possible rencontrer une analogie entre elles. Nous observons aussi que la sécurité est élément intrinsèque du État du Droit em toute les modèles. Il'y a cependant configuration divers em le modèle romano-germânico et en *common law*. Enfin, le travail a démontré que les divers modalités de sécurité impliquent différent necessités institutionels

Sécurité-valeur, Sécurité politique, Sécurité juridique e Sécurité social, État du Droit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
A SEGURANÇA – VALOR	11
1. A segurança entre os valores supremos da sociedade.....	11
2. A Constituição de 1988 e o constitucionalismo de valores	14
3. Valores Supremos do Ordenamento	19
4. Liberdade e Igualdade: Justiça.....	21
5. Segurança: Ordem e Progresso	24
6. Justiça e Segurança: o Direito.....	26
7. A Segurança no pensamento filosófico	28
8. A tutela dos valores supremos no modelo romano-germânico.....	31
9. A tutela dos valores supremos no common law	33
10. As cláusulas de defesa da Democracia	35
A SEGURANÇA POLÍTICA	42
11. A categoria segurança política.....	42
12. Os níveis da segurança política.....	44
13. A segurança pública no common law	49
14. A segurança pública no sistema romano-germânico	51
15. A segurança pública no Brasil	54
16. A segurança do Estado no <i>common law</i>	57
17. A segurança do Estado no sistema romano-germânico	60
18. A segurança do Estado na história constitucional brasileira.....	63
19. Segurança do Estado na Constituição de 1988	67
20. Segurança Pública e do Estado: a Segurança Política	73
A SEGURANÇA JURÍDICA	76
21. Primeiras aproximações ao tema	76
22. Modelos de Concreção da Segurança Jurídica	77
23. A Segurança Jurídica no <i>common law</i>	79
24. A Segurança Jurídica no Sistema Romano-Germânico.....	81
25. A Qualidade da Lei	82
26. A Proteção à Confiança Legítima.....	87
27. Segurança Jurídica no julgamento de constitucionalidade	91
28. A Irretroatividade da Lei.....	94
29. Direito Adquirido e Ato Jurídico Perfeito: origens do tema.....	96
30. Segurança Jurídica: diálogo entre tempo e justiça.....	100
A SEGURANÇA SOCIAL	112
31. Primeiras aproximações ao tema	112
32. Terminologia da Segurança Social	112

33.	A categoria segurança social.....	114
34.	Segurança Social e Subsidiariedade	120
35.	Os Grandes Modelos de Segurança Social	125
36.	A segurança social no modelo romano-germânico.....	127
37.	A segurança social no <i>common law</i>	129
38.	Segurança social na história constitucional brasileira	134
39.	A segurança social na Constituição de 1988	140
40.	Instrumentos de segurança social na Constituição de 1988.....	141
CONCLUSÕES		149
BIBLIOGRAFIA		157

INTRODUÇÃO

O fenômeno **segurança** tem grande importância nas várias fases do pensamento que formou o ideário do Estado Democrático Ocidental. A **segurança-valor** foi marca constante do constitucionalismo em virtude da preocupação com a manutenção (e também atualização) da *idéia de direito* vigente na comunidade política. A **segurança política** acompanhou, por seu turno, todo o período da guerra fria. De outro lado, foram inúmeros os questionamentos acerca da **segurança jurídica** no pensamento racionalista, bem como no positivismo jurídico, sem se falar na **segurança social** que marca todo o início do século XX. Ela, entretanto, não tem sido estudada como devia nos últimos tempos, principalmente por problemas da história passada.

O trabalho tem por objeto material – o segmento da realidade que se destaca para o estudo – **a Segurança na Constituição**, ou seja, essa necessidade de estabilidade, de sossego e de paz que a pessoa humana possui nas mais diversas áreas de sua vida, com a qual se preocupa a Constituição

Ademais, tem por objeto formal – o ângulo sob o qual o objeto material será observado – os **sentidos diversos** que a segurança possui na Constituição e o **nexo** que existe entre eles.

O tema apresenta importância que justifica a análise acadêmica justamente pela conjunção entre objeto material e objeto formal. Em primeiro lugar, a segurança presente na Constituição é elemento intrínseco do Estado de Direito, o que já seria um motivo. Somando-se a isso, a busca por uma sistematização dos modos como esse fenômeno aparece no texto constitucional, sob uma coordenação lógica, é mister demasiadamente complexo e desafiador. As duas razões unidas bastam para a escolha e para o desenvolvimento do tema.

O maior desafio enfrentado foi justamente afastar-se, durante todo tempo, dos *maniqueísmos tentadores*. De um lado, não é a intenção do presente trabalho

estabelecer-se como uma *enciclopédia* da segurança constitucional, até por que certamente faltaria fôlego ao seu autor. Assim, não se pretendeu esgotar os assuntos que se referem a cada sentido que a segurança apresenta na Constituição. Isso tornaria o trabalho longo e assistemático.

Por outro lado, buscou-se enfrentar os temas que estão relacionados diretamente com os sentidos da segurança na Constituição, evitando-se análises por demais perfunctórias das noções fundamentais que uma boa apreciação do assunto exige.

O método utilizado na pesquisa é eminentemente a pesquisa bibliográfica. Autores como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, João Camillo de Oliveira Torres e Cezar Saldanha Souza Junior (afora seu trabalho de orientação) foram praticamente onipresentes no texto. Os métodos utilizados são diversificados. Não raras vezes, partiu-se do geral para o particular, em clara atitude dedutiva, sendo que, em outras ocasiões, utilizou-se do método indutivo. De bastante importância também a utilização do que se vem chamando de método histórico-conceitual, em que a gênese e o desenvolvimento de um determinado conceito é acompanhado historicamente.

A bibliografia estrangeira foi de fundamental importância, sem esquecer que, sem algumas das obras nacionais, a pesquisa teria sido absolutamente inviabilizada. Com relação a obras não traduzidas, fizemos nós mesmos a tradução de caráter livre, do espanhol, do francês, do italiano e do inglês, salvo naqueles casos em que a manutenção do original fosse imprescindível para melhor compreensão.

O trabalho apresenta uma divisão simples em quatro capítulos, que são divididos em dez seções cada.

O primeiro capítulo busca analisar a segurança como um valor constitucional presente nas Constituições em geral e, na brasileira, em especial. Para tanto, achou-se por bem perceber a Segurança no constitucionalismo de valores e em coordenação com os demais valores constitucionais. Em seguida, observou-se como tais valores constitucionais são garantidos em ambientes de *common law* e em ambientes romano-germânico, para, por fim, observar a sua presença nas cláusulas de defesa da democracia trazidas pela Constituição de

1988.

O segundo capítulo tratou da segurança política. Essa alocação é propositada pois a comunidade política, depois de concretizar a idéia de direito nela dominante, por meio de uma constituição (em seu sentido sociológico, político ou jurídico), sempre buscou criar mecanismo para defender as *instituições constitucionais*. A segurança política, pois, é o grande pressuposto da segurança jurídica, inclusive, razão pela qual a precede no texto.

O capítulo três preocupou-se com a segurança jurídica, princípio elementar do Estado de Direito. Nele alcançamos observações importantes acerca da essência desse instituto jurídico, bem como sobre seu modo de existência nos modelos de Supremacia do Direito.

No último capítulo, abordamos a Segurança Social – a que a atual Constituição denomina *seguridade social*. Pelas razões expostas no texto, preferimos manter a nomenclatura tradicional, inclusive na literatura estrangeira. Nesse ponto, depois de perceber o percurso do constitucionalismo brasileiro sobre o tema e fixar os dos grandes modelos de segurança social, buscamos observar o perfil desse fenômeno no texto constitucional brasileiro.

A SEGURANÇA – VALOR

1. A segurança entre os valores supremos da sociedade

A segurança aparece, pela primeira vez, na Constituição brasileira como um valor. É este o sentido que o preâmbulo indica. Eis o texto:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O Preâmbulo da Constituição tem o cunho de indicar quais as intenções jus-políticas que a Carta possui. No texto brasileiro é feita uma opção clara pela Democracia à qual – segundo o texto – a segurança estaria vinculada como um dos objetivos últimos. Isso fica claro pela própria redação. A Assembléia Nacional Constituinte institui um Estado Democrático cuja finalidade é assegurar duas realidades: o exercício de direitos e uma *constelação* de valores. O exercício de direitos é garantido pelo Estado de Direito, enquanto os valores são garantidos basicamente por dois pontos: pelas cláusulas de defesa da Democracia e por instituições que sejam capazes de salvaguardar o consenso político.

A segurança é um desses grandes valores, sendo, inclusive um dos mais intuitivos, já que a mudança da realidade no tempo sempre foi uma preocupação humana e um dos motivos da comunidade política. Em outros termos, um dos grandes valores da comunidade política é o fato de – por diversas dimensões – criar um clima de segurança para seus membros ante as adversidades em geral.

Esse clima se traduz em situações bastante concretas. É ele que garante a tranqüilidade da vida social. Sabe-se por quem e como o poder será exercido e

qual a idéia de direito (de justiça) vigente na comunidade

Como valor, a segurança implica, necessariamente, uma visão abstrata. Sua concretização acontecerá primeiramente no próprio texto constitucional e, posteriormente, no direito ordinário. Na concepção de Sartori, ela será compreendida como um *ideal*¹. Os valores – em especial a segurança – constituem o arcabouço mínimo e essencial que os homens reunidos em torno da sociedade política necessariamente observaram. Pimenta Bueno se manifesta nesses termos:

Com efeito, desde que o homem se reúne em sociedade, não pode deixar de reconhecer que é preciso que esta goze de segurança, de ordem, de meios para seu progresso; e que ele deve concorrer para a felicidade da comunidade social de que faz parte: esse é o interesse geral.²

Sem a segurança, a comunidade política fica ao sabor do arbítrio político. Não há um conceito substancial sobre o que seja o ideal de justo da comunidade, nem um modelo virtuoso de condução do poder político. Por meio dela, temos um ambiente de estabilidade dos assuntos últimos do Estado. Sabemos que a realidade é histórica e, portanto, sujeita às alterações no tempo. Há cálculos mínimos, entretanto, que garantem o rumo da ordem política, o que muito contribui para a paz social.

Segundo João Camillo de Oliveira Torres, a segurança passou a ser o grande valor de nosso tempo, vejamos:

As duras experiências de nosso tempo levaram-no a centralizar as suas esperanças no ideal de Segurança, depois de grandes expectativas depositadas na Liberdade, como no tempo do Liberalismo, ou na Revolução, como na fase antiga do Socialismo, que sonhava com uma luta mundial de uma classe contra as outras. Hoje, depois de tantas guerras e sofrimentos, queremos paz e tranqüilidade – procuramos em

¹ SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia Revisitada: o debate contemporâneo. v. 1. São Paulo: Ática, 1994. pg. 86 e seguintes.

² PIMENTA BUENO, José Antônio. Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. São Paulo: Editora 34, 2002. pg. 62

cada país, arrumar as nossas coisas modestamente, dentro de nossas próprias condições, com os nossos próprios recursos.³

Os regimes totalitários se deram conta da crise que a falta do valor segurança pode trazer. Para ser mais claro, a instabilidade jus-política era uma necessidade totalitária que convivia com uma pseudo-estabilidade. Como salienta Hannah Arendt, “tanto Hitler como Stálin estenderam promessas de estabilidade para esconder a intenção de criar um estado de instabilidade permanente”.⁴

A Democracia pressupõe a segurança, pois é com base nela que o pluralismo político atua. Não existe, assim, um mínimo controle das opiniões antidemocráticas em regimes políticos instáveis, razão pela qual esse nível de arbítrio pode levar – e, em geral leva – às soluções contrárias ao ideal democrático sob um pretensioso manto de democracia.

Toda sociedade política tem um *modo de vida*⁵ que é reconhecido pelo Direito e que passa a compor a própria idéia de direito (de justo) dessa sociedade. A segurança é justamente esse valor que busca estabilizar tal concepção. Ela não impede que a Democracia se atualize, o que significaria estagnação. Ao contrário, reconhece-a como categoria histórica, sujeita às implicações do tempo e às contingências concretas, sem permitir, contudo, que a instabilidade provoque a falência da Democracia.

A Constituição de 1988 percebeu a necessidade de preservação do ideal democrático e, por isso, reconhece a segurança entre os valores supremos da sociedade brasileira. Esse traço da Constituição é muito importante, já que, segundo João Camillo de Oliveira Torres, “se não há segurança na sociedade, a vida se torna insuportável”.⁶

³ TORRES, João Camillo de Oliveira. Um mundo em busca de segurança. São Paulo: Editora Herder, 1961. pg. 7.

⁴ ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. pg. 441. A autora ainda continua no seguinte sentido: “O líder totalitário tem que evitar a qualquer preço, que a normalização atinja um ponto em que poderia surgir um novo modo de vida – um modo de vida que, após certo tempo, poderia deixar de parecer tão falso e conquistar um lugar entre os modos de vida muito diferentes e profundamente contrastantes das outras nações da terra”.

⁵ Como visto na nota anterior, a expressão é de Hannah Arendt.

⁶ TORRES, João Camillo de Oliveira. Natureza e Fins da Sociedade Política: visão cristã do Estado. Petrópolis: Vozes, 1968. pg. 112.

2. A Constituição de 1988 e o constitucionalismo de valores

A Constituição de 1988 aderiu ao chamado constitucionalismo de valores que surgiu a partir da segunda metade do século XX. Ela seguiu, assim, o caminho traçado pelas constituições europeias no segundo pós-guerra, em especial, a espanhola, a alemã e a italiana.

No período anterior a esse – que compreende desde a Revolução Francesa até o segundo pós-guerra – podemos dizer que o constitucionalismo era *de valor*. Nesse sentido, as constituições faziam opção clara por um valor. Em geral, a escolha de um valor ocorria em detrimento dos outros valores. Era comum, portanto, a tensão que se verificava principalmente entre a liberdade e a igualdade.

Algumas constituições – ditas liberais – faziam opção clara pelo valor liberdade, com algum déficit em relação à igualdade, enquanto outras – ditas sociais ou socialistas – sobrepujavam a igualdade às custas da liberdade. Somente com o *pluralismo político*, que nossa constituição reconhece como um dos fundamentos do Estado Democrático (art. 1º, V), o constitucionalismo passou a ter por finalidade a implementação de uma *constelação* de valores, inspirados na dignidade da pessoa humana. Tais valores deram à Constituição um caráter de *sobredireito*, que até então somente o direito natural havia exercido.⁷

Os totalitarismos demonstraram que a lei pode flutuar sob influxos do voluntarismo legislativo quando não há um núcleo jurídico último a ser respeitado. Ela, deixando de ser razão de justiça, transformou-se em meio de opressão. A idéia de *sobredireito* sempre foi inerente ao pensamento jurídico, apresentando-se sob a forma do *direito natural*, sob suas mais variadas manifestações. O direito natural, entretanto, não mais era capaz de reunir as diversas tradições existentes.⁸

O problema do constitucionalismo pós-45 estava plantado: o voluntarismo

⁷ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. In: Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. n. III, Março de 2005. pg. 7-18.

⁸ MACINTYRE, Alasdair. Justiça de quem? Qual racionalidade. trad. Marcelo Pimenta Marques. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

legislativo trouxe danos irreversíveis e a restauração do direito natural não era um projeto viável. Estabeleceu-se aí um importante *locus* para o consenso político. Partindo da premissa de que a pessoa humana possui uma dignidade inerente⁹, percebeu-se que os horrores totalitários não poderiam voltar a acontecer.¹⁰

Era necessário, para tanto, que o Direito Constitucional estabelecesse um quadro mínimo – porém eficiente – de valores que significassem o ideal de vida boa. Os valores não substituiriam a atividade político-ideológica, mas evitariam que o instrumental democrático comprometesse a própria substância da democracia.¹¹

Aprofundando o assunto, os valores constitucionais, antes de constitucionais, são valores, e é importante que sejam observados assim. Nesse sentido, tomaremos por base as contribuições fornecidas por Manuel García Moriente.

Sua primeira especulação traz o seguinte resultado:

...as coisas de que se compõe o mundo, no qual estamos, não são indiferentes, antes essas coisas têm todas elas um acento peculiar que

⁹ O reconhecimento da dignidade da pessoa humana tem seu desenvolvimento no pensamento de inspiração cristã, sobremaneira a partir dos ensinamentos de São Tomás. Em nossa opinião, a diferença entre sua configuração na Idade Média e no constitucionalismo contemporâneo restringe-se a aspectos metodológicos, ou seja, quanto ao caminho utilizado para o reconhecimento, o que, portanto, não desprestigia (ao contrário, exalta) o papel do consenso político do pós-guerra. Assim, embora o consenso – e isso é importante! – não seja constitutivo do reconhecimento da dignidade humana, ele consistiu (e consiste) no método por excelência para essa importante descoberta. É nesse sentido o pensamento de Abelardo Lobato: “Esses movimentos de tipo prático são valiosos, devem ser alentados. Porém, ao mesmo tempo, é preciso atender às dimensões mais profundas do homem, à estrutura ética da liberdade e à dimensão metafísica da dignidade. Este recurso, hoje desatendido, não estorva nenhuma das outras perspectivas, senão melhor lhes dá sua base e logra que a edificação humana se encontre não sobre a areia movediça das leis de um parlamento, senão sobre a rocha dos princípios do ser humano. A dimensão metafísica do homem é essa rocha em firme e sólida, pois não depende só da inteligência humana, já que coincide com a verdade do ser do homem. esta verdade não se reduz a uma teoria, senão que resulta ser o apoio de toda teoria e de qualquer leitura dessa dignidade pessoal.” (LOBATO, Abelardo. La dignidad humana desde una perspectiva metafísica *in* Sapientia, Buenos Aires, v. 51, n. 200, p. 309-26, 1996. pg. 312.)

¹⁰ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

¹¹ Sobre o *consensus* político, indispensável a leitura de SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Consenso e Democracia Constitucional. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002. Segundo o autor, “o *consensus* político nasce da visão de quem aceita como normal o conflito na sociedade, em virtude da preocupação em regular esse mesmo conflito, de modo a evitar se volte ele contra a unidade política, pois, se a destruísse, ele estaria desmontando o próprio quadro social onde ele próprio se desenvolve” (pg. 85). Mais a frente indica que “diante da divergência ideológica vigorante na comunidade, o *consensus* provavelmente só será viável reduzindo-se ao mínimo o conteúdo ético dos fins políticos por ele reconhecidos – a ordem, na concórdia interna e na segurança externa, a justiça, a liberdade e a prosperidade geral – procurando aproximá-los, o máximo possível, do caráter formal que lhes assinala a essência política” (pg. 86-87).

as faz ser melhores ou piores, boas ou más, belas ou feias, santas ou profanas. Por conseguinte, o mundo no qual estamos não é indiferente...não há coisa alguma diante da qual não adotemos uma posição positiva ou negativa, uma posição de preferência. Por conseguinte, objetivamente visto, visto do lado do objeto, não há coisa alguma que não tenha valor. Umás serão boas, outras más, umas úteis, outras prejudiciais; porém nenhuma absolutamente indiferente.¹²

Da mesma forma como nos posicionamos axiologicamente acerca da natureza, ou mesmo das artes, colocamo-nos frente à práxis, especificamente, quanto à Política, Ética e Direito. Nesse sentido, o valor permeia cada uma dessas dimensões da vida humana. O Direito, deixando de lado o positivismo normativo e o sociologismo, é claramente compreendido também como valor, a conhecida teoria tridimensional do direito que, entre nós, teve como principal expositor Miguel Reale.¹³

Assim, o direito e, de modo especial, aquele que possui conotação política acentuada – como é o Direito Constitucional – é observável axiologicamente. Mais que isso: os bons valores são consolidados nas normas.

Além disso, analisando a categoria ontológica dos valores, temos que não são coisas, nem elementos das coisas, o que não deve levar à crença de que os valores são simplesmente impressões subjetivas¹⁴, ou, em outras palavras, uma questão de preferências.¹⁵ Assim, “a série das impressões subjetivas de agrado ou desagradado não coincide, nem de fato, nem de direito, com as determinações objetivas do valor e do não-valor”.¹⁶ Tendo por premissa a racionalidade dos valores, ou seja, que, a seu modo, eles podem ser compreendidos em termos

¹² GARCIA MORIENTE, Manuel. Fundamentos de Filosofia: lições preliminares. Trad. Guillermo de la Cruz Coronado. 8. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980. pg. 297-298.

¹³ Ver a respeito REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. ed. São Paulo: Saraiva, .

¹⁴ GARCIA MORIENTE, Manuel. Fundamentos de Filosofia: lições preliminares. Trad. Guillermo de la Cruz Coronado. 8. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980. pg. 298.

¹⁵ Isso é o que MacIntyre chama de *emotivismo*, segundo o qual as realidades morais, políticas e jurídicas seriam apenas uma questão de preferência, e insuscetíveis, portanto, de configuração racional. Para esse autor, sofremos na modernidade uma desintegração da filosofia moral, e, por conseqüência, do direito, o que levou a observação da moral como preferências irracionais. MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude. Bauru: Edusc, 2001.

¹⁶ GARCIA MORIENTE, Manuel. Fundamentos de Filosofia: lições preliminares. Trad. Guillermo de la Cruz Coronado. 8. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980. pg. 299. Continua ainda dizendo: “Se eu digo que este quadro me é desagradável e doloroso, ninguém pode negá-lo, já que ninguém pode comprovar que o sentimento subjetivo que o quadro me produz é como eu digo ou não, pois enuncio algo cuja existência na realidade é íntima e subjetiva no meu eu. Se eu afirmo, porém, que o quadro é belo ou feio, disso se discute, e se discute do mesmo modo que se discute acerca de uma tese científica, e os homens podem chegar a convencer-se uns aos outros de que o quadro é belo ou feio, não certamente por razões ou argumentos como nas teses científicas, mas por exibição dos valores.”

racionais, deparamo-nos com uma outra conseqüência: os valores são objetivos. Eles existem na realidade, independente de serem ou não percebidos. E sua percepção acontece numa espécie de descortinar histórico.¹⁷

É o nosso pensamento quanto aos valores constitucionais. O pós-guerra tornou-se um ambiente propício para a verificação axiológica da política pelo direito. Estabeleceu-se um consenso prático, primeiramente, por meio da negação. Os países ocidentais consentiram no sentido de que as atrocidades trazidas pelos totalitarismos – injustiça, insegurança, ausência da liberdade, etc – não eram valores. Por via de conseqüência, acordou-se no sentido de que o oposto – a justiça, a segurança, a liberdade, etc – era valioso.

Esse consenso não se estabeleceu em nível filosófico, mas num nível eminentemente prático, na esfera da engenharia política e do direito. Isso porque a grande diversidade de modelos filosóficos que vigora contemporaneamente jamais o permitiria. Entretanto, os estadistas, voltados para a política e para o direito – para a vida prática – perceberam a necessidade de determinadas qualidades estatais imprescindíveis para a garantia do pleno desenvolvimento da pessoa humana, enquanto membro da comunidade política.¹⁸

Os valores, como *não são*, estão alheios ao tempo e ao espaço, como categorias do ser.¹⁹ Em virtude disso, podemos dizer que os valores em si mesmos são absolutos, o que não significa dizer que sua percepção também tenha essa característica. Essa sim dependerá naturalmente do momento histórico e da cultura. Essa afirmação se coaduna com uma importante constatação aristotélica. Segundo Aristóteles, os fins estão dados, e a deliberação

¹⁷ GARCIA MORIENTE, Manuel. Fundamentos de Filosofia: lições preliminares. Trad. Guilherme de la Cruz Coronado. 8. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980. pg. 299: “De outra parte, poderíamos acrescentar que os valores se descobrem. Descubrem-se como se descobrem as verdades científicas. Durante um certo tempo o valor não é conhecido como tal valor, até que chega na história um homem ou um grupo de homens que, de repente, tem a possibilidade de intuí-lo, e então o descobrem, no sentido pleno da palavra ‘descobrir’. E aí está. Mas então não aparece diante deles como algo que ante não era e agora é, mas como algo que ante não era intuído e agora é intuído”.

¹⁸ Sobre esse consenso prático, ver MARITAIN, Jacques. O Homem e o Estado. São Paulo: Agir, 1952. pg 92: “Durante uma das reuniões da Comissão Nacional Francesa da UNESCO, na qual se discutiam os Direitos do Homem, espantou-se alguém de que proponentes de ideologias violentamente opostas houvessem concordado no levantamento de uma lista de direitos. Sim, replicaram eles, concordamos na enumeração desses direitos, *contanto que não nos perguntem por quê*. A partir do por quê, começa a divergência”. Além disso, importante, sobre o consenso político, ver a trilogia de Cezar Saldanha Souza Junior.

¹⁹ “Por conseguinte, examinando as relações entre a coisa que tem valor e o valor tido pela coisa, chegmos à conclusão de que a qualidade valiosa – o valor – é irreal no sentido de que não é uma **res**, uma coisa”. GARCIA MORIENTE, Manuel. Fundamentos de Filosofia: lições preliminares. Trad. Guilherme de la Cruz Coronado. 8. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980. pg. 301.

tem lugar na escolha dos meios.²⁰

Assim, a Democracia é o regime de governo em que a pessoa humana – por sua dignidade – é o início e o fim do Estado²¹. Os valores constitucionais, por sua vez, decorrem justamente da dignidade humana. Portanto, os valores que hoje embasam as democracias de modelo ocidental constituem o fim último do Estado, a configuração do *bem comum*. Por esse motivo, seriam absolutos, insuscetíveis de deliberação. O fato de não terem aparecido em determinados períodos históricos, ou mesmo de não constituírem valores em determinados ambientes constitucionais, não significa que eles não sejam valores autênticos.²²

O que nos parece, pois, é que o ambiente que se seguiu à Segunda Guerra Mundial foi propício ao descobrimento dos valores decorrentes da dignidade da pessoa humana. Não que eles não existissem. A prova de sua existência se encontra justamente nos horrores que a ausência deles trouxe à humanidade. Seguindo a lição dos autores antigos, para se descobrir o que algo é, convém, primeiro, saber o que essa coisa não é.²³ O mundo ocidental descobriu o que os

²⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2002. Liv. II.

²¹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Crise da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

²² Eis o que diz Moriente: “Além disso, os valores são absolutos. Se não fossem absolutos os valores, que seriam? Teriam de ser relativos. E, que significa ser relativo? Significa ser valor para uns indivíduos mas não para outros; para umas épocas históricas, mas não para outras. Mas isto não pode acontecer com valores, porque vimos que os valores são alheios ao tempo, ao espaço e ao número. Se houvesse valores que fossem valores para uns mas não para outros, seriam dependentes desses uns para os quais são valores e não dependentes daqueles outros; quer dizer, estariam em relação ao tempo, e não o podem estar. Se dizemos que pode haver valores que o são para uma época histórica e não para outra, também estariam em dependência do tempo e do espaço, e não o podem estar. Mas exclamará alguém: Isso não se pode dizer, já que há ações que foram consideradas como justas e logo mais, na historia, foram consideradas como injustas; que quadros ou objetos naturais que foram considerados como belos e logo mais, na história, foram considerados como feios, ou vice-versa; em suma, que não há unanimidade na história e no tempo sucessivo, nem no espaço, nem nos homens ao intuírem os valores. Mas isto não é uma objeção. Note-se bem que esta não é uma objeção; é o mesmo que se dissesse que antes de Pitágoras o teorema de Pitágoras não era verdade, ou que antes de Newton a lei da gravitação não existia. Não têm sentido estas suposições relativistas, porque a única coisa que pode ter e tem sentido é dizer que a lei da gravitação não foi conhecida pelo homem até Newton; mas não que a lei da gravitação dependa, na sua realidade ôntica, do tempo em que foi descoberta. Pois é exatamente o mesmo. Os homens podem intuir tais valores ou não intuí-los, ser cegos ou clarividentes para eles; mas o fato de que exista uma relatividade ‘histórica’ no homem e nos seus atos de percepção e de intuição de valores, não nos autoriza, de modo algum, a trasladar esta relatividade histórica do homem aos valores e dizer que porque o homem é relativo, relativamente histórico, sejam assim também os valores. O que se passa é que há épocas que não têm possibilidades de perceber certos valores; mas quando as épocas seguintes chegam a perceber tais valores, isto não que dizer que de pronto ao percebê-los, os criam, mas que estava aí, de um modo que não vou agora definir, e que esses valores, que estavam aí, são, num momento da história, percebidos ou intuídos por essas épocas históricas e por esses homens descobridores de valores”. GARCIA MORIENTE, Manuel. *Fundamentos de Filosofia: lições preliminares*. Trad. Guillermo de la Cruz Coronado. 8. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980. pg. 302-303.

²³ TORRES, João Camillo de Oliveira. *Natureza e Fins da Sociedade Política: visão cristã do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1968.

valores eram, depois de uma acentuada negação deles. Segundo Cezar Saldanha Souza Junior:

Os mais importantes teorizadores do Estado e do Direito, em especial, na Alemanha, Espanha, França, Itália, em Portugal e no mundo do *common law*, preocuparam-se em contribuir para a construção e a renovação, permanente, de um consenso político amplo e generoso em torno de valores *éticos* superiores, postos numa *Constituição aberta*. Esta se converteu no instrumento último e fundamental para garantir e presidir, com prudência, a supremacia de um *direito* à governabilidade *política* e redobradamente sensível aos imperativos *éticos* revelados pela História dos últimos duzentos anos. Deste esforço vem resultando uma convergência prática impressionante, em torno da arquitetura institucional do Estado Democrático pluralista de nossos dias, não obstante as diferenças, muitas vezes acentuadas, quanto às premissas filosóficas tomadas como pontos de partida.²⁴

3. Valores Supremos do Ordenamento

A esse núcleo mínimo de valores dos quais emerge o Estado de Direito do segundo pós-guerra, a Constituição brasileira denominou *valores supremos*. Essa expressão tem uma correspondente na Constituição Espanhola de 1978. O texto ibérico utilizou-se de *valores superiores*. Diferente do Brasil, vasta doutrina se debruçou sobre o tema, justificando-se a análise comparada.

No constitucionalismo espanhol, o reconhecimento de valores foi, antes de tudo, um importante passo para a transição democrática. Os valores fundamentais do ordenamento jus-político foram uma das maiores contribuições para que a Espanha alcançasse o nível atual de unidade política, por meio de uma *transição democrática de consenso*.²⁵

²⁴ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito e seus modelos básicos. (Tese apresentada para o Concurso de Professor Titular de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da USP). São Paulo, 2003. pg. 35-36.

²⁵ A expressão é de Cezar Saldanha Souza Junior. Para o autor. “há basicamente duas formas de transição democrática. A primeira, a **transição de consenso**, é aquela que se realiza pela negociação em bloco ou em conjunto das grandes decisões políticas fundamentais, em que os pormenores mais controvertidos são deixados desde logo para a legislação ordinária futura ou para a política de todos os dias. A segunda, a **transição de compromisso**, é aquela que se realiza pela negociação isolada ou tópica de cada uma das decisões políticas fundamentais: os pormenores, aí, assumem uma dimensão desproporcional à respectiva importância, e perde-se a visão do conjunto e a racionalidade do todo institucional do país.

Os valores superiores da Carta espanhola representam “a decisão Constitucional que o Poder plantou como raiz do Direito: o ordenamento jurídico encabeçado pela Constituição”.²⁶ O texto de 1978 foi inovador com relação aos valores constitucionais, como também ocorreu com a Constituição de 1988, no Brasil.

As constituições democráticas da Europa continental assumiram como própria a postura democrática e perceberam que era necessário estabelecer limites às funções estatais como um todo. Tais limites, como já tratamos, seriam dados por tais valores que possuem dez dimensões, no pensamento de Peces-Barba: **a)** Os valores superiores são normas jurídicas e não meros desejos utópicos; **b)** eles representam a moralidade fundamental da sociedade; **c)** o sentido dos valores depende da atividade política na história, pois em virtude de seu conteúdo moral, eles não se esgotam imediatamente em seu sentido normativo; **d)** a comunidade política reconhece os valores superiores como institutos imprescindíveis para que o Estado assuma o papel de meio para a plenitude humana; **e)** os valores passam a representar a identidade do Estado com o ideal democrático; **f)** o ordenamento deve se desenvolver e ser interpretado em conformidade com os valores constitucionais; **g)** os valores podem ser desenvolvidos pelo juiz e pelo legislador ordinário, mas não lhes é permitido alterar o modelo proposto pela Constituição, **h)** os valores ocupam um caráter de normas fundamentais mesmo dentro da Constituição; **i)** os valores devem ser o ponto central entre as razões do Tribunal Constitucional, de modo a impedir que a jurisprudência ofereça o conteúdo material dos valores, interferindo, assim, na soberania parlamentar; **j)** por fim, os valores representam a *idéia de direito* da comunidade política.²⁷

O perfil axiológico traçado pelo autor revela um ponto que nos chama a atenção, principalmente na letra *i*. A jurisprudência deve evitar atribuir um conteúdo material positivo aos valores. Esse papel cabe ao parlamento, em sua atividade de concretização histórica e contingente das máximas axiológicas. O papel do Tribunal Constitucional é de limitar a legislação e não de substituí-la por

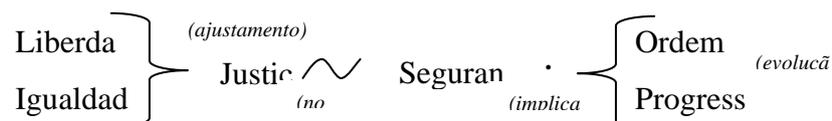
A Espanha é o paradigma perfeito da primeira. O Brasil, da segunda, levada ainda ao paroxismo, graças à ajuda das possibilidades que só a informática poderia oferecer.” SOUZA JUNIOR, Cezar Souza. Constituições de Brasil. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzato, 2002. pg. 80-81.

²⁶ PECES-BARBA, Gregório. Los valores superiores. Madrid: Tecnos, 1986. pg. 18

²⁷ PECES-BARBA, Gregório. Los valores superiores. Madrid: Tecnos, 1986. pg. 41-45.

sua jurisprudência.²⁸

Esses valores dos quais estamos falando podem ser resumidos em seis, segundo o texto constitucional brasileiro. Assim, os valores supremos do ordenamento seriam a liberdade, a igualdade, a justiça, a segurança, a ordem e o progresso. Podemos dizer, ademais, que existe uma racionalidade entre esses valores, o que pode ser demonstrado no seguinte quadro:



O esquema é fruto dos ensinamentos de Cezar Saldanha Souza Júnior, para quem:

O Estado de Direito emerge do segundo pós-guerra sobre um quadro mínimo e básico de valores, decorrentes todos da dignidade única e preeminente da natureza humana. Ei-los: a **liberdade** (primeiro deles), que se ajusta à **igualdade** pela **justiça**, perdura no tempo com a **segurança** e implica um equilíbrio entre **ordem** e **progresso**.²⁹

Passemos, portanto a uma compreensão mais aprofundada do quadro dos valores supremos da sociedade

4. Liberdade e Igualdade: Justiça

O primeiro valor que decorre da pessoa humana é, sem dúvida, a liberdade. Por ele se distingue o homem de tudo o que não é humano. Os animais

²⁸ Essa é uma questão muito importante. Kelsen já delineava o Tribunal Constitucional como *legislador negativo*. Segundo ele, “do ponto de vista teórico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando – como formulei anteriormente – como *legislador negativo*”. KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pg. 263.

²⁹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. In: Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. n. III, Março de 2005. pg. 7-18.

são prisioneiros de seus instintos. O homem, entretanto, é transcendente e, portanto, capaz de não se submeter às primeiras inclinações. Essa capacidade de estabelecer caminhos autônomos em relação aos instintos, a partir do diálogo com as primeiras impressões empíricas é o que denominamos, em essência, liberdade. É a autodeterminação.³⁰ Essa primeira liberdade nos interessa pelo fato de ser a raiz da chamada **liberdade social**, acolhida como valor nos textos constitucionais.

Ao lado dessa liberdade inicial – psicológica – temos a liberdade moral, ou seja, a autodeterminação condicionada à razão prática e que se destina ao bem. No fundo, a liberdade moral é a liberdade psicológica em ação na vida prática. “É a utilização correta da liberdade de eleição e, apesar dos erros e dos passos para trás, a obtenção de um grau de desprendimento, de superação dos condicionamentos para atuar como se deve atuar”³¹

Sem reducionismos³², a liberdade acolhida pelo direito é a liberdade social. “A liberdade que nossa Constituição reconhece no âmbito de uma corrente superadora de ambos reducionismos, supõe uma nova dimensão da liberdade social, como relação entre a liberdade inicial e a liberdade moral”.³³

A liberdade garantida pelo Estado é o primeiro dos valores justamente por seu caráter instrumental. Ela se digna, no fundo, em dar instrumento para aquela liberdade ontológica da pessoa humana. É, enfim, exercício de subsidiariedade, pois o Estado, garantindo a liberdade social, de fato, dá condições para que a própria pessoa – sozinha ou em grupos – alcance a sua plenitude. Sem essa

³⁰ “Esta liberdade psicológica supõe que, apesar dos condicionamentos de todo tipo, que podem ser barreiras à atuação do homem, existe um elemento posto de relevo progressivamente com o auge imenso das ciências humanas, como a psicologia e a antropologia, que é a liberdade de eleição. Distingue-se de todos os outros animais por que pode dizer não, como afirmava Scheler. Esta liberdade, que podemos chamar inicial, é um pressuposto da moralidade, da cultura e da história. Sem ela, não seríamos distintos dos animais restantes. Por isso, toda concepção sobre o direito que pretende, qual seja sua justificação, introduzir elementos de moralidade na organização da vida coletiva tem que partir dessa liberdade psicológica ou inicial. A experiência da humanidade aceita essa realidade como ponto de partida da empresa do homem.” PECES-BARBA, Gregorio. *Los Valores Superiores*. Madri: Tecnos, 1986. pg. 130.

³¹ PECES-BARBA, Gregorio. *op. cit.* pg. 130.

³² Esses reducionismos estão bem descritos na obra de Peces-Barba.

³³ PECES-BARBA, Gregorio. *op. cit.* pg. 133. A partir dessa perspectiva, a liberdade social, isto é, o valor superior da liberdade que é o Estado social e democrático de Direito propugna, para ser realizada pelo Direito, é uma liberdade medial e instrumental, que facilita a relação da moralidade conectando a liberdade psicológica com a liberdade moral, e supõe um conjunto de normas jurídicas que permitem o exercício de ambas, considerando-as não como incompatíveis, senão como complementares. Desde este ponto de vista, **fica claro que a liberdade social se situa num primeiro nível no âmbito da moralidade**, posto que supõe o alicerce necessário que se organiza através do Direito.

liberdade – e aqui está o perigo de desprezá-la por seu caráter instrumental – todos os demais valores e todas as potencialidades humanas estão prejudicados. É o que se mostrou historicamente com os totalitarismos.

Ao lado da liberdade está a **igualdade**. Se os homens são livres e, de fato o são, eles também são iguais. A liberdade, destarte, não pode ser uma desculpa para a discriminação irracional. É nesse sentido que a Igualdade sempre será o valor que se relacionará com a liberdade. Elas não se anulam, nem brigam por um espaço. Ao contrário, respeitam suas autonomias e, fazendo isso, completam-se.

O liberalismo individualista propugnou por uma liberdade que não dava o devido valor à igualdade. Já o socialismo pretendeu uma igualdade em que a liberdade estava mitigada. Graças a isso, os dois sistemas não vingaram na pragmática político-constitucional contemporânea. Como já dito, a liberdade é o primeiro dos valores justamente pelo fato de que ela proporciona, principalmente, a igualdade. A partir do início do séc. XX, num caráter marcadamente evolucionista, tem-se a figura da igualdade substancial, acrescentando conteúdo à igualdade formal, conquistada nos séculos passados.

Segundo Peces-Barba, “Este modelo histórico da integração dos valores de liberdade e igualdade se impõe na cultura jurídica e política moderna, frente aos reducionismos que intentavam separá-los e prescindir de um ou de outro”³⁴

A igualdade que não ignora a liberdade possui duas grandes dimensões que surgem historicamente: a igualdade formal e a igualdade material, respectivamente. Na igualdade formal – fruto do pensamento moderno – sua concepção era hipotética, pois nascia de um pressuposto – em seguida percebido como falso – de que todos os homens eram absolutamente iguais. Em outras palavras, todos poderiam desenvolver, por meio da liberdade, as suas potencialidades em plenitude.

Se, de um lado, os homens são essencialmente iguais, por outro, nos acidentes tornou-se óbvio que eles são diferentes e, baseado nessas diferenças, alguns tipos de discriminação, desde que justificados racionalmente, passaram a

³⁴ Op. cit. pg. 149.

ser admitidas.³⁵ Isso começa a prosperar por meio dos direitos sociais e suas adjacências, principalmente, a partir do início do século XX.

Com isso, no entanto, não se quis revogar a cláusula da liberdade que, no fundo, inspira a própria igualdade. É aí que ganhou relevo – primeiramente na Doutrina Social da Igreja e depois da Filosofia Social em geral – o Princípio da Subsidiariedade. Propugnar pela igualdade material, ou seja, igualdade nas condições. Assim, cabe ao Estado, subsidiariamente, oferecer condições de plenitude para aqueles que dela estão absolutamente ausentes. Isso, de verdade, não significa prescindir da liberdade ôntica que caracteriza a pessoa humana.

Para que se alcance uma solução ótima entre liberdade e igualdade, faz-se necessário um *ajustamento*. Eis o papel da Justiça, enquanto valor. É ela que disciplina o correto ponto em que a liberdade é verdadeira liberdade e que a igualdade é verdadeira igualdade. Assim, o valor Justiça representa o equacionamento entre os dois primeiros valores (liberdade e igualdade).

5. Segurança: Ordem e Progresso

A Segurança é o estabelecimento da justiça no tempo e, por seu turno, implica na coexistência entre **ordem e progresso**. A segurança como valor tem o papel de manter a grande equação de justiça no Estado. É por meio dela que se busca conservar a idéia de direito que a comunidade política considerou justa. Evita-se, portanto, deixar o conteúdo mínimo de justiça do regime democrático ao sabor de doutrinas que possam vir a negá-lo, de modo a comprometer a própria democracia.

Segurança, entretanto, não significa estagnação, pois se apresenta no tempo, e, dessa forma, ciente da necessária adaptação histórica que o Estado Democrático possui.

