

Globethics Repository

The logo for Globethics, featuring the word "Globethics" in white sans-serif font on a blue rectangular background.

A igualdade emergente da Constituição de 1988 [The emerging equality of the 1988 Constitution]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see <https://www.globethics.net>. Data and content policy of Globethics Repository see <https://repository.globethics.net/pages/policy>.

Item Type	Article
Authors	Machado, Ricardo
Publisher	Instituto Humanitas Unisinos - IHU
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-06-24 11:50:52
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/158829

A igualdade emergente da Constituição de 1988

André Olivier, um dos coordenadores do curso de Direito da Unisinos, considera a igualdade um valor incondicional de nossa Carta Magna

POR RICARDO MACHADO

“A Constituição de 1988 toma a igualdade como um valor incondicional, que deve se aplicar a todas as pessoas sem exceções”, avalia André Luiz Olivier da Silva, em entrevista por e-mail à **IHU On-Line**, ao passo que descreve o conceito de igualdade: “No fundo, quando falamos em igualdade, falamos ao mesmo tempo em diferenciações que devem ser ressaltadas justamente para garantir a igualdade. Parece antagônico falar em igualdade ao mesmo tempo em que se diferencia, mas, no fundo, é justamente esse o legado da nossa Constituição”. Ele destaca que o texto constitucional restabeleceu os direitos individuais como “o pensamento, a liberdade de opinião, de imprensa, isto é, as liberdades que competem a todo indivíduo e que o Estado não pode reprimir, liberdades que cabem ao indivíduo no sentido de poder se expressar do modo que bem entender, sem sofrer, em contrapartida, qualquer tipo de censura e repressão”.

O professor destaca a importância dos programas sociais garantidos pela Constituição e que puderam dar corpo às políticas públicas que visam diminuir a desigualdade social. “A Carta Magna fortalece os direitos coletivos e diz, dentre outros tópicos, que a

propriedade privada atenderá a sua função social com o intento justamente de diminuir desigualdades sociais”, sustenta Olivier. O professor ressalta, entretanto, que a Constituição permitiu mecanismos de interferência entre um poder e outro. “A relação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário é movida por motivações políticas, motivações que são, muitas vezes, pessoais e eleitoreiras, deixando de lado os interesses públicos. Isso não se deve apenas à Constituição de 1988, que criou mecanismos de interferência de um poder no outro, que nem sempre são usados da maneira correta. As medidas provisórias, o *impeachment* e a última palavra do Supremo são exemplos de poderes fortes outorgados a cada um dos Poderes, poderes capazes de interferir ativamente nos outros e que nem sempre se justificam no seu uso hodierno”, destaca.

André Luiz Olivier da Silva é graduado em Direito e em Filosofia pela Unisinos. É mestre e doutor em Filosofia por essa mesma instituição, com a tese *Direitos Humanos e Exigências Morais por Direitos*. Leciona no curso de Direito e de Relações Internacionais da Unisinos.

Confira a entrevista.

IHU On-Line – Como podemos considerar o conceito de justiça antes e depois da Constituição Federal de 1988? Houve mudanças nesse sentido? Quais?

André Luiz Olivier da Silva – O *Preâmbulo* da Constituição Federal de 1988 aponta a igualdade e a justiça como valores supremos do Estado Democrático de Direito e, nesse sentido, podemos identificar duas modalidades de igualdade que perpassam

o texto constitucional, seja no que tange aos direitos individuais, seja aos direitos sociais e coletivos. Se, por um lado, temos uma justiça comutativa, que reduz o cidadão à vítima, reparando e indenizando o dano sofrido, por outro, a justiça é também tomada fortemente como igualdade distributiva. No fundo, a Constituição segue a tradição ocidental e aristotélica, no sentido de que a justiça é uma questão de igualdade; é uma questão de

proporcionalidade entre duas partes que não só se relacionam entre si, como visam também a uma relação paritária e equânime. Essas partes se constituem a partir de pessoas físicas e jurídicas, e em especial a partir do Estado.