Nesse sentido, a segurança implica um equacionamento entre outros dois importantes valores: a *ordem* e o *progresso*. O primeiro refere-se a manutenção, a

³⁵ Sobre a diferença entre essência e acidente, cf. MARITAIN, Jacques. Sete lições sobre o ser. 2. ed. Trad. Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2001.

continuidade, enquanto o segundo relaciona-se à evolução. Acerca da *ordem*, interessantes são as palavras de João Camillo de Oliveira Torres:

Já se disse que a Ordem é a primeira lei do mundo moral, como natural. Sem uma certa regularidade, sem uma certa estabilidade, sem uma certa normalidade, sem lei (no sentido de lei natural e de lei positiva) nada subsistirá. Pode não ser surpreendente o fato de nascer o sol, todos os dias, mais ou menos às mesmas horas e quase no mesmo lugar, e seguir um trajeto sensivelmente o mesmo e com variações conhecidas; pode não ser surpreendente o fato, mas é sobremodo tranqüilizador. Duas condições essenciais encontramos dentro da conceituação de ordem: a de regularidade e a de justa distribuição das partes no todo e das coisas em seus lugares. No fundo se identificam; consiste a ordem na regularidade de sucessão dos atos e na regularidade de colocação dos seres. Dizemos que há ordem quando encontramos as coisas no lugar em que as esperamos encontrar; o sol a pino ao meio-dia, o ônibus no ponto, a sentinela no posto, o rei no trono, o livro na estante e o almoço à mesa[...]³⁶

Não pode existir *eudaimonia* sem um mínimo de regularidade na sucessão de fatos, eis por que a ordem é tão importante na configuração da comunidade política. Ela é a própria manifestação da natureza na realidade política. Apenas ordem, entretanto, não basta. É necessário que ela se relacione com o progresso. Diz-se, dessa forma, *reacionário* aquele que é completamente avesso à evolução qualquer que seja ela.

O progresso, por seu turno, também possui sua importância como valor democrático, pois atualiza a própria potencialidade evolutiva da pessoa humana. A evolução é o caminho natural das pessoas e das instituições. Contudo, como pudemos observar, o progresso deve ser temperado de ordem. O apego desmedido e imprudente ao progresso é o que podemos denominar de *atitude revolucionária*. Há, portanto, um aspecto quantitativo e qualitativo acerca do progresso, como bem define Sartori:

Em si, progredir significa apenas “ir para frente” implicando a idéia de um acréscimo. Entretanto, nem sempre é possível afirmar que tal acréscimo é necessariamente positivo. Com efeito, até a respeito de um tumor se pode dizer que está progredindo; mas, neste caso, o que aumenta é um mal, uma doença. Portanto, em muitos contextos a noção de progresso é

³⁶ TORRES, João Camillo de Oliveira. *Natureza e Fins da Sociedade Política: visão cristã do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1968. pg. 111.

neutra. Todavia, com referência ao progredir da história, a noção de progresso é positiva. Para o iluminismo, como também para nós hoje, progresso é um crescimento da civilização, um aumento para melhor, um melhoramento.³⁷

Assim, o progresso deve acontecer, mas deve ser temperado pela ordem. A **segurança** implica nessa junção. Ela é a atividade da *razão prática* que dá melhor conformidade ao relacionamento entre a ordem e o progresso. Presente o valor segurança, abandonamos a atitude **revolucionária** e a atitude **reacionária**, a fim de adotar uma atitude **evolucionária**.

E essa necessidade de segurança (e isso, como já dissemos, pode bem ser visto hoje) aumenta na medida em que a perdemos, vivendo uma crise da prospectividade. As instituições que, em princípio, estariam a garantir a liberdade e o bem estar, por meio da segurança – quer naquilo que diz respeito ao ordenamento jurídico ou à segurança individual – vêem-se impossibilitadas de realizar o seu mister.

6. Justiça e Segurança: o Direito

Podemos dizer que os dois valores-síntese – entre os valores soberanos da sociedade – são a Justiça e a Segurança. Aquela representa o ajustamento entre a *liberdade* e a igualdade, para que uma não seja a causa de falência da outra; enquanto esta implica o equacionamento entre ordem e progresso.

Justiça e segurança, por seu turno, representam campos peculiares da Ética e da Política, respectivamente. A ética busca, em última análise, perscrutar qual o bem (o fim último) da pessoa humana e, a partir dessa primeira descoberta, indicar quais os meios mais adequados para que tal finalidade seja alcançada. O fim do humano é a *felicidade*, e os bons meios denominamos *virtudes*.³⁸ Entre as virtudes, destaca-se a Justiça, por seu caráter instrumental na

³⁷ SARTORI, Giovanni. Homo Videns: televisão e pós-pensamento. Trad. Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 2001. pg. 28.

³⁸ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito e seus modelos básicos. (Tese apresentada para o Concurso de Professor Titular de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da USP). São Paulo, 2003.

comunidade política. É graças a ela que as benesses e os fardos sociais podem encontrar os destinatários legítimos, contribuindo para a paz da comunidade política.

Há momentos, entretanto, em que as consciências não estão afinadas com o ideal do justo, razão pela qual a justiça deve ser **assegurada** pela Política. Assim, a segurança é o valor próprio da Política que busca garantir o ideal de justiça da comunidade no tempo. Nas palavras de Cezar Saldanha Souza Junior:

Na efetivação do bem comum, cumpre à política o estabelecimento de um clima de convívio, um *modus vivendi*, no qual cada membro da sociedade possa desenvolver, com liberdade, os potenciais próprios da personalidade. A política é a dimensão de atividades que se define pela criação de uma ordem segura, onde as diferenças humanas, naturais ou adquiridas, sejam tratadas com o respeito proporcional devido às pessoas, à luz do bem comum, ou seja, do bem de todos, naquilo que todos temos em comum. O valor primeiro da política, base para os demais valores sociais, é, pois, a Segurança.³⁹

Destarte, ética e política – bem como justiça e segurança – não podem estar separadas.

A **política**, sem a iluminação ética, sem um mínimo de Justiça, poderia facilmente degradar a relação mando-obediência em abominável opressão. Faltaria, mais além da simples Segurança, um ideal transcendente de bem a orientar a ação das autoridades que detêm o **mando**. Do lado da comunidade, faltaria uma pauta de valores, aceita pela comunidade, fundamento de toda legitimidade, capaz de induzir uma **obediência** espontânea à autoridade.

Por sua vez a ética, sem a força coativa da política e um mínimo de Segurança, jamais poderia erigir-se em referencial de convivência, aceito pela generalidade da sociedade. A própria *consciência ética*, que brota do mais profundo de cada indivíduo (quem diria?), depende para formar-se e desenvolver-se – em decorrência da socialidade mesma da pessoa humana – de uma ordem política que projeta o cultivo, no convívio (familiar, escolar e com a mídia), dos impulsos humanos naturais para o bem. Mais, sem a ajuda da política, a ética não se encarnaria, nem subsistiria encarnada, nos **costumes** (significado da raiz etimológica grega *ethos* e da latina *mores*). Na falência da política, os valores éticos ficariam à mercê dos malfeitores. E, convenhamos, uma tábua ética sem vigência social, não seria verdadeiramente ética, mas uma coleção de

³⁹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito e seus modelos básicos. (Tese apresentada para o Concurso de Professor Titular de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da USP). São Paulo, 2003. pg. 29.

declarações altruístas de boas intenções. Seccionada da política, a ética reduzir-se-ia a simples poesia.⁴⁰

A difícil missão de combinar organicamente os dois valores-síntese da sociedade cabe ao **direito**. Só ele tem a força necessária, inclusive por meio da coerção física, para que se faça valer o ideal de justo. Por outro lado, para que tenha sua força legitimada, deve sempre estar afinado com o conteúdo moral mínimo da sociedade. “O direito vem a ser, em síntese, a *arte* ou a *techne* devotada à difícil e crucial missão de aproximar e harmonizar o ético e o político, solvendo, no caso concreto, pela razão prática, o *problema de MAQUIAVEL*”.⁴¹

7. A Segurança no pensamento filosófico

O pensamento filosófico-político sempre demonstrou preocupação com a segurança. Entre os pensadores em geral, Hobbes é um pensador para o qual esse valor tornou-se o centro de sua argumentação.

Em suma, Hobbes é um dos maiores rompimentos com a tradição clássica e medieval. Apesar de ter estudado a fundo pensadores como Aristóteles – o que era natural em Oxford – nutria por tal pensamento grande desprezo.⁴²

Apesar disso, Hobbes passa a ser interessante quando o tema é segurança. Sua peculiaridade, em primeiro lugar, está em sua própria biografia. Ele elabora grande parte de seu pensamento, sob o impulso de uma realidade inglesa da época: a guerra civil⁴³. Nesse sentido, o que Hobbes chama de estado de natureza é, na verdade – como sucede com praticamente todos os contratualistas – a visão do mundo a partir do indivíduo.⁴⁴ E o seu estado de

⁴⁰ Idem. pg. 33.

⁴¹ Ib. idem.

⁴² A esse respeito, cf. MIDGLEY, E. B. F. Hobbes: Leviathan, uma visão teológica. Trad. Oscar e Angela Morais. São Paulo: Nerman, 1988.

⁴³ BOBBIO, Norberto. Tomas Hobbes. Trad. Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro, 1991. pg. 37: “Hobbes é um escritor realista: para demonstrá-lo, não há melhor prova do que a descrição do estado de natureza que se vai superpondo à da guerra civil, num processo que, paulatinamente, as duas descrições se tornam uma única coisa. O estado de natureza de Hobbes é muito mais realista do que o de Locke e, naturalmente, do que o de Rousseau no *Discurso sobre a desigualdade* (que pretende ser histórico e não é)”.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. Tomas Hobbes. Trad. Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro, 1991. pg. 10.

natureza – a visão de mundo que parte do indivíduo – é a guerra de todos contra todos, ou seja, a guerra civil. Eis a passagem:

...não haverá como negar que o estado natural dos homens, antes de ingressarem na vida social, não passava de guerra, e esta não era uma guerra qualquer, mas a guerra de todos contra todos. Pois o que é a guerra, senão aquele tempo em que a vontade de contestar o outro pela força está plenamente declarada, seja pela palavra, seja por atos? O tempo restante é denominado paz.⁴⁵

É esse justamente o retrato da guerra civil. Não aquela guerra antiga que, no fundo, era a continuação da política, mas sim o que Julien Freund chama de *guerra total*.⁴⁶ Uma guerra em que não há perdão ou tentativa de concórdia, mas a destruição total do inimigo. É, em poucas palavras, a instabilidade política absoluta; a ausência absoluta de previsibilidade dos eventos futuros: inexistência da segurança como um valor que dá conformidade à ordem política.

O quadro desenhado pela *civil war* é estarrecedor, o que leva Hobbes a uma conclusão interessante: o papel primeiro da *República* é assegurar a paz⁴⁷ por meio da segurança. Aí está, para Hobbes, a finalidade do que contemporaneamente denominamos Estado⁴⁸: a segurança individual. Para ele o homem possui – o que ele chama de leis da natureza – virtudes, ou em outras palavras, um senso moral. Entretanto isso não é suficiente. A república deve promover a segurança, ainda que pelo uso da força. Eis o texto:

Porque as leis da natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder que as

⁴⁵ HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Trad. Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pg 33

⁴⁶ FREUND, Julien. *L'essence du politique*. Paris: Sirey, 1965.

⁴⁷ Para Hobbes, a paz é um ditame da lei da natureza, como fica claro no seguinte trecho: “Mas os homens não podem esperar uma conservação duradoura se continuarem em estado de natureza, ou seja, de guerra, e isso devido à igualdade de poder que entre eles há, e a outras faculdades com que estão dotados. Por conseguinte o ditado da reta razão – isto é, a lei da natureza – é que procuremos a paz, quando houver esperança de obtê-la, e, se não houver nenhuma, que nos preparemos para a guerra”. HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Trad. Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pg 35-36.

⁴⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pg. 143. [85]: “A causa final, finalidade e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver em repúblicas, é a precaução com a sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita”.

faca ser respeitadas, são contrárias às nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar segurança a ninguém. Portanto, apesar das leis da natureza (que cada um respeita quando tem vontade de as respeitar e quando o puder fazer com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para a nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas na sua própria força e capacidade, contra proteção contra todos os outros.⁴⁹

Hobbes, ao que parece, não desabona a tese de que o Direito – como instrumento pelo qual o Estado se institucionaliza e age – seria uma ponte que une a Ética e a Política. O que ele chama, no trecho acima, de leis da natureza, poderíamos compreender, num sentido geral, como Ética, uma vez que, de fato, ele se refere às virtudes.⁵⁰ Assevera Hobbes, todavia, que apenas justiça não basta para a existência da comunidade política. É necessário que haja também segurança, cuja responsabilidade estaria a cargo da Política.

Pouco importa, nos parece, nesse ponto, os pressupostos antroposóficos, epistemológicos e políticos-filosóficos hobbesianos. Nesses pontos cremos não ser possível concordar com Hobbes, o que fazemos na companhia de importantes figuras⁵¹.

Cremos poder dialogar com o pensamento hobbesiano no que diz respeito uma intuição – graças, talvez, à sua veia empirista – de que a segurança é imprescindível para a comunidade política. Somente dando poder a um soberano ou a uma assembléia é que a segurança pode ser mantida. E apenas com esse pressuposto a comunidade política – república – passa a ser viável. É o que

⁴⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pg. 143-144 [85]

⁵⁰ É certo, contudo que “Hobbes”, como bem adverte Midgley, “partilha com Maquiavel uma preocupação moderna pelo êxito que leva a considerar a moral natural e cristã como politicamente inútil”. MIDGLEY, E. B. F. *Hobbes: Leviathan, uma visão teológica*. Trad. Oscar e Angela Morais. São Paulo: Nerman, 1988. pg. 113.

⁵¹ Vide a respeito a importante obra de QUILES, Ismael. *La Persona Humana: fundamentos psicologicos y metafisicos. Aplicaciones sociales*. Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1942. Sobre o diálogo entre as perfeições e imperfeições do humano pronuncia-se da seguinte forma (pg. 119): “Desde o fundo de seu ser tende a remontar-se até acima a pessoa humana, até sua felicidade suprema, até sua última perfeição. Porém, é aqui que, ao querer iniciar seu vôo, sente também um pesado *lastre ontológico*, que o impede em todo momento ascender com aquela facilidade que anseia, até os cumes de suas idéias. Lastre sumamente pesado: as imperfeições inerentes à mesma essência de personalidade humana e que se opõe a suas grandes perfeições”. Cf. ainda MONDIN, Batista. *O homem: quem é ele?: elementos de antropologia filosófica*. São Paulo: Edições Paulinas, 1980. MONDIN, Batista. *Definição Filosófica da pessoa humana*. Bauru: EDUSC, 1998. Também MIDGLEY, E. B. F. *Hobbes: Leviathan, uma visão teológica*. Trad. Oscar e Angela Morais. São Paulo: Nerman, 1988.

demonstra na seguinte passagem:

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de os defender das invasões dos estrangeiros e dos danos uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante o seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir todas as suas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade.⁵²

Essa intuição parece não ser proveniente dos pressupostos que ele lança, mas da observação da realidade que ele vislumbra na guerra civil. Além disso, Hobbes apresenta mais duas conclusões importantes. Em primeiro lugar, essa instituição que garanta a liberdade deve ser permanente⁵³. E o melhor meio para que ela aconteça é o consenso político, isto é, a *república por instituição*⁵⁴. Apesar da natureza constitutiva do consenso em Hobbes – em que parece não prosperar seu argumento de matiz voluntarista – cremos que ele contribuiu nesses dois pontos.

8. A tutela dos valores supremos no modelo romano-germânico

Embora o consenso acerca dos valores supremos tenha sido o primeiro passo para a configuração da ordem democrática contemporânea, ele não foi suficiente. O Estado Democrático de Direito alcançou – sobremaneira na Europa – o nível de aperfeiçoamento atual graças a um arranjo institucional. Antes dessas instituições, as tentativas democráticas foram frustradas, ainda que o ideal já existisse, como afirma Cezar Saldanha Souza Junior:

⁵² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pg. 147 [87].

⁵³ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pg. 145 [86]: “Tampouco basta para garantir aquela segurança que os homens desejariam durasse todo o tempo das suas vidas, que eles sejam governados e dirigidos por um julgamento único apenas durante um período limitado, como é o caso de uma batalha ou uma guerra”.

⁵⁴ O outro modo é o que Hobbes chama de república por aquisição. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pg. 148 [88].

O ideal do *Rechtsstaat* viveu, até o colapso de Weimar, o drama da dificuldade de institucionalizar, numa ordem democrática, a supremacia de um direito de suprallegalidade, como uma instância crítica de juridicidade, superior à atividade concreta do Juiz e à atividade abstrata do legislador, bem assim às ações da Administração e do Governo.⁵⁵

Somente com a Lei Fundamental de Bonn, em 1949, surge no panorama europeu – na Alemanha, que depois viria a servir de modelo para praticamente toda Europa continental – a figura do Tribunal Constitucional, nos moldes prefaciados por Kelsen, em 1928⁵⁶. Dotado de uma independência institucional em relação aos demais poderes⁵⁷, era a única instância dotada de técnica e de legitimidade para conformar o direito ordinário à Constituição.

Importante notar que a Europa continental tinha consciência de que o modelo americano não seria capaz de atender às necessidades sociais, políticas e jurídicas do velho continente. Alguns países sentiram-se tentados a adotar o modelo americano, contudo isso não teve êxito.⁵⁸

O principal ponto do modelo europeu foi a distinção entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional. O direito constitucional passa a se caracterizar como instância de suprallegalidade e tem duas finalidades: em primeiro lugar, formar e renovar o consenso acerca dos valores supremos; ao lado disso, oferecer limites objetivos à legislação ordinária.

Não seria possível, destarte, ao juiz – que tem por limite o direito ordinário – ser, ao mesmo tempo, aquele que verifica a conformidade do ordenamento jurídico à suprallegalidade constitucional. “Assentou-se um novo órgão, o Tribunal Constitucional, verdadeiro fecho da abóbada institucional, no nível mais elevado dos fins últimos do Estado, em que a política e a ética se abraçam, pela mediação

⁵⁵ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito e seus modelos básicos. (Tese apresentada para o Concurso de Professor Titular de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da USP). São Paulo, 2003. pg. 185.

⁵⁶ FAVOREU, Louis. As Cortes Constitucionais. trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004. pg. 17: “O modelo europeu [de justiça constitucional], que possui atualmente uns trinta exemplos, não teria existido sem Kelsen. Com seus trabalhos e seu projeto da Constituição da Áustria de 1920, o mestre de Viena preparou um novo modelo de justiça constitucional, oposto ao modelo estadunidense”.

⁵⁷ Esse é o grande assunto da lapidar obra de SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como poder. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

⁵⁸ Jorge Miranda, inclusive indica a ineficácia de tal medida: “De 1911 a 1976 - na vigência das Constituições de 1911 e 1933 e das leis constitucionais revolucionárias de 1974 e 1975 - domina, em princípio, o modelo da fiscalização judicial difusa, mas atenuada por elementos de fiscalização política e, sobretudo, com pouca aplicação prática ...”. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3. ed. Coimbra Editora, 1996. Tomo II. pg. 391.

dos valores (supremos) do direito”.⁵⁹ O Tribunal Constitucional é, portanto, o poder do Estado ao qual se confia a tutela dos valores supremos da sociedade.

O Tribunal Constitucional, embora seja obra da rica arquitetura institucional kelseniana, teve sua adoção motivada na Europa por razões histórico-políticas bem claras e pragmáticas, como acentua Favoreu:

Em primeiro lugar, as terríveis lições das experiências nazista e fascista que são a causa imediata da criação das Cortes Constitucionais na Alemanha e na Itália e do restabelecimento da Corte austríaca. Foi também a vontade de fundar uma verdadeira democracia, após os períodos de ditadura, que sem dúvida, explica a criação dos Tribunais espanhol e português. Nos diversos casos, se escolhemos o modelo kelseniano em vez do modelo estadunidense é porque, acima das controvérsias doutrinárias do período que precedeu a guerra, não temos mais confiança nos juizes ordinários. Além disso, não temos mais medo de ferir a soberania do legislador, pois o legislador falhou em sua missão; mostrou que podia ser opressor e fez surgir a necessidade de defender-se dele também.⁶⁰

9. A tutela dos valores supremos no common law

O common law também apresenta um modelo pelo qual os valores supremos do ordenamento são tutelados. Entretanto, ele somente pode ser compreendido dentro do chamado *espírito do common law*, para usar a expressão de Pound.⁶¹

A proteção dos valores inerentes à sociedade anglo-saxônica é exercida pelo *rule of law*, ou seja, “a forma de supremacia do direito, própria do *common law*, que opera, pelo poder judiciário, mediante a técnica e os meios do *processo jurídico devido*”.⁶²

Nos Estados Unidos, o controle da constitucionalidade ficou a cargo do

⁵⁹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito e seus modelos básicos. (Tese apresentada para o Concurso de Professor Titular de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da USP). São Paulo, 2003. pg. 185.

⁶⁰ FAVOREU, Louis. As Cortes Constitucionais. trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004. pg. 23.

⁶¹ POUND, Roscoe. El Espíritu del “Common Law”. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954

⁶² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito e seus modelos básicos. (Tese apresentada para o Concurso de Professor Titular de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da USP). São Paulo, 2003. pg. 104.

poder judiciário. Isso se deu com base no *judicial review*. Como bem explica Roger Stiefelmann Leal, a possibilidade de controle de constitucionalidade por tal mecanismo já era aventada nos trabalhos de elaboração e de ratificação da Constituição Americana. Foi com Hamilton, todavia, que esse pensamento alcançou sua plenitude.⁶³

Isso foi possível porque “Os tribunais constituiriam *corpo intermediário* entre o povo e o Legislativo, de modo a manter este dentro das determinações elaboradas por aquele”⁶⁴ Assim, como os tribunais, por meio do *due process of law*, institucionalizam um direito que já existe – em sua forma bruta – na sociedade, a defesa dos valores supremos – realizada no controle de constitucionalidade – é realizada pela própria sociedade, por meio dos juízes. Esse processo está garantido – como já dissemos – pelo *due process*, que consegue captar os valores da sociedade com sua técnica peculiar.⁶⁵

No *common law*, portanto, o controle dos valores superiores é realizado pela própria sociedade, porque, nesse modelo, a supremacia do direito não alcançou o nível de sofisticação observado no sistema romano-germânico. A idéia de justo que os valores buscam consubstanciar nunca se afastou do próprio corpo social.

Essa é uma das grandes peculiaridades do *common law*: o que Pound chama de *empirismo judicial*, ou seja, a capacidade de o juiz detectar na sociedade a idéia de justo que vigora em dado momento, dado um pressuposto fático (*o case*). Para o autor, a tendência dessa metodologia é uma das maiores façanhas do *common law*.⁶⁶

A defesa dos valores superiores no *common law* ficou a cargo da própria sociedade. Isso foi possível porque nela sempre existiu um profundo *consenso*

⁶³ LEAL, Roger Stiefelmann. O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional (Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da USP). São Paulo, 2003. As bases do pensamento de Hamilton encontram-se bem definidas no trabalho do autor.

⁶⁴ Idem. pg. 24.

⁶⁵ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito e seus modelos básicos. (Tese apresentada para o Concurso de Professor Titular de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da USP). São Paulo, 2003.

⁶⁶ POUND, Roscoe. El espíritu del *common law*...pg. 173: “No es una de las menores hazañas del *common law* haber descubierto e elaborado um sistema para desarrollar el Derecho por medio del empirismo judicial en la misma época en que el resto del mundo recurría a Roma y trataba de administrar justicia en la moderna Europa com los rígidos textos y el encadenado juez de Constantino y Justiniano, en lugar del método judicial libre de los juristas clásicos.”

sobre a *idéia de direito*. Os tribunais – envolvidos pelo *due process* – estabeleceram-se como *corpos intermediários* para a efetivação institucional desse controle. As peculiaridades do *rule of law* permitiram o funcionamento da defesa dos valores supremos no direito anglo-saxônico, mesmo prescindindo da sofisticação que o modelo romano-germânico apresentou nos níveis atuais de sua evolução.

10. As cláusulas de defesa da Democracia

A Constituição, portanto, é a *idéia de direito* que fundamenta uma determinada comunidade política. Ela nasce do consenso político institucionalizado juridicamente. Isso é especialmente observado nas *decisões políticas fundamentais*, que disciplinam o núcleo político mínimo da constituição, dando uma espécie de essência ao Estado, já que, por meio dessas decisões, ele se diferencia dos demais Estados. Sobre esse núcleo essencial da Constituição, manifesta-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho nos seguintes termos:

Ora, o cerne fundamental de uma Constituição, esteja ele explícito ou não no texto, é exatamente a condensação dessa *idéia de direito*. Tal *idéia* é a fonte de legitimidade do Poder Constituinte e conseqüentemente da própria Constituição.⁶⁷

Explicitando o que significaria essa *idéia de direito*, o próprio autor, enuncia:

Toda sociedade tem uma cosmovisão, ou seja, toda sociedade tem uma determinada concepção da vida e do mundo, tem uma hierarquia de valores, uma determinada colocação, dentro desses valores, do direito. Essa cosmovisão repousa então no que os sociólogos chamam de *consensus*, termo latino que significa assentimento, concordância. Dentro dessa cosmovisão apoiada no *consensus*, há um elemento que nos interessa de perto e que devemos destacar. É a concepção do justo que essa comunidade faz, e particularmente a concepção do justo em relação à política. É aquilo que Burdeau denomina “*idéia de direito*”. É a

⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003. pg. 83-84

concepção que uma comunidade faz do direito, do justo. E o que nos importa mais de perto é a concepção do que essa comunidade toma por justo em relação ao político. Por exemplo, que o poder pertença a todos, ou que pertença a um determinado homem, seja um monarca, seja um líder carismático. As idéias concernentes à soberania, ao supremo poder do Estado, estão todas ligadas a essa idéia do direito.⁶⁸

Essas decisões políticas fundamentais – que institucionalizam a idéia de direito de uma determinada comunidade – possuem grande importância na ordem constitucional e, em razão disso, normalmente são resguardadas da reforma constitucional⁶⁹. Como a sua supressão importa numa espécie de *desnaturalização* da ordem constitucional, tal procedimento é proibido em várias ordens constitucionais⁷⁰.

A Constituição brasileira de 1988 procurou também proteger as decisões políticas que caracterizam o Estado Brasileiro. É nesse sentido que figura o § 4º, do art. 60, da CRFB⁷¹. Ele impede que um núcleo mínimo de decisões políticas sejam suprimidas, o que importaria na transformação do modelo democrático brasileiro. Não poderiam, assim, ser **abolidos**: a federação, o voto direto, secreto, periódico e universal, a separação de poderes e os direitos e garantias individuais.

No Brasil, desenvolveu-se uma doutrina, segundo a qual, a proibição do art. 60, § 4º, da Constituição teria o efeito de impedir qualquer alteração constitucional que *envolvesse* as decisões políticas fundamentais que o dispositivo realça. As alterações estariam proibidas, ainda que se limitassem a atualizar e dar melhor configuração ao núcleo democrático da constituição que o

⁶⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder constituinte. 4. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 2005. pg. 42.

⁶⁹ É certo que todo o processo de reforma constitucional – nas chamadas constituições rígidas – é cercado por obstáculos. Mas no tocante à reforma quanto às decisões políticas fundamentais, a proteção é ainda mais acentuada, como se verá.

⁷⁰ É o que diz, por exemplo, quanto à federação, o art. 79, alínea 3, da Constituição Alemã: “Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe du concours des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite.”

⁷¹ Eis o texto constitucional:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

parágrafo protege.⁷²

Tal pensamento adota uma postura absolutamente reacionária. As instituições políticas brasileiras que foram resguardadas pelo constituinte estariam para sempre estagnadas. Não obstante o progresso da sociedade e a evolução das instituições, a Constituição brasileira – nesse ponto – estaria fadada ao anacronismo. Nesse caso, observa-se a absorção total do progresso pela ordem.

Por outro lado, estaria equivocada a doutrina que simplesmente – e aqui numa postura revolucionária – ignorasse as limitações materiais ao poder de reforma da Constituição. A manutenção do consenso político institucionalizado pelo poder constituinte originário simplesmente sucumbiria. A instabilidade de constituição estaria degenerada, e o núcleo mínimo de consenso não estaria garantido para as futuras gerações. Nesse caso a ordem teria sido absorvida pelo progresso.

Como procuramos deixar claro, a segurança é o valor que dá equilíbrio ao relacionamento entre a ordem e o progresso. Entretanto, ela não substitui ou anula nenhum dos dois valores. De outro modo, é na existência autônoma e relacional desses valores que a segurança ganha seu espaço, e é no terreno do valor segurança que o art. 60, § 4º, da CRFB deve ser observado.

O que busca a Constituição é uma posição evolucionária, em que a manutenção do núcleo político – inspirada pelo valor ordem – não se aparte da necessidade de que a constituição acompanhe o que Bidart Campos denomina *dinâmica constitucional*.⁷³, valorizando também o progresso. Esse autor ainda vem em nosso auxílio quando, baseando-se em Hauriou, equaciona *ordem-poder-liberdade*, que, para nós seria *ordem-segurança-progresso*⁷⁴.

⁷² Segundo tal pensamento, o art. 60, § 4º, teria instituído “*cláusulas pétreas*”. Qualquer projeto de emenda à Constituição que dispusesse sobre alteração dos temas que constam no dispositivo citado não poderia vingar. Além da doutrina, a expressão “*cláusulas pétreas*”, no sentido de um núcleo imodificável encontra, com raras exceções, assento na jurisprudência. A respeito, apenas a título de exemplo, cf. no STF ADI 1946 MC/DF e RE 372600/SP e no STJ RESP 591956/SC e RESP 427140/RO.

⁷³ BIDART CAMPOS, German J.. *Lecciones Elementares de Política*. 11. reimp. Buenos Aires: EDIAR, 2002. pg. 405: “Por *dinâmica constitucional* entendemos el proceso a través del cual la constitución del estado funciona, se transforma, se adapta, cambia, o a veces se viola y sustituye por otra”.

⁷⁴ “*La trilogía que compone Hauriou, de “orden-poder-libertad” [ordem-segurança-progresso] nos sugiere provisoriamente que el orden es una fuerza de resistencia y la libertad [progresso] una fuerza de movimiento. También podríamos pensar que el orden es estable – o acaso inerte –, y que la libertad [progresso] es dinámica. Entre el orden y la libertad [progresso], el poder [segurança] juega como fuerza de equilibrio. La conjugación de los tres elementos – cualquiera sea el papel que a cada uno se asigne –*

É no equilíbrio das forças de manutenção da ordem e evolução do progresso que a segurança encontra o seu lugar e, no caso da reforma constitucional, pode trazer uma resposta satisfatória. Assim, as decisões políticas fundamentais não poderiam ser retiradas do ordenamento constitucional, sob pena de uma atitude revolucionária. Tampouco estariam proibidas as mudanças de configuração dessas decisões políticas. Já se posicionou nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em Ementa de lavra do Ministro Sepúlveda Pertence.⁷⁵

Em decisão que contraria a posição dominante do Supremo Tribunal Federal, o relator – Ministro Sepúlveda Pertence – oferece importante observação condizente com o que temos trazido até o momento. No pensamento de João Camillo de Oliveira Torres, “se alterarmos a Constituição para mudar a forma do governo, o regime ou a forma do Estado, não a estaremos emendando e sim, fazendo de novo, outra, totalmente diversa. E não se mudam regimes emendando, mas substituindo a constituição”.⁷⁶ É isso que a nossa Constituição procurou resguardar: que a essência da democracia brasileira fosse alterada, sob o argumento da necessidade de evolução.

*conduce a la movilidad. Pero ¿movilidad de qué? ¿De quién predicamos la movilidad? Podríamos contestar, por ahora, que esa movilidad o dinamismo los predicamos del estado, o de la política, o del régimen político. Por de pronto, si también con referencia al estado hablamos de un “orden político”, o de una organización u ordenación política de la convivencia de los hombres, y del “orden” decimos que es la causa formal del estado (la que lo informa o estructura), ese orden o esa ordenación no son estáticos, sino dinámicos. El orden o la organización están establecidos, y el “estar establecidos” parecería que los inmovilizara, porque “si están ahí”, si “son”, podríamos pensar que “están puestos” en un sitio y que no cambian, que carecen de movimiento. Pero lo cierto es que el tal orden también consiste en un obrar humano, y requiere actividad humana para ser y para conservarse. Por eso, del propio orden predicamos el dinamismo. La articulación y coordinación de las conductas humanas que componen un orden, no inmovilizan a ese orden. La estabilidad propia del orden tampoco significa inercia. El orden y su estabilidad se alimentan del dinamismo que tienen las conductas que dentro del mismo orden se coordinan. Y en el orden se integran y asimilan esas mismas conductas”. BIDART CAMPOS, German J.. Lecciones Elementares de Política. 11. reimp. Buenos Aires: EDIAR, 2002. pg. 319-320. Tomamos a liberdade dessa adaptação (de **ordem-poder-liberdade** para **ordem-segurança-progresso**) porque, no fundo, nosso argumento e o do autor só se diferenciam quanto à nomenclatura. Ademais, parece-nos que o que ele chama *liberdade*, é um gênero do qual o *progresso* é uma espécie. Isso porque todo o progresso – principalmente no campo da sociedade e da política – nasce inexoravelmente da liberdade, bem humano por excelência. Com relação ao *poder*, que acreditamos mais preciso, nesse caso, denominar *segurança* revela também uma contradição. A segurança, ao contrário, é uma ação do poder, ou seja, um fruto do poder, como já observado em Hobbes.*

⁷⁵ “[...] as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2024/DF. Requerente: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence: Brasília, 1999, publicada no Diário da Justiça em 01.12.2000, pg. 70 .

⁷⁶ TÔRRES, João Camillo de Oliveira. A Formação do Federalismo no Brasil. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961. pg. 16.

Tudo isso se justifica, porque a realidade é implacável no tocante ao tempo. Em outras palavras, a sociedade vive em constante modificação e não pode o direito se distanciar sobremaneira do fato. Estaria a Constituição, numa postura assim, a perder o que Konrad Hesse chama de Força Normativa⁷⁷. E aqui cabe uma importante advertência feita por esse autor. Ela serve para os maniqueístas. Para aqueles que praticam um de dois fundamentalismos: o fundamentalismo sociológico, ou seja, imaginando que o direito é apenas condicionado a fatos sociais, o que causa, em geral, uma postura revolucionária, pois a adaptação jurídica é mais lenta, se comparada à mutação social; e, de outro lado, o fundamentalismo jurídico, segundo o qual a idéia colocada na constituição é plena e imutável, fruto próprio da natureza humana, insuscetível de novação. Segundo Hesse:

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto. E no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”; Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica.⁷⁸

Em razão disso, as constituições, embora se pretendam duradouras, não podem perseguir a idéia soberba de eternidade. Como já dissemos, não há de se pretender uma febre legiferante, e muito menos um nível de alterações constitucionais que ignorem o *consensus* sobre a idéia de direito que a Constituição alcançou. Essa concepção que – repetindo – denominamos evolucionária tem lugar comum nos constitucionalistas que se dedicaram à reflexão sobre o tema.⁷⁹

⁷⁷ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁷⁸ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. pg. 13.

⁷⁹ Entre nós, o grande mestre Manoel Gonçalves Ferreira Filho leciona no seguinte sentido: “Com efeito, uma vez estabelecida a Constituição, pode ser conveniente alterá-la. Como a obra humana é sempre imperfeita, como o mundo evolui, a Lei Suprema não pode ser editada de uma vez para o futuro”. FERREIRA FILHO,

Um ponto que parece importante é o modo como essa interpretação extensiva da cláusula inscrita no art. 60, § 4º, da Constituição se processa. Entendem alguns que poderiam ser realizadas alterações que importasse em aumento de direitos. Já aquelas que viessem restringir, diminuir, seriam consideradas *tendentes a abolir* e, portanto, incompatíveis com o texto constitucional. Um exemplo que nos chama a atenção é o da federação, cujo desaparecimento é vedado.

Elival da Silva Ramos, embora não seja defensor do pensamento exposto no parágrafo anterior entende que “Não seria admissível uma emenda que eliminasse um nível federativo, e. g., o municipal, ou que restringisse em demasia a autonomia das entidades federadas”⁸⁰

Com o devido respeito ao eminente professor das Arcadas, por quem temos sincero respeito e admiração acadêmica, e cujo trabalho é, inclusive, fonte de inspiração, temos posicionamento diferente. O que nos apresenta o art. 60, § 4º é – por bem da manutenção da idéia de direito presente na Constituição – a impossibilidade da abolição das decisões políticas fundamentais por ele trazidas.

Mantendo nossa idéia, não diz o texto que a modificação, quer ampliando direitos, quer restringindo-os seja vedada. Nesse sentido, aproveitando, ainda, o exemplo citado, a supressão de um dos entes federativos (o município, por exemplo) não representaria a *abolição* da forma federativa. Sabemos que a federação em três níveis é peculiaridade brasileira. A esfera municipal, embora importante, não é um elemento ôntico da federação.⁸¹

Nesse caso, existe apenas uma alteração da configuração dada pelo

Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003. pg. 84. No direito comparado, temos Jorge Miranda: “*Se as Constituições na sua grande maioria se pretendem definitivas no sentido de voltadas para o futuro, sem duração prefixada, nenhuma Constituição que vigore por um período mais ou menos longo deixa de sofrer modificações – para se adaptar às circunstâncias e a novos tempos ou para acorrer a exigências de solução de problemas que podem nascer até da sua própria aplicação. A modificação das Constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efetividade que a tem de marcar. Mais do que modificáveis, as Constituições são modificadas*”. MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pg. 389.

⁸⁰ RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003. pg. 226. Fazendo justiça, faz-se necessário advertir que o próprio autor admite que defende posição extensiva na interpretação do referido dispositivo constitucional, e salienta, ainda que (pg. 226) “*Caberá ao órgão de controle sopesar, caso a caso, se o impacto negativo da proposta de emenda sobre aqueles princípios é de tal monta que põe em risco, na verdade, a subsistência da Democracia*”.

⁸¹ Queremos deixar claro que temos apreço jurídico pelo município (como ente federativo), pois representa legítimo exemplo de subsidiariedade na ordem política.

constituente originário à federação. O exemplo não leva, de modo algum, à abolição da forma federativa. O que a constituição irrefutavelmente proíbe é que uma outra Forma de Estado seja introduzida na organização política brasileira. Não estaria a impedir, destarte, um modelo diverso – e, no caso, o tradicional – de federação.

O mesmo sói acontecer com a separação de poderes. É absolutamente vedada pela constituição – com justa razão – a concentração de poderes, lembrando-se que o poder corrompe e o poder absoluto o faz de maneira absoluta. Não há nada contra, entretanto, em relação à alteração da sistemática da separação de poderes. Nesse ponto, estamos na mesma linha da Elival da Silva Ramos, segundo o qual, “não há óbice à instituição de mecanismos de controle político do Parlamento sobre o Poder Executivo, como resultaria da aprovação de uma emenda parlamentarista.”⁸²

Em suma, o que pretendeu a Constituição foi estabelecer *cláusulas de defesa da democracia*, ou na expressão de Cezar Saldanha Souza Junior, *núcleo de inabolibilidade*. Assim, as decisões políticas fundamentais que o constituinte entendeu mais elementares em relação ao ideal democrático deveriam ser mantidas. Assegurando-se, todavia, que tais decisões pudessem se adaptar às evoluções político-jurídicas.

⁸² Op. cit. pg. 227.

A SEGURANÇA POLÍTICA

11. A categoria segurança política

A segurança política representa uma categoria própria na Constituição Brasileira de 1988. É a segurança do poder político-institucional. É a segurança da ordem jus-política. Podemos dizer que a segurança política é o pressuposto, inclusive, da ordem jurídica.

Para que o direito possa desenvolver-se, é necessário que exista a estabilidade de suas fontes institucionais. Ignorado esse primeiro pressuposto, não é possível sequer falar em ordem jurídica, e, tampouco, em segurança diante dessa ordem jurídica, ou seja, *segurança jurídica*. Em virtude disso é que a segurança política é logicamente anterior à segurança jurídica.⁸³

Essa estabilidade, em suas diferentes dimensões, é o traço mais intuitivo de toda comunidade política. Antes mesmo da existência do Estado Moderno, a organização do Reino Medieval Feudal já se inspirava na segurança política para seu arranjo. As relações entre servos, vassallos, suseranos e reis baseavam-se num pacto em que se oferecia *reconhecimento de autoridade* em troca de *segurança*. Essa representa a segurança política.

No Estado Moderno, a *segurança* passa a ser tarefa essencial do Estado, como leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A primeira dessas tarefas [referindo-se às atividades do Estado Moderno], e a principal, é a da *segurança*, que abrange a garantia contra o poder estrangeiro – segurança externa – e a imposição da ordem no plano interno. Na verdade, essa tarefa é a própria razão de ser do Estado – do Estado moderno –, cuja instituição visa essencialmente a resguardar a independência da comunidade, ao mesmo tempo em que a paz – a ordem do plano interior.⁸⁴

⁸³ Mario Pessoa chega a dizer que “o direito é uma das *evidências* da segurança nas relações interindividuais e interestatais”. PESSOA, Mário. O Direito da Segurança Nacional. São Paulo: RT, 1971. pg. 09.

⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constituição e Governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995. pg. 28. Em razão dessa primazia da segurança

Segundo Mário Pessoa, “a *segurança política*, nos seus horizontes infindos, equipara-se à segurança nacional. Visualizam-na em duplo aspecto: pode ser subjetiva e objetiva”.⁸⁵ A expressão *horizontes infindos* a que se refere o autor indica justamente o que pensamos: a segurança política é gênero de que são espécies a *segurança pública*, a *segurança do Estado (segurança nacional)* e a *segurança internacional*. Daí vem sua analogia, pois a segurança nacional (bem como as outras dimensões), enquanto espécie, participa da essência da segurança política.

Aprofundando o tema, tomamos o pensamento de Bourquin, para quem, “a segurança existe quando basicamente se evidencia que o essencial, num determinado setor de atividade humana está *funcionando*, concreta e regularmente, sem perturbações sensíveis”.⁸⁶ Aplicando-se à categoria geral segurança à política, temos que a *segurança política* se apresenta no *funcionamento* estável e regular daquilo de mais essencial que existe na ordem política. E, de outro lado, é a estabilidade dessa ordem política que produz o valor segurança (manutenção no tempo de uma idéia de direito, de justo). Há, portanto, um caráter cíclico desse relacionamento entre a ordem jus-política e a segurança política. Manoel Gonçalves Ferreira Filho indica, inclusive, que “toda legalidade, porém, presume e projeta uma normalidade”.⁸⁷

A segurança política possui, como vimos, duas dimensões. A dimensão subjetiva é “a crença ou o sentimento de encontrar-se alguém naquele estado (= não há perigo a temer). É a ausência de medo”.⁸⁸ Esse aspecto subjetivo da segurança política consiste numa **relação** – mais ou menos fiel – da subjetividade popular com o aspecto objetivo da segurança, ou seja, “o **fato** de não haver perigo a recear”.⁸⁹ Há três combinações possíveis nesse campo: a dimensão subjetiva (a crença) pode estar presente, sem que, de fato, haja segurança. De outro lado, a segurança objetiva pode existir, sem que se acredite nisso (o que é mais raro, em geral). Por fim, a segurança (ou a insegurança) subjetiva pode

política, como bem anota o mestre, a ela foi concedido o segundo capítulo do presente trabalho, antecedendo, por direito, a segurança jurídica e a segurança social.

⁸⁵ PESSOA, Mário. O Direito da Segurança Nacional. São Paulo: RT, 1971. pg. 13-14.

⁸⁶ Apud PESSOA, Mário. O Direito da Segurança Nacional. São Paulo: RT, 1971. pg. 11.

⁸⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. pg. 113.

⁸⁸ PESSOA, Mário. O Direito da Segurança Nacional. São Paulo: RT, 1971. pg. 13.

⁸⁹ Idem. pg. 14.

corresponder (daí o seu carácter relacional) ao estado objetivo de segurança (ou insegurança).

O aspecto jurídico da segurança política tem duas dimensões: em primeiro lugar, consiste na busca de manter a normalidade da ordem constitucional; o segundo aspecto é a defesa diante da crise da ordem constitucional, justamente quando o anterior não se mostra suficiente. Isso, a nosso ver, está nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Ora, esta prospecção da conduta normal dos homens leva à previsão de situações anormais. Com efeito, a experiência revela a ocorrência, em todos os tempos e épocas, de situações emergenciais em que a conduta humana foge ao padrão normal. Tais situações são as crises. Crises que envolvem por definição a anormalidade, mas uma anormalidade que pode ser, numa certa medida, prevista e antecipada. Exatamente por isso que o Estado de Direito também procura fixar as normas aplicáveis em tempo de crise, de grave crise. Ou seja, as normas destinadas a ensejar o restabelecimento da ordem, da normalidade presumida e projetada, quando isso não puder ser feito pelos meios ordinários.⁹⁰

A segurança política, pois, é a dimensão pela qual o direito busca, em primeiro lugar, manter o clima de normalidade da ordem constitucional e, em caso de crises, oferecer soluções – previamente pensadas – para o restabelecimento do clima de paz social.⁹¹

Como veremos adiante, a segurança política desenvolve-se em três níveis: a segurança pública, a segurança do Estado (ou segurança nacional) e a segurança internacional. Além disso, elas apresentam diferenças substanciais em sistemas de *common law* e em sistemas romano-germânico.

12. Os níveis da segurança política

O primeiro nível – o mais concreto – da segurança política é a segurança pública. É principalmente por meio dela que o Estado busca manter o clima de

⁹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. 114.

⁹¹ O carácter prévio do sistema de defesa de crises é próprio do sistema romano-germânico, como veremos abaixo.

normalidade da ordem jus-política. A segurança pública é o traço mais básico da segurança.

Ela é uma das primeiras funções do Estado Moderno, pois implica – tanto o aspecto preventivo, quanto o repressivo – a manutenção da ordem constitucional em seu aspecto mais concreto: **a pessoa humana**⁹². Vale dizer, portanto, que a segurança pública é segurança em seu aspecto mais cotidiano.

Justamente na segurança pública que os desvios sociais mais elementares serão prevenidos e, quando ocorridos, devem ser punidos. Para Mário Pessoa, “*Segurança Pública é o estado antidelitual, que resulta da observância dos preceitos tutelados pelos códigos penais comuns e pela lei das contravenções*”⁹³.

O art. 144, da Constituição indica quais são os alcances da segurança pública brasileira: um subjetivo e um outro objetivo. Em primeiro lugar, ele indica que a segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos.⁹⁴

O segundo ponto colocado pelo referido artigo é o objeto da segurança pública, ou seja, a que ele se destina. A segurança pública, como prescreve a própria Constituição, tem por finalidade a preservação de três realidades: a preservação da ordem pública, a incolumidade das pessoas e a incolumidade do patrimônio.⁹⁵

Para termos uma correta noção do objeto da segurança pública, faz-se necessário buscar o significado de cada um desses temas, iniciando-se pela **ordem pública**. José Afonso da Silva a define como sendo “uma situação de

⁹² A sociabilidade própria da pessoa humana tem suas contingências. Em virtude disso, a noção de risco sempre estará presente. Segundo Hassener: “Os filósofos sociais falam hoje de ‘sociedade do risco’, referindo-se a que nós na vida diária nos defrontamos com crescentes dificuldades em encontrar orientações estáveis. A complexidade de nossas relações sociais é antes de mais nada vivenciada como algo ameaçador, os riscos de lesões ao mesmo tempo abrangentes, devastadores e difusos”. HASSAMER, Winfried. *Segurança Pública no Estado de Direito*. trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano. 2 n. 5. jan./mar. São Paulo: RT, 1994

⁹³ PESSOA, Mario. *O Direito da Segurança Nacional*. São Paulo: RT, 1971. pg. 119.

⁹⁴ Com isso, pretendeu o constituinte deixar claro o caráter subsidiário da segurança pública. Não basta que apenas o Estado demonstre preocupação com o tema. De outro lado, ao inicia o texto dizendo que é um dever deste.

⁹⁵ Como bem alerta Valter Foletto Santin, “*o direito à segurança pública sempre esteve presente na história da humanidade, tanto nas fases de tribos, cidades, impérios, reinos e sociedade como no Estado moderno, pelo fornecimento de proteção ao povo para a garantia da paz e tranqüilidade da convivência social, especialmente o direito de propriedade e da incolumidade pessoal, por meio da atuação da polícia ou guarda similar. O poder político deteve e detém uma instituição organizada e armada para a imposição da obrigação de obediência às normas pelo indivíduo, prevenção e repressão ao crime e conservação da ordem pública, por meio da violência legal, sob a égide do direito peculiar a cada época*”. SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pg. 76.

pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes”.⁹⁶

No fundo, toda a preocupação da segurança pública é evitar a conturbação social por excelência: o crime⁹⁷. Se nos atermos ao Código Penal, onde se encontra sistematizado o esqueleto criminal brasileiro, vemos que o Direito Penal possui um núcleo básico que diz respeito a três valores: *vida, liberdade e propriedade*.⁹⁸

A segurança pública não tem por finalidade proteger os direitos subjetivos da pessoa humana. Essa é a **segurança jurídica**. Nem as expectativas de melhoria social: essa é a **segurança social**. De um modo diverso, a segurança pública visa garantir a incolumidade da própria pessoa e de seu patrimônio (art.144, da CRFB). Assim, o objeto da segurança pública é a **intangibilidade da esfera física da pessoa**.

É nesse sentido que ganha relevo no Direito Penal o binômio *periculosidade e pena*. Ele é o ramo do ordenamento que tutela os bens mais valiosos da pessoa humana e, em razão disso, apresenta as maiores restrições. O *perigoso* pode ser *apenado*, pois está ofendendo aquilo que a ordem constitucional tem de mais valioso: **a própria pessoa**.

O segundo nível da segurança política é a segurança do Estado ou segurança nacional. Essa, por seu turno, possui dois aspectos importantes: de um lado, ela é a segurança de um povo que se encontra em determinado território – o que caracteriza o conceito de nação⁹⁹: é a segurança nacional, ou a segurança do

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. pg. 777-778.

⁹⁷ Essa é a preocupação de Dalmo de Abreu Dallari. A Polícia e as Garantias de Liberdade. In: MORAES, Bismael B. O Papel da Polícia no Regime Democrático: um simpósio na Academia de Polícia de São Paulo. São Paulo: Mageart, 1996., especialmente, pg. 47.

⁹⁸ Referimo-nos aqui ao Direito Penal Clássico. Não ignoramos, contudo, que o Direito Penal tenha sofrido um alargamento muito grande de seu objeto material. Entretanto, isso, no fundo, é um problema por dois motivos básicos: ao tipificar outras tantas condutas como criminosas, perde-se o caráter excepcional do crime, ou seja, a reserva pedagógica daquelas condutas realmente desprestigiadas pela sociedade. Ao lado disso, o direito penal apresenta os maiores gravames aos direitos da pessoa humana (restrição da liberdade, restrição patrimonial e, em alguns países, até mesmo a morte) e, por isso, somente deveria ser aplicado àquele mínimo sobre o qual a sociedade não poderia transigir.

⁹⁹ Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que “o Estado contemporâneo é (ainda) o Estado-nação, ou seja, a organização política que serve uma comunidade caracterizada, ao menos, por uma ‘vontade de viver em comum’. Daí falar em segurança nacional como função essencial do Estado. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003. pg. 148.

Estado em seu sentido estrito.¹⁰⁰

A Constituição da República Federativa do Brasil utiliza a expressão Segurança Nacional apenas uma vez. É justamente no art. 173, quando prescreve a possibilidade de exploração direta de atividade econômica pelo Estado quando estiverem presentes os *imperativos da segurança nacional*.¹⁰¹

A preocupação da Segurança Nacional é a incolumidade do Estado. Isso se dá, basicamente, de duas formas. Uma primeira é a garantia da integridade físico-geográfica do Estado. A outra é a defesa das instituições, já que num país democrático, todos os ataques ao Poder, no fundo, significam um ataque à Democracia.

O constituinte de 1988, ao que parece, pretendeu abandonar a expressão segurança nacional. Certamente, em razão da conotação que ela ganhou no período militar, principalmente pela Escola Superior de Guerra – ESA.¹⁰² As expressões que a substituíram fixaram-se sobremaneira no termo **defesa**. O que o constituinte fez foi substituir a finalidade (a segurança) pelo meio de realizá-la (a defesa). É nesse sentido o pensamento de Vergottini:

Em relação a ela [a segurança] o conceito de Defesa assume um significado estritamente instrumental, que compreende todas as modalidades organizativas e funcionais destinadas a garantir os valores essenciais sintetizados no conceito de segurança.¹⁰³

Isso se torna patente na medida em que, além de não dedicar um lugar próprio na Constituição para o tema, várias são as expressões que buscam substituí-la. Constituição refere-se à *defesa do território nacional* (art. 20, § 2º). O antigo Conselho de Segurança Nacional passou a ser denominado Conselho de

¹⁰⁰ Embora discorde, Mário Pessoa reconhece que há autores que vêem Segurança Nacional e Segurança do Estado como sinônimos. PESSOA, Mário. O Direito da Segurança Nacional. São Paulo: RT, 1971. pg. 102

¹⁰¹ Interessante que não está localizada no capítulo dedicado à Defesa do Estado. Ainda que fora do Título V, da Constituição, quando esta trata da *Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas*, o art. 173 garante na Constituição a existência da expressão Segurança Nacional tão utilizada em períodos anteriores e contemporaneamente, de alguma forma, evitada no texto constitucional.

¹⁰² Apesar de entendermos que *segurança nacional* seja essencialmente diferente de *doutrina da segurança nacional* (desenvolvida na ESA), reconhecemos a grande contribuição fornecida pela Escola Superior de Guerra para a compreensão do instituto da segurança nacional.

¹⁰³ VERGOTTINI, Giuseppe de. Defesa. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 12. ed. trad. Carmen C. Varriale et all. Brasília: Editora Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. v.1. Verbete Defesa. pg. 312

Defesa Nacional (art. 91).

No inciso III, do art. 22, o texto constitucional coloca entre as atribuições legislativas da União a disciplina acerca de requisições civis e militares em caso de iminente perigo, ou ainda, em caso de guerra. A União ainda é competente para legislar sobre a **defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, e mobilização nacional**. No art. 21, a defesa nacional que também deve ser assegurada pelo Estado, entre as atribuições da União (inciso III).¹⁰⁴

Como se percebe, a expressão segurança nacional é claramente evitada. Não nos parece, entretanto, haver justificativa para essa atitude. A segurança nacional, enquanto conceito – não como doutrina – é uma das primeiras realidades com que se deve preocupar o Estado. Assim, embora com *eufemismos* vários, não temos dúvida de que a Constituição de 1988 possui o conceito de **Segurança do Estado ou Segurança Nacional**, que, para Mário Pessoa, pode ser traduzida na seguinte definição: “Segurança Nacional é a completa funcionalidade das coisas essenciais que se prendem direta ou indiretamente à Coletividade Humana, por estar preservada através do respectivo Estado”.¹⁰⁵

O terceiro nível da segurança política é a segurança internacional ou segurança global. Esse nível da segurança global é, atualmente, competência da Organização das Nações Unidas – ONU, que conta, inclusive, com um Conselho de Segurança.

Apesar disso, os países, em geral, são (ou devem ser) colaboradores das atividades destinadas a garantir a segurança política em seu nível internacional. Isso se torna ainda mais claro em tempos como os atuais em que atividades terroristas desconhecem as barreiras nacionais e passam a atuar em diferentes partes do mundo. Isso decorre inclusive das bases da *segurança mundial*. Embora ela se projete num nível supra-estatal, a segurança nacional depende das forças nacionais e do entendimento dos países que possuem essas forças.¹⁰⁶

O Brasil aderiu a essa colaboração, quando, no art. 4º, do texto constitucional indica que se compromete com a defesa da paz e com o repúdio ao

¹⁰⁴ Outras expressões também foram utilizadas: *integridade nacional* (art. 34, I), *estabilidade das instituições democráticas* (art. 90, II), *segurança do território nacional* (art. 91, § 1º, III), *garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático* (art. 91, § 1º, IV)

¹⁰⁵ PESSOA, Mário. O Direito da Segurança Nacional. São Paulo: RT, 1971. pg. 99.

¹⁰⁶ Idem. pg. 18.

terrorismo e ao racismo, ao indicar o modo pelo qual referia suas relações internacionais (respectivamente, incisos, VI e VIII).

13. A segurança pública no common law

É possível perceber que a segurança pública possui duas dimensões. A primeira de caráter substancial. Nesse ponto, parece não haver diferenças claras entre o common law e o modelo romano-germânico. Nos dois ambientes, é função estatal zelar pela integridade da pessoa humana, em seu aspecto psico-físico e patrimonial. A segunda dimensão, poderíamos chamar metodológica, ou seja, o modo como ela encontra a sua práxis. Nesse aspecto, parece sim haver diferenças importantes que merecem ser compreendidas

A segurança pública em países de common law tem uma configuração interessante. Podemos dizer que ela está ligada mais à política que propriamente ao direito. Não há em países anglo-saxônicos uma regulação detalhada dos meios de contenção ou repressão da criminalidade. Nos Estados Unidos, por exemplo, “*Crime waves always carry with them calls for more law enforcement authority*”, nas palavras de William J. Stuntz¹⁰⁷.

Parece que essa consideração demonstra o espírito do *Law and Order*, expressão que corresponde a segurança pública, em inglês. Não há uma regulação detalhada e apriorística das situações e dos modos em que as autoridades responsáveis podem atuar. Essas agem de acordo com a gravidade apresentada pelas circunstâncias.

Além das circunstâncias, o poder de coerção do *law and order* encontra limites nas liberdades públicas que, segundo Stuntz, não poderiam ser minimizados nem em situações extremas como a que aconteceu em 11 de

¹⁰⁷ STUNTZ William J.. Local Policing After the Terror. In: The Yale Law Journal. vol.111:2137. abril/2002. pg 2138. Disponível em <http://www.yalelawjournal.org/pdf/111-8/StuntzFINAL.pdf>. Acesso em 26.08.2005. Continua o professor de Havard no seguinte sentido: “That is not a bad thing. Law enforcement authority naturally varies with the nature and size of the crime problems police must combat. A glance at the recent history of criminal procedure shows as much. Most legal restrictions on policing date from the criminal procedure revolution of the 1960s, which itself can be seen as a consequence of the low-crime 1950s. Higher crime rates led to cutbacks in those legal protections in the 1970s and 1980s, just as lower crime rates have led to some expansion in the past few years”.

setembro de 2001. Os exemplos clássicos dessas limitações estão *Bill of Rights* americano, especialmente, a quarta e a quinta emenda.¹⁰⁸

Apesar desses limites, a autoridade responsável por manter o *law and order* tem poucos limites à sua atuação. Os eventuais abusos deverão ser analisados *a posteriori*. Esse modelo de segurança pública somente é concebível em países de common law, com seu aparato sociológico peculiar, pois a contenção da arbitrariedade far-se-á por meio da razoabilidade própria do espírito anglo-saxônico.

Caso a autoridade exorbite os limites determinados pela prudência, em tese, estará cometendo crime, o que será analisado por um júri. Este, nos países de common law, consegue, por regra, refletir o consenso social acerca do caráter de uma determinada conduta (se jurídica ou anti-jurídica). Isso explica, inclusive, o fato de a competência para o direito penal (*criminal law*) pertencer aos estados-membros e não à União. Desde a Constituição, nos Estados Unidos, tinha-se a consciência de que a juridicidade de uma ação depende desse consenso social, somente obtido em esferas menores – os Estados.¹⁰⁹

Essa elasticidade encontrada no common law para a defesa da ordem pública pode ser entendida pela análise da própria fórmula *law and order*. **Law** significa, em última análise, esse núcleo de valores essenciais, absolutamente arraigados à natureza humana, do qual tudo o mais que há de *legal* (jurídico) decorre.¹¹⁰ O núcleo essencial do direito (**law**) está ancorado no tripé: vida, liberdade e propriedade.¹¹¹ A finalidade da segurança pública no common law é justamente garantir esse núcleo mínimo, ou seja, a própria integridade da pessoa

¹⁰⁸ **Amendment IV**: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. **Amendment V**: No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

¹⁰⁹ Eis o texto da Constituição americana: Article III, Section 2, Clause 3. “The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed”.

¹¹⁰ POUND, Roscoe. *El Espíritu del “Common Law”*. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954.

¹¹¹ Sobre o tema, cf. SCHWARZENBERGER, Georg. *International Law and Order*. London: Stevens & Sons, 1971, principalmente, pg. 10.

e de seu patrimônio.

O meio para que isso seja alcançado é justamente uma ordem pública, um estado de paz e tranqüilidade social que é traduzido simplesmente por **order**. Nesse sentido, **law and order** significa uma relação entre fins e meios a serem observados como função precípua do Estado. Manter a incolumidade da própria pessoa humana por meio de um clima de tranqüilidade social.

A manutenção dessa relação é tão importante que tudo o que passa a ameaçá-la deve, prontamente, ser afastado, não importando o quanto isso custe. Exemplo dessa relação operando na realidade se deu em evento recente (os danos causados pelo furacão Katrina). O caos instaurado em New Orleans (saques, estupros e outros crimes em larga escala) permitiu às autoridades ordenar à polícia e à guarda nacional que efetivamente atirassem nos saqueadores que assolavam a região. Segundo notícia da Reuters, em 02/09/2005, a governadora da Louisiana, Kathleen Blanco disse: “Essas tropas já foram testadas em batalhas. Elas têm [fuzis] M-16 e estão engatilhados,” disse Blanco. ‘Estas tropas sabem como atirar e matar, e espero que o façam’”.

Diante do caos que se aproxima, o pensamento de common law é simplesmente restabelecer a ordem para que a integridade da pessoa seja preservada.

Embora *law and order* seja a expressão mais tradicional, também vem sendo utilizada a locução *public security*, nos Estados Unidos. A título de exemplo, o governo do estado de Nova York criou, em resposta aos atentados de 11 de setembro de 2001, o *Office of Homeland Security* que é descrito como o *Office of Public Security* pelo próprio governo estadual.¹¹²

14. A segurança pública no sistema romano-germânico

No sistema romano-germânico também encontramos a substância da segurança pública. Da mesma forma, cabe ao Estado a proteção da incolumidade

¹¹² Essa informação pode ser colhida no próprio endereço virtual do governo de New York, no endereço virtual <http://www.state.ny.us>. Acesso em 29.08.2005.

da pessoa humana. A essência da segurança pública continua a ser a manutenção da incolumidade (da inatingibilidade) da pessoa, ou seja, a proteção da pessoa em si. Para isso, ela apresenta como meio a *ordem pública*. É justamente pela configuração de um clima de paz e tranquilidade que a incolumidade da pessoa será protegida. O patrimônio, igualmente, será objeto de tutela, pois a propriedade é direito que decorre imediatamente da liberdade humana.

Trata-se, portanto, de uma segurança nuclear, em que, por certo, deve ser garantido aquilo que de mais essencial possui a pessoa humana. Nesse sentido, como já afirmamos, é no Direito Penal que encontramos esse núcleo axiológico mais concreto em relação à própria dignidade da pessoa humana. É justamente em virtude disso que o direito penal, em praticamente todos os lugares do mundo, apresenta os modos mais acentuados de coerção num ordenamento jurídico.¹¹³

Aqui, está, portanto, o *telos* da segurança pública. Sua finalidade está em garantir, no tempo, a intangibilidade dessa esfera própria da pessoa natural que, por exercício jurídico de abstração, também se vem atribuindo de longa data à pessoa jurídica, numa extensão da própria liberdade da pessoa humana. Em palavras de Ives Gandra da Silva Martins, em que o autor indica, inclusive, um dos grandes problemas brasileiros sobre o tema:

Tanto a vida quanto o patrimônio das pessoas devem ser protegidos. Por essa razão, causou espécie a decisão do Superior Tribunal de Justiça que liberou invasores de terras alheias, após terem sido condenados pelo Tribunal e Justiça de São Paulo à prisão preventiva, por já terem sido presos no passado pelo mesmo motivo e continuarem a invadir terras alheias, dilacerando o direito à propriedade dos titulares das terras invadidas, sobre violentarem a lei e a máxima autoridade do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA.

Decisões como essa abrem espaço para outras violações a direitos consagrados pela Constituição, justificando, por exemplo, que os “sem-teto” invadam propriedades de lazer, nas estações balneárias, ou imóveis em que haja excesso de dependências e escassez de pessoas, e, até mesmo, incursões dos “sem-emprego” para invadirem indústrias com capacidade ociosa de produção.

É como se, de rigor, fosse possível atribuir um novo contexto ao art. 144, em que coubesse ao Estado garantir a incolumidade do patrimônio, mas

¹¹³ Em termos um pouco diferentes, vemos tal intuição em Valter Foleto Santin, quando diz que “O direito à segurança pública enfeixa uma gama de direitos, pela sua característica de liberdade pública e até mesmo componente do direito da personalidade, por conter relações públicas e privadas, seja nas prestações estatais positivas e negativas como no respeito mútuo dos cidadãos à incolumidade e patrimônio alheios e na contribuição à preservação da ordem pública”. op. cit. pg. 78-79.

não proibir que seja invadido por quem quer que se diga líder de movimentos expropriatórios *manu militari*.¹¹⁴

Como já delineamos, o direito penal, para o qual apenas a União tem competência legislativa¹¹⁵, é o principal componente da segurança pública. Por meio de prescrições, punições e permissões, busca-se criar um clima de paz pública, de modo a evitar os danos ao núcleo jurídico. As maiores penas, portanto, sempre serão encontradas – em regra – nos crimes que atentem contra os valores essenciais (vida, liberdade e segurança). Seguindo, temos que o Direito Penal é mais importante meio de tutela dos bens essenciais da pessoal humana. Em outras palavras, a **segurança pública se garante pelo Direito Penal**¹¹⁶.

Embora se identifiquem pela substância, a segurança pública no sistema romano-germânico tem método diverso, se comparada ao *law and order*. As autoridades competentes, para realizá-la, estão subjugadas por uma extensa e detalhada regulação de sua atividade. Podemos dizer que a segurança pública, em sistema romano-germânico, apresenta um caráter mais jurídico que político.

Primeiramente, ela está vinculada ao princípio da reserva legal, segundo o qual a autoridade somente pode agir se autorizada por lei (lei em sentido formal).¹¹⁷ Em conseqüência, a autoridade de segurança em sistemas romano-germânicos, em sua atuação, deve levar em conta não só a gravidade das circunstâncias, mas todo o ordenamento jurídico que a cerca. A regulação jurídica é tão importante que existe a figura da **polícia judiciária**.

Em geral, a atuação dos meios policiais no sistema romano-germânico tem uma primeira regulação na própria Constituição, como ocorre no Brasil¹¹⁸. Além dessa, geralmente a ação policial está regulada por um Código de Processo Penal. O Codice de Procedura Penale italiano dedica seu Título III à **Polizia Giudiziaria**, trazendo expressamente, em seu art. 59, a subordinação aos órgãos

¹¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro de, MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 5. pg. 197-198.

¹¹⁵ Em regra, nos países de modelo romano-germânico o direito penal é de competência do ente maior da federação, já que não há o consenso sociológico acerca do justo, nos moldes anglo-saxônicos. Quem realiza esse papel é o legislador nacional, por meio da lei.

¹¹⁶ Ainda que não de maneira expressa assim, tal intuição pode ser observada em REINER, Robert, CROSS, Malcolm. Beyond Law and Order.

¹¹⁷ FERREIRA FILHO, Estado de Direito e Constituição. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. pg. 51.

¹¹⁸ Vários exemplos estão nos incisos do art. 5º, da Constituição, a título de exemplo, inciso LXI.

judiciários e à Procuradoria da República. Não é diferente a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola que, no Livro II, Título III, refere-se à Polícia Judicial.¹¹⁹

Podemos perceber que a segurança pública nos países romano-germânicos possui uma metodologia constitucional diversa da encontrada em países de common law. A finalidade é comum aos dois modelos; mas a configuração institucional, diversa.

15. A segurança pública no Brasil

No Brasil, a Constituição brasileira criou um rol institucional de órgãos que são responsáveis por criar, em conjunto com a responsabilidade de todos, esse clima objetivo de tranquilidade que seja capaz de garantir o núcleo de valores (art. 144). O constituinte foi inteligente ao incluir no referido artigo a expressão **responsabilidade de todos**. Com isso, verificamos mais um traço de subsidiariedade presente em nossa Constituição. Quis o texto que se percebesse que não basta a espera ociosa pela atuação pública. É, ao contrário, a pessoa humana a principal responsável pela pacificação geral, devendo, por responsabilidade, contribuir para esse fim nos limites de suas forças.

Os órgãos que estão ligados diretamente à segurança pública são a **polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares** (art. 144, CRFB).

Segundo Marcelo Caetano,

A polícia é um modo de atividade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objecto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir.¹²⁰

Tal pensamento traz um importante subsídio, pois todas as formas de

¹¹⁹ Não é diferente na Alemanha, onde o Código de Processo Penal, na seção 163.

¹²⁰ Op. cit. pg. 1066. Não podemos esquecer que nesse conceito mais amplo de *polícia* estão incluídas aquelas que, somente de forma às vezes bastante indireta, atuam na segurança pública.

atividade de polícia têm por objetivo fornecer segurança contra os danos sociais que as leis visam evitar. O grau máximo da ilegalidade é, como dizíamos, o crime.

Um modo interessante de sistematizar as atividades policiais refere-se ao modo pelo qual contribuem para a manutenção da ordem pública. Basicamente, podem ter caráter prioritariamente *ostensivo* ou *investigativo*. Possuem papel ostensivo no combate à criminalidade e manutenção da ordem pública: a polícia rodoviária federal (art. 144, § 2º), a polícia ferroviária federal (art. 144, § 3º) e as polícias militares dos estados (art. 144, § 5º). Essa é justamente a usual diferença que se estabelece entre a **polícia administrativa**, à qual cabe a preservação apriorística da ordem pública e a **polícia judiciária**, a quem também cabe a manutenção e a reconstituição da ordem pública por meio da persecução penal.¹²¹

As polícias civis dos estados, por seu turno, têm um caráter investigativo, de modo a manter a ordem pública por meio do auxílio na persecução penal – atividade privativa do Ministério Público, em casos de ações penais públicas (art. 129, I) – de modo a evitar que novas perturbações ocorram. Ela exerce também a função de polícia judiciária, como delinea o § 4º, do art. 144.

Já a polícia militar apresenta um caráter preventivo e ostensivo. Com sua aparência – farda, rondas com iluminação ostensiva, etc – busca dissuadir aqueles que se encontram na cogitação criminal. São também forças que auxiliam a polícia civil em algumas atribuições de polícia judiciária, em escolta de presos, auxílio em cumprimentos de mandados judiciais, e, em alguns lugares, na segurança prisional. Ao Corpo de Bombeiros Militar cabe, independente de outras a serem disciplinadas pelos governos estaduais, a defesa civil. (art. 144, V, CRFB).

A polícia federal, em certo sentido, equipara-se às polícias civis dos estados, nos temas que se referem à União. É ela, portanto, que apura as *infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em*

¹²¹ SILVA, Jorge da. Controle da Criminalidade e Segurança Pública na nova Ordem Constitucional. 2. ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

lei (art. 144, §1º, I), bem como exerce também as funções de polícia judiciária da União (art. 144, § 1º, IV).

Além disso, a polícia federal tem por atribuição manter a ordem pública em situações que, no mais das vezes, tocam aspectos da segurança do Estado, de que falávamos acima. Em casos nos quais a criminalidade, por um motivo ou por outro, apresenta um caráter interestadual ou internacional, cabe a ela uma espécie *sui generis* de atuação, em que se combinam comportamentos ostensivos e comportamentos repressivos, com clara preponderância do segundo (art. 144, § 1º, incisos I e II).

Sua grande competência é justamente evitar uma marginalidade estrutural em termos nacionais. Quando as circunstâncias exigirem, e houver solicitação por parte das autoridades competentes, a polícia federal auxiliará as polícias civis dos estados federados, sobremaneira em ocorrências estaduais que tenham repercussão nacional ou para cuja investigação os esforços estaduais sejam insuficientes.¹²²

A polícia rodoviária federal (art. 144, II, CRFB) exerce importante papel nas estradas brasileiras. Além das atribuições de polícia de trânsito ao exigir o cumprimento das normas pertinentes ao tráfego de veículos, é um fator fundamental no combate ao tráfico nacional e sobremaneira internacional de entorpecentes. Em estados federados em que o número de rodovias estaduais é escasso, seu papel tem um relevo ainda maior.

Já a polícia ferroviária federal (art. 144, III, CRFB), tem papel bastante limitado. Embora o Brasil já tenha sido *um país que se movia sobre trilhos*, a partir da década de sessenta, sua utilização foi decrescente, sendo conservada em poucas rotas e em ritmo tímido, já que se estabeleceu, por razões que fogem ao objeto da pesquisa, uma franca opção pelo transporte rodoviário.

Nada obstante sua perda de importância, permaneceu a polícia ferroviária como um departamento da polícia federal, que cuida principalmente da preservação da ordem nos veículos que pelos trilhos transitam, não só de passageiros como da tripulação, além de garantir a não-utilização de tal meio para contrabando, tráfego de bens e pessoas

¹²² BASTOS, Celso Ribeiro de, MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 5.

sobre preservar seu transporte contra organizações de facínoras que, mais no passado do que no presente, agrediam pessoas e saqueavam bens.¹²³

Lidando, em geral, com os temas do direito penal, tais instituições buscam proporcionar condições ótimas, em conjunto com a sociedade em geral, de estabilidade social que sejam suficientes para garantir a manutenção do núcleo axiológico objeto da segurança pública.

16. A segurança do Estado no *common law*

A segurança do Estado em países anglo-saxônicos seguiu o modelo do *martial law*. Entre nós, foi, sem dúvida, Manoel Gonçalves Ferreira Filho quem melhor delineou as peculiaridades dos sistemas de controle de crises. A principal característica desse modelo identifica-se com as próprias raízes sociológicas do modelo jus-político anglo-saxônico.

Segundo o mestre paulista,

A lei marcial, pois, no sentido mais estrito, não envolve suspensão da lei comum, muito menos do governo ordinário. Ela acarreta apenas o uso de meios anormais, ou melhor, extraordinários para a manutenção da ordem, particularmente o emprego da força bruta.¹²⁴

Semelhante ao que ocorre com o *law and order*, a segurança do Estado tem matizes mais políticas que jurídicas. Nesse sentido, prescinde de uma regulação apriorística pelo direito das medidas a serem empreendidas em momentos de crises (como ocorre no modelo romano-germânico). As ações disparadas em razão de insurreições ou outros fatores que vierem a conturbar a ordem constitucional (Democracia e suas instituições) deverão ser prontamente rechaçadas com os *meios necessários para tanto*.

¹²³ Idem. pg. 210.

¹²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado de Sítio: na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de Defesa da Ordem Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. pg. 50.

Assim, “a lei marcial, no fundo, enquanto admitida pelo direito britânico, seria uma espécie de legítima defesa”. Continuando, “seria a defesa da ordem pública pela força militar, não em decorrência de prerrogativa particular de governo, mas em aplicação de direito comum a todos, sem exceção reconhecido pela ‘*common law*’”.¹²⁵ Nas situações de crise, tanto a pessoa comum como o Estado podem reagir, com os meios razoáveis, ante agressões contra sim ou contra a comunidade política em geral.

Dessa forma, a lei marcial (em sentido estrito, sublinhe-se) não transcende o arsenal de medidas de que dispõe o Estado para atender a seus fins, dos quais o primeiro e fundamental é zelar para que “o indivíduo, no uso de sua liberdade de ação, de contrato, ou de propriedade, não prejudique individualmente os interesses de outros ou da sociedade em geral”.¹²⁶

Em cabeças romano-germânicas, tais afirmativas poderiam prontamente causar perplexidade, ingenuamente detectando caracteres de arbitrariedade, onde, de fato, inexistem. Isso por que a ausência de regulação jurídica prévia de que falamos é considerada, em padrões romano-germânicos, pois para o *common law*, há sim uma regulação jurídica prévia.

Embora todos, pessoa comum e o Estado, possam se utilizar dos meios necessários para afastar a agressão, “a nenhum, porém, ‘é permitido ultrapassar uma justa medida’¹²⁷. Se, no entanto, alguém fugir da razoabilidade, “todos podem, individualmente ou em bloco, ter de prestar contas ao júri do uso da força excessiva, isto é, desnecessária”¹²⁸.

Sinteticamente, essa regulação jurídica prévia indica que há um *due*

¹²⁵ Idem. pg. 51. O autor ainda ensina, ancorado no pensamento de Willoughby, “a lei marcial em sentido estrito também para o mestre americano se inscreve, no campo da lei comum, embora seja executada pelas forças armadas”. pg. 52.

¹²⁶ Idem. pg. 53.

¹²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado de Sítio: na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de Defesa da Ordem Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. pg. 53.

¹²⁸ Willoughby apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado de Sítio: na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de Defesa da Ordem Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. pg. 53. Continua FERREIRA FILHO (pg. 54): “A *responsabilidade individual permanece, portanto, sem colapso durante as situações de emergência, da mesma forma que a lei ordinária, da mesma forma que a administração regular (embora pelos fatos impedidas de funcionar mas sempre prontas a, permitindo as circunstâncias, retomar a rotina de todos os dias)*”.

process e que as ações praticadas no período de *martial law* serão analisadas por esse instrumento (*due process of law*). Aqueles que violarem a razoabilidade certamente serão submetidos a uma sanção¹²⁹. Como também ocorre no *Law and Order*, isso somente é possível graças à característica jurídico-sociológica própria do Common Law.

Podemos dizer, portanto, que o modelo do *Martial Law* não se caracteriza por um estado excepcional de direito – como ocorre com o Estado de Sítio e seus equivalentes romano-germânicos – mas sim como a aplicação do direito ordinário. No *martial law*, assim, o direito é aplicado em sua proporcionalidade natural em relação ao nível das violações à ordem jurídica.

Em análise superficial, poder-se-ia pensar que o *marcial law* importaria na revogação absoluta dos direitos e garantias da pessoa humana. Tal problema, contudo, não passou ao largo da análise de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Atenta o autor que a explicação desse aparente paradoxo (o fato de o *martial law* não significar a revogação dos direitos e garantias) está na própria natureza do *martial law*.

O estado de lei marcial é um estado de fato. Por isso é que não envolve alteração do sistema legal, nem suspensão de qualquer dos direitos ou garantias individuais. É um estado de fato que se assemelha ao estado de legítima defesa, ou ao estado de necessidade do direito penal.¹³⁰

Continua o mestre:

Assim, quem usa da lei marcial, não está de antemão autorizado a violar direitos alheios, nem cidadão algum tem suas garantias previamente derrubadas. Da mesma forma que ninguém está previamente autorizado a alvejar um assaltante. Da mesma forma que um assaltante não tem seu direito à vida suspenso por assaltar alguém.

O estado de lei marcial, como a legítima defesa ou estado de necessidade, exclui apenas e tão somente a punição pela violação da lei,

¹²⁹ Segundo FERREIRA FILHO, “somente por *act of indemnity* é que alguém pode escapar à punição por abusos cometidos em nome da ordem, escusáveis pelo calor da luta. E não é fácil conseguir tal exoneração posterior”. op. cit. pg. 54.

¹³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado de Sítio: na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de Defesa da Ordem Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. pg. 57. Para se caracterizar esse estado de fato, não basta nem mesmo o estado de guerra. De outra forma, é necessário. “É preciso, pois, que se instaure um estado de desordem tal que nenhum tribunal possa funcionar. O fechamento das cortes judiciárias é desse modo, o principal critério do estado de lei marcial. É esse, aliás o critério adotado em vários julgados pela Suprema Corte norte-americana”. pg. 59.

quando tal for, dadas as circunstâncias, necessário para a salvaguarda de bem alheio ou próprio. E só exclui a punição, se a retorsão for proporcional à agressão.¹³¹

Vale lembrar uma idéia que deve nortear esse trabalho e as pesquisas que buscam uma compreensão dos institutos do *rule of law*. O estado de direito, em ambientes de *common law*, apresenta peculiaridades cuja compreensão é impossível sem os pressupostos sociológicos que fundamentam tal modelo¹³². Destarte, o modelo anglo-saxônico de defesa do Estado tem sua viabilidade assegurada pela própria configuração do direito e da política de *common law*.

17. A segurança do Estado no sistema romano-germânico

A segurança do Estado assume configuração diferente em ambiente romano-germânico. Neste, o controle de crises caracteriza-se por *um sistema de legalidade*, ou seja, por um modelo normativo extraordinário que afaste as ameaças à ordem constitucional: o estado de sítio. Isso está umbilicalmente ligado ao próprio modelo romano-germânico de supremacia do direito, baseado no primado da lei.¹³³

Enquanto a lei marcial não altera a legalidade, permanecendo intacta a ordem jurídica, outro sistema de defesa da Constituição largamente empregado nos Estados modernos consiste em prever, para fazer face às crises graves, uma legalidade especial. Isso quer dizer que, em situações excepcionais, não podem os órgãos estatais voluntariamente transgredir a lei, justificando posteriormente sua ação, tal qual se dá, no estado de lei marcial, na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos. Ao contrário, todo e qualquer órgão estatal continua obrigado a fielmente respeitar o princípio da legalidade. Assim, "uma decisão individual (de

¹³¹ *Ib idem*.

¹³² A advertência vem de duas penas importantíssimas: Cezar Saldanha Souza Junior em seu *A Supremacia do Direito e seus modelos básicos*. (Tese apresentada para o Concurso de Professor Titular de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da USP). São Paulo, 2003, e Roscoe Pound em seu *El Espíritu del "Common Law"*. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954.

¹³³ Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "*O primado da lei, por isso, nos regimes constitucionais pluralistas é inspirado pela idéia de primado do Direito, ou seja, do justo, como tal considerado, num dado momento, por determinada comunidade*". FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. pg. 11.

qualquer desses órgãos) só pode ser tomada nos limites de lei material anterior".¹³⁴

Interessante notar que a segurança do Estado também tem lugar no sistema romano-germânico, o que a torna uma realidade própria do Estado de Direito em todos os seus modelos, pelas razões que Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta:

Não há vida política, da mesma forma que não há vida social, sem crises. Assim como se reconhece que o Estado de Direito, do mesmo modo que toda ordem jurídica, pressupõe uma normalidade, forçoso é convir que essa normalidade, ou seja, essa ordem social receptiva à idéia de direito normada, não permanece estática¹³⁵

Entre os modelos de *legalidade especial*, fazemos referência apenas ao *estado de sítio* que, como categoria, é o representante natural do sistema romano-germânico de controle de crises. Esse instituto, originariamente francês (*état de siège*) apareceu pela primeira vez num texto legislativo em 1791.¹³⁶

Por definição, é um modelo de legalidade diferente do ordinário (excepcional ou extraordinário), mas previsto pela própria constituição, em que o exercício dos direitos e garantias constitucionais, *em sentido estrito*, fica temporariamente suspenso, a fim de garantir a integridade da ordem constitucional.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

É ele a *suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais*. Ou, mais explicitamente, regime excepcional das liberdades públicas, caracterizado pela suspensão localizada e temporária, autorizada pela

¹³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado de Sítio: na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de Defesa da Ordem Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. pg. 63.

¹³⁵ Idem. pg. 14.

¹³⁶ Idem. pg. 73. Um interessante histórico do instituto é desenvolvido pelo autor nas páginas subseqüentes.

Constituição para ocasiões de grave crise, de todas ou de algumas de suas garantias.¹³⁷

Um dos pontos que mais chama atenção no *estado de sítio* é a sua pré-regulamentação pelo texto constitucional. Ela decorre justamente da sofisticação que o modelo romano-germânico de Supremacia do Direito atingiu. Como o direito estatal é a grande fonte de segurança jurídica, somente ele poderia garantir que os períodos de crise constitucional não tomassem de assalto o Estado de Direito, completamente fragilizado. De outro lado, essa regulação prévia garante que a reação às crises não seja arbitrária.

Nesse caso (sem uma regulação própria), a arbitrariedade seria possível porque o modelo romano-germânico de supremacia do direito tem na lei (e na constituição) sua fonte de segurança. É a norma estatal que representa, no tempo, a idéia de justo predominante na comunidade política¹³⁸. Não é possível, nesse ambiente, fundar-se numa razoabilidade prática natural nos moldes do *common law*. No modelo romano-germânico, a razão prática atua por meio das instituições e sobremaneira na deliberação parlamentar que resulta na lei¹³⁹. É essa, ademais, umas das funções clássicas do parlamento, como ensina Monica Herman Salem Caggiano:

Na realidade, distingue-se a assembléia parlamentar por seu específico *modus operandi*, produzindo suas decisões por via de um processo de discussão e de deliberação. Essa fórmula é tão marcante em relação à atividade parlamentar, que, para muitos autores, *deveria inclusive servir de fundamento à designação do órgão*. Criticam, assim, a sua designação por Poder Legislativo, porquanto não é o único a produzir normas legais.¹⁴⁰

Por fim, é na lição do mestre paulista que identificamos o fundamento

¹³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado de Sítio: na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de Defesa da Ordem Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. pg. 98.