Igualdade

A Constituição de 1988 toma a igualdade como um valor incondicional, que deve se aplicar a todas as

peças sem exceções. Mas dizer que a justiça é sinônimo de igualdade não facilita a sua leitura, nem torna mais simples a prestação jurisdicional e a efetividade de seus dispositivos. É justamente aí que os problemas costumam aparecer e se agravar, visto que a igualdade não pode ser tomada apenas como uma igualdade rasa, que trata a todos como absolutamente iguais, quando todos os cidadãos são tratados como iguais sem nenhum tipo de distinção. No fundo, quando falamos em igualdade, falamos ao mesmo tempo em diferenciações que devem ser ressaltadas justamente para garantir a igualdade. Parece antagônico falar em igualdade ao mesmo tempo em que se diferencia, mas, no fundo, é justamente esse o legado da nossa Constituição. Pensemos, por exemplo, no tratamento diferenciado dado a negros e indígenas que pretendem entrar na universidade. Seria um equívoco pensar que negros e índios estão em patamar de igualdade numérica com brancos em um país que viveu por muitos séculos sob a força da chibata. Indígenas e negros não estão em posição paritária com brancos para concorrerem, por exemplo, em um concurso vestibular. Por causa disso, almejamos um tratamento diferenciado, por meio de cotas afirmativas, que visam colocar o afrodescendente e o indígena em posição semelhante ao branco para disputar uma vaga na universidade. Nesse sentido, podemos pensar a relação da justiça e da igualdade a partir de uma concepção distributiva, segundo a qual o Estado intervém na sociedade para garantir a efetividade de direitos coletivos a partir da distribuição diferenciada de seus bens, como, por exemplo, vagas para negros e índios em universidades públicas a partir de um sistema de cotas afirmativas. Por outro lado, verifica-se no Brasil também uma concepção comutativa ou reparadora da justiça, que afirma liberdades individuais ao levar às últimas consequências o exercício de direitos civis. Nesse caso, a justiça visa à correção de relações desiguais, quando, por exemplo, na pior das hipóteses, o Judiciário é chamado para reparar direitos que foram violados ora por outros indivíduos, ora pelo próprio Estado. Esta concepção resume-se em perdas e danos, o que,

por certo, aponta para a excessiva judicialização de demandas.

IHU On-Line – Do ponto de vista do Direito e em termos de democracia, que mudanças significativas houve com a nova Carta Magna e onde o texto deixou de avançar?

André Luiz Olivier da Silva – A Constituição Federal de 1988 representa, ao menos formalmente, o rompimento com a arquitetura dos Atos Institucionais 4 e 5, de 1967 e 1969, e, com isso, apresenta mudanças significativas na estruturação de um estado democrático de direito. Ela também almeja o estado de bem-estar social, tanto por meio de direitos individuais, quanto em razão da distribuição da prestação estatal a partir dos direitos coletivos.

Trata-se de um texto marcado por liberdades e garantias individuais, que, ao contrário do texto oriundo da ditadura militar, limita o Poder Soberano, como quando, por exemplo, aponta para o banimento da tortura, ou como no caso da menção ao *habeas corpus* e ao *habeas data*. A nossa Carta Magna restabelece direitos individuais, como a livre manifestação do pensamento, a liberdade de opinião, de imprensa, isto é, as liberdades que competem a todo indivíduo e que o Estado não pode reprimir, liberdades que cabem ao indivíduo no sentido de poder se expressar do modo que bem entender, sem sofrer, em contrapartida, qualquer tipo de censura e repressão. Nesse sentido, a Constituição de 1988 restabelece a democracia no Brasil, institui eleições majoritárias e faculta o voto para cidadãos entre 16 e 17 anos. Além disso, apresenta avanços significativos no campo dos direitos sociais. Ela afirma a função social da propriedade privada e começa a desenhar o SUS, o Sistema Único de Saúde. Restabelece o direito à greve, além de outros direitos trabalhistas, que envolvem a redução da jornada de trabalho e a ampliação da licença maternidade – temas que provocam atualmente sérias discussões polêmicas. Outros temas inovadores da Constituição envolvem os direitos difusos, isto é, direitos que pertencem à sociedade como um todo, como o compromisso com a demarcação de terras indígenas e a proteção do meio

ambiente. Em razão disso, não podemos negar os avanços trazidos por ela.

Acho, ainda, que um direito muito importante assegurado pela Constituição é a gratuidade da justiça, pois, além de arrolar direitos individuais e coletivos, a Constituição de 1988 concedeu o direito de se reivindicar judicialmente por outros direitos. Para viabilizar o acesso ao poder Judiciário, a Constituição trouxe novos atores para o cenário brasileiro, criando novos personagens ou fortalecendo aqueles já existentes. Agentes da sociedade civil organizada, assistentes sociais, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como os ministros do Supremo, dentre outros personagens, foram chamados a participar ativamente das demandas sociais e jurídicas. Tanto é verdade que hoje em dia se discute o poder dos juízes e desembargadores, ou dos ministros do Supremo ou, ainda, dos representantes do Ministério Público – poder este, talvez, a mais do que os membros dos outros Poderes do Estado.