¹³⁸ Esse é o pensamento já trazido de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em seu *Do processo legislativo*.

¹³⁹ MASSINI, Carlos Ignácio. La Prudência Jurídica: Introduccion a la Gnoseologia del Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, [1982?]. Ainda lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “*Instituição constitucional, o estado de sítio repudia qualquer invocação a pretexto de direito de necessidade para justificar medidas de emergência em épocas de crise, bem como proscreeve a lei marcial.*” O Estado de Sítio... pg. 98.

¹⁴⁰ CAGGIANO, Monica Herman Salem. Direito parlamentar e direito eleitoral. Barueri: Manole, 2004. pg. 16.

último do estado de sítio:

Seu fundamento é o fundamento da própria Constituição: o direito de auto-organização. Ao organizar-se o Estado, o soberano por prever emergências prevê um regime especial destinado a vencê-las. O estado de sítio, portanto, “cria uma situação jurídica peculiar, *sui generis*, restritiva de direitos mas que, embora transferida para outro plano, não exclui uma ordem jurídica com todo o seu sistema de proteção. Ou, no dizer de *Ruy*, “o estado de sítio abre uma situação excepcional, modifica o estado constitucional do país, mas não constitui um interregno, não suspende a Constituição.¹⁴¹

18. A segurança do Estado na história constitucional brasileira

Na **Constituição de 1824**, ainda não se utilizava a expressão **Segurança Nacional**. O Título 5º, Capítulo VIII tinha por rubrica *Da Força Militar*. As duas atribuições da Força Militar eram manter a independência e a integridade do Império. Para isso, todos os brasileiros estariam obrigados a pegar em armas para defendê-lo dos inimigos externos e internos (art. 145).

O texto de **24 de fevereiro de 1891** também não trouxe sistemática alguma ao assunto. Apenas se limitou a referir que as Forças Armadas, sob o comando do Presidente da República, ou a quem esse incumbisse (art. 48, § 3º), era uma instituição permanente (art. 14) e que seria composta pelo efetivo a ser fornecido obrigatoriamente pelos estados e pelo Distrito Federal (art. 87).¹⁴²

É na **Constituição de 1934** que a Segurança Nacional (ou segurança do Estado) ganha topografia própria: tratava-se do Título VI. Sem definir o que entendia por Segurança Nacional, a Constituição atribuía ao Conselho Superior de Segurança Nacional o estudo e a coordenação de todas questões relativas à Segurança Nacional (art. 159). O Conselho era presidido pelo Presidente da República, acompanhando-o os Ministros de estado, o Chefe do Estado Maior do Exército e o Chefe do Estado Maior da Armada (art. 159, § 1º), e sua organização

¹⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado de Sítio: na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de Defesa da Ordem Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. pg. 98.

¹⁴² Ficou consignado nesse mesmo texto constitucional que ao Brasil estaria vedado o ingresso em conflitos armados que tivesse por finalidade a conquista de território de maneira direta ou indireta. Estava vedada também a aliança destinada a essa finalidade com qualquer outro país ou nação. (art. 88).

seria regulamentada por lei própria (art. 159, § 2º).¹⁴³

A **Constituição de 1937**, embora com um número menor de artigos, também dedicou capítulo próprio à Segurança Nacional. Mantinham-se as Forças Armadas sob a autoridade do Presidente da República (art. 161), e competia ao Conselho de Segurança Nacional o estudo das questões inerentes à Segurança Nacional (§ único).¹⁴⁴

O **Texto Constitucional de 18 de setembro de 1946** não dedicou capítulo próprio à Segurança Nacional que se viu envolvida no tópico referente às Forças Armadas. Essas eram incrementadas pela Aeronáutica, em virtude dos avanços tecnológicos que viabilizaram a aviação, inclusive, para fins militares.¹⁴⁵ Segundo Themistocles Cavalcanti, “os princípios essenciais são comuns a todas as constituições anteriores, desde 1937, mais insistente na referência à disciplina e à

¹⁴³ Nesse ponto, fica bem clara mais uma vez – como na Constituição Imperial – o papel institucional das Forças Armadas como garantes da Segurança Nacional. A *defesa da pátria* parece-nos expressão equivalente a sua correlata imperial *defesa da independência e da integridade do Império*. Seu significado abrange a integridade do território e a auto-determinação soberana. O texto inova ao tornar expressa a *defesa dos poderes constitucionais*, o que pode ser simplesmente traduzido por *defesa das instituições*.

¹⁴⁴ Uma inovação interessante se verificava em virtude de o capítulo posterior ao da Segurança Nacional ser denominado *Da Defesa do Estado*. Essa poderia se dar de duas formas: ou pelo estado de emergência ou pelo estado de guerra¹⁴⁴. Dispunha o art. 166 que *Em caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas, ou de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou por em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos, poderá o Presidente da República declarar em todo o território do país, ou na porção do território particularmente ameaçado, o estado de emergência*. Continuava ainda o artigo: *Desde que se torne necessário o emprego das forças armadas para a defesa do Estado, o Presidente da República declarará em todo território nacional, ou em parte dele, o estado de guerra*. Deixando claro o caráter autoritário da Constituição de 1937, seu texto dispunha que o Presidente da República não precisava requer alteração prévia da Câmara dos Deputados para decretar o estado de emergência ou estado de guerra. (art. 166, parágrafo único). Ele simplesmente deveria comunicar a Câmara dos Deputados das medidas que foram tomadas apenas depois de cessados os motivos que ensejara a decretação (art. 167, *caput*). A Câmara dos Deputados poderia ou não aprovar as medidas exercidas pelo Presidente da República. Caso não as aprovasse, ele deveria promover a responsabilidade do Presidente a quem era dado o direito de apelar da decisão da Câmara para o *pronunciamento do país*, dissolvendo o parlamento e convocando novas eleições (art. 167, parágrafo único). No estado de emergência, também poderiam ser afastadas as imunidades parlamentares, mediante requerimento à Câmara dos Deputados, caso esses estivessem envolvidos nos planos conspiratórios em que se colocasse em risco a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos (art. 169, *caput*). Se a Câmara não resolvesse no prazo de doze horas ou negasse o requerimento do Presidente, este poderia fazê-lo por sua responsabilidade (art. 169, §1º). Essa verificação de responsabilidade, entretanto, somente poderia ser realizada após o término do estado de emergência (art. 169, § 2º).

¹⁴⁵ Intensa discussão se estabeleceu na Assembléia Constituinte acerca do tópico que finalmente se denominou *Das Forças Armadas*. O anteprojeto inicial previa o título *Da segurança da Pátria e do Regime*. Alguns, entretanto, simplesmente insistiam que se deveria voltar ao título que vinhas das constituições de 1934 e de 1937 – *Segurança Nacional*. Entretanto, também havia oposição a esse, já que nos tópicos com essa nomenclatura nas constituições anteriores apenas se referiam aos militares e à guerra. Além disso, os tempos eram bastante conturbados e buscava-se fugir de qualquer expressão que lembrasse a expressão fascista utilizada na Itália *difesa dello Stato*, razões todas pelas quais a expressão *Das Forças Armadas* acabou agradando ao Constituinte. DUARTE, José. A Constituição Brasileira de 1956: exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. O autor faz um interessante histórico das discussões havidas na Assembléia Constituinte, que vale a pena ser consultado.

hierarquia, como a recomendar uma estrutura mais rígida com um regime de autoridade”¹⁴⁶.

A Segurança Nacional volta a fazer parte da topografia constitucional na **Constituição de 1967**. A ela foi dedicada a Seção V, do Capítulo VII, dedicado ao Poder Executivo. Com apenas três artigos, manteve a existência do Conselho de Segurança Nacional, composto pelo Presidente, Vice-Presidente e todos os Ministros de Estado, bem como indicar as competências desse órgão, que teria sua regulamentação em lei (art. 90, §§ 1º e 2º).¹⁴⁷

Um dos principais motivos para a preocupação com a segurança nacional nesse período constitucional era justamente o grande embate ideológico que se travava no Brasil. Por sua fragilidade institucional, tais fatos traziam conseqüências acentuadas, como já demonstrava Cezar Saldanha Souza Junior¹⁴⁸. Era consenso nos principais estadistas da época que “a inquietação social constitui, na presente conjuntura, ameaça grave à segurança dos Estados democráticos”¹⁴⁹.

A partir daí, a expressão segurança nacional ficou efetivamente vinculada, na doutrina em geral, como próprio desse período autoritário brasileiro. Isso se

¹⁴⁶ CAVALCANTI, Themistocles B. *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1949. v. IV. Pg. 113. Uma modificação interessante se verificou no 180, se comparado aos seus correlatos nas constituições anteriores. Ainda segundo Pontes de Miranda: “Comparando-se os textos de 1946 e os anteriores nota-se que o legislador constituinte de 1946 viu melhor que o de 1937 e o de 1934 o problema da defesa nacional. Não é necessariamente *nas fronteiras* que estão os pontos vulneráveis dos países. Os meios e recursos da guerra independem, hoje, da proximidade. O avião come as distancias. A bomba atômica – em alguns minutos – pode liquidar exércitos. Se aos guerreiros antigos e medievais – e aos de agora, até o fim da última guerra – se fosse dizer que *uma* bomba ou *um* avião podem destruir uma cidade, portanto *um* exército, sorririam”. MIRANDA, Pontes de. op. cit. pg. 127.

¹⁴⁷ Um dado importante é que, pela primeira vez na história constitucional brasileira separou-se a Segurança Nacional das Forças Armadas, já que essa se encontrava na Seção VI, do referido capítulo. Ao lado disso, todos os nacionais eram conclamados a assumir sua responsabilidade em relação à segurança nacional, como dispunha o art. 89. MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *A Constituição Federal de 1967 Comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. I. São importantes os comentários de Paulo Sarasate, o que vale a pena ser transcrito: “O simples fato de a Constituição de 1967, na conformidade do Projeto do Governo, haver destinado Seções distintas (a Seção V e a Seção VI) à Segurança Nacional e às Forças Armadas, que ocupavam, juntas, um só espaço em textos fundamentais anteriores, é indicativo de que a moderna conceituação da primeira transcende os limites do setor de responsabilidades, importantes de graves, afeto às instituições militares. Verificou-se, no caso, mais que uma inovação material apenas, porque ocorreu, por assim dizer, uma chamada, uma convocação, uma advertência até, no sentido de que todos os brasileiros, civis e militares, se capacitem daquela verdade. Compenetrem-se todos de que a segurança da Nação, tendo, evidentemente, por sustentáculo maior, logo abaixo das energias morais, que a tudo sobrelevam, o poderio de suas armas, não pode mais ficar limitada, como em outros tempos, ao terreno específico em que estas atuam”. SARASATE, Paulo. *A Constituição do Brasil ao alcance de todos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967. pg. 401.

¹⁴⁸ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Crise da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

¹⁴⁹ SARASATE, Paulo. op. cit. pg. 403. Nesse ponto, o autor cita um pensamento do General Aurélio Lira Tavares, de obra a qual não se refere.

justificou, em certo sentido, pelos estudos sobre o tema na Escola Superior de Guerra, consolidando-se na denominada *Doutrina da Segurança Nacional*.¹⁵⁰

A **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**, não inovou sobre o tema. A Segurança Nacional estava alocada na mesma Seção V, do Capítulo VII, destinado ao Poder Executivo e era composta por quatro artigos, ao invés dos três, da Constituição de 1967.

O início da seção indicada mantinha redação anterior, segundo a qual *Toda pessoa, natural ou jurídica, é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei* (art. 89). Embora já sujeito a inúmeras controvérsias na Constituição de 1967, o dispositivo não deveria ser de difícil análise como bem pondera o mestre Manoel Gonçalves Ferreira Filho em suas sempre abalizadas palavras:

A intenção e o alcance deste dispositivo, porém, não oferece maior dificuldade ao intérprete desapassionado. Este artigo visa a ressaltar, pura e simplesmente, que a segurança nacional não deve ser preocupação restrita às Forças Armadas, ou mais amplamente, ao Governo. Significa que todos, como indivíduos, ou como órgãos de pessoas jurídicas, devem pautar sua conduta, suas ações, em função da segurança nacional, em função dos supremos interesses da Pátria. O texto em exame chama a atenção para o fato de que depende de todos, sem exceção, a segurança nacional, de que a conduta de cada um pode afetá-la. Assim, quem vive no Brasil, brasileiro ou estrangeiro, deve sentir-se responsável pela segurança nacional e agir de modo condizente com isso.¹⁵¹

Uma inovação interessante se deu com o Conselho de Segurança Nacional que no novo texto estava incumbido de formular e executar a *política nacional de*

¹⁵⁰ Entretanto, justiça deve ser feita em dois pontos. Em primeiro lugar, o período autoritário brasileiro teve mais origem na inadequação das instituições políticas brasileiras, bem verificada por Cezar Saldanha Souza Junior, na obra citada, que em uma eventual ânsia de poder pelos militares, em especial, pelo Exército. O segundo ponto é Segurança Nacional é um conceito que se distingue, em sua essência, daquele que fora objeto da Doutrina da Segurança Nacional. O que a Escola Superior de Guerra proporcionou foi uma doutrina, ou seja, um pensamento acerca da Segurança Nacional que a própria Escola bem definia como sendo “o grau relativo de garantia que, através de ações política, econômicas, psico-sociais e militares, o Estado proporciona, em determinada época, à Nação que jurisdiciona, para a consecução ou manutenção dos objetivos nacionais, em face dos antagonismos existentes”. Ademais, como ensina Roberto Magalhães, “Segurança Nacional é conceito político, não jurídico. Falta-lhe uma definição precisa”. Foi justamente a Escola Superior de Guerra quem forneceu os maiores subsídios para a sua conceituação, razão pela qual sua importância não pode simplesmente ser ignorada. MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. A Constituição Federal de 1967 Comentada. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. I. pg. 262.

¹⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira: Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 2. pg. 167.

segurança nacional (art. 87). Ainda para Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A compreensão do texto reclama estejam presentes as lições da Escola Superior de Guerra, que manifestamente o inspiraram. Conforme esta ensina, o Conceito Estratégico Nacional é um documento normativo onde se cristaliza uma definição política sobre o que deve ser feito a fim de se alcançarem os Objetivos Nacionais Atuais, etapa para a realização dos Objetivos Nacionais Permanentes.

Toda nação tem objetivos permanentes que são, na verdade, sua própria razão de ser. Para o Brasil, tais objetivos são, no entender da Escola Superior de Guerra em 1971, a *integridade territorial*, a *integração nacional*, a *democracia*, o *progresso*, a *paz social* e a *soberania*.¹⁵²

Dessa forma, acreditamos ser muito importante estabelecer um diferencial fundamental para a compreensão do tema. Embora a Escola Superior de Guerra contribuiu sobremaneira para compreensão do tema, não se pode confundir *segurança nacional*, em si, com a doutrina que a escola militar elaborou a seu respeito. Independente da doutrina, a segurança nacional continua a ser um tema de relevo no direito constitucional brasileiro¹⁵³.

19. Segurança do Estado na Constituição de 1988

Manoel Gonçalves Ferreira Filho indica peremptoriamente a manutenção – por que vinculado ao conceito de Estado – da segurança nacional. Bem explica o autor que a Nação é a comunidade a que o Estado – sobremaneira as instituições – deve servir. Assim, falar em segurança nacional, significa se referir ao clima de paz que o Estado deve oferecer à comunidade política¹⁵⁴.

Essa é, inclusive, a principal razão pela qual inserimos a segurança nacional numa perspectiva mais abrangente, qual seja, a da Segurança Política.

¹⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira: Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 2. pg. 168.

¹⁵³ Vale lembrar que esse tema não pode realmente ser esquecido. No Tratado Constitucional Europeu, o tema tem seu espaço, tendo as suas principais conseqüências a cláusula de ajuda mútua, em termos, inclusive, de ajuda militar, entre os países membros do bloco. Sobre o tema, cf. ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco. Génesis y desarrollo de la política de defensa em el proceso constituyente. In: RAMÓN CHORNET, Consuelo (coord.) La política de seguridad i defensa em el Tratado Constitucional. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

¹⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003.

Assim, uma das razões pela qual se justifica o Estado é a de oferecer um clima de paz aos membros da comunidade que o formam, bem como da própria integridade dessa comunidade.

Para o mestre, a segurança nacional possui uma dimensão básica:

A segurança nacional volta-se tanto para o plano exterior quanto para o plano interno do Estado.

No plano externo consiste em anular o risco de eliminação da nação, ou de sua subjugação, por outro Estado-nação. Ou seja, a sua finalidade é preservar a independência ou soberania do Estado-nação. Este é o campo da segurança nacional restritivamente considerada.¹⁵⁵

O Título V, da atual Constituição é justamente o que corresponde à sistematização da Segurança Nacional. Como já dissemos, ele evita a expressão, substituindo-a por *Defesa*. Dessa forma, ele se refere à *Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*. Ele possui três capítulos que se destinam, respectivamente, ao estado de sítio e estado de defesa, às Forças Armadas e à Segurança Pública.

Em seu primeiro tópico, a Constituição dispôs duas medidas excepcionais a serem tomadas pelo Presidente da República levando-se em conta a gravidade da situação. Nas duas, entretanto, estão presentes os conceitos verificados já na Constituição Imperial: *independência e integridade do Estado*, em nossas palavras, a manutenção da *constituição*¹⁵⁶ *política do Estado*.

Também tratou a Constituição das Forças Armadas que não trazem, na presente seção, qualquer novo traço fundamental. Elas são mantidas como instituições permanentes e tem por atribuição a *defesa da pátria*, à garantia dos poderes constitucionais, bem como a defesa da lei e da ordem (art. 142). Passemos, então, ao exame do estado de defesa e do estado de sítio.

A primeira delas é o estado de defesa¹⁵⁷ que tem lugar para preservar ou

¹⁵⁵ Idem. pg 148. Segundo o autor, há uma segunda dimensão que corresponde à Segurança Pública, na ordem interna. Entretanto, com a devida *vênua*, pensamos que, embora indissociáveis na vida prática, academicamente elas possuem diferenças, de forma que a segurança pública não seria apenas uma espécie da Segurança Nacional, mas sim uma espécie da Segurança Política do Estado.

¹⁵⁶ Importante ressaltar que a palavra *constituição* aqui não é utilizada no sentido de texto constitucional, mas sim no sentido sociológico do termo: a constituição da comunidade política como fato.

¹⁵⁷ Com relação ao estado de defesa, valem os argumentos indicados na seção referente ao modelo de controle de crises do sistema romano-germânico. Na verdade ele é um antecessor do Estado de Sítio, e

prontamente restabelecer a ordem pública e a paz social, quando ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou por grandes calamidades naturais (art. 136). Ainda que efetuado em situações menos graves, o estado de defesa se constitui de um meio excepcional de promoção da segurança do Estado.

A competência para a decretação do estado de defesa é do Presidente da República, depois de ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, órgão inclusive, que nos parece substituir o Conselho de Segurança Nacional, mostrando a clara fuga da Constituição dos fins – *segurança nacional* – para os meios – defesa nacional.

Caracteriza-se por excepcional na medida que estabelece um modelo diferenciado de legalidade. Em sua vigência, é possível a restrição da liberdade de reunião, ainda que no interior das associações, bem como a restrição do sigilo das informações transmitidas por correspondência, ou meios telegráficos e telefônicos. Entretanto, isso não se dá de maneira arbitrária, já que o decreto que instala o estado de defesa deve prescrever o tempo de sua duração, bem como as regiões às quais abrangerá (art. 136, § 1º). Seu período máximo será de trinta dias, podendo-se prorrogá-lo uma única vez, pelo mesmo tempo, caso persistam os motivos que o ensejaram (art. 136, § 2º).

Diferente das constituições anteriores, sobremaneira a de 1937, a atual não exclui da apreciação jurisdicional qualquer lesão ou ameaça de direitos (art. 5º, XXXV), especificando essa realidade no art. 136, § 3º. Segundo esse dispositivo, o indivíduo que se achar preso por crime contra o Estado terá sua prisão comunicada ao juiz imediatamente, além de ter a faculdade de solicitar exame de corpo de delito. Por óbvio, a Constituição busca evitar os abusos da liberdade individual que não raro ocorrem em situações de comoção, como aquelas em que se decreta o estado de defesa (inciso I).

A autoridade que procedeu também está obrigada a enviar, junto com a comunicação, uma declaração que ateste a saúde física e mental do preso no momento da autuação (inciso II). Essa prisão, ademais, não poderá ser superior a dez dias, salvo quando existir autorização jurisdicional (IV), e vedou-se, em absoluto a incomunicabilidade do preso (inciso IV). A Constituição demonstrou,

também se caracteriza por ser uma legalidade extraordinária, admitindo a suspensão do exercício de alguns direitos ou garantias.

assim, objetivos muito claros: se, de um lado, manifestou a justa preocupação com a segurança nacional, disciplinando os meios pelos quais ela seria realizada, por outro, lhe imprimiu um caráter democrático e vinculado ao Estado de Direito.

Essa preocupação teve por razão última estabelecer um rompimento absoluto com qualquer traço autoritário a que outras constituições se prestaram, ao tratar dos assuntos relativos à segurança nacional, principalmente, dos textos constitucionais de 1967 e de 1969. Apesar dos déficits institucionais da atual constituição, que tanto comprometem a governabilidade, um fato não se pode negar: ainda que por instrumentos muito inadequados, a Constituição assumiu para si a secular vocação democrática do povo brasileiro.

Buscando garantir a manutenção das liberdades, previu a Constituição que tanto a decretação como a prorrogação do Estado de Defesa deverão ser comunicadas ao Congresso Nacional, no prazo de vinte e quatro horas para que esse decida sobre a sua necessidade por maioria absoluta de seus membros (art. 136, § 3º). Mesmo que o Congresso Nacional esteja em recesso, isso não está a impedir a manifestação parlamentar, porque esse deverá ser convocado extraordinariamente, no prazo de cinco dias (art. 136, § 5º).

O Congresso, por seu turno, terá o prazo de dez dias para decidir sobre o decreto que instaurou o estado de defesa. Além disso, deverá permanecer reunido durante todo o tempo em que perdurar a situação excepcional (art. 136, § 6º). É bem clara a intenção constitucional ao não permitir o arbítrio, que pode ser facilitado em situações de crise institucional. A vinculação ao Parlamento é tal que, se o Congresso rejeitar o decreto do estado de defesa, ele imediatamente cessará (art. 136, § 7º).

No caso de o estado de defesa mostrar-se insuficiente para dar resolução às conturbações para as quais fora criado, ou ainda em caso de comoção grave de repercussão nacional, poderá o Presidente, ouvindo-se sempre o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar o estado de sítio (art. 137, I). Também poderá fazê-lo no caso de declaração de estado de guerra ou em resposta a agressão estrangeira armada (art. 137, II).

O estado de sítio, portanto, é cume do sistema nacional de contensão de crises. Nele as liberdades públicas podem sofrer restrições ainda mais

acentuadas, se comparadas às do estado de defesa. Em virtude de sua gravidade, no estado de Sítio o decreto será previamente submetido à autorização legislativa – sempre votando por maioria absoluta –, prescrevendo, ainda a Constituição que, por ocasião dessa solicitação, o Presidente deverá relatar todos os motivos que o levaram a tal medida. O mesmo é necessário que aconteça por ocasião de eventual prorrogação (art. 137, parágrafo único).

O decreto do estado de sítio deverá, ainda, dispor sobre o prazo pelo qual perdurará e quais as liberdades a serem restringidas. Para as situações retratadas no art. 137, I, o prazo do decreto, bem como de cada uma de suas prorrogações, não poderá ser superior a trinta dias. Já no caso do inciso II, poderá ser decretado por todo o prazo em que se mantiver a declaração de guerra ou a agressão estrangeira (art. 138, § 1º).

Depois de publicado, o Presidente designará o executor das medidas, bem como as regiões às quais ele se aplica (art. 138). Aqui também o Congresso terá o prazo de dez dias para autorizar ou não o estado de sítio e também ficará reunido por todo o período em que se encontrar em vigor o decreto (art. 138, §§ 2º e 3º).

Ficam bem claros no texto constitucional dois níveis de gravidade no interior do próprio estado de sítio. O art. 139 – como também se processa com o já citado art. 138, § 1º – limita as restrições de direitos, quando o estado de sítio tiver por causa a hipótese do art. 137, inciso I. Nesse caso, as medidas que poderão ser tomadas serão apenas as seguintes: *a) obrigação de permanência em localidade determinada* (inciso I), *b) detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns* (inciso II), *c) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei* (inciso III), *d) suspensão da liberdade de reunião* (inciso IV), *e) busca e apreensão em domicílio* (inciso V), *f) intervenção nas empresas de serviços públicos* (inciso VI), e a *g) requisição de bens*.

No caso, entretanto, do estado de sítio decretado em virtude das hipóteses do art. 137, II, essa limitação não existe. Isso, ao contrário do que se possa inicialmente imaginar, não traz qualquer tipo de perigo ao Estado de Direito. Como sempre ensinou Manoel Gonçalves Ferreira Filho, uma das características

importantes daquele é justamente que a restrição de direito só pode ser feita por obra do Poder Legislativo.¹⁵⁸

A Constituição estabelece uma hipótese excepcional de *processo legislativo*¹⁵⁹, pois o Presidente, como já salientamos, deve mencionar, no decreto, todas as garantias constitucionais que ficarão suspensas. O decreto, como também salientado, deverá ser previamente aprovado pelo Congresso Nacional antes de sua entrada em vigor. Assim, parece-nos que nenhuma mácula existe ao Estado de Direito, pois o Decreto terá sua formulação substancialmente idêntica à lei.

Além disso, não existirá apenas essa vinculação formalista com a lei. Ao estado de sítio é vedado o rompimento com a axiologia constitucional brasileira, claramente vinculada à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Assim, inscrito no próprio espírito do Estado de Direito – evoluído, em relação mero *état legal* – o estado de sítio continuará, ainda que envolvido em restrições necessárias à manutenção da Segurança Nacional, vinculado à *idéia de direito* inscrita no seio da comunidade política.

Um dos traços dessa sujeição ao *état de droit* será justamente a impossibilidade de que se proíba a manifestação dos parlamentares realizados no interior das casas legislativas, desde que contem com a devida autorização da Mesa (art. 139, parágrafo único). Ainda nesse sentido, a própria Mesa do Congresso Nacional, depois de ouvidos os líderes partidários, indicará uma comissão composta de cinco e seus membros para acompanhar todas as ações realizadas sob a vigência do estado de defesa ou do estado de sítio (art. 140).

Vale lembrar que esses regimes de legalidade excepcional não podem ser encarados como lapsos temporais de irresponsabilidade. Para tanto, a Constituição determina que tendo cessado quaisquer dos dois, os efeitos também deverão imediatamente desaparecer, sem prejuízo, contudo, das responsabilidades advindas de ilícitos cometidos (art. 141). Nesse mesmo esteio, o parágrafo único, do art. 141, da Constituição, determina que o Presidente deverá enviar ao Congresso Nacional uma Mensagem em que serão relatadas

¹⁵⁸ FERREIRA FILHO. Estado de Direito e Constituição. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁵⁹ É essa justamente a grande marca do Estado de Sítio, como bem demonstra Manoel Gonçalves Ferreira Filho em seu *O Estado de Sítio: na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de Defesa da Ordem Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

todas as medidas aplicadas, com especificações e justificativas das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas.

Com isso, a Constituição atribuiu ao Congresso Nacional um controle posterior sobre os eventuais exageros que possam ter ocorrido no momento de crise. Comparando-se a mensagem com Decreto, ter-se-á uma efetiva noção da adequação daquilo que foi proposto e o que realmente aconteceu, verificando-se sempre as situações concretas que pretendem dar justificativa. Assim, a segurança nacional é a segurança do Estado de Direito e Democrático.

20. Segurança Pública e do Estado: a Segurança Política

É de um diálogo freqüente e eficiente entre as duas que nasce a segurança da comunidade política. Certamente, a relação entre as duas é tão íntima que levou o constituinte a tratá-las sob mesmo Título. Isso não foi sem razão, já que uma não é capaz de sobreviver sem a outra. Mario Pessoa, ao mesmo tempo que procura separá-las, reconhece um relacionamento entre as duas nas seguintes palavras: “A Segurança Pública não deve confundir-se com a Segurança Nacional. Seus objetivos são muito mais restritos. Só excepcional e indiretamente certos ilícitos que a conturbam podem transpor as fronteiras nacionais”¹⁶⁰.

Crises de Segurança do Estado, em que seus elementos constitutivos vêm-se famigerados, levam imediatamente a crises de segurança pública. De outro lado, algumas crises de segurança pública, quando atingem situações de absoluto descontrole da ordem pública, e por via de conseqüência, uma desvalorização daquele núcleo axiológico, pode levar a crises na Segurança do Estado.

O ponto em que as duas efetivamente se encontram diz respeito aos crimes contra a Segurança do Estado¹⁶¹. Embora todos os delitos, a seu modo, atentem contra a ordem social, alguns tendem também a atentar contra a ordem

¹⁶⁰ PESSOA, Mário. op. cit. pg. 119.

¹⁶¹ Importante sobre o tema a obra de FERREIRA, Célio Lobão. Crimes contra a Segurança do Estado. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1982.

política, em especial, contra as instituições. Entretanto, “como o regime político mantém o regime social, não é possível considerar-se como espécies distintas de delitos, os que atentam contra a ordem política e aqueles contra a ordem social¹⁶²”.

O relacionamento entre ambos não parece ser difícil de se compreender. Os atentados à ordem política diretamente, como ocorre com o terrorismo, com o assassinato de dirigentes políticos, etc, levam, em geral, a crises de segurança pública, de modo a proporcionar um clima de instabilidade, propício ao aparecimento de atentados à ordem social. É o que se verifica atualmente em países como o Haiti, Afeganistão e Iraque.

De outro lado, profundas agressões à ordem social, quando generalizadas e freqüentes podem levar danos à ordem política e, conseqüentemente, à Segurança do Estado. Os alarmantes índices de uma criminalidade organizada que assola capitais brasileiras podem representar um problema de Segurança do Estado, já que é de um grau tão elevado que passa a comprometer a integridade institucional, razões, inclusive, que já permitiram a utilização das Forças Armadas em ocasiões em que o problema tinha seu nascedouro em questões de segurança pública.

Também é o caso de movimentos de caráter revolucionário que se propagam pelo país, como já ressaltava Ives Gandra, o que também lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho.¹⁶³ Esses grupos passam a se caracterizar por um comportamento indiferente em relação ao ordenamento e aos valores básicos a que nos referimos durante todo essa parte do trabalho. Isso ocorre principalmente por uma visão ideológica de natureza escatológica, em que os pretensos fins justificariam, para sempre, os meios empregados.

Em razão de seu caráter de massa, associado a uma certa condescendência por parte das autoridades, em virtude de uma questionável liberdade política, passam a cometer crimes das mais variadas ordens. A indiferença a essa situação ainda pode levar os conflitos a níveis problemáticos, com danos não só à ordem social, como também à ordem política. O ápice da

¹⁶² FERREIRA, Célio Lobão. Crimes contra a Segurança do Estado. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1982. pg. 27.

¹⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003.

desordem social, como nos lembra Hobbes – citado no primeiro capítulo – é a guerra civil, onde a insegurança pública gera insegurança do Estado, configurando-se no clímax da insegurança política.

A SEGURANÇA JURÍDICA

21. Primeiras aproximações ao tema

O terceiro nível da segurança na Constituição está na preservação do Direito estabelecido e das situações juridicamente constituídas: é o que se denomina **segurança jurídica**. Segundo ela, o direito estabelecido somente pode mudar por regras jurídicas, sendo vedadas as mudanças arbitrárias, que surpreendem de modo injusto.

É nesse sentido que se encontra o art. 5, XXXVI, da Constituição: *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. Segurança Jurídica, portanto, está umbilicalmente ligada ao trinômio direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada no Brasil. É certo que outros desdobramentos desse importante princípio vêm sendo pensados e seus reflexos já podem ser observados inclusive em nível jurisprudencial.

Embora sejam grandes os avanços da doutrina brasileira no tema da segurança jurídica, ele vem sendo segmentado, por que Segurança Jurídica não se resume nas três figuras constitucionais. É um tema intrinsecamente ligado ao Estado de Direito e que traz questionamentos importantes. Acreditamos ainda – e esse é o objetivo desse trabalho – que ele tem relacionamentos estreitos com a segurança-valor, objeto do capítulo predecessor.

Assim, falar em Segurança Jurídica nos parece envolver duas realidades importantíssimas que nos interessam. Significa relacionar tempo e justiça, ou melhor, buscar uma configuração da justiça no tempo. Isso não tem a intenção de ignorar todos os estudos – muitos e importantes, em geral – que observam a segurança jurídica apenas como impossibilidade de ofensa ao direito adquirido, estabilidade das relações jurídicas consolidadas e ausência de mudanças de decisões judiciais com trânsito em julgado.

Quanto a essa última – coisa julgada – apenas gostaríamos de nos referir

ao intenso debate que se estabelece contemporaneamente sobre ela no Brasil. As propostas de relativização apresentam um agradável paladar à primeira vista. Entretanto, eventuais situações consolidadas que pareçam injustas são, de fato, um preço a se pagar pela estabilidade de todas as outras decisões justas. Abrir as portas da revisão da coisa julgada para se transformar situações injustas em justiça, pode ser o primeiro passo para a eventual – mas não improvável – revisão de situações justas em injustas. Entretanto, esse é certamente um debate que fugiria aos contornos do presente trabalho.

Importa, ao contrário, aproveitando os resultados desses assuntos, questionar a essência da expressão *segurança jurídica*. Para tanto, realizamos uma incursão histórica de modo a perscrutar a origem do tema, sobretudo, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, para compreender o modo como ele é analisado hoje. Em seguida, oferecemos algumas reflexões com o tema propriamente dito da Segurança Jurídica e seu relacionamento com essas figuras.

22. Modelos de Concreção da Segurança Jurídica

É interessante notar que a segurança jurídica apresenta diferentes modelos de concreção conforme sejam os modelos de supremacia do Direito. Vale dizer, portanto, que o sistema romano-germânico apresentará um modelo de concreção da segurança jurídica diverso daquele observado no modelo do *rule of law*.

Os modelos de concreção seguirão o padrão epistemológico que informa cada um dos modelos de supremacia do direito. Nesse sentido, podemos dizer que os dois sistemas – common law e romano germânico – possuem um princípio de segurança jurídica, diferenciando-se quanto ao método e quanto à clareza por que se apresentam.

No *common law*, a segurança jurídica se realiza no caso concreto em virtude do *due process*, ou seja, é a certeza de que qualquer alteração do direito estabelecido ou das situações juridicamente constituídas somente poderá

acontecer observando-se o devido processo jurídico.¹⁶⁴

Assim, a impressão inicial de que a segurança jurídica inexiste no common law é equivocada. Ainda que não tenha a clareza de que goza no sistema romano-germânico, é assegurada plenamente pela razoabilidade prática intrínseca que marca os sistemas jurídicos anglo-saxônicos.

No modelo romano-germânico, a segurança jurídica está intimamente ligada à legalidade. É a previsão legislativa geral e abstrata que fornece a certeza de que o direito estabelecido somente será alterado segundo as próprias regras jurídicas. Diversamente do common law, não é uma razão prática intrínseca que garante a segurança jurídica, mas mecanismos institucionais decorrentes do princípio da legalidade.

A lei, entretanto, para merecer tal mister, não pode ser qualquer lei. Deve ser a expressão do justo, como leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O conteúdo da lei, para que esta mereça ser lei, há de se justo e conforme a razão o reconheça. A razão é o critério do justo. Melhor, o racional é o justo, pois, “a lei, em geral, é a razão humana, na medida em que ela governa todos os povos da terra”. Não é fruto da “*volunté momentanée et capricieuse*” dos homens, é expressão permanente e imutável daquelas “relações necessárias que decorrem da natureza das coisas”. A supremacia da lei coincide com o primado da razão, submeter-se à lei é sujeitar-se à razão.¹⁶⁵

É justamente em razão desse caráter que o pensamento liberal deu à lei que ela passou a ser o critério de segurança para o modelo romano-germânico. É certo, contudo, que a lei mostrou-se capaz de ser a expressão da injustiça e da crueldade, como demonstraram regimes totalitários. Foi nesse clima que se viu a insuficiência do Estado Legal e a necessidade – pragmática – do Estado de Direito¹⁶⁶, com seus valores e suas instituições, como forma mais efetiva de segurança jurídica.

¹⁶⁴ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito e seus modelos básicos. (Tese apresentada para o Concurso de Professor Titular de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da USP). São Paulo, 2003.

¹⁶⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. pg. 21.

¹⁶⁶ Idem.

23. A Segurança Jurídica no *common law*

Diante da grande preocupação que o princípio da segurança jurídica desperta no pensamento e nas instituições jurídicas romano-germânicas, grande foi a surpresa ao se deparar com uma intrigante constatação: *a segurança jurídica, em moldes romano-germânicos, não é um valor fundamental em países de Rule of Law.*

O marco de tal constatação é o pensamento de Pierre Larouche, nos seguintes termos:

A vista do que precede (referindo-se aos pressupostos sociológicos do direito canadense), apareceria imediatamente que o princípio da segurança jurídica tem um lugar muito limitado, ou até mesmo inexistente, no direito constitucional canadense. Com efeito, expresso de uma forma geral que pretendesse que a ação do Estado não afete as posições jurídicas das pessoas – físicas ou morais – mas sob certas condições, esse princípio estaria fortemente arriscado a ser incompatível com o quadro geral da Constituição canadense. No que concerne ao poder legislativo, um princípio geral de segurança jurídica seria incompatível com a soberania do Parlamento, porque implicaria que o legislador veria a plenitude de seus poderes afetada em sua substância pela legislação existente (...)¹⁶⁷

Assim, com exceção da irretroatividade em matéria penal que é princípio consolidado nos estados democráticos do ocidente, a segurança jurídica não tem prestígio constitucional no direito canadense. Esse instituto, ao que parece, estaria absolutamente fora do perfil sociológico-jurídico do Canadá.

A irretroatividade, assim, só possui no direito canadense o caráter de princípio de interpretação legislativa. Nesse sentido, caso a lei não disponha acerca do momento a partir do qual passa a vigorar, entende-se que sua eficácia deva ser prospectiva. Vale dizer que, retomando o argumento anterior, nada obsta – com exceção do direito penal – que sejam elaboradas leis retroativas, mas a irretroatividade deve ser expressa.¹⁶⁸ No que tange ao direito adquirido – importante ressaltar – não é sequer um critério interpretativo.

¹⁶⁷ LAROUCHE, Pierre. Constitution et Sécurité Juridique. In: Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 131-141. pg. 132.

¹⁶⁸ Idem.

Nos Estados Unidos da América, não acontece de modo diferente. A Constituição Americana não faz qualquer referência à segurança jurídica, nem a alguma de suas manifestações próprias do sistema romano-germânico. Na legislação, na jurisprudência, bem como na doutrina, também nada existe sobre o assunto.¹⁶⁹

Existem, no entanto, dois grandes princípios que podemos dizer responder à exigência própria da segurança jurídica em ambiente norte-americano. Trata-se da irretroatividade em matéria penal e, principalmente a nosso ver, da cláusula imprescindível do *due process*.

Aqui, nos deparamos com uma questão fundamental: a doutrina sobre o common law é clara no sentido de que inexistente – como ocorre no sistema romano-germânico – uma principiologia constitucional de segurança jurídica (em moldes romano-germânicos). Entretanto, não se diz a causa desse fato.¹⁷⁰

A nossa hipótese é bastante simples. O rule of law, como demonstram os recentes estudos de Cezar Saldanha Souza Junior, possui um modo de gênese jurídica essencialmente diferente do modelo romano-germânico. Naquele, o direito, em primeiro lugar, está na sociedade; ainda que, de maneira bruta, disforme e sem sofisticação técnica. De alguma forma, está presente no corpo social. Somente mais tarde, em virtude do *due process of law*, ele se institucionaliza e se torna direito estatal. Não há dúvida que, aqui, ele ganha sofisticação e técnica jurídica. Trata-se, contudo, apenas de lapidação.

Assim, na Inglaterra – e em todos os Estados que seguiram sua tradição jurídica – o *direito genético* consubstanciado nos precedentes judiciais teve, desde as origens, primazia sobre o direito estatal legislado. A estrutura sócio-jurídica desses países está construída sobre o direito dos juristas, com a matéria normativa extraída diretamente das decisões e dos precedentes judiciais.¹⁷¹

No modelo romano-germânico, ao contrário, o direito, antes de tornar-se

¹⁶⁹ SCOFFONI, Guy. Constitution et Sécurité Juridique. *In*: Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 149-153.

¹⁷⁰ JENNINGS, Ivor. The Law and the Constitution. London: University Press, 1959.

¹⁷¹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito e seus modelos básicos. (Tese apresentada para o Concurso de Professor Titular de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da USP). São Paulo, 2003. pg. 75.

vivo na sociedade, é direito estatal proveniente do parlamento, já que a lei é fonte principal de direito. Assim, o direito, por natureza, é surpreendente e a retroatividade traz problemas sérios, pois a sociedade não é capaz, salvo em casos excepcionais, de metabolizar um direito retroativo. Assim, a preocupação com a segurança jurídica é tamanha que merece estudos e inscrição constitucional explícita ou implícita.

Nos países de *common law*, a segurança jurídica não é uma preocupação porque o direito, em geral, não é surpreendente. Ainda que ele receba toda uma roupagem técnica pela jurisprudência (ao se tornar direito estatal), de alguma forma, a sociedade já o vivia e, depois de *maquiado institucionalmente*, ele volta para a sociedade, sem constrangê-la com a insegurança da surpresa.

Aí ganha realce o *due process law*. De fato, ele é a garantia de segurança jurídica. Por seus princípios, garante-se à sociedade que o direito bruto por ela produzido, em contato com o *common law*, terá a sua substância mantida quando institucionalizado pelo Estado, por meio da jurisprudência.

Isso indica uma idéia importante – ignorada, em certo sentido, no Brasil: a de que o *common law* tem peculiaridades tão fundamentais que não podem ser simplesmente improvisadas em sistemas romano-germânicos como o nosso.¹⁷², ou, nas palavras do clássico Roscoe Pound, com as quais encerramos o presente capítulo:

Talvez nenhuma outra instituição do mundo moderno demonstra ter tanta vitalidade e tenacidade como nossa tradição jurídica anglo-americana que chamamos *common law*. No essencial, constitui uma forma peculiar do pensamento judicial e jurídico, mais uma maneira de tratar problemas jurídicos que um corpo definido de regras determinadas.¹⁷³

24. A Segurança Jurídica no Sistema Romano-Germânico

Em sistemas jurídicos de matiz romano-germânica, a segurança jurídica

¹⁷² Idem.

¹⁷³ POUND, Roscoe. El Espíritu del “Common Law”. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954. pg. 07.

tem uma grande importância. Em geral, está insculpada nos ordenamentos constitucionais, de forma direta ou indireta. De qualquer forma, tem valor constitucional. Em primeiro lugar, traremos os principais pontos que circundam o pensamento romano-germânico sobre segurança jurídica. Em seguida, vejamos como esse instituto se comporta no *Rule of Law*, para enfim, completar a análise desse princípio no sistema brasileiro.

Na Europa Continental observamos algumas implicações da Segurança Jurídica interessantes que, em certo ponto, não vemos de igual forma no pensamento jurídico brasileiro. Poderíamos dizer que a segurança jurídica traz quatro grandes preocupações no direito constitucional europeu.

Em primeiro lugar – não em ordem de importância – estaria uma preocupação com a qualidade da lei, ou seja, a necessidade que ela possui de ser clara e passível de interpretação racional. Num segundo momento, aparece de forma bem acentuada a implicação da segurança jurídica no Direito Administrativo, na forma de proteção à confiança legítima. O terceiro ponto é uma preocupação – e essa importantíssima para a reflexão brasileira – sobre a relação entre a decisão de inconstitucionalidade e os danos que ela pode causar à segurança jurídica e, por fim, o problema do ordenamento jurídico no tempo.

Passemos, então, a analisar tais pontos.

25. A Qualidade da Lei

Na Alemanha, “o princípio de segurança jurídica é um elemento essencial, com a equidade (*Gerechtigkeit*), do princípio do Estado de Direito e tem, por consequência, como todos os elementos estruturantes da noção de Estado de Direito, um valor constitucional.”¹⁷⁴ Continua, ainda, o autor a dizer que – como reflexo do que trazíamos no capítulo anterior – “no seio desta sociedade em que a liberdade individual se perfaz como um valor de referência e no qual o Estado de direito se emprega a ser a garantia, a segurança jurídica aparece como um

¹⁷⁴ ZIMMER, Willy. *Constitution et Sécurité Juridique*. In: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV*, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 91-107. pg. 91.

componente essencial dessa proteção".¹⁷⁵

No direito alemão, a segurança jurídica recebe os influxos da liberdade, confirmando a hipótese no início do presente capítulo. Ainda segundo Zimmer:

O fundamento da idéia de segurança jurídica retoma a concepção da liberdade individual tal qual se encontra em sua origem no pensamento dos filósofos das Luzes.

Esta influência da filosofia das Luzes é particularmente sensível no que concerne ao liame entre a idéia de segurança jurídica e a razão. As exigências principais que se vincula ao princípio da segurança jurídica são tributárias desta qualidade erigida em ideal. O que seria a previsibilidade, a calculabilidade ou a estima da *portée des normes juridiques* sem o postulado da razão.

Assim, historicamente e conceitualmente ligado à liberdade individual, o princípio da segurança jurídica significa o direito pelo qual o indivíduo se pauta e conduz sua vida segundo seus próprios desejos e suas próprias escolhas.¹⁷⁶

Entretanto, como já dissemos no início desse capítulo, embora a idéia de segurança jurídica, embrionariamente, tenha se iniciado no iluminismo, ela apresentou uma grande sofisticação, sobremaneira no pensamento europeu do segundo pós-guerra, a partir de quando, segundo Cezar Saldanha Souza Junior, pode-se efetivamente falar de Direito Constitucional europeu com a configuração atual.¹⁷⁷

A idéia de previsibilidade e calculabilidade, de fato, é um traço da segurança jurídica. Na verdade, antes disso, é um traço do próprio ordenamento jurídico. Já é clássica entre nós a lição de Bobbio, segundo a qual os grandes traços do ordenamento jurídico são justamente a *unidade*, a coerência e a completude.¹⁷⁸ No entanto, isso não se dá de modo absoluto. A realidade é sempre implacável e o ordenamento é sim hábil para gerar tais valores, todavia

¹⁷⁵ Id. ib.

¹⁷⁶ Op. cit. pg. 92-93.

¹⁷⁷ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. In: Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. n. III, Março de 2005. pg. 7-18.

¹⁷⁸ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

com uma inegável contingência histórica.¹⁷⁹

É nesse sentido que já se dizia – e isso vem sendo bem entendido nos países de sistema Romano-Germânico – que se faz necessária a atualização da equação de justiça – via ordenamento jurídico – para que se evitem situações de injustiça mantidas simplesmente pela inviabilidade da mudança. É nesse equilíbrio que se encontra a segurança jurídica.

Ainda pensando no direito alemão, o princípio da segurança jurídica não recebeu consagração expressa no texto constitucional. Entretanto, isso não macula seu *status* constitucional. Ao lado da equidade, ele é considerado elemento imprescindível do Estado de Direito.¹⁸⁰ Em seguida, Zimmer traz uma importante intuição que muito interessa ao direito brasileiro – notadamente preocupado apenas com o sentido cronológico ao se falar em segurança jurídica. Segundo ele:

A idéia segundo a qual a segurança jurídica seria unicamente um princípio de gestão da evolução da ordem jurídica no tempo não toma a não ser de forma incompleta a análise desse princípio. Essa previsibilidade não é somente entendida no sentido de uma antecipação da evolução da ordem jurídica, mas também na de uma certeza sobre o conteúdo e a aplicação da ordem jurídica em vigor.¹⁸¹

Eis aqui uma reflexão importante. De um lado, não há dúvida de que exista um aspecto cronológico na noção de segurança jurídica. Mas, por outro, ele também se posiciona no sentido de se trazer a clareza do ordenamento. Em outras palavras, ter a certeza acerca do que prescreve o ordenamento. Assim, “o princípio da segurança jurídica aparece ao final como um complexo de noções e de exigências ligadas a um imperativo de ‘cognoscibilidade’ da ordem jurídica.”¹⁸² Essa cognoscibilidade é alcançada, basicamente, por dois meios. Em primeiro

¹⁷⁹ Essa dinâmica somente ganha contornos mais nítidos por seus fundamentos no processo eleitoral que, Segundo Monica Herman Salen Caggiano, “viabilização de uma linha de comunicação entre os governantes, autores das decisões políticas, e os governados, aos quais essas devem ser aplicadas. Nessa trilha, intervém a eleição justamente para facilitar o diálogo entre os dois pólos do poder político, amenizando as inter-relações que, nesse panorama, se estabelecem”. CAGGIANO, Monica Herman Salen. *Sistemas Eleitorais X Representação Política*. São Paulo: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. pg. 203.

¹⁸⁰ ZIMMER, Willy. *Constitution et Sécurité Juridique*. In: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV*, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 91-107.

¹⁸¹ Op. cit. pg. 94.

¹⁸² Ib. idem.

lugar, pela previsibilidade do ordenamento e, em segundo, pela clareza, que Zimmer chama de *determination du droit* (a determinação do direito).¹⁸³

Esse ponto está direcionado principalmente para a atividade legislativa. Durante algum tempo – e isso no Brasil ainda é atual – propugnou-se por aquilo que chamaríamos de uma legislação aberta, ou seja, em que as precisões não fossem tão cerradas, dando-se margem à liberdade de interpretação por parte do juiz. Com isso ganharam voga as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. A hermenêutica jurisdicional possuía, então, grande amplitude. Apartava-se, de vez, das mazelas trazidas pelo positivismo jurídico.

Entre nós, Judith Martins-Costa talvez seja a que melhor expresse essa vertente, como se mostra nas seguintes palavras:

É que as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standarts*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.¹⁸⁴

Embora tenha o seu valor, parece-nos que esse posicionamento vem perdendo força no pensamento constitucional europeu-continental. Segundo, ainda Zimmer, “o legislador é chamado precisamente a empregar noções que possam ser interpretadas, significa dizer, que elas sejam explícitas, sem ambigüidade, coerentes e que seu conteúdo verdadeiro possa ser conhecido por um trabalho de interpretação racional.”¹⁸⁵

Essa noção não é estranha ao direito constitucional austríaco. Nesse, também a questão da clareza e determinação do direito passa a ser muito importante, reduzindo-se, assim, à amplitude do chamado sistema aberto. A expressão utilizada aqui é, segundo Otto Pfersmann, *qualidade da lei*.

¹⁸³ *Ib. idem.*

¹⁸⁴ MARTINS-CONSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000. pg. 274.

¹⁸⁵ ZIMMER, Willy. Constitution et Sécurité Juridique. *In: Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV*, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 91-107. pg. 99.

As exigências, portanto, sobre a qualidade da lei não cobertas pelo princípio da legalidade podem concernir que se garanta o caráter cognoscível pelos destinatários. Esse aspecto foi justamente mantido como um dos elementos do princípio da segurança jurídica.¹⁸⁶

Embora o direito francês, não reconheça autonomamente o princípio da segurança jurídica, ele existe implicado em vários outros princípios, que, em conjunto formariam a configuração da segurança jurídica. Aqui está também presente a *Exigence de qualité du droit* como elemento da segurança jurídica. E essa exigência de qualidade do direito implica necessariamente nos princípios da clareza, da acessibilidade da eficácia e da efetividade, pelo que se pode dizer que “a qualidade da lei torna-se assim, uma exigência constitucional, conduzindo assim o juiz a levar em conta seu controle sobre os elementos formais do texto ao qual ele está submetido.”¹⁸⁷

O direito português também não passa ao largo dessa intuição. Sob o nome de *determinabilidade das leis*, consagra-se, como elemento do princípio da segurança jurídica, a necessidade segundo a qual a lei deve ser clara e precisa, de modo a propiciar uma interpretação racional e substancial por parte dos órgãos julgadores. Coloca-se, assim, em situação de desconfiança ante leis indeterminadas que, em certo sentido, podem seu cláusulas de arbitrariedade.¹⁸⁸

Resta claro, portanto, que um dos contornos que a segurança jurídica ganha nos países de sistema romano-germânico é o da qualidade da lei ou determinação do direito. Segundo ele, as leis devem ser precisas em suas descrições, sob pena de dificultar, ou até mesmo, inviabilizar a hermenêutica jurisdicional, ou até mesmo o trabalho da Administração Pública.

O maior dano causado em razão do chamado *sistema aberto* é a possibilidade de duas decisões absolutamente contraditórias que se pautam pelo mesmo dispositivo jurídico. Isso, sem dúvida, passa a ser causa de grande instabilidade e, ao invés de dar poder ao juiz, tira-lhe, no fundo, toda a sua credibilidade. Chega-se a um ponto em que a pessoa não sabe mais o que é e o

¹⁸⁶ PFERSMANN, Otto. Constitution et Sécurité Juridique. *In*: Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 109-117. pg. 112.

¹⁸⁷ MATHIEU, Bertrand. Constitution et Sécurité Juridique. *In*: Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 155-192. pg. 157.

¹⁸⁸ NUNES DE ALMEIDA, Luís. Constitution et Sécurité Juridique. *In*: Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 249-259.b

que não é jurídico. Isso, de fato, leva à conclusão de que a precisão legislativa é uma dimensão importante da segurança jurídica.

26. A Proteção à Confiança Legítima

Um outro traço importante da Segurança Jurídica é o da proteção à confiança legítima. Segundo ela, a administração pública não poderia violar a confiança que um ato seu teria gerado ao administrado. Isso é sobremaneira importante na questão da revogação e da invalidação dos atos administrativos.

É certo que a Administração tem o dever de anular os atos que sejam incompatíveis com a estrita legalidade, bem como possui o direito de revogar os atos discricionários que, a partir de um determinado momento não venham mais a condizer com o interesse público. Entretanto, também é importante notar que esse mister a bem do interesse público não pode se dar de tal sorte a ofender um outro elemento do interesse público, qual seja, a expectativa legítima que a própria Administração gera nos súditos. Em boa parte dos países europeus, a proteção à confiança é consagrada como elemento da segurança jurídica.

Na Alemanha, onde nasce o instituto, não resta dúvidas de que ela é um elemento essencial da segurança jurídica. Em toda a sua base está um importante pensamento que Zimmer coloca com lucidez: “A confiança é considerada como o conceito de base da democracia. Ela constitui o fundamento moral da democracia representativa (essa que começa com o mandato dos eleitores aos eleitos) e se propaga como fundamento a todas as regulações, engajando cidadãos e os poderes públicos.”¹⁸⁹

Segundo o mesmo autor, segurança jurídica e proteção à confiança sempre caminham juntas e se completam. A primeira visa, em primeiro lugar, ordenar a ação parlamentar-legislativa, enquanto a segunda tem inúmeras participações naquilo que diz respeito à administração pública. Embora complementares, não se pode pensar que elas signifiquem a mesma coisa, ainda que se possa dizer que a proteção da confiança seja um aspecto da segurança

¹⁸⁹ ZIMMER, Willy. *Constitution et Sécurité Juridique*. In: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* XV, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 91-107. pg. 96-97.

jurídica. Possuem, enfim, naturezas diferentes.

Para Zimmer, a principal diferença existente entre a segurança jurídica e a proteção à confiança é que elas possuem exigências diferentes.

Essas exigências permitem de apresentar o objetivo da segurança jurídica não mais unicamente sob seu papel de garantia dos interesses dos particulares (proteção da confiança legítima), mas como um princípio relativo ao interesse da ordem jurídica em si mesma.¹⁹⁰

Isso revela bem aquilo que dizíamos acerca da essência própria da segurança jurídica no sentido de que ela é atualização da equação de justiça no tempo. Assim, segurança jurídica, antes de ser qualquer, coisa, é interesse do próprio Estado, que tem por finalidade o Bem Comum.

Na doutrina francesa, observamos também ampla apreciação no direito administrativo e no direito constitucional francês. Esse instituto vem do direito alemão via direito comunitário.¹⁹¹ Entretanto, o mesmo autor alerta que o Conselho Constitucional negou valor constitucional ao princípio da confiança legítima.¹⁹² Ela seria apenas uma expressão da previsibilidade decorrente da segurança jurídica.

Segundo Bertrand Mathieu, “o princípio de confiança legítima constitui uma expressão particular da exigência de previsibilidade imposta pelo princípio da segurança jurídica. Logo que o direito torna-se instável, surge a necessidade de proteger as vítimas da instabilidade graças ao princípio de confiança legítima.”¹⁹³

Na Itália, em que a expressão *segurança jurídica* é substituída por *certezza del diritto*, o instituto possui duas conotações importantes. A primeira, “a qual deriva da previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos que terão que aplicar as disposições normativas”¹⁹⁴. Na segunda acepção, nos deparamos com a “segurança que se traduz na estabilidade decorrente das ‘relações

¹⁹⁰ Op. cit. pg. 97.

¹⁹¹ MATHIEU, Bertrand. *Constitution et Sécurité Juridique*. In: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV*, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 155-192.

¹⁹² Ib. idem.

¹⁹³ Op. cit. pg. 162.

¹⁹⁴ PIZZORUSSO, Alessandro, PASSAGLIA, Paolo. *Constitution et Sécurité Juridique*. In: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV*, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 199-225. pg. 199.

(jurídicas) definitivas’.”¹⁹⁵ O direito italiano reconhece também a proteção da confiança legítima.

Segundo PASSAGLIA e PIZZORUSSO, “a proteção da confiança legítima (*legittimo affidamento*) na ordem jurídica italiana tem suas raízes na noção de boa fé, elaborada pelos juristas romanos (a *fides*).” Em primeiro lugar, esse princípio da boa fé teve lugar no direito privado com o surgimento da boa-fé objetiva. Entretanto, ela também ganhou relevo no direito público, especialmente no direito administrativo italiano.

Em definitivo, a proteção da confiança legítima é a proteção do interesse que os administrados tem a poder contar sobre uma administração que trata segundo regras estáveis e forma transparente e, da mesma forma, previsível para o devenir. Nesse sentido, a proteção da confiança legítima não é mais que um corolário da exigência de segurança nas relações sociais, do momento que essas duas noções se fundam sobre a possibilidade de prever uma ação ou as conseqüências de uma ação.¹⁹⁶

Como se percebe, a previsibilidade – nesse caso, representada pela proteção à confiança – é um valor importante para o Estado de Direito. Com ela, entretanto, não se busca dizer que as alterações jurídico-institucionais estão vedadas. Ao contrário, as necessidades de mudança são, cada vez mais, indispensáveis contemporaneamente, em razão da rapidez com que a sociedade vem se modificando.

Isso deve ser balizado, entretanto. Surge aí campo próprio para a proporcionalidade, inspirada nitidamente na prudência jus-política, para resolver, primeiro na lei, e, depois, pela jurisdição, as hipóteses em que a proteção à confiança deve vigorar.

Em Portugal, a segurança jurídica enquanto proteção à confiança, também é realidade no Tribunal Constitucional. A constituição portuguesa também não apresenta consagração expressa ao princípio da segurança jurídica, mas, por meio de uma construção jurisprudencial, seu caráter de princípio constitucional é indiscutível. As decorrências da segurança jurídica dizem respeito principalmente

¹⁹⁵ Ib. idem.

¹⁹⁶ Op. cit. pg 217.

à proteção à confiança. Segundo Nunes de Almeida, “pode-se dizer que o Tribunal Constitucional faz aplicação da noção de *segurança jurídica* sobretudo pelo viés do *princípio da proteção da confiança*”.¹⁹⁷

A segurança jurídica enquanto princípio da proteção à confiança legítima parece ser uma realidade no direito constitucional europeu-continental. As raízes disso parece estar justamente num arranjo institucional bastante próprio que garantiu à Administração, em especial, uma autonomia essencial ao desempenho técnico de suas funções e, por conseqüência, uma grande exigência de previsibilidade que, ao que se mostra, não revela intenções de gerar crises de governabilidade.¹⁹⁸

No direito brasileiro, a idéia de segurança jurídica enquanto proteção à confiança legítima tem ganhado relevo na doutrina e sobretudo em decisões do Supremo Tribunal Federal¹⁹⁹. Para Almiro do Couto e Silva, a proteção à confiança legítima tem duas conotações básicas. Em primeiro lugar, ela “impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e modificar atos que produziram vantagens para o destinatário, mesmo quando ilegais”²⁰⁰. Por outro lado, “atribui-lhe conseqüências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos”.²⁰¹

A razão de ser dessa proteção não é a aparência causada por determinados atos estatais, mas sim a “*confiança* gerada nas pessoas em virtude ou por força da presunção de legalidade e da ‘aparência de legitimidade’ que têm os atos do Poder Público”²⁰²

¹⁹⁷ NUNES DE ALMEIDA, Luís. Constitution et Sécurité Juridique. *In*: Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 249-259. pg. 254.

¹⁹⁸ Sobre essa autonomia da Administração, cf. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, especialmente o capítulo referente à Pentapartição dos Poderes.

¹⁹⁹ Para o tema, são imprescindíveis os seguintes acórdãos: Medida Cautelar nº 2.900-3/RS, Mandado de Segurança 24.268/MG e Mandado de Segurança 22.357/DF, todos de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

²⁰⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99). *In*: Revista de Direito Administrativo. vol. 237. Rio de Janeiro: Malheiros, jul./set. de 2004. pp. 271-315. pg. 274.

²⁰¹ *Ib. idem.*

²⁰² *Idem.* Pg. 275.

A grande aplicação da *proteção à confiança* se deu com o advento da lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo da União), já que, em seu artigo 54, prevê a possibilidade de prazo decadência para anulação de atos administrativos inválidos, desde que presentes os seguintes requisitos: *i)* em primeiro lugar, deve-se tratar, por óbvio, de ato ilegal; *ii)* o ato deve ser ampliativo da esfera de direitos do administrado; *iii)* pressupõe, ainda, o fruir de um prazo de cinco anos a partir da produção do ato administrativo e, por fim, *iv)* o administrado deve estar de boa-fé. Verificado, assim, esse quadro fático-jurídico, decai para a administração o poder-dever de anular os atos ilegais que tenha produzido.²⁰³

O produto dessa tensão que se coloca entre a previsibilidade e a justiça do ato (sua legalidade), bem como o modo como resolvê-la ficam bem delineadas nas seguintes palavras de Almiro do Couto e Silva:

É certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditam nos atos do Poder Público.

Entre esses dois pólos, trava-se a luta entre o novo e o velho dentro do Estado, ao qual caberá escolher os instrumentos jurídicos que lhe permitam aproximar-se o mais possível do ideal de justiça material, pela inserção em seus quadros normativos, de preceitos que definam o que pode e o que não pode ser modificado, e como pode ser modificado, e quais, ainda, os limites a serem observados pela alterações.²⁰⁴

27. Segurança Jurídica no julgamento de constitucionalidade

Uma intuição interessante diz respeito à insegurança jurídica que pode

²⁰³ Temos, aqui, uma importante inovação no Direito Público Brasileiro, já que, por muito tempo, parte da doutrina sustentou que ilegalidade, em termos de ato administrativo, sempre significaria nulidade, e por consequência, poderia ser invocada a qualquer tempo. Sobre o assunto, cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, especialmente, no Cap. VII, seção XVII.

²⁰⁴ Op. cit. pg. 276.

nascer a partir de uma decisão de inconstitucionalidade de uma determinada lei. É certo que não se trata de assunto novo²⁰⁵. Talvez tenha sido essa uma das razões que influenciaram os mentores do controle de constitucionalidade europeu – principalmente Kelsen – a rejeitar peremptoriamente o sistema adotado pelos Estados Unidos desde o século XIX.

No sistema Romano-Germânico, a presença de uma lei, sendo vivida pela sociedade traz grandes efeitos para esta. Uma decisão de inconstitucionalidade superveniente, se colocada em termos norte-americanos²⁰⁶, pode significar danos irreparáveis à segurança jurídica. É por isso que o controle europeu adotou um outro modelo.

Aí, a decisão de inconstitucionalidade tem efeito constitutivo e os efeitos são *ex nunc*, podendo, inclusive, gozar de uma espécie de *vacatio legis*, ou seja, a decisão de inconstitucionalidade da lei passa a surtir efeitos a partir de um termo inicial fixado na corte por ocasião do julgamento. “É por essa razão que a lei orgânica da Corte de Arbitragem permite que ela indique os efeitos do ato anulado que devem ser considerados como definitivos ou mantidos provisoriamente pelo prazo que ela determinar. A Corte utiliza regularmente essa possibilidade.”²⁰⁷

Esse representa um traço importante da segurança jurídica nos países de sistema romano-germânico, pois o seu modelo de controle de constitucionalidade está baseado em pressupostos sociológico-jurídicos muito diferentes daqueles em que se baseia o modelo norte-americano. Nesse, como bem ensina a doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁰⁸, o ato é declarado nulo e írrito, e comporta-se no

²⁰⁵ Segundo Tocqueville, "O juiz americano se parece pois perfeitamente com os magistrados das outras nações. No entanto é dotado de um imenso poder político. (...) A causa está neste simples fato: os americanos reconheceram aos juizes o direito de fundar suas decisões na constituição, em vez de nas leis. Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar as leis que lhes parecessem inconstitucionais". TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. 1a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 113. Mais adiante, continua (pg. 115-116): "Se o juiz tivesse podido criticar as leis de maneira teórica e geral; se pudesse tomar a iniciativa de censurar o legislador, teria entrado rumorosamente na cena política. Mas quando o juiz critica uma lei num debate obscuro e sobre uma aplicação particular, oculta em parte a importância do ataque aos olhos do público".

²⁰⁶ Nesse sistema, a natureza do ato inconstitucional é de ato nulo, e a decisão de inconstitucionalidade é, em princípio, apenas declaratória, com conseqüentes efeitos *ex tunc*.

²⁰⁷ DELPÉRÉE, Francis, RASSON-ROLAND, Anne, VERDUSSEN, Marc. Constitution et Sécurité Juridique. In: Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 119-130. pg. 123.

²⁰⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

sistema como se nunca tivesse existido, sem que isso traga prejuízo algum para o ordenamento, nem para as instituições.

Já no modelo europeu-continental, inspirado basicamente em Kelsen, desde o início, já se tinha por certo que o modelo americano não era viável para o direito do velho continente. Aqui, o ato inconstitucional seria anulável e a Corte constitucional deveria atuar como um legislador negativo. Daí o efeito sempre *erga omnes* e a possibilidade de fixar um prazo posterior à data da decisão para esta comece a surtir efeitos.

Como a fonte primária de direito, no sistema romano-germânico é a lei, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos – próprios do ato declaratório – significaria – como significa em alguns lugares, entre eles o Brasil – causa de incessante insegurança sobre a validade de uma norma que, no fundo, diz respeito ao direito cotidiano, diferente do sistema do *rule of law*.

Partindo-se do pressuposto de que o Tribunal Constitucional atua como um legislador negativo, essa fixação de prazo para que a decisão de inconstitucionalidade possa surtir efeitos é algo comparável à *vacatio legis* empregada pelos parlamentos em geral, também a fim de resguardar a segurança jurídica, ou seja, para que a sociedade tenha um tempo hábil para que o direito proveniente do Estado, via parlamento, possa ser *digerido* pelo corpo social.

No Brasil, somente com as leis 9.868/99 e 9.882/99, essa preocupação tomou corpo legislativo. Até então, o Supremo Tribunal Federal caminhava no sentido de restringir o caráter nulo dos atos decididos como inconstitucionais, mas, só com tais diplomas, isso se institucionalizou no ordenamento jurídico brasileiro. O primeiro diploma regula o processo e julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Já o segundo trata do processamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Em ambos, faz-se referência à possibilidade de o Supremo Tribunal Federal decidir que “ela (a decisão sobre a inconstitucionalidade) só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”²⁰⁹ Com isso, se trouxe para o controle de constitucionalidade brasileiro o

²⁰⁹ Na Lei. 9.868/99, é o texto do art. 27. Já na Lei 9.882/99, é o que consta do art. 11.

caráter constitutivo da decisão de inconstitucionalidade, mais antenado à origens romano-germânicas de nosso sistema.

É claro que o controle de constitucionalidade brasileiro ainda apresenta sérios problemas, sobretudo em seu aspecto institucional, no que diz respeito à confusão entre a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária, principalmente, no controle difuso da constitucionalidade que tantas vezes é causa de insegurança jurídica.²¹⁰

28. A Irretroatividade da Lei

Sobre esse tema, em primeiro lugar, julgamos válidas para o sistema romano-germânico as observações feitas no item 2.2, quando estabelecíamos que, especialmente nesse ponto, segurança jurídica implicava um importante diálogo entre tempo e justiça.

Isso acontece sobremaneira, dizíamos, porque a segurança jurídica não pode ser uma cortina a velar situações de injustiça consolidadas pela estratificação, ou seja, pela falta de mudança no ordenamento em relação às transformações por que a sociedade necessariamente passa. Sem dúvida, trata-se de um aspecto da segurança jurídica em que se caracteriza uma efetiva e perene tensão, própria da contingência dos assuntos ligados à razão prática. Zimmer identifica bem essa tensão nos seguintes termos:

A questão das condições de retroatividade das leis é uma das quais ilustra, com a maior acuidade, a relação de tensão existente entre o imperativo de segurança jurídica e a necessidade também imperativa para o Estado de poder implementar as modificações na ordem jurídica para dar conta das evoluções políticas e sociais incontornáveis.²¹¹

²¹⁰ Sobre o tema, cf. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. *In: Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. n. III, Março de 2005. pg. 7-18.

²¹¹ ZIMMER, Willy. *Constitution et Sécurité Juridique*. *In: Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV*, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 91-107. pg. 104.

Mais adiante acentua seu pensamento quando diz:

De uma forma geral, a retroatividade não pode ser considerada como contrária à segurança jurídica, a não ser na hipótese de uma lei que comporte uma modificação *desfavorável* da situação jurídica dos cidadãos. É necessário ainda lembrar que a hipótese de uma lei retroativa modificando num sentido desfavorável a situação jurídica anteriores das pessoas não é suficiente para que ela seja considerada não conforme à Constituição. Entretanto, os efeitos que uma lei pode ter sobre uma situação jurídica estabelecida anteriormente a sua publicação podem se contrários ao princípio da igualdade e mais globalmente da garantia da confiança legítima.²¹²

Esse pensamento proveniente do direito alemão evidencia uma lucidez muito grande sobre o assunto. O que, de fato, importa é o caráter justo ou injusto da inovação legislativa. É certo, como procura ressaltar que a retroatividade desenfreada ou naqueles assuntos em que já está consolidada a sua impossibilidade (sobremaneira no Direito Penal), pode ser causa de inúmeras injustiças, pois, como já dissemos, a insegurança é, em si, uma injustiça.

Para tanto, faz-se a distinção bastante importante entre a verdadeira retroatividade, que temos chamado simplesmente *retroatividade* e o que se tem chamado falsa retroatividade que, seguindo os ensinamentos de Elival da Silva Ramos, denominamos *retrospectividade*. Em geral, a retrospectividade dificilmente será causa de injustiças, pois atua sem causar surpresa. O grande problema estará sempre na retroatividade que, por regra, pode ser danosa à segurança jurídica.²¹³

Zimmer ainda traz algumas situações exemplificativas em que, mesmo a retroatividade não pode ser considerada contrária à constituição. Entre elas, está o caso da nova norma que retroage porque a anterior era incerta, ou a nova norma que substitui uma norma anterior inválida, ou ainda no caso do caráter desfavorável da nova norma de dubitável e, por fim, bastante para resumir todos os anteriores, quando a modificação se justifica por motivo imperioso ao interesse

²¹² Idem. pg. 105.

²¹³ Cf. RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003.

geral (ao bem comum).²¹⁴

Enfim, mais uma vez reiteramos que o caráter da retroatividade da lei²¹⁵ diz respeito ao seu cotejo entre a justiça e o tempo. Vale ainda dizer que nesses temas, bem próprios da *phronésis*, são sempre perigosas as atitudes maniqueístas, inspiradas, como mostrávamos no capítulo anterior, em posições tanto de vertente revolucionária, como de postura reacionária.

O que vale dizer é que a idéia de irretroatividade vem sendo bem depurada no direito europeu-continental. Desvincularam-se de suas matizes iluministas de que tratamos no item 2.1, do presente capítulo. Entende-se mais a segurança jurídica como diálogo entre os valores que como mera proteção a situações consolidadas ou a direitos adquiridos. Não há dúvida de que esses temas ainda guardam lugar de importância. Entretanto, isso se dá de uma forma diferente: eles são equacionados diante dos valores constitucionais, sobremaneira com a idéia de justiça.

29. Direito Adquirido e Ato Jurídico Perfeito: origens do tema

A idéia de Segurança Jurídica está, ainda hoje, intimamente ligada à de Direito Adquirido. É certo que a Constituição também se refere à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI), mas também é sabido que os dilemas da segurança jurídica e do chamado *direito intertemporal* estão situados no campo dos direitos adquiridos.

Segundo Limogi França, “com a Exegese e a Escola Histórica inaugura-se a nosso ver, a *fase científica do Direito adquirido*”²¹⁶. E mais adiante, indica que:

Noção esta, de Direito Adquirido, que enriquecida e trabalhada pelos autores dos séculos XVI e XVIII, ao lado de outras indispensáveis à conformação sólida do seu conspecto, propiciou, já nos alhures do

²¹⁴ Op. cit. pg. 106.

²¹⁵ Sempre se há de recomendar sobre o assunto, a excelente obra de Elival da Silva Ramos, tão explorada no presente trabalho.

²¹⁶ FRANÇA, R. Limongi. A irretroatividade das leis e o direito adquirido. 5. ed. rev. e atual. Do “Direito intertemporal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1998. pg. 38

século seguinte, o exurgimento da fase científica de tão importante assunto.²¹⁷

A idéia de Direito Adquirido, como se percebe, em seu significado atual²¹⁸, tem raízes históricas bem definidas na modernidade jurídica (séc. XVI–XVIII) e se consolida no século XIX, ou seja, no oitocentismo. Essas raízes são imprescindíveis para que possamos compreender de modo o Direito Adquirido encontra sua configuração atual.

No que tange à noção de Ato Jurídico Perfeito, a matriz histórica também não é outra. No dizer de Elival da Silva Ramos, se a noção de Direito Adquirido nasce do pensamento que esse autor denomina *subjetivista*, a de ato jurídico perfeito é fruto da reação *objetivista*, protagonizada, entre outros, por Savigny²¹⁹. Isso revela uma importante faceta desses dois conceitos: ambos estão intimamente ligados a uma concepção de direito e também de ordenamento jurídico.

Com maior exatidão, podemos dizer que essas realidades – nos moldes em que se apresentam atualmente - são fruto de uma concepção moderna de direito, bem como de ordenamento jurídico. Estão precisamente situados naquele período histórico que representa um rompimento com o pensamento jurídico medieval, altamente influenciado pelos clássicos greco-romanos.

Em primeiro lugar, há de se perceber que, como acentua Luis Fernando Barzotto, “um dos traços característicos da modernidade é tratar o direito como um fenômeno social ‘neutro’, um sistema de normas, princípios e procedimentos a ser descrito por uma asséptica ‘Teoria do Direito’”²²⁰. Portanto, toda a idéia de justiça, de conteúdo justo, de equação, como descrevemos no item anterior, não tem o menor lugar no pensamento oitocentistas.

A lei, por seu turno, deve ser apenas um instrumento de garantir a liberdade e os direitos dos indivíduos. Ela não é mais, como no pensamento clássico – bem como na Idade Média – uma razão de justiça num determinado

²¹⁷ op. cit. pg. 39

²¹⁸ Referimo-nos a “seu significado atual”, vez que não desconhecemos o fato de, principalmente, na Idade Média, ter sido cunhado o termo *Jus Quaesitum*. Entretanto, dada a peculiaridade do pensamento medieval, não cremos ser possível olhar institutos medievais – o mesmo se diga dos clássicos – com olhar moderno, razão pela qual preferimos tratar desse instituto medieval separadamente.

²¹⁹ Op. cit.

²²⁰ Op. cit. pg. 159

momento histórico. Ela é simples vontade do povo que, de modo utilitarista e voluntarista, quer garantir a liberdade e a propriedade.

Parece acertada essa concepção, especialmente, se verificarmos o pensamento de Gabba – considerado um dos principais pensadores na instituição do conceito de Direito Adquirido. Para esse autor:

Todas as leis têm por escopo e efeito conferir direitos aos cidadãos; todas, portanto, devem respeitar certas balizas no atuarem sobre as conseqüências dos fatos e relações jurídicas postas em ato(*poste in essere*), anteriormente a essa atuação.²²¹

O que se percebe, portanto, é que a noção de Direito Adquirido considerada clássica – a inspirar até hoje a idéia de segurança jurídica – tem cunho absolutamente subjetivista. Segundo Elival da Silva Ramos, referindo-se às fontes da noção de Direito Adquirido (Exegese e Escola Histórica), “em ambos os casos, cuidava-se de autores que alicerçavam suas orientações doutrinárias na noção de direito adquirido, razão pela qual as formulações subjetivistas são consideradas a doutrina clássica do Direito Intertemporal”²²²

O subjetivismo está unido, nesse particular, ao objetivismo de Savigny – em que temos as raízes da figura do *ato jurídico perfeito*, porque ambos estão inseridos num mesmo contexto histórico-jurídico: o jusracionalismo. É a idéia codificadora de um sistema completo e auto-suficiente, deduzido absolutamente da razão de uma vez por todas. Ignorava a necessidade de retornos regulares à realidade, apoiando-se indiscriminadamente em arquétipos racionais dedutivistas. Segundo Judith Martins-Costa:

O jusracionalismo jogou um importante papel, por seu esforço em construir o direito sobre uma base de princípios e regras fundadas na razão, por reconhecer ao indivíduo, ao menos intelectualmente, liberdades e direitos subjetivos que seriam inerentes à sua natureza e, ainda, por sua tendência à unificação do direito e ao refundimento completo do conteúdo do direito sobre a base do individualismo e da relevância atribuída à vontade humana como fonte criadora de vínculos

²²¹ GABBA, C. F. *apud* FRANÇA, Limongi. Op. cit. pg. 51

²²² RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003. pg. 57.

jurídicos. A codificação a ele vincula-se geneticamente, porque, na medida em que se crê em uma ordem jurídica imutável e metaempírica, garante dos valores dos indivíduos e das suas aspirações, e na medida em que esta ordem se que ver traduzida em normas e preceitos “a idéia de código aparece como o prestigioso compêndio no qual as esperanças se lançam e como meio insubstituível para tornar certos e partilháveis os princípios de direito natural”²²³.

É certo que a pretensão de completude do ordenamento que inspira o pensamento oitocentista haveria de estabelecer importantes laços com a idéia de direito adquirido. Se o ordenamento é completo, pois, no fundo, é a institucionalização do direito natural, os direitos que nascem dele têm ares de eternidade, de imutabilidade.

Ao lado disso, como a idéia de justiça e a idéia de que o direito é um instrumento da política na consecução do bem comum não vigoram nesse momento, o que importa é aquisição ou não de direitos pelo indivíduo. Não interessa se o que adentrou em seu ordenamento é justo ou não, mas sim que está incorporado. É a proteção incondicional do indivíduo, não no sentido contemporâneo que é a proteção da pessoa humana, por sua intrínseca dignidade, mas do indivíduo que prescindir de uma dimensão social.

Para Massini:

Na confrontação com a doutrina clássica do direito, o pensamento jurídico moderno aparece desprovido de vitalidade, depreciativo do concreto e olvidado das inegáveis dimensões valorativas e históricas do direito. Ademais, supõe uma preterição do elemento político ou simplesmente social do jurídico, em benefício de uma visão cruamente individualista; e por seu caráter revolucionário, introduz um fator de instabilidade no direito, que levava à febre legiferante de nossos dias.²²⁴

Com base nessa idéia de direito, nasceram os conceitos de direito adquirido e ato jurídico perfeito. Sem atitude reacionária, procuramos apontar determinadas inadequações que tal concepção comporta em virtude de sua falta de relacionamento intrínseco com a realidade.

²²³ MARTINS-CONSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000. pg. 174.

²²⁴ MASSINI, Carlos Ignacio. La Desintegración del Pensar Jurídico en la Edad Moderna. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980. pg. 75.

Por outro lado, o que se apresenta no cenário jurídico atual não tem mais relação alguma com a neutralidade axiológica dos séculos passados. Vivemos, de outro lado, o direito inspirado axiologicamente. Além de técnica e de procedimento, o ordenamento, necessariamente, precisa ser uma razão de justiça. Deve refletir, mediante o consenso acerca de valores mínimos, mas estratégicos, a concepção de justiça reinante na sociedade.

Enfim, o questionamento que isso encerra é a impertinência da compreensão da segurança jurídica como mera aplicação do trinômio apresentando. Especialmente, porque a confecção desses institutos – o que lhes confere a forma atual – se dá num período histórico em que a idéia reinante de direito é completamente inadequada para tempos atuais, quiçá inadequada para o tempo em que se iniciou.

30. Segurança Jurídica: diálogo entre tempo e justiça

É a partir desse ponto que nasce o lugar exato da segurança jurídica. Ela congrega, no fundo, um diálogo entre justiça e tempo. Em outras palavras, ela é a fixação histórica do justo.

A segurança jurídica não se resume à proteção do trinômio *direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. De fato, tem com eles relação importante, mas representam fenômenos diversos. Não respondem ontologicamente: são meros aspectos fenomênicos, que vez ou outra identificam a segurança jurídica.

A Constituição não usa a expressão *segurança jurídica* em parte alguma de seu texto. Entretanto, é sob esse signo que se compreende o inciso XXXVI, do art. 5º, da CRFB. Segundo, a conhecida letra, “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”.

Como dissemos acima – e aqui aqueles pressupostos se justificam – a inovação legislativa significa o diálogo dinâmico entre a estabilidade dos valores e a necessidade evolucionária de sua concretização ante as necessidades trazidas pela realidade cotidiana. Entretanto, essa inovação não pode ser absoluta. Ela

está cingida pelos pressupostos de estabilidade. A inovação não pode, em outros termos, causar danos a situações já *juridicamente* consolidadas.

Assim, a justiça – como os demais valores – é concretizada no tempo. Essa é, sem dúvida, a busca do Parlamento reunido ao elaborar as leis. É também o papel, num segundo grau de concretização, do juiz ao disciplinar o justo para o caso concreto. Ao lado da busca pelo justo, é latente a necessidade da estabilidade capaz de gerar situações previsíveis para o futuro. É o que nos ensina Pontes de Miranda:

O conteúdo da justiça é a liberdade, cultura, felicidade relativa; o da segurança, ordem, paz. Uma atenta no presente, no que é, porque se alimenta de julgamentos do que se dá, isto é, do que agora acontece, nas circunstâncias em que, na vida em comum, alguém se acha; a outra olha o futuro: artificializa-o para o tornar previsível; e, para que algo perdure, cria a permanência da regra jurídica. Parece-nos que há séria confusão a respeito da segurança do direito: até aqui se tem prometido a estabilidade de dispositivos, leis, de códigos, quando, em verdade, fora de mister a promessa de critérios justos. O conteúdo da segurança do direito e bem assim o da justiça devem adaptar-se um ao outro: não podem ferir-se mutuamente, desmentir-se, anular-se. Lei que é dura, é feroz, é bárbara, é autoritária, só o absolutismo poderia conceber e aplaudir o *dura lex, sed lex*.

Certamente seria a anarquia não garantir a permanência do direito, mas a permanência do direito não é, necessariamente, a permanência da lei. Não raro a lei permanece sem que permaneça o direito.²²⁵

O dano com a falta de segurança jurídica tende a ser tão ou mais danoso que o causado pelas injustiças consolidadas. “O que é preciso é que vigore determinado sistema jurídico e aja convicção de que será aplicado nos casos particulares, pois é isto que dá segurança jurídica”.²²⁶

O que se percebe é que os esquemas modernos que ensejaram, de alguma forma, a concepção de segurança jurídica que temos hoje, tinha convicção absoluta na completude e na perfeição do ordenamento, já que os primeiros códigos eram, no fundo, a escrituração do direito natural, racionalmente deduzido. Esse pensamento, entretanto, ignorava, em certa medida, a evolução da sociedade, ou melhor, que há um diálogo entre razão e natureza, e esta influencia sobremaneira na configuração racional da pessoa, de modo que esta

²²⁵ MIRANDA, Pontes de. Sistema de ciência positiva do direito. Campinas: Bookseller, 2000. t. 4. pg. 205.

²²⁶ MIRANDA, Pontes de. Op.cit. pg. 206

não está pronta e acabada de uma só vez. Depende, para a sua configuração, da influência da realidade.

Além disso, é território da razão prática, da prudência, o que pressupõe conceitualmente a experiência que só pode ser vivida no tempo. Isso significa que determinados arquétipos que, em certo momento, até possuíam um certo conteúdo de justiça, passam a não tê-lo mais em momento seguinte. Pontes de Miranda não passou ao largo dessa realidade:

Como se trata de apreciação prática podemos notar: a superioridade da segurança jurídica, porque associa a consciência no processo de adaptação do homem à vida social, torna mais perceptíveis os erros (verificação dos mesmos efeitos dos mesmos casos de aplicação) e permite variar com mais eficácia e discernimento.²²⁷

A justiça, por conseguinte, com se verá melhor adiante, é uma relação, uma equação. Depende sim da natureza humana que, em determinado sentido, pode até ser considerada inalterada em alguns pontos. Por outro, depende – repetimos – da realidade que está em constante processo de evolução, manifestada acentuadamente na comunidade política. Ao se pretender absolutamente uma segurança de raízes físicas ou matemáticas, está a se negar a justiça em sim, que, sendo relação, depende da atualização dos termos relacionados.

Por outro lado, não é de anarquia que se está a falar. “A ordem é a mais objetiva revelação do bem – nos adverte ainda Pontes de Miranda – porque representa a revelação experimental.”²²⁸

O que chamamos de diálogo entre justiça e ordem – atualização e manutenção – Pontes de Miranda chama de, respectivamente, segurança intrínseca e segurança extrínseca, o que demonstra, antes de outras conseqüências, uma importante: a mera estabilidade, sem a atualização do conteúdo de justiça, representa, no fundo, insegurança (ausência de segurança intrínseca).

²²⁷ MIRANDA, Pontes de. Op.cit. pg. 206

²²⁸ MIRANDA, Pontes de. Op.cit. pg. 206

Esse pensamento não existe sem razão. Talvez seja esse o sentido que tenha inspirado Hesse em falar na Força Normativa da Constituição²²⁹. Uma constituição, ainda pretensamente forte, mas que destoa da realidade, com programas espetaculosos, mas irreais é, no fundo, fraca. A estabilidade sem conteúdo de justiça atualizada no tempo é insegura.

Na economia do organismo social, a segurança extrínseca e a intrínseca operam como duas forças; cada uma tem a sua missão, porém sempre os desígnios de uma coincidem com os da outra, e não raro divergem. Quando tal incompatibilidade se estabelece, começam concessões recíprocas, mais ou menos perceptíveis, tão lentamente se consomem. Às vezes uma predomina, coarctando a atividade provedora da elaboração legislativa (o costume ou a lei escrita), e temos a estagnação, o puro tradicionalismo, que tantas formações sustenta e conserva, ainda depois de inúteis e até nocivas à sociedade, ou prevalece a outra e recompõe o direito, substitui medidas, canaliza novas correntes e afasta velhos empecilhos, que são as superstições, os preconceitos, os erros tradicionais arraigados. No primeiro caso, foi a preocupação da segurança extrínseca que inspirou a estabilização; no segundo, foi a vitória da segurança, que dá o verdadeiro e principalíssimo valor das leis, dos julgados e da totalidade dos atos humanos.²³⁰

Segue, ainda, o autor com exemplo interessante que vale a pena ser transcrito:

Quando, na Lei de 9 de setembro de 1769, se ordena que “os atuais gravames, que excederem à décima parte do rendimento líquido dos bens incapelados, sejam e fiquem desde a publicação desta em diante abolidos, reduzindo-se os sobreditos encargos à dita parte décima somente”, – é a necessidade de segurança intrínseca que predomina e suplanta a da segurança extrínseca: seria de má política jurídica ater-se o povo português ao princípio da irretroatividade das leis, que é o *reflexo* da última segurança no *pretérito*. O fundo refaz a forma, porque então a ordem pública ficaria assaz prejudicada se permanecesse a situação *injusta* que morgados e capelas haviam criado a Portugal.²³¹

Segurança Jurídica não significa mera irretroatividade da *novatio legis*. Representa a manutenção de relações jurídicas justas, enquanto justas. O Direito Adquirido não pode significar, destarte, injustiça adquirida, sob pena de, como

²²⁹ Inserir a nota.

²³⁰ MIRANDA, Pontes de. Op.cit. pg. 208

²³¹ MIRANDA, Pontes de. Op.cit. pg. 209.

dito, se inseguro. Deixando de lado os maniqueísmo, continuamos com Pontes de Miranda, quando alerta para o perigo de se esquecer abruptamente da *segurança extrínseca*:

“Todavia, cumpre não confundir o predomínio da preocupação da segurança jurídica com o prurido de inovar, com o liberalismo sem fronteiras e sem a meditação prática, e com o horror às velhas práticas. Estes, se são opostos à segurança extrínseca, não no são menos em relação à segurança intrínseca, porque apresentam a mesma falibilidade de todas as paixões. Os métodos que nos permitem descobrir a regra dotada de segurança intrínseca podem dar razão àqueles velhos usos, à norma costumeira, à própria persistência de hábitos primitivos, em vez de aprovar a adesão aos recentes anelos das gentes reformadoras, ou às mais audazes afirmações dos inovadores contra a rotina, a dureza de apreender e a mentalidade preguiçosa e estacionária dos neófobos.”²³²

Se dissermos que a idéia Segurança Jurídica é, no fundo, um diálogo entre a justiça e o tempo, precisamos necessariamente precisar esses termos.

Em Aristóteles, o termo justiça (*dikaísyne*) possui dois significados. O primeiro é aquele elaborado no Livro V da *Ética a Nicômaco*, em que assume o significado de corolário da moralidade. É a justiça universal ou geral. Será justo aquele que age com coragem, temperança visando o bem de outrem.²³³ Em suma, a justiça acontece quando a virtuosidade se une à imprescindível alteridade. A justiça, portanto, teria como diferença essencial em relação às outras virtudes a alteridade: é uma virtude característica da dimensão política da pessoa humana. Eis o que diz Aristóteles:

“E a justiça, nesse sentido, por conseguinte, não é uma parte da *virtude*, mas a totalidade desta e o seu oposto, a injustiça, não é uma parte do vício, mas totalidade deste (a distinção entre virtude e justiça nesse sentido sendo clara com base no que foi dito: são idênticas mas sua

²³² MIRANDA, Pontes de. Op.cit. pg. 209-210.

²³³ BARZOTTO, Luis Fernando. O DIREITO OU O JUSTO: O direito como objeto da Ética no pensamento clássico. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2000. pg. 159-184. pg. 165. São Tomás declara que o Direito é objeto da justiça na Questão LVII, Artigo I da Suma Teológica: “E, por isso, a justiça especialmente e de preferência às outras virtudes, tem o seu objecto em si mesmo determinado, e que é chamado justo. Este é certamente o direito. Por onde é manifesto que o direito é o objecto da justiça.” AQUINO, Tomás de. *Comentário a la Ética a Nicômaco de Aristóteles*. 2. ed. Navarra: EUNSA, 2001. pg. 2481.

essência é diferente: aquilo que é manifestado na relação aos outros é justiça – no ser simplesmente uma disposição de certo tipo é virtude.²³⁴

A justiça geral é, portanto, a conformidade com a lei. Esta, diferente da concepção contemporânea, não é compreendida como um ato de vontade. De outra forma, é expressão de racionalidade destinada ao Bem Comum. É uma forma de institucionalização da idéia de “vida boa” (*eudaimonia*). Assim, “o objeto da lei são os deveres em relação à comunidade, isto é, a lei estabelece como devidas aquelas ações necessárias para que a comunidade alcance o próprio bem, o bem comum.”²³⁵

Ademais, o relacionamento entre felicidade²³⁶, justiça geral, lei e bem comum encontra-se bem delineado no *Comentário à Ética a Nicômaco de Aristóteles*, de Tomás de Aquino, como se vê:

Como toda utilidade humana se ordena finalmente à felicidade, é claro que, num sentido, diz-se justo legal o que produz e conserva a felicidade de seus componentes, ou seja, aquilo que se ordena à felicidade, seja principalmente com as virtudes, seja instrumentalmente como as riquezas ou outros bens exteriores deste tipo. Isto, com relação à comunidade política, a qual mira o estabelecido pela lei.²³⁷

O outro modo como pode ser concebida a justiça é a justiça particular, ou seja, aquela alcançada por meio da igualdade, segundo um determinado critério. Aristóteles diferencia a justiça geral/universal daquela particular no seguinte trecho da *Ética a Nicômaco*:

²³⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2002. pg. 138. (1130 a)

²³⁵ BARZZOTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. In: Revista Jurídica Virtual. v. 4, n. 48, maio/2003. disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/Artigos/ART_LUIS.htm. Acesso em 08.10.2004.

²³⁶ Felicidade, aqui, não é empregado no sentido contemporâneo corrente, ou seja, como *bem estar*. Felicidade – como utilizado no pensamento clássico – significa plena realização da pessoa.

²³⁷ AQUINO, Tomás de. *Comentário a la Ética a Nicômaco de Aristóteles*. 2. ed. Navarra: EUNSA, 2001. pg. 291. Observe-se que Santo Tomás substitui justiça geral por justiça legal, querendo, contudo, significar a mesma coisa. Luis Fernando Barzotto. Adverte que “Tomás utiliza freqüentemente o termo justiça legal, uma vez que os atos devidos à comunidade para que esta alcance o seu bem, o bem comum, estão, na maior parte dos casos, dispostos em lei.” BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça Social*...pg. 2.

Ora, distinguimos dois dignificados do 'injusto', especificamente o ilegal e o desigual ou não eqüitativo, e dois significados do 'justo', especificamente o legal e o igual ou eqüitativo. A injustiça, portanto, no sentido previamente mencionado, corresponde ao significado 'ilegal', mas visto que o não eqüitativo não é o mesmo que ilegal, mas deste distinto, e a ele relacionado como a parte ao todo (pois nem tudo o que é ilegal é não eqüitativo, ao passo que tudo que é não eqüitativo é ilegal), assim também o injusto e a injustiça no sentido particular não são o mesmo que o injusto e a injustiça no sentido universal, mas destes distintos, e a eles relacionados como a parte do todo, pois a injustiça nesse sentido é uma parte da injustiça universal e, analogamente, a justiça que submetemos agora a exame é uma parte da justiça universal. A nós compete agora discutir a justiça e a injustiça, assim como o justo e o injusto no sentido particular.²³⁸

A justiça particular possui uma relação de gênero e espécie em relação á justiça universal, visto que, de um lado, está a virtude prescrita, inclusive, na lei direcionada à consecução do bem comum de forma geral. De outro, está a justiça particular que, sem dúvida, também está destinada ao bem comum, mas orientada por um outro critério: o da igualdade.

Com relação à justiça particular, temos a seguinte condição. Se a Justiça consiste em formas de manifestação da igualdade, então ela é uma *equação*. Aristóteles, entretanto, criando um conceito atemporal, apenas definiu qual seria o modelo equacional: para a justiça corretiva (comutativa para São Tomás), a equação consistia em uma igualdade aritmética e absoluta, enquanto para a justiça distributiva consistia em uma igualdade proporcional a méritos – ao que a tradição do século XIX adicionou uma proporção à necessidade.

Alguns acusam Aristóteles de não ter fornecido um conceito próprio de Justiça, mas sim uma expressão vazia e sem significado pronto. Ao contrário, o que o Filósofo conseguiu foi reconhecer uma equação em que os termos estariam a mudar com o tempo. A equação de justiça – tanto na igualdade aritmética da justiça comutativa, quanto na igualdade proporcional da distributiva – continuaria sempre igual, mas os termos dessa equação, o valor real das incógnitas deveria ser atualizado historicamente.

A igualdade considerada em si mesma (enquanto equação) é imutável. Os dados, entretanto, que davam substância à equação possuem conotação

238 cc ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2002. pg. 139. (1130 b)

histórica, isto é, sofrem influência do tempo. Num determinado momento, possui um valor, em outro, já não o tem mais. Aquilo que, em certa época, nada valia, um século depois tem grande valor.

Aqui está – nos parece – um importante dilema da Segurança Jurídica. Essa cláusula tem o condão de manter a equação de justiça. Não permitir que, por crise de instabilidade, ela seja desfeita. Em outras palavras, que a igualdade – aritmética ou proporcional – se desfaleça no ordenamento jurídico. Ao contrário, a Segurança Jurídica não busca a imutabilidade absoluta. Isso significaria consolidar injustiças no mais das vezes.

A cláusula *rebus sic stantibus* foi cunhada justamente nesse sentido. O que, num determinado momento histórico, foi entendido como justo e portanto pactuado pode, num outro momento, representar desigualdade brutal. Em virtude disso, alterando-se as circunstâncias, os termos da equação também precisam ser atualizados. Imaginemos que, em dado tempo, a saca de determinado produto equivalia a um dólar. É esse um típico exemplo de justiça comutativa a ser expressado na seguinte equação $x = y$, em que “x” significaria uma saca do produto e “y” significaria um dólar. Inúmeros contratos foram celebrados, em que os contratantes se obrigavam nesse sentido.

No entanto, devido a uma guerra ou a uma catástrofe natural a escassez desse produto eleva valor de mercado de modo absurdo. Manter os termos da equação (uma saca e um dólar) poderia significar a própria bancarrota desse gênero empresarial. Em virtude disso, a igualdade há de ser mantida: “x” deverá continuar a ser igual a “y”, entretanto, os valores atribuídos a um e a outro deverão ser atualizados, sob pena de, sob o pretexto de ordem e estabilidade consolidar-se uma injustiça absoluta.

O mesmo ocorre ao se aplicar a igualdade proporcional que inspira a justiça distributiva. Esta pressupõe a existência de bens e encargos que são comuns aos membros da comunidade. Para distribuí-los, entretanto, são levadas em conta qualidades concretas da pessoa. Na justiça corretiva, prescinde-se da concretização dos participantes. Ao invés, são eles considerados – para essa relação – iguais. Leva-se em conta tão somente a realidade intrínseca à relação.

A igualdade buscada na distribuição é proporcional. A participação nos

bens ou encargos divisíveis da comunidade se dará em proporção direta aos méritos ou necessidades do destinatário²³⁹. Os critérios, todavia, a serem observados na distribuição também possuem um caráter teleológico, isto é, uma vinculação com a essência da distribuição.

Eis o texto tomista:

Como já dissemos, a justiça distributiva dá uma coisa a uma pessoa privada, por ser devido à parte o que pertence ao todo; e essa pessoa recebe uma parte tanto maior quanto maior for a importância que tiver no todo. Por onde, a justiça distributiva dá tanto mais aos particulares do bem comum, quanto maior for a importância que cada um tiver na comunidade. (...) Portanto, na justiça distributiva não se considera a mediedade levando em conta a igualdade entre uma coisa e uma outra, mas sim, a proporção entre as coisas e as pessoas; de modo, assim como uma pessoa excede outra, assim também a coisa que lhe é dada excede a que é dada à outra.²⁴⁰

Aqui, também se faz mister a atualização dos termos. Como, nessa modalidade de justiça, são levadas determinadas características concretas da pessoa – méritos ou necessidades – para que a igualdade se manifeste proporcionalmente, deve haver uma necessária atualização dos termos que ensejam a distribuição. Como na comutativa, o que era, num determinado momento um mérito ou uma necessidade capaz de ensejar a participação de algum bem, num outro momento, não é mais um critério justo.

Nesse também se trata de uma equação. Sua configuração, entretanto, é um pouco diferente. Se *a* tem *x* característica (um mérito ou uma necessidade) terá direito à parte *y* do bem *b*. Nesse sentido, $\frac{a}{y} = \frac{x}{b}$. A mesma explicação da justiça comutativa pode ser aplicada aqui. A equação sempre se manterá desse modo, mas os termos deverão ser atualizados.

Pensemos num interessante exemplo brasileiro. Em virtude da Guerra do Paraguai, inúmeros soldados brasileiros foram mortos. Nesse período, o dote era algo natural e imprescindível para que as moças casadoiras contraíssem núpcias

²³⁹ É de se notar que, em Aristóteles, o critério é tão somente o mérito, sendo a necessidade uma construção da tradição a ele posterior.

²⁴⁰ AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. 2. ed. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, Livraria Sulina, 1980. pg. 2516. (Q. LXI, a. II).

com virtuosos rapazes. Tendo, entretanto, o pai falecido, suas filhas estariam à margem de casamentos sólidos, o que, para a época, consistia no pior dos males sociais. Para que tal dano não ocorresse, recorreu-se a uma solução inteligente: as filhas de militares teriam pensão vitalícia após a morte de seus pais. Essa pensão – paga pelo Estado, no fundo, era o dote que o noivo estava a receber.

Aplicando a equação acima a essa situação concreta, tínhamos uma situação real de justiça. A moça casadoira (*a*) possuía uma situação concreta de ser filha de militar e desprovida do imprescindível dote (*x*) e por isso tinha direito a uma parcela (*y*) das finanças estatais (*b*).

De fato, apesar da equação ser verdadeira até hoje, os termos utilizados naquele momento histórico não correspondem mais ao que se observa em tempos contemporâneos. Ser filha de militar não pode mais ser considerada uma característica concreta da pessoa apta a proporcionar uma participação nos bens estatais. Em primeiro lugar, porque não há mais a necessidade de dote para que se consigam casamentos sólidos. Em segundo lugar, não se vive uma situação bélica que lhes impõe situações perniciosas. E, por fim, não é admitida essa modalidade de discriminação entre homens e mulheres, uma vez que os filhos de militares não logravam tal benefício.

Em 2001, essa situação foi alterada, de forma que as filhas de militares não possuíam mais tal benefício. Equiparavam-se, enfim, à situação dos varões. Entretanto, um equívoco acompanhou essa inovação. Cogitou-se a idéia de que aquelas que já recebiam a pensão teriam sobre ela direito adquirido. Não é o que nos parece, entretanto.

Parece certo que, de fato, teriam direito adquirido sobre os proventos recebidos antes da inovação legislativa promovida em 2001, e esses não poderiam ser exigidos de volta dos cofres públicos. Entretanto, os proventos que estariam por vir poderiam tranquilamente ter o seu pagamento encerrado. Em primeiro lugar, porque esse caso estaria nos casos de eficácia retrospectiva, de que fala Elival da Silva Ramos, quando distingue essa modalidade da eficácia retroativa. Citando José Eduardo Martins Cardozo, ensina o autor que:

Poderíamos assim dizer que retroativa é toda norma legal que valorativamente invade e altera o período de tempo anterior ao início da sua própria vigência, seja por descrever na sua hipótese, isoladamente, ou não, elemento fático realizado no passado, seja por definir preceito que implique em modificação jurídica de realidade pretérita.²⁴¹

Do conceito explanado, temos que a situação concreta exposta acima não estaria a ensejar retroatividade da *novatio legis*, visto que seus efeitos – caso os pagamentos fossem suspensos – não estariam projetados para período anterior à sua promulgação. A suspensão teria efeito prospectivo, ou seja, atuando apenas a partir do momento em que a nova lei passasse a produzir efeitos.

O caso seria de retrospectividade, pois, são “situações nascidas, inequivocamente, sob o domínio de vigência de lei revogada; cujos efeitos, porém, se prolongam no tempo de sorte que penetram no domínio de vigência do ato legislativo revogador.”²⁴². Elival da Silva Ramos apresenta as duas características do fenômeno da retrospectividade:

A primeira consiste na circunstância de que os eventos focados pelo pressuposto da norma legal retrospectiva, veiculada pela lei nova, foram produzidos antes de sua entrada em vigor, a segunda é a de que a incidência dessa norma legal não provoca uma reconfiguração dos efeitos jurídicos transcorridos sob o império da lei antiga.²⁴³

No exemplo, é o que, de fato, ocorre. A relação nasceu sob o império da lei revogada. A inovação legislativa, por seu turno, não altera situações jurídicas anteriores a sua entrada em vigor. Ao contrário, refere-se tão somente a fatos (os pagamentos a serem feitos) que se dariam (ou não) em período posterior à entrada em vigor da lei nova. E isso é, como se vê, algo muito diferente da retroatividade, e portanto, insuscetível de estar lesando direitos adquiridos.

Essa diferença é importante e, no fundo, é uma técnica inteligente e eficiente que dá aplicabilidade prática ao que trazíamos acima. A retroatividade – como conceitualmente exposta – em geral, tende a ser razão de injustiça, pois se lança para o passado a fim de alterar os termos da equação. Já a

²⁴¹ CARDOZO, José Eduardo Martins apud RAMOS, Elival da Silva. op. cit. pg. 29.

²⁴² RAMOS, Elival da Silva. op. cit. pg. 37.

²⁴³ Op. cit. pg. 39.

retrospectividade age diferente. Ainda que atue sobre situações que tiveram sua fonte em lei antiga, ela apenas se limita a atualizar, prospectivamente, os termos que compõe a equação de justiça.

A SEGURANÇA SOCIAL

31. Primeiras aproximações ao tema

A Constituição de 1988 dedicou um capítulo – especificamente o Capítulo I – dentro do Título destinado à Ordem Social à *Seguridade Social*. O art. 194 dá início ao tema com a seguinte redação: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

A partir daí, a constituição dedica três seções ao tema. Na primeira, são traçadas as disposições gerais; na segunda, dedica-se à saúde, para, na terceira e quarta, respectivamente, referir-se à previdência social e à assistência social. Sem dúvida, o atual texto constitucional tem o maior número de dispositivos sobre o assunto, se comparado ao das constituições anteriores. Em razão disso, a Constituição mereceu alguns títulos, entre os quais se destaca o de *Constituição Cidadã* e *Constituição Social*.

Entretanto, não partilhamos da idéia segundo a qual a mera referência pródiga sobre a seguridade social seja o bastante para garantir sua efetividade, bem como sua contribuição perante o aparato jurídico-institucional brasileiro. Em primeiro lugar, cabe um curto diálogo com o pensamento histórico-constitucional brasileiro a fim de saber como a seguridade social se comportou ao longo das constituições brasileiras.

32. Terminologia da Segurança Social

O tema do presente trabalho é a *Segurança na Constituição* e, neste capítulo, tratamos da segurança social. A primeira questão que se apresenta é a terminológica. Embora o texto constitucional tenha se utilizado da expressão

segurança no *caput* do art. 6º; referindo-se, portanto, à *segurança social*, ao enfrentar diretamente a questão, optou simplesmente por *seguridade social*. Em síntese, por que a Constituição teria se utilizado preponderantemente da expressão *Seguridade Social* ao invés de simplesmente *Segurança Social*?

Segundo o léxico Houaiss, seguridade até pode ser tomada como um termo análogo à segurança. Entretanto, de modo mais próprio, significa “conjunto de ações dos poderes públicos e da sociedade que, integradas, asseguram a saúde, a previdência e a assistência social”. Poderíamos dizer, portanto, que a **seguridade** é o meio pelo qual se realiza a **segurança social**.²⁴⁴ Ela compreende as ações que buscam assegurar o estado de segurança em seu aspecto sócio-econômico.

Não se pode dizer que isso tenha acontecido deliberadamente, mas a Constituição deu mais valor aos instrumentos que à própria segurança. Embora pareça que isso desnature de alguma forma os institutos, há um risco de se imaginar que a realização da segurança social somente poderia se dar pelos meios que Constituição, naquele momento histórico, instituiu. Sabemos, entretanto, que os meios de concreção da segurança social podem variar, segundo vários fatores políticos, sociológicos e jurídicos.

No direito comparado, a expressão utilizada sempre foi **segurança social**. Em 1935, Roosevelt cunhou a expressão *Social Security*, com o *Social Security Act*, expressão que é repetida na Nova Zelândia em 1938. Por sua vez, a Espanha utiliza-se da expressão *Seguridad Social*, seguido da Itália com sua *Sicurezza Sociale* e, na França, *securité social*.²⁴⁵ Há quem diga, no entanto, que a expressão *segurança social* já teria sido utilizada na União Soviética no Decreto de 31 de outubro de 1918 e que ela teria sido encontrada em texto de Bolívar, em período ainda anterior.²⁴⁶

No século XX, ela se tornou própria do mundo democrático (de modelo ocidental), a ponto de constar na maioria dos textos constitucionais posteriores aos períodos totalitários. Não bastasse isso, a própria Declaração Universal dos

²⁴⁴ Percebe-se, portanto, que aconteceu com a segurança social o mesmo que ocorreu com a segurança nacional: uma substituição dos fins pelos meios, no texto da Constituição.

²⁴⁵ Op. cit. pg 43.

²⁴⁶ Tais constatações são encontradas em SAINT-JOURS, Yves. *Traité de Sécurité Sociale*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984. t. 1. pg. 4-5.

direitos do homem de 10 de dezembro de 1948, em seu art. 22, destaca o direito à segurança social, o que ainda encontra guarida em seu art. 25, *caput* e § 2º.

Sérgio Pinto Martins repele alguns autores para os quais a denominação brasileira *Seguridade Social* seria um estrangeirismo (mal traduzido – acrescentamos) dessas expressões empregadas no direito estrangeiro, já que, em português as traduções de todos esses termos (*seguridad*, *security*, *Sicurezza* e *securité*) é segurança. Essa é, inclusive a expressão utilizada no direito português.

Para Sérgio Pinto Martins, a opção por seguridade social foi válida, pois tem um cunho próprio. Entende que “a idéia essencial da Seguridade Social dá aos indivíduos e a suas famílias tranqüilidade no sentido de que, na ocorrência de uma contingência (invalidez, morte, etc.), a qualidade de vida não seja significativamente diminuída (...)”.²⁴⁷ Para nós a diferença existe, como dissemos acima, e a Constituição teria usado de melhor técnica se empregasse a expressão ***segurança social***²⁴⁸.

33. A categoria segurança social

Na Segurança Social está pressuposta a mesma idéia que nutre as idéias de *Segurança-Valor*, *Segurança Política* e *Segurança Jurídica*: a preocupação com a mutação da realidade, isto é, a insegurança advinda das transformações quaisquer que sejam elas. No primeiro caso – a Segurança Valor –, a preocupação com uma substancial mudança na idéia de direito consolidada na constituição, ou melhor, a preocupação com a ruptura axiológica da Constituição.

²⁴⁷ Op. cit. pg 44.

²⁴⁸ Para Aguinaldo Simões, “na língua portuguesa, o substantivo *segurança*, na sua ambivalência de uso corrente traduz melhor do que a quase desusada *seguridade* o amplo significado da nova instituição (...)”. SIMÕES, Aguinaldo. Princípios de Segurança Social. São Paulo: [?], 1967. Continua, ainda o autor, dizendo que “Veio-nos esse vocábulo [*seguridade*] por via do latim erudito *securitate* (*m*), trazendo da fonte as significações de *sensação* de estabilidade ou de firmeza, tranqüilidade de espírito, paz, sossego, descuido, desleixo, livre de temor, alegre e jovial, correspondente sem dúvida à da palavra inglesa *security*. Não tem, porém, todo o sentido do termo *segurança*, pois este vocábulo, assim como a palavra *segurado*, formou-se do termo seguro, instituto que os romanos não conheceram e, por conseguinte, não equivale na significação ao vocábulo latino ‘*securu*’ (de ‘*sine cura*’) do que se originou. Com a significação de *segurança subjetiva* - tranqüilidade confiante – entrou a palavra *seguridade* na língua portuguesa. E essa semelhança de sentido entre os dois vocábulos (*segurança* e *seguridade*) passou a ser considerada sinonímia que, na verdade, é apenas parcial: só em relação ao sentido subjetivo, que a palavra *segurança* também tem”. (pg. 22-23)

No segundo a estabilidade da política no estado, em suas várias dimensões.

No terceiro caso, a Segurança Jurídica representa o temor pelas surpresas que a ordem jurídica ordinária – tanto legislativa, no caso da irretroatividade, como a administrativa, no caso da proteção à confiança, ou ainda a jurisprudência, no caso da coisa julgada – pode trazer à vida da pessoa humana.

A Seguridade Social também está inserida nessa idéia. Entretanto, as vicissitudes que tanto assuntam em seu caso, são aquelas que dizem respeito às alterações da condição de vida da pessoa e de sua família. São os riscos sócio-econômicos que decorrem de abruptas alterações causadas por vários fatores naturais (a velhice, a procriação, a doença) ou as acidentais de um modo geral.

Realmente, essa é uma preocupação recente em termos históricos, pois ela decorre da profunda instabilidade trazida por um novo modo de vida observado principalmente a partir da Idade Moderna. João Camillo de Oliveira Torres sintetiza bem isso nos seguintes termos:

A industrialização, destruindo os laços de sociedade domésticas e aldeã, estabelecendo relações impessoais e indiferentes entre grandes massas de empregados e empresas anônimas, acumulando multidões em grandes cidades opressivas, neutras quando não hostis, gerando crises periódicas, proveniente de flutuações do mercado, triturando, enfim, o homem concreto em mil e invisíveis tentáculos, veio, com intensidade crescente, exigir um mecanismo de garantia e defesa – de segurança – da vida humana, frágil chama em meio de tantos perigos.²⁴⁹

Isso é próprio da sociedade moderna e, principalmente, da contemporânea em que tais problemas, inclusive, encontram-se acentuados. A complexidade das relações sociais é crescente, e pode se dizer que o nível de mudanças sociais observadas nos últimos cinco anos é superior ao que se verificou, pelo menos, nos imediatos últimos cinqüenta anos. A tecnologia e todos os componentes que a circunscrevem (fatores econômicos, padrões morais, etc) sofrem alterações muito grandes em períodos de tempo cada vez menores. Já foi diferente, como mostra João Camillo, razão pela qual – repetimos – a seguridade social é uma preocupação relativamente nova.

²⁴⁹ TÔRRES, João Camillo de Oliveira. Um mundo em busca de segurança. São Paulo: Editora Herder, 1961. pg. 35.

Outrora, a família e a solidariedade cristã da paróquia, da aldeia, davam conta dos riscos que a vida oferecia. Eram riscos individuais, dentro de um ritmo de previsão nascido de um cálculo cujas quantidades eram todas conhecidas – numa sociedade estável, de moeda estável e valores também estáveis, cada homem sustentava sua mulher e seus filhos e os velhos eram mantidos pelos jovens. A sociedade industrial veio, contudo, destruir este formoso esquema antigo, e criar condições novas, perigos novos, riscos novos, nascidos, principalmente, de uma instabilidade permanente da moeda e das condições de emprego.²⁵⁰

O que temos, portanto, é um crescimento da necessidade de segurança proporcional ao implemento dos riscos²⁵¹. A idéia original de seguridade social – de caráter privada, inclusive – envolve duas realidades bem mais próximas do direito privado. Referimo-nos à figura do contrato de seguro. Nesse, dois fatores estão envolvidos: o primeiro deles é o risco e o segundo é o assegurar-se contra os reais e (im)prováveis infortúnios.

Esta prática dos seguros privados, e as técnicas matemáticas inspiradas neles para a previsão exata dos riscos possível e, portanto, da fixação dos prêmios, veio inspirar os seguros sociais: a capitalização de uma reserva para a garantia de uma renda futura, a ser paga quando ocorresse o risco a ser coberto.²⁵²

Ocorre em tempos contemporâneos, todavia, que a simples idéia de risco não é mais suficiente para dar conta das mazelas sócio-econômicas pelas quais a pessoa, bem como seus familiares podem passar. Há situações atualmente em que se pode prever se o profissional com um determinado perfil ficará ou não desempregado, em decorrência de seu nível de capacitação técnico-profissional. Nesse caso e em outros semelhantes, a idéia de seguro não é mais apta a

²⁵⁰ *Ib. idem.*

²⁵¹ Ainda que a Segurança Social não esteja mais embasada apenas na idéia de risco, como abordaremos abaixo, faz-se necessário *en passant* precisar como o risco social guarda relações com a segurança social. Alguns autores pretendiam que “as políticas ditas de segurança social corresponderiam então aos esforços empregados por cada sociedade para proteger seus membros contras os riscos inerentes à sua existência [da sociedade]”. Entretanto, isso não pode ser tido por certo, já que há determinados infortúnios sociais que não dependem da sociedade, como a velhice ou a doença. Assim, os riscos sociais não poderiam ser definidos por sua causa, mas sim por seus efeitos. Por mais diferentes que suas causas se apresentem, os efeitos são os mesmos: um abalo na situação sócio-econômicas dos indivíduos. DUPEYROUX, Jean-Jacques. *Sécurité Sociale*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1971. pg. 09.

²⁵² *Op. cit.* pg. 36.

resolver a situação.

Com base em uma teoria assecuratória, aquele que não vê riscos diante das vicissitudes da vida cotidiana não teria interesse algum em recolher um prêmio para gerar uma receita destinada à indenização de um sinistro que, em momento algum, pode privilegiá-lo. Surgem aí duas possibilidades: por um lado abandonar a idéia de seguridade social (parece-nos impensável) ou, retornar-se aos paradigmas da solidariedade social. Perceber que “o futuro da família e do indivíduo é um bem comum que deve ser garantido pela sociedade, sob a égide do Estado”.²⁵³

É importante, assim, nesse ponto, colocar uma diferenciação muito clara. O sistema contemporâneo de segurança social encontra-se diante da dicotomia **risco-necessidade**. Algumas instituições destinadas aos problemas da segurança social dependem logicamente do pressuposto **risco** (parece claro, aqui a figura da previdência social), enquanto outras (e aqui parece está clara a figura da assistência social) lidam sobremaneira com a idéia da necessidade, inspirando-se nos desenvolvimentos do pensamento social católico acerca da **Justiça Social**.²⁵⁴

Assim nasce a figura da assistência social – componente constitucional da Seguridade Social – na qual se percebe que a mera previdência não é suficiente para garantir a satisfação de todas as necessidades às quais a pessoa humana encontra-se submetida na ordem social moderna. Encontra-se aí, como já declinado no início do capítulo, um campo extremamente válido para a igualdade material. Para Almansa Pastor, é justamente na *solidariedade*, como já salientamos ao falar da constituição imperial, que reside, de uma forma ou de outra, o fundamento da segurança social, como se pode notar no seguinte:

Em todos os tipos de assistência aparece a solidariedade. A *assistência privada*, seja circunstancial ou institucionalizada, tem sua raiz na solidariedade cristã como expressão de uma solidariedade direta, interpessoal, ética, parcial e individual ou de grupo. A *assistência familiar* descansa na solidariedade de grupo parental como solidariedade direta, interpessoal, jurídica, parcial de certa amplitude (alimentos civis e naturais) e de âmbito familiar. A *beneficência pública*, por último, também

²⁵³ *Ib idem.*

²⁵⁴ Sobre o assunto é indispensável a leitura do já citado artigo de Luis Fernando Barzotto sobre o tema.

repousa na solidariedade, que em tal caso é indireta, interpessoal, jurídica (financiamento impositivo), parcial (indigência econômica) e de âmbito variável segundo o ente municipal, provincial, central, etc, que assuma.²⁵⁵

Antes de se colocarem os homens na vida cotidiana, e, em especial, no mercado, é necessário que eles partam de um nível mínimo equivalente de *engenho e arte*, como diria o Poeta Lusitano. É o que se chama de igualdade de oportunidades e leva em conta uma importante premissa, já delineada por João Camillo: *o bem do outro é, ainda que indiretamente, um bem para mim*. Perceber-se que um nível mínimo de prosperidade pública é elemento essencial do bem comum.²⁵⁶ Para esse autor:

A assistência não constitui novidade no mundo – é a oficialização da caridade cristã. Se verificarmos os programas assistenciais, encontraremos, realmente, a sistematização das velas “obras de misericórdia”, que os antigos realmente praticavam e que, a partir do século XIX, por assim dizer, entraram em declínio por força das doutrinas individualistas e utilitaristas, e dos ensinamentos protestantes acerca da “fé sem obras”, ponto de origem de uma posição que, afinal, resultou nos terríveis princípios do século XIX, que consideravam a pobreza, apenas, a conseqüência de vícios, punidos com as privações sociais. Entre nós, desde as Santas Casas criadas pela grande rainha D. Leonor, até soluções interessantes de assistência social verdadeiramente pública constantes da legislação municipal do Império, sempre existiram formas particulares de assistência social, chamadas pelo próprio nome de obras de misericórdia, inspiradas na caridade cristã e no amor ao próximo, por amor de Deus.²⁵⁷

Com a perda dessa consciência até então fundamental para a configuração de uma sadia vida em sociedade, o recurso não foi outro senão a institucionalização absoluta dos sistemas de seguridade social. De uma hora para a outra, tudo o que até então era naturalmente papel da sociedade, com base na solidariedade, passa a ser dever indeclinável do Estado.

Para tanto, a carga de tributos teve que sofrer um aumento sensível. No fundo, o que se deu foi a substituição de obrigações cunhadas em deveres morais

²⁵⁵ ALMANSA PASTOR. José M. Derecho de la Seguridad Social. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1991. 124.

²⁵⁶ TÔRRES, João Camillo de Oliveira. Natureza e Fins da Sociedade Política: visão cristã do Estado. Petrópolis: Vozes, 1968.

²⁵⁷ TÔRRES, João Camillo de Oliveira. Um mundo em busca de segurança. São Paulo: Editora Herder, 1961. pg. 38.

por deveres jurídicos. Se as pessoas não possuem mais o dever moral de auxiliar os necessitados, farão de modo vinculado, por meio dos tributos a serem cobrados de modo coercitivo.

Todas as experiências de substituição de normas morais por normas jurídicas têm duas faces. Por um lado, a institucionalização parece dar maior segurança e maior efetividade. Por outro, elas imprimem contingência ao dever.

Com isso, os tributos passaram a ser pesados demais para quem os paga e leves demais para quem tem um número cada vez maiores de atribuições a serem realizadas, num nível de cobrança implacável e crescente. O Estado passa assumir competências que historicamente não eram suas. Ele não é mais a garantia de um clima de vida boa (*eudaimonia*), como pretendia Aristóteles, mas sim um produtor de riqueza, da qual os mais necessitados deveriam participar.

Ao lado disso, o nível de assistência privada tendia a cair; pois, pagando-se o tributo, nenhum outro compromisso social subsistiria. Como já se assumia uma carga tributária alta, estava-se absolutamente eximido de qualquer outra obrigação social. Todas elas estariam a cargo do Estado, nosso mandatário, agora também para questões sociais.

Toda a primazia da pessoa e da sociedade na assistência social encontrada nos autores tradicionais – vale lembrar o já citado Pimenta Bueno – perdeu seu lugar. A primazia deveria ser claramente do Estado²⁵⁸. Caso aparecessem iniciativas sociais dessa natureza, elas só estavam acontecendo em razão de uma omissão estatal. E nesse ponto parece estar um dos principais pontos a serem tratados por ocasião da discussão sobre seguridade social. Resta perquirir de quem é a primazia da ação social, o que será feito na seção seguinte.

²⁵⁸ É nesse sentido, por exemplo, a posição de Marly A. Cardone, apoiada em outros autores, quando se refere ao assunto do seguinte modo: “Ora, se se considerar que o Direito da Segurança Social confunde-se com toda a atividade social do Estado, uma quantidade de assuntos (educação, habilitação, etc) estará dentro do seu conteúdo que será impossível encontrar-lhe uma especificidade”. CARDONE, Marly. A. Conceito de Direito da Segurança Social. *In*: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. n. 40. pp. 57-65. São Paulo: Centro de Estudos, dez/1993. pg. 61

34. Segurança Social e Subsidiariedade

Um dos mais importantes questionamentos que se pode fazer acerca de seguridade social diz respeito à primazia de sua manutenção. Quem deveria, em primeiro lugar, ser o responsável por ela. Poderíamos, primeiramente, localizar duas grandes posições da filosofia política que apresentariam os dois grandes extremos da questão.

Nas posições liberais individualistas, a questão sócio-econômica sequer era uma preocupação constitucional. O tema dizia respeito apenas à esfera do privado. Ao Estado restava apenas a configuração de limitar o poder estatal, principalmente, por meio do Direito. “Sua preocupação é com o ‘político’, com a estruturação do poder e sua limitação, a bem da liberdade individual”.²⁵⁹

O outro paradigma se deu nas Constituições Socialistas, para os quais o cuidado com a ordem sócio-econômica era exclusividade do Estado. A primazia, portanto, da geração de riquezas destinadas ao custeio da seguridade social deveria ser estatal. Eis um posicionamento doutrinário muito freqüente no Brasil, como se verifica, nas seguintes palavras:

[...] a concepção de seguridade social integra um modo de vida tendo marcado a gestão pública na segunda metade do século XX, especialmente na Europa, ao compor o elenco dos direitos sociais constitutivos da cidadania, sob a égide de valores democráticos. E como a política não se dissocia da economia, continuarão os embates em torno das propostas de redução ou ampliação da cobertura social, como parte das responsabilidades da gestão pública, como demonstrado no segundo capítulo.

A chamada *terceira via*, suposta alternativa entre o liberalismo e o socialismo ou entre a social-democracia da *velha esquerda* e o neoliberalismo da *nova direita*, revelou-se, na realidade, cúmplice da estratégia neoliberal de compatibilizar o funcionamento do Estado com as novas exigências de acumulação, implicando em corrosão da esfera pública.²⁶⁰

Como se percebe, pelo subtítulo da obra do autor mencionado – *entre a política pública e o mercado* – a gestão da seguridade social deveria estar a cargo

²⁵⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. pg. 345.

²⁶⁰ SILVA, Ademir Alves da. A gestão da seguridade social brasileira: Entre a política pública e o mercado. São Paulo: Cortez, 2004. pg. 238

do Estado, e qualquer tentativa de encarregar a iniciativa privada ou a sociedade desse mister apresentaria uma **omissão estatal**, ou uma **estratégia neoliberal**.

A nosso ver, as duas posições – de caráter eminentemente maniqueístas – não respondem ao problema com a profundidade que ele requer. São mais posições ideológicas repletas de idealismos que somente agravam as questões urgentes da realidade pragmática. Aí entra o papel do Princípio da Subsidiariedade a fim de buscar uma solução mais completa para a questão.²⁶¹

O Princípio da Subsidiariedade tem origem embrionária já no início da chamada *Doutrina Social da Igreja*, com a Encíclica *Rerum novarum*, de Leão XIII, em 1891. Entretanto, é também em uma encíclica, a *Quadragesimo Anno* – que, por sinal, comemorava os quarenta anos da *Rerum Novarum* – que ele ganha contornos bem próprios, nas mãos de Pio XI.

Nesse documento, Pio XI reconhece que, em virtude das grandes transformações que levaram a uma complexidade muito grande das relações político-sociais em geral, as grandes associações – entre elas o Estado – possuem grande importância.

Mas deve, todavia, ficar claro o importantíssimo princípio na filosofia social: que é ilícito tolher aos indivíduos o que esses puderem cumprir com a força e a indústria própria para dá-lo à comunidade, assim é injusto remeter a uma maior e mais alta sociedade aquilo que a na menor e inferior comunidade se pode fazer.²⁶²

Não se deve dar a uma sociedade maior o que uma sociedade menor pode fazer bem. Isso pode se dar em todos o níveis. Quem teria a primazia sobre a própria plenitude é sempre o indivíduo. Em seguida, temos o papel da sociedade e, apenas num último momento, e indiretamente, o papel do Estado. Retomamos aqui a idéia do Império consolidada no pensamento de Pimenta Bueno, já

²⁶¹ Sobre o tema, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995, BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 e MACIEL, Omar Serva. *Princípio de Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

²⁶² PIO XI (Papa). Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*. Disponível na Internet (Home Page oficial da Santa Sé) no endereço http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus_po.html. 15.05.1931 acessado. Acessado em 15 de junho de 2005. nº 80.

intensamente marcado pelo Princípio da Subsidiariedade.

A idéia de subsidiariedade está ligada diretamente à dignidade da pessoa humana. É justamente pelo fato de a pessoa possuir uma dignidade indelével pelo simples fato de ser pessoa – livre e transcendente – que a ele cabe a primazia sobre o sucesso da sua própria vida.

É impossível promover a dignidade da pessoa se não se empreender o cuidado da família, dos grupos, das associações, da realidade territorial local, em síntese, daquelas expressões agregadoras de tipo econômico, social, cultural, esportivo, recreativo, profissional, político, aos quais as pessoas dão espontaneamente vida e que tornam possível um efetivo crescimento social. É este o âmbito da *societate civil* em si, como o conjunto das relações entre indivíduos e a sociedade intermediária que se realizam de forma originária e graças à “subjetividade criativa do cidadão”.²⁶³

Ultrajar o campo próprio da pessoa e das sociedades intermediárias em relação à sociedade global (o Estado) significa negar efeito à capacidade criadora humana decorrente da liberdade. Significa desprestigiar o valor por excelência da pessoa humana e a energia que nasce dos ajustamentos sociais por ela criados.

De tal modo, os corpos sociais intermediários podem desenvolver adequadamente desenvolver as funções que lhe competem, sem dever ceder injustamente a outras agregações sociais de nível superior, das quais terminam por ser absorvidas e substituídas e para ver-se negada, por fim, dignidade própria e espaço vital.²⁶⁴

No fundo – e isso é, em geral, ignorado, pelo princípio da subsidiariedade, busca-se proteger o indivíduo e as sociedades menores das maiores, principalmente do Estado. A onipotência das sociedades maiores, sobremaneira do Estado se, num primeiro momento, pode parecer uma benesse assistencial, mais tarde, pode significar uma atitude totalitária em que as instâncias da vida cotidiana privada vêm-se desprestigiadas ou até mesmo extintas. “A experiência atesta que a negação da subsidiariedade, ou sua limitação em nome de uma

²⁶³ PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE. Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa. Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2004. pg. 100.

²⁶⁴ Idem. pg. 100-101.

pretensa democratização ou igualdade de todos na sociedade, limita ou até mesmo anula o espírito de liberdade e de iniciativa”.²⁶⁵

A questão é bem explicada ao utilizarmos o silogismo prático já presente em Aristóteles. Como a ação depende de um cotejo entre fim (captado via *arché*) e as contingências da realidade, somente quem está mais próximo da realidade, do cotidiano, possui habilidades para alcançar a melhor solução. É precisamente aí que a subsidiariedade se encontra embasada.

No que tange à seguridade social, quem primeiramente, e de maneira mais próxima, conhece as idiosincrasias das necessidades sociais pode decidir melhor sobre as questões a elas pertinentes. Nesse esteio, encontra-se em linha de primazia o indivíduo, as sociedades intermediárias e, por fim, e indiretamente, o Estado.

Somando-se a isso, a ausência de subsidiariedade significa, por via de conseqüência, o esfacelamento de um outro importante princípio da filosofia social: o Princípio da Solidariedade²⁶⁶. Os tributos deixaram de ser o *financiamento do bem comum*, como leciona João Camillo de Oliveira Torres²⁶⁷. Se toda a seguridade social – incluídas aqui a saúde, a previdência e a assistência social – é dever precípua do Estado, desde que estejam pagos os impostos, não há mais nenhum dever em relação aos membros da comunidade política.

Por fim, são claras, nesse sentido, ainda sob a égide do pensamento social da Igreja, as palavras de João Paulo II, por ocasião da Encíclica que comemorava o centenário da *Rerum Novarum*:

Ao intervir diretamente, irresponsabilizando a sociedade, o Estado assistencial provoca a perda de energias humanas e o aumento exagerado do sector estatal, dominando mais por lógicas burocráticas do que pela preocupação de servir os usuários com um acréscimo enorme das despesas. De fato, parece conhecer melhor a necessidade e ser

²⁶⁵ Idem. Pg. 101.

²⁶⁶ “A solidariedade confere particular ressaltado à intrínseca sociabilidade da pessoa humana, à igualdade de todos em dignidade e direitos, ao caminho comum dos homens e dos povos em direção a uma sempre mais convicta unidade.” PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE. Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa. Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2004. pg. 104.

²⁶⁷ TÓRRES, João Camillo de Oliveira. Natureza e Fins da Sociedade Política: visão cristã do Estado. Petrópolis: Vozes, 1968.

mais capaz de satisfazê-la quem a ela está mais vizinho e vai ao encontro do necessitado. Acrescente-se que, freqüentemente, um certo tipo de necessidades requer uma resposta que não seja apenas material, mas que saiba compreender nelas a exigência humana mais profunda. Pense-se na condição dos refugiados, emigrantes, anciãos ou doentes e em todas as diversas formas que exigem assistência, como no caso dos toxicómanos: todas estas são pessoas que podem ser ajudadas eficazmente apenas por quem lhes ofereça, além dos cuidados necessários, um apoio sinceramente fraterno.²⁶⁸

Parece que é nesse sentido que deve ser observada a seguridade social na Constituição Brasileira. O caput do art. 194 indica que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade”. Pelo que dissemos até aqui, realmente deve haver uma integração entre a sociedade e o Estado. Entretanto, interpretamos a integração como sendo a própria aplicação do Princípio da Subsidiariedade.

Não há melhor forma de integração entre a iniciativa privada e a iniciativa pública que a integração subsidiária. Assim, fica a cargo da iniciativa privada a primazia, não ação que gerencia a seguridade social. Ao Estado, de outro lado, ficam aquelas atividades que não poderiam ser realizadas de maneira satisfatória pela sociedade civil.

Nesse sentido, andou bem a Constituição, já que no parágrafo único do art. 194, da CRFB estão os princípios que devem nortear os Poderes Públicos ao **organizar** a seguridade social. O dispositivo é um exemplo típico de subsidiariedade, pois cabe à sociedade maior justamente o trabalho mais geral, ao incentivar, organizar e fiscalizar as ações. Apenas em situações absolutamente excepcionais, justificar-se-ia a substituição da sociedade civil pelo Estado nas efetivas ações de seguridade social.

De fato, a organização geral da seguridade social não poderia ser atribuição da sociedade civil. Está aí uma competência que certamente deveria estar a cargo do Estado. Somente ele, com todo seu aparato, poderia garantir a *universalidade da cobertura e do atendimento* (inciso I), a *igualdade em todos os aspectos entre as populações rurais e urbanas* (inciso II), o *caráter seletivo e distributivo dos benefícios e dos serviços* (inciso III), a *irredutibilidade* (inciso IV), a

²⁶⁸ JOÃO PAULO II (Papa). Carta Encíclica *Centesimus annus*. http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus_po.html. 01.05.1991. Acessado em 15 de junho de 2005. nº 48.

equidade no custeio (inciso V), *diversidade da base de financiamento* (inciso VI), bem como *a democratização e a descentralização garantida pela gestão múltipla* (inciso VII).

Retoma a idéia de subsidiariedade inscrita na seguridade social brasileira o texto do art. 195, da CRFB, pois deixa claro que o papel de financiar a seguridade social é de toda a sociedade e, principalmente, atribui responsabilidade ao empregado – o primeiro responsável por diligenciar acerca de sua própria segurança social – e o empregador, que tem um dever de solidariedade em relação aos que necessitam de cuidado social, já que um bom nível de prosperidade pública é elemento essencial do bem comum.²⁶⁹

35. Os Grandes Modelos de Segurança Social

Muito importante – e nem por isso menos difícil – é identificar um modelo de seguridade social ao qual o Brasil tenha aderido. Na história da política de Segurança Social, dois grandes modelos foram consolidados: o de Bismarck e o de Beveridge. O primeiro de matiz basicamente contributiva e o segundo assistencialista-universalista.

No Direito espanhol, ao qual estamos sociologicamente bastante alinhados, o tema é palpitante. O art. 41, da Constituição de 1978 traz uma fórmula não muito precisa acerca da segurança social naquele país. No fundo, o sistema propriamente dito é desenhado pelo direito ordinário. Entretanto, há importantes questionamentos tanto na doutrina, como no Tribunal Constitucional acerca de qual seria o modelo adotado pelo constituinte ibérico.

Yolanda Sanchez-Uran Azaña dedica importante monografia ao assunto. Segundo a autora, na Espanha teríamos a existência de um sistema misto de segurança social. Uma parte estaria embasada no perfil contributivo – o que seria da própria tradição de seu sistema jurídico, mas isso não se daria com

²⁶⁹ TÔRRES, João Camillo de Oliveira. *Natureza e Fins da Sociedade Política: visão cristã do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1968.

exclusividade, já que estariam presentes elementos de caráter universalista.²⁷⁰

Realmente, parece que o texto constitucional espanhol não foi feliz nesse ponto. Não se distinguiu, ainda que de forma geral, as diferenças entre a previdência e a assistência social. E parece-nos que em razão disso a distinção entre o caráter contributivo e universalista se torne tão difícil. O que realmente acontece é que figuras de natureza bastante diversa estão colocadas sem nenhuma sistemática: a assistência e a previdência encontram-se agrupadas indiscriminadamente.

Vale a pena dizer que o problema da identificação do modelo de segurança social não é um problema exclusivo da Espanha no continente europeu. Na verdade, é um entrave à unificação do sistema de segurança social comunitária. Para realizar-se uma harmonização do instituto, o grande problema encontrado é justamente a identificação – sob critérios técnicos e homogêneos – dos próprios sistemas nacionais. Segundo Antonio Ojeda Aviles, os países membros do bloco comunitário “carecem da mais rudimentar homogeneidade técnica ou econômica para alimentar esperanças claras de êxito [na harmonização dos sistemas]”.²⁷¹

Nesse ponto, a Constituição Brasileira andou bem. Distinguiu, inclusive topograficamente, as duas figuras. Entretanto, outros problemas surgem a partir daí. Embora a Constituição tenha feito uma distinção entre a previdência social e a assistência social, não parecem estar bem claras as diferenças entre ambas na vida jurídica ordinária.

Além disso, é importante ressaltar que há importantes questionamentos sobre a abrangência da seguridade social²⁷². Isso diz respeito também à alocação da saúde como um de suas integrantes. Toda a idéia de segurança diz respeito a riscos. Não é diferente – já nos referimos a isso – na segurança social. Nela

²⁷⁰ SANCHES-URAN, YOLANDA. Seguridad Social y Constitucion. Madrid: Civitas, 1995.

²⁷¹ OJEDA AVILES, Antonio. El Sistema Comun Europeo de Seguridad Social. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. pg. 12.

²⁷² Gustavo Arce Cano alerta para esse alargamento desmedido do conceito de segurança social. Segundo ele, “Se chegou a usar a palavra ‘segurança’ como sinônimo, em maior ou menor grau, do que se chamou *direito à vida*. É uma palavra muito ampla. Desde logo, a idéia da segurança é muito mais dinâmica dos que seus críticos pretendem. O homem não deseja uma ‘segurança’ que elimine a liberdade de eleição e a oportunidade de prosperar; nem, por outra parte, espera algo sem saber o que é. Sua idéia é a de acreditar ter um direito, tão bom como o direito de todo homem a viver em sociedade, a participar bela, de um modo permanente e seguro. *Seu direito em viver nela – seu direito à vida – não deve ser-lhe arrebatado por circunstâncias, como flutuação do nível de emprego, sobre as quais ele não tem controle algum; ou por risco ou pela velhice*”. ARCE CANO, Gustavo. De los seguros sociales a la Seguridad Social. Ciudad del México: Porrúa, 1972. pg. 516.

também temos a realidade de compor determinados institutos que criem uma situação de segurança contra determinados riscos.

Aí está uma questão importante. Quais são os riscos que deveriam ser cobertos pela Seguridade Social. Em princípio, aqueles que dizem respeito a aspectos sócio-econômicos, mas isso deve levar em conta que, ante a complexidade observada na vida contemporânea tal afirmação ganharia uma amplitude magnânima, e a própria desintegração do sistema de seguridade social. Essa preocupação está em Paul DURAND, nas seguintes palavras:

Não obstante, é duvidoso que estes riscos devam estar compreendidos dentro do âmbito da Segurança Social. A organização desta não tem sentido a não ser que se permita agrupar, em um sistema lógico, a riscos próximos entre si, e que recorram a técnicas homogêneas para sua cobertura. Os riscos do meio social dão lugar a procedimentos de indenização demasiado diferentes uns dos outros, para que seja possível conectá-los com o atual sistema de Segurança Social. Uma noção demasiado ampla de Segurança Social seria imprecisa e reuniria elementos muito díspares entre si.²⁷³

Faz-se por bem traçar apenas umas poucas linhas acerca desses dois grandes modelos de seguridade social, praticados – de uma forma ou de outra – em todas as partes do mundo – especialmente ocidental.

36. A segurança social no modelo romano-germânico

O modelo alemão de segurança social tem início no final do século XIX. Em seu nascedouro, podemos identificar quatro importantes pressupostos que viabilizaram o modelo instaurado por Bismarck e que, até hoje, influencia, de alguma forma, os países da Europa continental, bem como seus descendentes sociológicos, como se dá com a América Ibérica.

Temos como o primeiro pressuposto a explosão demográfica verificada na Alemanha durante todo o século XIX. De 25 milhões de habitantes em 1800,

²⁷³ DURAND, Paul. La Política Contemporanea de Seguridad Social. Trad. José Vida Soria. Madrid: Centro de Publicaciones – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991. pg. 64.

temos 65 milhões em 1910, o que equivale a uma taxa de cento e sessenta por cento. Isso certamente trouxe, por conseqüência, a formação de grandes cidades movidas pelo influxo industrial crescente. Sem dúvida, nasce aí uma classe que não possuía recursos bastantes para assegurar-se de riscos sociais e tampouco estavam protegidos pelo sistema camponês como outrora.²⁷⁴

Somando-se a esse, apresentou-se como uma realidade importante o fato de que o direito prussiano apresentava importantes traços embrionários de seguridade social. O Código prussiano era pródigo – para a época – de elementos de política social, com cuidados em relação à enfermidade, à velhice e a outros riscos sociais até então impensáveis em outros locais do mundo, nesse modelo.²⁷⁵

O último ponto é de natureza política. Na segunda metade do século XIX, crescia, na Alemanha, o movimento socialista inspirado em Marx. As condições sociais trazidas pela industrialização privilegiavam o discurso socialista, o que não agradou a Bismarck. Esse – homem de Estado, nas palavras de DURAND – além de conter pela força o avanço socialista – por meio de proibições do direito de associação e de reunião – sabia que apenas medidas de força não seriam suficientes.²⁷⁶

Ao lado disso, ele sabia que deveria oferecer à população aquilo que os marxistas diziam faltar. A política de seguridade social foi, além dos benefícios próprios da paz social, um importante instrumento para a contenção do advento socialista na Alemanha.²⁷⁷

Por fim, “as preocupações do homem de Estado coincidiram com uma corrente de opinião hostil ao liberalismo social, que representa o último dos fatores que explica a formação do Sistema de Seguros Sociais”.²⁷⁸ O chanceler alemão, portanto, atendia aos anseios daqueles que, embora não acreditassem nas soluções marxistas, sabiam que os problemas do liberalismo individualista

²⁷⁴ DURAND, Paul. *La Política Contemporanea de Seguridad Social*. Trad. José Vida Soria. Madrid: Centro de Publicaciones – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

²⁷⁵ Idem. Cf. ainda DUPEYROUX, Jean-Jacques. *Sécurité Sociale*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1971.

²⁷⁶ Idem. Cf. ainda DUPEYROUX, Jean-Jacques. *Sécurité Sociale*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1971.

²⁷⁷ Idem.

²⁷⁸ Idem. pg. 105.

nas questões de seguridade social eram reais.²⁷⁹

Assim, já em 17 de novembro de 1881, Bismarck envia ao parlamento a mensagem para a segurança social. É certo que sua obra foi apenas o início da política de segurança social alemã que, no decorrer do tempo, alcançou notável desenvolvimento. Entretanto, não obstante a sofisticação pela qual passou, não conseguiu se apartar, em sua essência, do início confeccionado inicialmente.

Os grandes pontos desse modelo podem ser sintetizados em quatro elementos. *i)* ele se encontra embasado em **seguros sociais obrigatórios**²⁸⁰ para todos os que se encontram sob o regime da lei; *ii)* os seguros sociais tinham, inicialmente, um âmbito bastante restrito. Diziam respeito apenas a algumas classes de trabalhadores que, paulatinamente, foram sendo acrescentadas. Assim, o aspecto subjetivo dos seguros era bastante restrito; *iii)* o financiamento estava dividido entre empregados e empregadores, com raras subvenções estatais; *iv)* “os seguros de Enfermidade, Acidentes de Trabalho, Invalidez-velhice constituíam ramos diferentes, cada um com sua própria estrutura administrativa.”²⁸¹

Eis, portanto, os principais pontos – ainda que sucintos – acerca do modelo alemão de segurança social que tanto ainda influencia as políticas dos países da Europa continental, bem como seus sucessores sociológicos, como o Brasil e demais países ibero-americanos.

37. A segurança social no *common law*

O modelo implementado por Bismarck é conhecido na doutrina como a

²⁷⁹ Esse argumento também pode ser encontrado em SAINT-JOURS, Yves. *Traité de Sécurité Sociale*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984. t. 1, principalmente a partir da pg. 25.

²⁸⁰ É importante frisar que os seguros sociais, a despeito do que dizem alguns, apresentam diferenças enormes em relação aos seguros privados. A importância dessa distinção não passou ao largo na fundamental obra de Paul DURAND, especialmente, em seu item 27. Ainda sobre as importantes diferenças entre os Seguros Privados e o sistema de Seguros Sociais pode ser encontrado em ALMANSA PASTOR. José M. *Derecho de la Seguridad Social*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1991. pg. 121: “Sem embargo, a doutrina progressiva ou escisionista da relação jurídica do seguro social, assim como a da relação jurídica da segurança social, na medida em que postulam a unilateralidade e independência das obrigações contidas na relação, rechaçam de plano o princípio comunitativo [próprio dos seguros privados] como fundamento da mesma”.

²⁸¹ *Idem*. pg. 109.

época clássica da Segurança Social²⁸². Ele alcançou muitos dos países da Europa continental, trazendo grandes influências sobre eles. Elas marcaram sobremaneira países como a França e a Espanha. Ao lado do modelo alemão, entretanto, um diverso foi se desenvolvendo no mundo anglo-saxônico, iniciando nos Estados Unidos da América, passando pela Nova Zelândia e conseguindo plenitude na Inglaterra.

Esse sistema tem seu embrião no quadro histórico que se desenha logo após a crise de 1929, vivida nos Estados Unidos. Em 1932, Roosevelt é eleito presidente dos Estados Unidos e tem pela frente um grande desafio: corrigir os estragos causados pelas desventuras da economia do final da década anterior, porque a opinião pública americana já não acreditava que o restabelecimento sócio-econômico pudesse se dar simplesmente por meio da própria economia.²⁸³

Somava-se a isso toda a idéia do *Welfare State*, doutrina segundo a qual o Estado não teria por atribuição assegurar apenas a liberdade dos indivíduos, mas também um mínimo de condição sócio econômica. A política enérgica empregada por Roosevelt recebeu o nome de *New Deal* e, entre outras questões, estabeleceu-se um plano de segurança social, principalmente, por meio do Social Security Act, de 14 de agosto de 1935.²⁸⁴

Segundo DUPEYROUX, a lei americana não apresentava grandes diferenças em relação às suas análogas européias anteriores, salvo por três exceções que, no fundo, passam a configurar o próprio sistema. Em primeiro lugar, ela amplia a esfera subjetiva dos atendidos pelo sistema de segurança social. Não vigora mais o sistema contributivo simples, mais destinado aos trabalhadores. Muitas outras classes sociais passam a ter vez no sistema.²⁸⁵

Além disso, a política americana de segurança social buscava agregar políticas de prevenção às de reparação, sistematizando, assim, novas relações de trabalho, no que tangia às condições de sua realização, de modo a minimizar os eventuais riscos. Em último lugar – segundo esse autor – a política de segurança

²⁸² É assim que a denomina, por exemplo, DUPEYROUX, Jean-Jacques. *Sécurité Sociale*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1971.

²⁸³ DURAND, Paul. *La Política Contemporanea de Seguridad Social*. Trad. José Vida Soria. Madrid: Centro de Publicaciones – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

²⁸⁴ DUPEYROUX critica aqueles que vêem no Social Security Act o nascimento da Segurança Social dita moderna, embora o próprio autor reconheça que ele foi de grande importância para esse modelo.

²⁸⁵ DUPEYROUX, Jean-Jacques. *Sécurité Sociale*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1971.

social não se encontrava ilhada em relação às de caráter político.²⁸⁶

Entretanto, Paul DURAND identifica outros pontos que merecem ser mencionados. Segundo ele, os estados americanos já dispunham de alguma legislação sobre segurança social. No entanto, apenas com o Social Security Act, possibilitou-se uma articulação sistemática dessas políticas o que veio a gerar maior eficiência do sistema. Um outro ponto é que o sistema americano não se aparta da sociologia tipicamente anglo-saxônica do *self government*, que tanto valoriza a iniciativa privada.

O sistema americano se caracteriza finalmente pela decidida vontade de não garantir, pelo menos no seguro desemprego, mais que uma proteção de nível mínimo, para não comprometer, como se disse, o espírito de iniciativa e de arrojo individuais. As prestações de seguro são proporcionais ao nível de ingressos anterior, com o fim de estimular a vontade do segurado e sua inclinação para o trabalho.²⁸⁷

Mesmo as imperfeições que se apontam ao modelo americano, no fundo, estão intimamente ligadas a própria estrutura sócio-jurídica. O fato, por exemplo, de não se ter garantido uma uniformidade absoluta na política de segurança social, deixando-se aos estados muitas atribuições sobre o tema (sendo que alguns deles não possuíam condições de bem realizá-la) tem íntima relação com o modelo federal americano, em relação às competências reservadas.

No que tange à abrangência objetiva restrita dos benefícios, vale lembrar que a mentalidade norte-americana acredita sobremaneira na liberdade de iniciativa como forma de desenvolvimento sócio-econômico. Assim, apesar de, em virtude das contingências, ter se formado um sistema estatal de segurança social, isso não teria o condão de causar uma revolução em todo perfil sociológico americano.²⁸⁸

A seqüência da segurança social no mundo anglo-saxônico²⁸⁹ acontece em

²⁸⁶ Idem

²⁸⁷ DURAND, Paul. La Política Contemporánea de Seguridad Social. Trad. José Vida Soria. Madrid: Centro de Publicaciones – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991. pg. 156.

²⁸⁸ Essas críticas às quais fazemos tais ressalvas estão é DURAND Paul. op. cit.

²⁸⁹ Não se pode esquecer que a Nova Zelândia deu importantes passos na Segurança Social, principalmente, a partir de 1938, tendo inclusive, pela primeira vez, criado uma “organização sistemática para a eliminação

1941, ano em que se encarrega uma comissão de discutir o assunto, presidida por Mr. William Beveridge, grande especialista no assunto, tendo inclusive colaborado com Churchill em 1911 na discussão sobre o seguro desemprego. Beveridge tinha aliado a sua experiência pragmática, um amplo desenvolvimento acadêmico sobre tal tema.²⁹⁰

Em 20 de novembro de 1942, Beveridge apresentou seu informe e, em 01 de dezembro do mesmo ano, ele já se tornava público. O traço principal de seu plano de segurança social dizia respeito justamente à correção de algumas imperfeições – a seu juízo – então existentes nos demais modelos (inclusive o americano), sem contudo desvalorizar o que já havia sido realizado antes dele. Resumindo, tal plano consistia na unificação e ampliação dos seguros sociais.

Dessa forma, eles estariam sistematizados em uma rede uniforme, além de alcançarem o maior número de pessoas. Entretanto, em nenhum momento perdeu-se a vitalidade anglo-saxônica da iniciativa privada e, ainda que não escrito, esteve presente durante toda essa política o princípio da subsidiariedade, como se denota dessa bela passagem de Paul DURAND:

O Plano reserva um amplo lugar à intervenção do Estado, porém se esforça sobretudo em conseguir simultaneamente uma colaboração entre o indivíduo e os poderes públicos. Para Lord Beveridge, a intervenção do Estado não deve suprimir a iniciativa e o sentido de responsabilidades individuais. O Sistema de Segurança Social deve conseguir-se de maneira que se estimule em todos os indivíduos a vontade de organizar por si mesmos e por meio de sua família uma previsão mais completa que a que a sociedade o outorgue.²⁹¹

Imbuído desse espírito, o Plano Beveridge deveria seguir três direções. Em primeiro lugar, abandonava, de certa forma, o regime alemão de modo a prescindir do caráter contributivo, disciplinando, inclusive, que estariam sobre a proteção subjetiva pessoas que nem sequer exercessem alguma atividade profissional – nas palavras de Dupeyroux, fazia-se uma “abstração da situação

radiação do estado de indigência”, evoluindo de tal maneira seu sistema, a ponto de se caracterizar como um dos marcos mundiais em Segurança Social, como afirma DUPEYROUX, op. cit. pg. 71.

²⁹⁰ DURAND Paul. op. cit.

²⁹¹ DURAND Paul. op. cit. pg. 159.

sócio-profissional dos segurados”²⁹². Com isso, alcançava-se a generalização da Segurança Social, tão difundida em tempos atuais.²⁹³

Um segundo ponto a ser notado é – como já dissemos – uma extensão objetiva. Um número maior de contingências sócio-econômicas passou a estar englobada pela Segurança Social. Questões como o matrimônio e a maternidade foram trazidos para o campo da Segurança Social. O terceiro ponto importante desse modelo foi justamente o implemento do regime de prestações. Uma das principais características foi a extinção dos prazos para o recebimento de benefícios, na maioria das coberturas.²⁹⁴

O modelo inglês sofreu algumas modificações mesmo na Inglaterra com o passar do tempo. Outros países que, de certa forma, o incorporaram também realizaram sensíveis alterações em sua estrutura. De algum modo, podemos dizer que o modelo inglês encampou todo o mundo do modelo ocidental, trazendo consigo a universalização dos sistemas de segurança social, considerada, por si mesma, um grande benefício.

Existe, contudo um sério problema na implementação do modelo inglês em outras partes do mundo, inclusive no Brasil. A idéia que se planta, por meio dele, é de caráter absolutamente assistencialista e em constante conflito com a iniciativa privada. Isso é um problema na medida que a iniciativa da pessoa humana decorre naturalmente de sua inerente liberdade. Resta, portanto, buscarmos uma explicação para esse fato. Por que isso não aconteceu nos países anglo-saxônicos que o adotaram?

A nossa hipótese se configura da seguinte forma: um modelo de caráter nitidamente universalista vai muito bem diante de uma sociologia pragmática, amplamente ligada ao empenho individual, como principal forma de progresso sócio-econômico. Assim, a subsidiariedade está implícita na razão anglo-saxônica; ela não precisa ser escrita. Imerso nesse modelo sociológico que cria um padrão de psicologia social – cunhado através de séculos – a pessoa somente buscará o auxílio do ente maior (do Estado) quando seus esforços individuais e familiares mostrarem-se claramente insuficientes, não criando uma relação

²⁹² DUPEYROUX, Jean-Jacques. op. cit. pg. 71.

²⁹³ DURAND Paul. op. cit.

²⁹⁴ DURAND Paul. op. cit.

patológica com o sistema de Segurança Social Estatal.

De outro lado, em estruturas sociológicas diferentes, em que a primazia é das instituições, o povo tende a esperar pelo *príncipe salvador*, como já alertava João Camillo de Oliveira Torres, referindo-se aos brasileiros²⁹⁵. Esse traço sociológico unido a um sistema de Segurança Social de carácter marcadamente universal-assistencialista **pode** causar degenerações bastante graves para a própria política de Segurança Social. É certo que tal hipótese – que carece, inclusive de desenvolvimentos posteriores – dependerá muito das idiosincrasias dos países em geral, mas parece ser uma intuição importante a explicar algumas mazelas encontradas na Segurança Social como um todo.

38. Segurança social na história constitucional brasileira

A segurança social no Brasil tem um importante embrião na **Constituição de 1824**. Esse foi o mais duradouro e o mais estável texto constitucional brasileiro. Caracterizou-se por ser o resultado de um grande e importante trabalho de arquitetura institucional. Era, de fato, uma constituição liberal, não no sentido racional-individualista, mas próximo ao que se entende atualmente como *social-democrata*. Embora o termo *democracia* ainda não fosse adotado na forma que hoje a designamos, podemos certamente dizer que a Constituição de 1824 já era – em termos atuais – uma constituição democrática. Segundo Cezar Saldanha Souza Junior:

O liberalismo que vai penetrar na constituição de 1824 é aquele da tradição de Locke, que se inspira no denominado *constitucionalismo medieval*. Vai combinar-se com a doutrina de Francisco Suárez (1546-1619), igualmente fundada no pensamento político da escolástica medieval, pensamento que vertebrou o movimento da restauração portuguesa de 1640. esse jesuíta, por longos anos, ensinara em Coimbra que, se o poder vinha, em última instância, de Deus, vinha

²⁹⁵ TORRES, João Camillo de Oliveira. Interpretação da Realidade Brasileira: Introdução à história das idéias políticas no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1973.

necessariamente por meio do povo. Essa posição democrática, avessa ao absolutismo, impregna, desde o Preâmbulo, o texto de 1824.²⁹⁶

Nesse espírito, a Constituição de 1824 dispunha, em seu art. 179, § 31, que “A Constituição também garante os socorros públicos”. Para muitos, essa previsão constitucional era débil e insuficiente, com o que ousamos discordar, pois nela estava inserida uma grande e autêntica cláusula de seguridade social. O pensamento jus-político imperial possuía uma clareza rara em outros momentos da história brasileira. Tinha-se uma noção, ainda não institucionalizada do que, só em 1931 – como se verá adiante – ganharia o status de princípio de filosofia social, na Encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pio XI.

Pimenta Bueno inicia seus comentários a esse dispositivo constitucional, dizendo que “O governo, em circunstâncias ordinárias, não tem a obrigação de sustentar ou manter os particulares, nem ele teria recursos para cumprir essa tarefa; eles devem viver de sua indústria e previdência.”²⁹⁷ Trata-se de efetivo pensamento inspirado na liberdade e primazia da pessoa humana sobre o Estado. Com isso, o primeiro responsável por seu sustento e por sua felicidade é a própria pessoa – sozinha ou unida por *Afectio Societatis*.

Em seguida o grande constitucionalista do Império faz uma importante ressalva, nos seguintes termos:

Em casos porém, excepcionais, ou de calamidades públicas, de peste, inundação, secas, falta de colheitas, grandes incêndios, ou outros males semelhantes, é dever da sociedade socorrer os seus membros, ir em seu auxílio, dar-lhes sua proteção; não só é dever social como a humanidade, e o próprio interesse da segurança pública o exige imperiosamente.²⁹⁸

O segundo papel ainda não é do Estado no auxílio social. Pertence à sociedade. É na solidariedade social que se fundamenta o pensamento social do Império. Antes de dever jurídico, é dever moral, o que lhe garantia uma eficácia

²⁹⁶ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Editora Sagra-Luzato, 2002. pg. 22-23.

²⁹⁷ PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. São Paulo: Editora 34, 2002. pg. 520.

²⁹⁸ *Ib. idem*.

bem maior. Assim, aquilo que a pessoa sozinha, com seus pares, não for capaz de realizar satisfatoriamente, ela deve ser auxiliada pelo corpo social.

Por fim, temos o papel do Estado, como termina Pimenta Bueno:

Além dos socorros diretos, um governo ilustrado ministra outros muitos valiosos mediatamente, pela proteção com que anima e auxilia os hospitais de caridade, os asilos de expostos e de mendigos, e muitos outros estabelecimentos pios.

Seu zelo pelo estabelecimento de caixas econômicas, de bancos de socorro em favor das classes pobres, de montepios, e outras instituições de previdência, é uma outra proteção valiosa outorgada aos cidadãos que têm poucos recursos, e que assim obtêm novas vantagens e benefícios de sua sociedade, que se moralizam, e conseguem meios de melhor educar seus filhos e amparar suas famílias. O Estado recolhe vantagens do seu zelo.²⁹⁹

Ao Estado estaria reservada a última parcela do cuidado social. A grande lição que o pensamento imperial – significado na voz de Pimenta Bueno – nos traz é que o implemento de um melhor nível de prosperidade deve depender (em ordem de importância) primeiramente da própria pessoa humana, em segundo lugar, da sociedade inspirada na solidariedade e, por fim e indiretamente, da atividade estatal.

É na **Constituição de 1891** que a palavra *aposentaria* aparece pela primeira vez, em seu art. 75. Importante ressaltar que não possuía o caráter contributivo, pois referia-se a casos de invalidez de funcionário a serviço da Nação sem que existisse qualquer forma de contribuição para tanto.³⁰⁰

A **Constituição de 1934** sofre os influxos dos direitos sociais provenientes da Constituição alemã de Weimar (1.919). Nesse sentido, ela será a mais inovadora no que diz respeito aos direitos sociais, que, a partir de então, também

²⁹⁹ *Ib. idem.*

³⁰⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. A Lei Eloy Chaves (Decreto nº 4.682/23), em nível de legislação ordinária, teve uma contribuição muito importante para o ordenamento novel da República sobre a seguridade social, sobremaneira ao instituir pela primeira vez a previdência social no Brasil, com a instituição de Caixas de Aposentadorias para os ferroviários. Pg. 33: “Em 1923, havia 24 caixas de aposentadorias e pensões, que cobriam 22.991 segurados. Tinham natureza privada. A Emenda Constitucional de 1926, de 3 de setembro, estabeleceu por meio do parágrafo 29 do art. 54 que o Congresso Nacional estava autorizado a ‘legislar sobre licença, aposentadoria e reformas, não se podendo conceder, nem alterar, por leis especiais’”. A aposentadoria significava a Previdência Social em si, e, logo mais, os trabalhadores começaram a se reunir em grupos profissionais para, por meio de cotas, elaborarem planos de previdência social também privados.

deveriam ser proporcionados – ao lado dos direitos-liberdades – pelo Estado.³⁰¹

As idéias que permeiam o texto constitucional de 1934 e lhe concedem o primeiro traço da segurança social nos moldes em que a observamos contemporaneamente surge de uma base muito clara. Se, de fato os homens são livres – e esse é o papel da primeira geração de direitos –, por outro lado, também são iguais.³⁰² A Constituição de 1934 – e aqui se explica toda a sua influência em termos de segurança social – sofre todas as conseqüências (como havia acontecido também em Weimar) da denominada *Questão Social*.³⁰³

Esse texto constitucional, em virtude do momento histórico em que foi consagrado e por sua riqueza, passou a ser um marco em termos de direitos sociais como um todo e, especialmente, no que tange à seguridade social. É certo que isso não se deu nos moldes em que se encontra hoje, mas, como já dissemos, é a primeira vez que a seguridade social (é certo que resumida

³⁰¹ Com real origem no Tratado de Versalhes, essa *segunda era de direitos* consolidada de modo peculiar na Constituição alemã de 1919, como salienta Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “*Elaborou-se uma Constituição para a Alemanha republicana, da qual o ponto mais relevante para a história jurídica é a Parte II – Direitos e deveres fundamentais dos alemães. Nesta, dedica-se a primeira seção ao indivíduo, a segunda, à vida social, a terceira, à religião e a sociedades religiosas, a quarta à instrução e estabelecimentos de ensino, e a quinta, à vida econômica. Todas essas seções são marcadas por novo espírito, que se pode dizer ‘social’, mesmo quanto às liberdades. Em seu exame, avultam, por exemplo, normas sobre o casamento e a juventude, a obrigatoriedade da instrução escolar, com a previsão de estabelecimentos públicos para tanto, mas o núcleo plenamente novo está na última seção. Nela destacam-se a sujeição da propriedade à função social – com a célebre fórmula: ‘A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve visar o interesse geral’ (art. 153) –, a repartição das terras (reforma agrária) (art. 155), a possibilidade da ‘socialização’ de empresas (art. 156), a proteção ao trabalho (art. 157), o direito de sindicalização (art. 159), a previdência social (art. 161), a co-gestão de empresas (art. 165).*” FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. pg. 48-49. Quanto à influência desse modelo no sistema constitucional brasileiro, o grande mestre das Arcadas arremata, nos seguintes termos: “*Estava assim estabelecido um novo modelo. Foi ele seguido e imitado nas constituições que pouco mais tarde se editaram na Europa (especialmente a espanhola de 1931), e pelo mundo afora, chegando ao direito positivo brasileiro com a Carta de 1934. Esta é a primeira das nossas que enuncia uma Ordem Econômica e Social (Título IV)*”.

³⁰² Retomamos, aqui, por óbvio, os argumentos deduzidos no capítulo anterior.

³⁰³ Essa expressão é bem explicada pelo mestre paulista nos seguintes termos: “*Numa síntese, talvez demasiado simplificadora, pode-se dizer que, paralelamente ao avanço do liberalismo político e econômico, o período acima referido (o início do século XX) assistiu à deterioração do quadro social, particularmente nos Estados mais desenvolvidos da Europa ocidental e nos Estados Unidos. Esse quadro costumava ser designado como a Questão Social. A expressão é hoje menos usada, porque os cientistas sociais marxizados preferem discorrer sobre a “luta de classes” em vez de usar da terminologia “burguesa” questão social. Esta, na verdade, envolvia agudamente a luta de classes, como Marx bem registrou. Entretanto, esta luta era apenas um de seus aspectos. A Questão Social – chama-la-emos assim – fotografa a situação da classe trabalhadora num momento especial do desenvolvimento capitalista, nos países que primeiro se embrenharam neste caminho. É o caso da Grã-Bretanha, da França, um pouco mais tarde dos Estados Unidos, mas igualmente no norte da península itálica, nos Estados que iriam constituir em 1870 a Alemanha, em menor grau na Holanda, na Bélgica*”. FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. pg. 41-42.

principalmente na previdência social) ganha contornos institucionais próprios.³⁰⁴

O caráter autoritário da **Constituição de 1937** não permitiu que novos desenvolvimentos alcançassem o tema da seguridade social. Ao contrário, em determinados pontos, foi observado um grande retrocesso. A previdência social (na qual se resumia, vale lembrar, a seguridade social) era tratada em apenas duas alíneas do art. 137.

Na alínea *m*, estavam instituídos os seguros de velhice, invalidez, de vida e para os casos de acidentes de trabalho. Já na *n*, indicava que as associações de trabalhadores teriam o dever de prestar auxílio aos seus associados na obtenção de benefícios, tanto na esfera administrativa como na judicial. Vale dizer, ainda, que a referida Carta utiliza-se, em diversas oportunidades, da expressão *seguro social*³⁰⁵, e não de *previdência social*, acompanhando as tendências internacionais que já começavam a utilizar uma expressão mais ampla, depois também assumida pelo direito brasileiro: a *seguridade social*.

O novo modelo empregado para a seguridade social se deu na **Constituição de 1946**, quando ela foi incluída como tema atinente ao Direito do Trabalho, especificamente, em seu art. 157. Aqui, a expressão *seguro social* dá lugar a *previdência social*, sendo a primeira vez, portanto, que esta integra um texto constitucional.³⁰⁶

O texto mantinha o custeio de forma tríplice entre a União, empregado e empregador, o que foi seguido pelas constituições posteriores a essa. Nessa Carta, estavam assegurados os benefícios em razão da maternidade, das conseqüências de doenças, da velhice, da invalidez e da morte. (art. 157, XVI). Também cuidava da *obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador*

³⁰⁴ Em seu texto, temos importantes marcas para a seguridade social: ela fixava competência legislativa em favor da União para dar normas sobre Assistência Social (art. 5º, XIX, *c*); os estados tinham por competência material o cuidado pela saúde e pelas *assistências públicas e fiscalização e aplicação das leis sociais* (art. 10, respectivamente, inciso II e V). ainda, “A *Constituição mantinha a competência do Poder Legislativo para instituir normas sobre aposentadorias* (art. 39, inciso VIII, item *d*); *fixava a proteção social ao trabalhador* (art. 121). A alínea *h*, do § 1º, do art. 121, tratava da ‘*assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade, e nos casos de acidentes do trabalho ou de morte. A Lei Fundamental de 1934 já estabelecia a forma tríplice de custeio: ente público, empregado e empregador, sendo obrigatória a contribuição* (art. 121, § 1º, *h*)”. MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. pg. 35

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ Idem.

contra os acidentes do trabalho (art. 157, XVII).

A Emenda nº 11, de 31.03.1965, instituiu o princípio da *precedência da fonte de custeio*, ao determinar que “nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social poderá ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total”. Não bastasse isso, o número de leis a regular o assunto, no campo do direito ordinário, foi muito grande, em todo o período da Constituição de 1937, com destaque para a Lei Orgânica da Previdência Social (Lei 3.087/60)³⁰⁷.

A **Constituição de 1967** nada inovou acerca da seguridade social. Manteve basicamente, no art. 158, as disposições que a Carta anterior prescrevia no art. 157. Entre elas estavam: o descanso remunerado à gestante antes e depois do parto, sem prejuízo de vencimentos, nem do próprio emprego (inciso XI); mantinha-se o direito à previdência no mesmo padrão da constituição anterior, por contribuição da União, do empregado e do empregador (inciso XVI); também fica mantido o princípio da precedência da fonte de custeio (art. 158, § 1º); fixa o seguro-desemprego (inciso XVI); e, por fim, assegura-se aposentadoria à mulher, depois de 30 anos de trabalho, com salário integral (inciso XX)³⁰⁸.

Com a **Emenda Constitucional nº 1, de 1969**, não se observou qualquer alteração substancial sobre o tema da seguridade social, se comparada aos textos das constituições de 1946 e de 1969. Basicamente, o tema estava inserido nos incisos do art. 165, praticamente repetindo o texto de 1969. Uma inovação interessante se deu com a Emenda nº 18, em 30.06.1981 que acrescentou o inciso XX ao art. 165, prevendo a aposentadoria dos professores após 30 anos de trabalho, com salário integral.³⁰⁹ Nesse período também foi grande o número de leis que trataram do tema no direito ordinário.³¹⁰

³⁰⁷ Sérgio Pinto Martins (*op. cit*) faz um interessante *recueil* dessa legislação pp. 36-37.

³⁰⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. pg. 38.

³⁰⁹ *Idem*.

³¹⁰ Aqui, se destacam as seguintes: Lei nº 5.859/72 (inclui os empregados domésticos como segurados obrigatórios da Previdência Social); Lei nº 5.890/73 (traz inúmeras modificações à Lei Orgânica da Previdência Social); Lei nº 5.939/73 (institui o salário-de-benefício do jogador de futebol profissional); Lei 6.025/74 (cria o Ministério da Previdência e Assistência Social); Lei 6.136/74 (inclui o salário maternidade entre os benefícios previdenciários); o Decreto 77.077/76 (editou pela primeira vez a Consolidação das Leis de Previdência Social); e, por fim, a Lei nº 6.439/77 (instituiu o SINPAS – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social). Um traço melhor de toda essa legislação encontra-se no autor que foi referência para esse perfil histórico da seguridade social - MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

A grande alteração sistemática da seguridade social se deu na **Constituição de 05 de outubro de 1988**, o que, inclusive, fez por merecer o seu lugar no presente trabalho. Como já dissemos no início do presente capítulo, a Constituição dedicou todo um capítulo à **seguridade social**, incluindo nele a **saúde**, a **previdência social** e a **assistência social**.

39. A segurança social na Constituição de 1988

É difícil encontrar na Constituição de 1988 um modelo propriamente dito de segurança social. Ela experimenta no Texto Maior os mesmos influxos que os direitos sociais e temas análogos. Ignorando-se, de fato, toda a idéia de subsidiariedade, há uma corrente que insiste na ampliação prolixa do conceito de serviços públicos, confundindo-o com qualquer interesse coletivo.

Assim, não se tem mais por critério a imprescindibilidade da atuação estatal para a caracterização do serviço público. Nesse contexto, embora a previdência social tenha sofrido restrições – sobremaneira nas emendas constitucionais – a saúde e a assistência social tem apelos cada vez mais abrangentes.

Tal fato vem gerando crises de governabilidade, principalmente quando associado à inadequação institucional que atinge o Brasil há mais de um século. A inflação dos serviços públicos, ao lado da incapacidade de respostas eficientes e rápidas (em razão da ingovernabilidade) traz profundos traços de descontentamento na sociedade, prejudicando, inclusive a formação de campos de consenso.

A figura é bem clara: os direitos sociais vêm sendo colocados – em sua substância e em seu aspecto metodológico – numa situação idêntica à das liberdades públicas. Entretanto, não se pode ignorar que eles (os direitos sociais) dizem respeito a uma otimização que pressupõe necessariamente a atuação político-administrativa. Essa ação, por seu turno, não é capaz de prescindir dos aspectos orçamentários e técnicos que lhe são inerentes.

Enfim, os instrumentos de segurança social (a seguridade social) alocados

na constituição sofrem as conseqüências dessa visão equivocada dos direitos sociais. Perderam o caráter de meio e passaram a ser considerados como finalidades *ensimesmadas* da atuação estatal. A Constituição de 1988 assumiu, em parte, essa posição, ao que foi reforçada por uma grande parte da doutrina e por recente jurisprudência principalmente com relação à saúde. Em razão disso, procederemos, na seqüência a análise dos instrumentos de segurança social de que dispôs a segurança social no Brasil; buscando conservar, entretanto, o seu caráter instrumental em relação à segurança social e à finalidade do Estado.

Antes, porém, não seria possível deixar de mencionar o pensamento lúcido de Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre o tema:

Não há dúvida que para um liberal há na Constituição brasileira uma condenável incompreensão do que seja o Estado, sua missão e conseqüentemente suas tarefas. E, sem o mesmo rigor, merece a repulsa do cristianismo social, cuja regra de ouro é o princípio da subsidiariedade que o recente Tratado de Maastricht consagra, segundo o qual não se deve passar para um grupo maior ou mais elevado o que um menor pode conseguir, e a um grupo o que o indivíduo pode fazer. Mas, ainda que se ponha de lado a questão ideológica, o exemplo nacional denota uma exageração no assistencialismo e no paternalismo. Pior. Revela uma confiança cega e surda no Estado, Deus onipotente e protetor de todos os homens, capaz de proporcionar-lhes a felicidade na Terra, sem a contrapartida de maior esforço por parte dos beneficiários. Ora, isso significa esquecer que freqüentemente a máquina estatal é ineficiente, improdutiva, fonte de desperdícios. No plano moral, esse assistencialismo tende a enfraquecer o povo, na medida em que o ilude com a possibilidade de bem-estar sem esforço. Sufoca a iniciativa individual, tolhe o sentido de responsabilidade pelo desenvolvimento pessoal e da família. E igualmente fere o pluralismo, visto que fecha o campo aos grupos sociais e, enfim, à sociedade civil.³¹¹

40. Instrumentos de segurança social na Constituição de 1988

A saúde possui um caráter eminentemente universalista na Constituição, a começar pelo art. 196 em que isso se mostra expresso por meio da expressão “direito de todos” e, no final do artigo, “acesso universal e igualitário”. Uma preocupação interessante que também lembra o modelo inglês é a da prevenção como forma de segurança social. De fato, por políticas preventivas, os custos, em

³¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constituição e Governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995. pg. 38-39.

geral, são menores e os resultados mais eficientes.³¹²

Além disso, a Constituição permite a atuação da iniciativa privada na assistência à saúde (art. 199, *caput*), impedindo apenas que as de fins lucrativos recebam subsídios públicos (art. 199, § 2º), além de estarem em segundo plano em relação às filantrópicas e às sem fins lucrativos (art. 199, § 1º). Todas essas razões dão subsídios bastantes para não nos parecer possíveis tais procedimentos jurisdicionais que autorizam a utilização de instituições privadas, quando não há vagas no sistema público.³¹³

Já com relação aos serviços públicos, por óbvio, têm laços mais estreitos com o Estado, constituindo uma rede única e organizada subsidiariamente entre os entes federativos (art. 198). O próprio art. 198, da Constituição, apresenta as diretrizes que o sistema público de saúde deve seguir. Em primeiro lugar, está caracterizada a subsidiariedade, garantida pela descentralização federal (inciso I). Logo em seguida, vemos claramente a influência *beveridgeana* quando se refere ao *atendimento integral*, desenhando o universalismo objetivo próprio do sistema inglês (inciso II).

A Constituição ainda traz (art. 200) as competências do Sistema Único de Saúde (SUS) que vão desde a fiscalização e controle de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participação da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros

³¹² A expressão “direito de todos”, entretanto, vem sofrendo interpretações que nos parecem bastante distorcidas, lembrando o que dizíamos acerca das implicações do modelo Beveridge em ambiente sociológicos diferentes daqueles em que o modelo nasceu. Por essa expressão, entendemos que todos têm direito a duas realidades que constam do próprio art. 196. Em primeiro lugar, ninguém poderia ser excluído das “políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos”. Assim, naquelas políticas preventivas que nascessem da esfera estatal, não poderia haver exclusão de pessoa alguma, respeitando-se sempre, é claro uma relação matemática de possibilidade de serviço e demanda, já que as finanças públicas também possuem contingência. Esse, inclusive, é um problema típico dos direitos sociais em geral, na medida em que eles pressupõem investimento público. Ao lado disso, estaria garantido o acesso universal às ações e aos serviços públicos de saúde, e não à saúde em si, ainda que na rede privada. Aqui também está clara a relação oferta-demanda no serviço público que sabemos ter seus problemas. Entretanto, o que se verifica em alguns traços jurisprudenciais é existência de verdadeiros procedimentos *expropriatórios* em institutos de saúde privada. Ocorre, no entanto, que o procedimento de desapropriação no Brasil possui determinados requisitos que se encontram ancorados no próprio princípio do Estado de Direito.

³¹³ Com as exceções que porventura estejam em lei, é proibida pela Constituição (art. 199, § 3º) a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no Brasil. A razão disso é claramente estratégica. O domínio nacional sobre os serviços de saúde é um importante trunfo em caso de instabilidades internacionais, além de toda a problemática em tempos de normalidade. Isso por que os serviços de saúde, segundo a própria Constituição (art. 197), são de relevância pública, ou seja, guardam uma relação de certa forma íntima com o bem comum nacional. Somente podem ser capazes de entender o bem comum nacional aqueles que são nacionais.

insumos (inciso I), a execução das ações de vigilância sanitária, bem como as que dizem respeito à saúde do trabalhador (inciso II).

Também ficou a cargo do SUS a formação do pessoal apto para os serviços de saúde (inciso III), bem como a participação integral nas ações de saneamento básico (inciso IV). Em tempos em que a tecnologia pode ser muito útil em diagnósticos e em tratamentos, quis o texto constitucional que o SUS buscasse o incremento tecnológico em sua área de atuação (inciso V).

Tanto os alimentos, como as substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos também ficaram a cargo do controle e da fiscalização do Sistema Único de Saúde (inciso VI e VII) que ficou encarregado, no espírito do art. 225, da Constituição, de colaborar na proteção ambiental (inclusive a do trabalho) por ser um potencial agente poluidor (inciso VIII).

É certo que o número de atribuições é muito grande, e a eficiência somente será alcançada por uma rede bem organizada e descentralizada dos serviços. Nesse sentido, vem desenvolvendo importante papel as Agências Reguladoras que contribuem com os assuntos relativos à saúde. Seja dado destaque à ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) e à ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Vale lembrar os fundamentais serviços prestados pelo que se vem chamando Terceiro Setor, sobremaneira por meio das Organizações Sociais (OS's) e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's). Corrigindo-se determinados equívocos, tais entidades tendem a prestar relevantes serviços não só nas áreas de saúde, mas na Segurança Social como um todo.

A **Previdência Social** no Brasil parece, à primeira vista, atrelada ao modelo alemão de Segurança Social, pois já no art. 201, da Constituição, temos a existência de um sistema contributivo e de filiação obrigatória. Entretanto, isso não se dá de modo absoluto, ao se observar o alcance subjetivo, bem como o objetivo dos benefícios. Cada vez mais, eles cobrem o maior número de contingências sócio-econômicas, como demonstram os cinco incisos desse artigo. A amplitude dos benefícios que são objeto de cobertura, bem como a possibilidade de grande participação das mais variadas classes produtivas.

O § 1º, do art. 201 indica o caráter excepcional de regimes diferenciados de previdência social. Eles somente serão aceitos nos casos fixados em lei, observando-se, desde já, que somente poderá ocorrer em atividades que prejudiquem a saúde ou a integridade física. A recente Emenda Constitucional nº 47 também possibilitou a existência de regime diferenciado no caso de portadores de deficiências físicas.

Embora tal fenômeno exista no Brasil, também no campo da Previdência Social não permitiu ao constituinte que os benefícios que substituíssem o salário básico de contribuição ou o rendimento do segurado fosse inferior a um salário mínimo (§ 2º). Em clara preocupação com a manutenção – e aqui está talvez um dos principais traços do fenômeno segurança – da condição sócio-econômica da pessoa humana, buscou o constituinte, sobremaneira sob a égide da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, exigir a atualização monetária dos valores pagos a título de benefício. Isso não ocorre sem razão ante o passado inflacionário por que já passou nosso país (§§ 3º e 4º).³¹⁴

O § 12 incumbiu a lei ordinária de dispor a inclusão previdenciária *àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo*. Trata-se de uma outra inovação trazida pela Emenda de nº 47, já que anteriormente a ela o parágrafo citado apenas se referia aos trabalhadores de baixa renda.

Trata-se de uma reivindicação antiga das pessoas, na maioria mulheres, que se dedicam ao trabalho doméstico, sem visualizar uma possibilidade de descanso remunerado na velhice. De outro lado, certamente, essa inclusão, quando efetivada pela lei regulamentadora trará ainda mais problemas ao frágil

³¹⁴ Em razão do grande déficit por que passa a previdência geral no Brasil, foram alargados tanto o período de contribuição, quanto a idade mínima para se aposentar sob o regime geral de previdência. Os homens somente poderão aposentar-se após os trinta e cinco anos de contribuição, enquanto as mulheres somente depois de terem contribuído por trinta anos (§ 7º, inciso I). Tomando-se por base a idade mínima, apenas homens com sessenta e cinco anos completos e mulheres com sessenta passam a ter direito à aposentadoria sob o regime geral. Tal tempo será reduzido, caso dos *trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal* (inciso II).

Também estará incluído na redução de cinco anos o professor que tenha trabalhado de modo efetivo no magistério pré-universitário. Tal redução refere-se apenas ao período de contribuição, de modo que os do sexo masculino terão que contribuir – repita-se – exclusivamente na função de professor durante trinta anos, enquanto as mulheres o farão pelo prazo de vinte e cinco anos (§ 8º).

sistema previdenciário brasileiro que, apesar dos arrochos sofridos, continua a pagar mais do que recebe a título de contribuição.

Buscando o equilíbrio das contas da Previdência Social no Brasil, a Emenda nº 20, na redação que deu ao *caput* do art. 202, instituiu o regime privado de previdência, de caráter complementar e facultativo, em que estaria garantido o benefício contratado mediante a constituição de reservas. A Constituição também deixa claro seu caráter autônomo em relação ao regime geral, bem como a sua complexidade a ser regulamentada por lei complementar.

Tal dispositivo legal deve necessariamente primar pela transparência dos fundos privados de previdência, comunicando-se aos associados toda a sua situação financeira (§ 1º). Interessante também o fato de que, diferente do regime geral de previdência, há uma independência entre o salário e as contribuições, de modo que essas não passam a integrar aqueles quando pagas pelo empregado (§ 2º).

De um modo geral, ficou proibido à Administração Pública Direta e Indireta, bem como as concessionária e permissionárias de serviço público, o aporte de recursos a entidades privadas de previdência social, salvo se tal montante se der a título de patrocínio. Ainda nesse caso, tal relação deverá necessariamente ser regulada por lei complementar. Julgamos, outrossim, que a Constituição estaria a exigir lei complementar específica, diferente da geral do *caput* do art. 202. Não fosse assim, a nova exigência de lei complementar estaria a sobrar no texto constitucional, o que a boa interpretação desautoriza pensar.

Outra questão interessante que deve ser notada, ainda que sem grande profundidade em razão dos limites do presente trabalho, diz respeito à previdência dos servidores públicos, principalmente em virtude das modificações trazidas pelas emendas 20, 41 e 47.

De certa forma, o regime previdenciário do servidor público equiparou-se ao regime geral. Em primeiro lugar, o regime deixou de ser apenas de caráter contributivo para assumir também natureza solidária, na medida em que o fundo previdenciário passou a ser composto por contribuição da Administração Pública e dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas (art. 40, *caput*).

Os cálculos para a obtenção do benefício também se tornaram mais

complexos. Dessa forma a aposentadoria pode ser conseguida em três situações gerais. Em primeiro lugar, em caso de invalidez permanente, em que os proventos serão recebidos proporcionalmente ao período de contribuição, *exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável*, conforme dispuser a lei (§ 1º, I).

O segundo modo diz respeito à aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade, situação lastimável em nossa Constituição, já que, em inúmeras profissões, é justamente nessa idade que o servidor atinge a maturidade que o torna ainda mais pleno para exercício da função. É o caso, sem excetuar outros, do magistério universitário e dos juizes em geral e, especialmente das altas cortes. Exames de sanidade física e intelectual seriam o bastante para atestar sua aptidão às funções, com inúmeros ganhos que somente a experiência pode trazer para serviços dessa natureza (inciso II).

A concessão voluntária será dada ao homem depois de trinta e cinco anos de contribuição e à mulher depois de trinta anos. Também poderão aposentar voluntariamente, com proventos proporcionais, os homens aos sessenta e cinco anos de idade e as mulheres aos sessenta anos. Vale a pena lembrar que é requisito para a concessão de aposentadoria voluntária *tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria* (inciso III).

Os benefícios do servidor público não poderão exceder o valor do provento que recebia quando na ativa, nem os limites do regime geral, de que trata o art. 201 (§§ 2º e 3º). Também aqui não serão admitidos regimes excepcionais, salvo nos casos em que a própria Constituição os prevê, como é o caso dos portadores de deficiência, dos servidores que exerçam atividade de risco ou das *atividades que sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física* (§ 4º). Aos professores de ensino infantil, fundamental e médio são garantidos os mesmo benefícios pelos quais preza o regime geral de previdência (§ 5º).

Por fim, uma última alteração substancial ocorreu com a chamada *contribuição dos inativos*, nos termos em que trata o § 18. Tal contribuição terá lugar, quando o valor dos proventos for superior ao teto máximo que dispõe o art. 201, e terá percentual idêntico ao aplicado aos servidores da ativa. Muitas

questões surgiram em decorrência de tais modificações. O que se percebe, contudo é que o sistema de previdência social brasileiro, volta a suas raízes alemãs. Entretanto, trata-se de tema espinhoso que fugiria dos limites do presente trabalho. Lembramos apenas que alguns desses pontos foram tratados no capítulo referente à Segurança Jurídica, especialmente, quando nos referíamos ao tema do Direito Adquirido.

Por óbvio, a **Assistência Social** tem a marca do sistema anglo-saxônico. Ela é marcadamente universalista e prescinde de contribuição de qualquer forma. Seu denominador comum diz respeito apenas à necessidade. Segundo já delineamos no presente trabalho, esse é um critério próprio do conceito de Justiça Social desenvolvido, principalmente, a partir do século XIX, no interior do pensamento social católico, quer com base na Justiça Distributiva que, além de méritos, passava a se reportar às necessidades, quer sobre a base da Justiça Geral, como bem salienta Luis Fernando Barzotto.³¹⁵

Seus objetivos (descritos no art. 203, da Constituição) buscam atender as necessidades sócio-econômicas da pessoa humana em todas as dimensões cronológicas, segundo requerimentos próprios, como a criança, a adolescência ou a velhice, bem como uma intuição importante no que diz respeito às famílias, em que todo o processo educacional e formador de consciências poderá se realizar (inciso I).

Mais uma vez, a criança e o adolescente despertam a preocupação do texto constitucional, com atenção especial aos economicamente menos favorecidos (inciso II). Isso se justifica; pois, em geral, esses ainda não possuem aptidão para o trabalho e subsidiariamente têm maior necessidade da prestação estatal, quando a família – primeira responsável por sua subsistência – não é capaz de realizar a contento tal tarefa. É também nesse sentido que a Constituição busca fornecer condições para o ingresso no mercado de trabalho, a fim de não privilegiar o assistencialismo puro, altamente danoso à engenhosidade humana (inciso III).

Não é diferente a preocupação com os portadores de necessidade

³¹⁵ BARZZOTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. In: Revista Jurídica Virtual. v. 4, n. 48, maio/2003. disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/Artigos/ART_LUIS.htm . Acesso em 08.10.2004.

especiais, em virtude de algum tipo de deficiência física ou mental (inciso IV). É certo que contemporaneamente estamos em posição avessa aos romanos da Pedra de Tarpéia. Ao contrário, percebemos que essas pessoas apenas precisam de alguns cuidados especiais para que possam desenvolver-se, dentro de suas próprias condições e alcançar seu merecido lugar na sociedade.

Questionável é, por outro lado, a garantia disposta no inciso V do mesmo artigo. Embora, em geral, os mencionados no texto realmente apresentem grandes necessidades, isso está a depender de recursos que precisam constar de um complexo arranjo orçamentário. É por essa razão que realmente o melhor lugar para a sua disciplina não seria o próprio texto constitucional, mas lei ordinária em momento oportuno.

Por fim, o art. 204, da Constituição indica a fonte de recursos da Assistência Social, notadamente o orçamento da seguridade social constante do art. 195, e possui duas grandes diretrizes que refletem uma busca legítima – embora não muito vivida – de subsidiariedade, quando se refere à descentralização político-administrativa, em uma articulação de subsidiariedade entre os entes federativos (inciso I), bem como a necessidade de participação da sociedade por meio de instituições de caráter privado subsidiadas eventualmente pelo Poder Público.

CONCLUSÕES

– I –

O presente trabalho, em seu primeiro aspecto, revelou que, embora segurança seja um termo que possa ser utilizado em inúmeras situações, possui significado analógico³¹⁶. Ainda que observada em ocasiões diversas, possui – em todas elas – um fio de unidade que a coloca frente a um analogado principal, qual seja, a performance de situações no tempo, e o conseqüente diálogo entre preservação e mutação.

Em razão disso, segurança se diferencia de termos equívocos – como *macaco* – cujas diferentes utilizações não guardam qualquer tipo de valor comum, bem como dos termos unívocos – como *homem* – em que a palavra somente pode ser utilizada num único sentido. Isso é importante, pois se pode perceber que há uma unidade da segurança no texto constitucional, já que todo ele lida diretamente com o direito no tempo. Isso não se estabelece sem razão, pois, o direito é antropológico e a pessoa humana essencialmente histórica.

– II –

Em virtude de seu caráter analógico não poderia ser diferente o resultado a que chegamos, isto é, encontrar, pelo menos, quadro sentidos de *segurança*.

³¹⁶ PESSOA, Mário. O Direito da Segurança Nacional. São Paulo: RT, 1971. pg. 08.

Cada um deles possui um modo próprio de ser, relembrando, entretanto, sempre sua origem ontológica comum. Em razão disso, não foram raras situações em que os sentidos pareciam se confundir, o que julgamos não ter ocorrido, de fato. O que realmente se verificou foi justamente o fato de que todas possuem um fio comum de identidade que, hora ou outra, tende a manifestar-se.

Assim, parece-nos que a Constituição Brasileira entendeu muito bem o espírito da segurança enquanto necessidade essencial da pessoa humana que não foi habilitada para viver no desordenado absoluto. É certo, todavia, que a sistemática que procuramos imprimir ao texto constitucional pode ter fugido em várias situações das intenções a que se prestou o constituinte brasileiro. Isso, entretanto, é obvio, na medida em que os modelos, de fato, violentam a realidade.

– III –

A Constituição inicialmente delinea a preocupação com a segurança ao estabelecer a idéia de direito do Estado Brasileiro. Assim, como ele está fundamentado na Pessoa Humana e em sua indelével dignidade, não poderia prescindir de *valor segurança* em sua constelação axiológica. Ela, antes de ser um valor do Estado, é um valor da pessoa humana.

É nesse sentido que encontramos a segurança enquanto o *penhor* da manutenção da idéia de direito dominante em dado período histórico. Como visto, também é ela a responsável pela atualização dessa idéia de justo.

– IV –

Foi necessário, ademais, contextualizar o valor segurança com a própria axiologia constitucional – que tem seu lugar de destaque, principalmente, a partir da segunda metade do século XX. Percebida, destarte, a existência dos valores constitucionais, precisamos como se configura a segurança-valor, a partir dos dois grandes valores da convivência humana em sociedade política: a liberdade e

a igualdade.

Partido desse ponto, o valor segurança foi conectado a todos os demais valores do ordenamento constitucional que, unidos buscam proporcionar um clima de *eudaimonia* que garanta a possibilidade de que as pessoas, por sua própria iniciativa, viva de maneira feliz.

Os valores constitucionais ganham, cada vez mais, relevo no estudo do Direito Constitucional; sendo necessário, entretanto, que se alerte o seu papel abstrato e de caráter negativo. De modo diferente, ele se transforma em mero arbítrio, o que, em termos de segurança, poderia levar a consequências desastrosas, como as verificadas nos regimes totalitários, em que o valor segurança – *batizado ideologicamente* – deixou de ser um valor que se transformou em promessa escatológica a serviço da barbárie. A Constituição brasileira fez opção bastante clara pela democracia e os valores baseados na dignidade da pessoa humana que a guarnecem, incluindo-se entre eles a Segurança.

– V –

Ao dizermos que a segurança-valor busca manter incólume a **idéia de direito** em que se baseia a Constituição, não significa que tal idéia prescindida de uma atualização. Sendo o direito antropológico e histórico, a alteração sociológica – que é natural – certamente deverá ser acompanhada de uma atualização jurídica.

Em razão disso, a segurança-valor desautorizaria a expressão **cláusulas pétreas** nos termos em que é utilizado. Não há na Constituição nada de pétrea ou estagnado. Ao contrário, preservação da idéia de direito em que se funda o texto constitucional decorre justamente da sua capacidade de atualização da eficiência com que responde às necessidades sócio-políticas.

Foi justamente nesse ponto que ganhou relevo a idéia de Hesse sobre a força normativa da Constituição, que estaria a depender justamente de sua atualização sociológica. Essa atualização se realiza pela evolução constitucional

que, como demonstra Jorge Miranda, deve se dar com o mínimo de traumas jus-políticos possíveis. Com isso, abandonamos todos os traços de posturas revolucionárias e reacionárias, adotando claramente um perfil evolucionário que consiste no progresso em paz com a ordem.

– VI –

O segundo sentido que a segurança possui na Constituição foi o da Segurança Política. Confundida por alguns como sendo sinônimo da segurança nacional, pudemos perceber que é expressão de conceito mais amplo que estaria a englobar a **Segurança do Pública**, a **Segurança Estado** e a **Segurança Global**.

A primeira dimensão da Segurança Política é justamente a Segurança Pública que tem por mister preservar não os direitos da pessoa ou mesmo suas expectativas, mas a pessoa em si. Está aí a proteção da pessoa em seu aspecto nuclear, ou seja, em seus valores mais elementares: vida, liberdade e propriedade. Tal proteção é realizada por uma rede de condições objetivas em que se destacam o Direito Penal e a Polícia. Por meio desses, os valores fundamentais são protegidos, dando significado à segurança pública.

Em seguida, a Segurança do Estado diz respeito diretamente ao povo, ao território e às instituições em que o poder legítimo encontra-se atuante. Trata-se de uma idéia presente nas comunidades políticas em geral, e, de modo especial, no Estado. Em razão disso, a segurança do Estado teve sua presença garantida em todas as constituições brasileiras, sob nomenclaturas diversas. Sob o título de segurança nacional, ela permeou vários textos constitucionais brasileiros até que, depois do período revolucionário posterior à década de 60, foi confundida com uma doutrina de mesmo nome que circulou pela Escola Superior de Guerra.

Por tais motivos, tal expressão apareceu uma única vez na atual Constituição, o que não abafou a idéia bastante presente da Constituição de Segurança do Estado. O modo como se procede a Segurança do Estado é pela Defesa do Estado – expressão que parece ter agradado mais o constituinte

brasileiro – que se consolida, entre outras realidades, no estado de defesa e no estado de sítio, conforme prescreve a Constituição.

Segurança Pública e Segurança do Estado constituem a Segurança Política e é justamente, no diálogo entre as duas dimensões que essa é assegurada, pois déficits de segurança do Estado causarão inequivocamente danos à segurança pública, enquanto alguns danos à segurança pública, quando em níveis teratológicos, podem trazer problemas à segurança do Estado, de modo a comprometer a Segurança Política em si.

– VII –

Enfim, como o medo, a segurança é um fenômeno que acompanha a própria existência da pessoa humana, sobremaneira em sociedade. A Constituição da República Federativa do Brasil reservou-lhe – em seus vários aspectos – um importante espaço, para o qual propusemos uma sistemática que proporcionou importantes questões num tema que não tem atualmente no Brasil – salvo alguns autores – um tratamento à altura de sua nobreza.

Em momentos, como o que vivemos, a segurança, entretanto, passa a ter sua importância percebida novamente. Ante inovações cada vez mais velozes e perigos novos que surgem a cada dia, não há como notar a falta que tal realidade pode ensejar, em suas mais variadas dimensões.

– VIII –

Em terceiro lugar, temos a dimensão da segurança que tem por finalidade manter, segundo uma razão de justiça, a esfera jurídica subjetiva da pessoa. Trata-se, aqui, de direitos em ato, e não em potência. São situações jurídicas que já saíram da mera expectativa e passaram a incorporar – direta ou indiretamente – o *patrimônio da pessoa*.

Foi necessário perceber que o tema da segurança jurídica não poderia ficar

resumido ao trinômio *ato jurídico perfeito, direito adquirido* e coisa julgada. Ele é, certamente, um assunto que tem desdobramentos mais complexos, o que nos leva a fugir desse reducionismo impregnado do pensamento oitocentista que insiste em perdurar na doutrina brasileira, com honrosas exceções.

Em termos contemporâneos, a segurança jurídica consiste na manutenção da equação de justiça que deve estar presente nas relações jurídicas em geral. Isso não significa dizer que são as situações em si que devem ser mantidas, mas a equação de justiça que as fundamente, com a devida atualização dos termos envolvidos. Essa atualização é histórica, e, por tal caráter pressupõe o tempo, o que retoma o analogado principal da segurança.

Não bastasse isso, percebemos que a segurança jurídica é uma preocupação própria do sistema Romano-Germânico (pois no *common law*, ela está ancorada em uma razoabilidade natural e no *due process of law*), em que a principal fonte de direito é a legislação aprovada pelo Parlamento. Nesse modelo, ela enseja quatro grandes preocupações. Em primeiro lugar, uma evolução que se processa logo após o apreço pelos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. Consiste na qualidade da lei, em que se exige que o ordenamento seja claro o bastante para que se fuja do arbítrio. Em seguida, temos o fenômeno da proteção à confiança legítima, mais própria do Direito Administrativo, em que os comportamentos estatais não podem ser irresponsáveis ao ensejar atitudes do administrado.

Ainda entre as preocupações que a segurança jurídica fornece ao Sistema Romano-Germânico, temos o julgamento de constitucionalidade, em que os países dessa natureza sócio-jurídica não podem se deparar – como muitas vezes no Brasil – com decisões de inconstitucionalidade de modelo norte americano. Por fim, percebeu-se que a irretroatividade da lei não é mais um sinônimo de segurança jurídica, como outrora. Boa parte dos ordenamentos admite tal fenômeno dentro de limites estabelecidos, em geral, pelas Constituições, permitido-a justamente para que se mantenha a equação de justiça das relações jurídicas.

Um traço muito interessante observado em relação à segurança jurídica no *rule of law* foi a inexistência de importância do assunto para os ordenamentos e para a doutrina dos países dessa matiz sociológica, segundo os padrões romano-

germânicos. Isso decorre do fato de o direito no *rule of law* não ser essencialmente legislativo e surpreendente, como no sistema Romano-Germânico. Como ele já nasce de uma intensa depuração sociológica, quando se institucionaliza jurisprudencialmente, ele não ameaça a equação de justiça das relações jurídicas.

–IX–

Ao lado da segurança do círculo jurídico em ato, temos a segurança social que visa estabelecer o resguardo da situação sócio-econômica da pessoa ante os percalços pelos quais ela possa vir a passar. Temos aqui, entretanto, não direitos consolidados, como na segurança jurídica, mas expectativas que venham a incorporar o patrimônio da pessoa humana.

A segurança social sempre permeou – de modos muito diversos – o constitucionalismo brasileiro, a contar da Constituição do Império que se referia aos socorros públicos. Nas demais ela foi mantida, seguindo-se toda a evolução dos chamados *direitos sociais*. Também as acompanharam as complexidades próprias dessa modalidade de direitos. Em busca de uma solução para o problema do protagonista da segurança social, deparamo-nos com o Princípio da Subsidiariedade que é fundamental para a correta observação do assunto.

Nele reconhecemos o primado da pessoa humana em sua segurança social, com auxílio subsidiário do Estado. O princípio da subsidiariedade também pode ser observado nos dois grandes modelos de segurança social. O modelo alemão – mais próprio a povos romano-germânicos – guarda um caráter contributivo-retributivo, com alcance subjetivo e alcance objetivo mais restritos, se comparado ao modelo inglês de caráter mais assistencialista.

O caráter assistencialista do modelo inglês não traz danos à livre iniciativa. Isso ocorre justamente pelo espírito de *self government* que impera no mundo anglo-saxônico, o que proporciona um equilíbrio muito grande com essa espécie de segurança social. Percebemos que a utilização indiscriminada do modelo inglês em culturas não anglo-saxônicas pode significar danos à iniciativa privada,

que é uma decorrência lógica da liberdade humana.

A configuração brasileira da segurança social apresenta traços de ambos os modelos, o que dificulta sua compreensão, principalmente nas questões de matiz inglês. As expectativas de assistência estatal são contabilizadas como verdadeiros direitos adquiridos em clara afronta ao princípio da subsidiariedade. O Estado deixa de ser o responsável pela manutenção da paz social, para se transformar num produtor de riquezas, o que é próprio do privado. Isso vem se verificando sobremaneira na saúde e na assistência social, onde temos mais traços do sistema beveridgeano. A previdência social, a seu turno, cada vez mais vem assumindo sua vocação em direção ao modelo alemão.

–IX–

Finalmente, a observação da segurança – em todos os seus sentidos – depende de um profundo realismo político e jurídico, pois pressupõe uma idéia clara acerca da vida social e da Democracia. Perceber que, em todas as suas dimensões, haverá alterações – benéficas e malélicas – na sociedade e que o regime Democrático é justamente aquele que entende tais vicissitudes e age a partir delas, conformando-se, sem resignação, que, *no mundo, haveis de passar por aflições.*

BIBLIOGRAFIA

ALMANSA PASTOR. José M. Derecho de la Seguridad Social. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1991.

AQUINO, Tomás de. Comentário a la Ética a Nicômaco de Aristóteles. 2. ed. Navarra: EUNSA, 2001.

_____. Suma Teológica. 2. ed. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, Livraria Sulina, 1980.

ARCE CANO, Gustavo. De los seguros sociales a la Seguridad Social. Ciudad del México: Porrúa, 1972.

ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARZZOTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. In: Revista Jurídica Virtual. v. 4, n. 48, maio/2003. disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/Artigos/ART_LUIS.htm. Acesso em 08.10.2004.

BASTOS, Celso Ribeiro de, MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 5.

BIDART CAMPOS, German J.. Lecciones Elementares de Política. 11. reimp. Buenos Aires: EDIAR, 2002.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 12. ed. trad. Carmen C. Varriale et all. Brasília: Editora Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

BOBBIO, Norberto. Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política. 2. ed. rev. ampl. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Unesp, 2001.

_____. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. Tomas Hobbes. Trad. Carlos Néson Coutinho. Rio de Janeiro, 1991.

CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Forense, 1970. v. II.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. Direito parlamentar e direito eleitoral. Barueri: Manole, 2004.

_____. Sistemas Eleitorais X Representação Política. São Paulo: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

CARDONE, Marly. A. Conceito de Direito da Segurança Social. *In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. n. 40. São Paulo: Centro de Estudos, dez/1993.

CASTRO, Araújo. A Constituição de 1937. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2003.

CAVALCANTI, Themistocles B. Constituição Federal Comentada. Rio de Janeiro: José Konfino, 1949. v. IV

COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99). *In: Revista de Direito Administrativo*. vol. 237. Rio de Janeiro: Malheiros, jul./set. de 2004. pp. 271-315.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A Polícia e as Garantias de Liberdade. *In: MORAES, Bismael B. O Papel da Polícia no Regime Democrático: um simpósio na Academia de Polícia de São Paulo*. São Paulo: Mageart, 1996.

DUARTE, José. A Constituição Brasileira de 1956: exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.

DUPEYROUX, Jean-Jacques. Sécurité Sociale. 4. ed. Paris: Dalloz, 1971.

DURAND, Paul. La Política Contemporanea de Seguridad Social. Trad. José Vida Soria. Madrid: Centro de Publicaciones – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

FAVOREU, Louis. As Cortes Constitucionais. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Comentários à Constituição Brasileira: Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 2.

_____. Constituição e Governabilidade. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Curso de Direito Constitucional. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Do processo legislativo. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O Estado de Sítio: na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de Defesa da Ordem Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

_____. O poder constituinte. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Estado de Direito e Constituição. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Direitos Humanos Fundamentais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Célio Lobão. Crimes conta a Segurança do Estado. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1982.

FRANÇA, R. Limongi. A irretroatividade das leis e o direito adquirido. 5. ed. rev. e atual. Do "Direito intertemporal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1998.

FREUND, Julien. L'essence du politique. Paris: Sirey, 1965.

GARCIA MORIENTE, Manuel. Fundamentos de Filosofia: lições preliminares. Trad. Guilherme de la Cruz Coronado. 8. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980.

HART, Herbert L. A.. O Conceito de Direito. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HASSAMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano. 2 n. 5. jan./mar. São Paulo: RT, 1994

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. Do Cidadão. Trad. Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Leviatã. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JENNINGS, Ivor. *The Law and the Constitution*. London: University Press, 1959.

JOÃO PAULO II (Papa). Carta Encíclica *Centesimus annus*. http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus_po.html. 01.05.1991. Acessado em 15 de junho de 2005.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *In*: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAROCHE, Pierre. *Constitution et Sécurité Juridique*. *In*: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV*, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 131-141.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional* (Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da USP). São Paulo, 2003.

LOBATO, Abelardo. La dignidad humana desde una perspectiva metafísica *in* *Sapientia*, Buenos Aires, v. 51, n. 200, p. 309-26, 1996. pg. 312.

MACIEL, Omar Serva. *Princípio de Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade*. trad. Marcelo Pimenta Marques. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *A Constituição Federal de 1967 Comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. I.

MARITAIN, Jacques. *O Homem e o Estado*. São Paulo: Agir, 1952.

_____. Sete lições sobre o ser. 2. ed. Trad. Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINS-CONSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000.

MASSINI, Carlos Ignacio. La Desintegración del Pensar Jurídico en la Edad Moderna. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

_____ La Prudência Jurídica: Introduccion a la Gnoseologia Del Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, [1982?].

MATHIEU, Bertrand. Constitution et Sécurité Juridique. *In*: Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 155-192.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3. ed. Coimbra Editora, 1996. Tomo II.

_____. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. v. IV.

_____ Sistema de ciência positiva do direito. Campinas: Bookseller, 2000. t. 4

NUNES DE ALMEIDA, Luís. Constitution et Sécurité Juridique. *In: Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV*, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 249-259.

OJIEDA AVILES, Antonio. El Sistema Comun Europeo de Seguridad Social. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

PECES-BARBA, Gregorio. Los Valores Superiores. Madri: Tecnos, 1986.

PESSOA, Mário. O Direito da Segurança Nacional. São Paulo: RT, 1971

PFERSMANN, Otto, Constitution et Sécurité Juridique. *In: Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV*, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 109-117.

PIMENTA BUENO, José Antônio. Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. São Paulo: Editora 34, 2002.

PIO XI (Papa). Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*. Disponível na Internet (Home Page oficial da Santa Sé) no endereço http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus_po.html. 15.05.1931 acessado. Acessado em 15 de junho de 2005.

PIZZORUSSO, Alessandro, PASSAGLIA, Paolo. Constitution et Sécurité Juridique. *In: Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV*, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 199-225.

PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE. Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa. Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2004.

POUND, Roscoe. El Espirito del "Common Law". Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954.

RAMÓN CHORNET, Consuelo (coord.) La política de seguridad i defensa em el Tratado Constitucional. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. O Direito como Experiência. São Paulo: Saraiva.

SAINT-JOURS, Yves. Traité de Sécurité Sociale. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984. t. 1.

SANCHES-URAN, YOLANDA. Seguridad Social y Constitucion. Madrid: Civitas, 1995.

SANTIN, Valter Foletto. Controle Judicial da Segurança Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARASATE, Paulo. A Constituição do Brasil ao alcance de todos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.

SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia Revisitada: o debate contemporâneo. v. 1. São Paulo: Ática, 1994.

_____. Homo Videns: televisão e pós-pensamento. Trad. Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 2001.

_____. Teoria Democrática. Trad. Francisco M. da Rocha Filho e Oswaldo Blois. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965

SCHWARZENBERGER, Georg. International Law and Order. London: Stevens & Sons, 1971

SCOFFONI, Guy. Constitution et Sécurité Juridique. *In*: Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 149-153.

SILVA, Ademir Alves da. A gestão da seguridade social brasileira: Entre a política pública e o mercado. São Paulo: Cortez, 2004.

SILVA, Jorge da. Controle da Criminalidade e Segurança Pública na nova Ordem Constitucional. 2. ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMÕES, Aguinaldo. Princípios de Segurança Social. São Paulo: [?], 1967.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Crise da Democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. A Supremacia do Direito e seus modelos básicos. (Tese apresentada para o Concurso de Professor Titular de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da USP). São Paulo, 2003.

_____. *Consenso e Democracia Constitucional*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.

_____. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Editora Sagra-Luzato, 2002.

_____. *Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário*. In: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. n. III, Março de 2005. pg. 7-18.

_____. *O Tribunal Constitucional como Poder*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STUNTZ William J.. *Local Policing After the Terror*. In: *The Yale Law Journal*. vol.111:2137. abril/2002.

TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

TÔRRES, João Camillo de Oliveira. *A Formação do Federalismo no Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961.

_____. *Interpretação da Realidade Brasileira: Introdução à história das idéias políticas no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1973.

_____. *Natureza e Fins da Sociedade Política: visão cristã do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1968.

_____. Um mundo em busca de segurança. São Paulo: Editora Herder, 1961.

VIGO, Rodolfo Luis. Las Causas del Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

_____. Vision Critica de la Historia de la Filosofia del Derecho. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1984.

ZIMMER, Willy. Constitution et Sécurité Juridique. *In: Annuaire International de Justice Constitutionnelle XV*, 1999. Paris: Economica, 2000. pp. 91-107.