IHU On-Line – A Constituição Federal deu conta de diminuir a desigualdade no tratamento jurídico entre pessoas pobres e abastadas? Quais os avanços?

André Luiz Olivier da Silva – Não podemos negar que o Brasil avançou muito desde 1988 no que tange à implementação de políticas públicas para garantir a efetivação dos direitos coletivos e a redução das desigualdades sociais. Isso se deve a uma série de programas sociais que se intensificaram nos governos Lula e Dilma¹. Tais programas sociais dão corpo a políticas públicas que combatem as desigualdades sociais, mas elas só se tornaram viáveis por causa da Constituição de 1988, que aponta como objetivo fundamental da República a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. A Carta Magna fortalece os direitos coletivos e diz, dentre outros tópicos, que a propriedade privada atenderá a

¹ **Dilma Roussef**: economista e política brasileira, filiada ao Partido dos Trabalhadores (PT). Atualmente é ministra-chefe da Casa Civil e a candidata apoiada pelo atual governo para as eleições à Presidência da República, em 2010 (Nota da IHU On-Line).

sua função social com o intento justamente de diminuir desigualdades sociais. Ela afirma e reafirma a educação e a saúde como direito de todos. Faz, inclusive, referência explícita aos índios, às crianças e aos adolescentes, aos idosos, aos analfabetos, como sujeitos de direitos, intensificando o respeito aos seus direitos básicos e incluindo-os nos processos de participação popular. Por causa disso, não creio que o principal problema para diminuir a desigualdade social seja a nossa Constituição. Os problemas residem na ausência de regulação dos direitos prometidos na Carta Magna e no *modus operandi* de nossas práticas institucionais, práticas que impossibilitam a chegada da prestação estatal para os mais pobres.

Direitos

É fato que a nossa Constituição outorgou muito mais direitos do que qualquer texto constitucional aos cidadãos brasileiros. Ela garante, como disse antes, a gratuidade do acesso à justiça, o que, por certo, provocou o aumento da judicialização de conflitos do direito privado, a partir do qual se aperfeiçoam as liberdades individuais, como, por exemplo, o direito do consumidor. Neste movimento, o cidadão torna-se uma vítima habilitada a receber uma indenização e isso até costuma funcionar bem no que tange ao direito privado. O problema ocorre quando práticas institucionais nos conduzem a judicializar demandas individuais para reivindicar direitos que são coletivos, direitos para os quais o Estado não ofereceu a sua prestação e, em razão disso, o cidadão passou a exigí-los a partir do poder Judiciário. No fundo, a igualdade distributiva, quando violada, vem a ser cumprida e respeitada somente a partir da reparação na esfera cível, como, por exemplo, os casos de doentes terminais que procuram, por meio do Judiciário, a intervenção estatal para custear as despesas do seu oneroso tratamento médico. Reparem que, por meio do Judiciário, apenas o seu problema, como indivíduo, é resolvido, mas não o da sua comunidade. Parece que pensamos a distribuição das riquezas do Estado por meio da lógica da justiça retributiva e, com isso, nos tornamos menos cidadãos que constroem

“A Constituição de 1988 toma a igualdade como um valor incondicional, que deve se aplicar a todas as pessoas sem exceções”

coletivamente a sociedade e mais consumidores ou clientes do Estado.

IHU On-Line – Onde o texto deixou de avançar? Quais os limites?

André Luiz Olivier da Silva – A Constituição de 1988 avança no exercício de direitos individuais e coletivos, bem como amplia o reconhecimento de novos sujeitos de direito e de novos atores institucionais. Ela aponta claramente para um estado do bem-estar social. Com efeito, para delimitarmos onde retrocedemos, teríamos que distinguir alguns tópicos determinantes. O primeiro deles é a falta de regulamentação em legislação infraconstitucional para os muitos direitos mencionados na Carta de 1988; o segundo diz respeito às práticas institucionais, o que não constitui propriamente um problema da Constituição nem do desenho de suas instituições; o terceiro diz respeito às emendas que foram costuradas ao texto de 1988. Se a Constituição deixou de avançar em algum ponto, eu diria que perdemos a oportunidade de escrever um texto mais principiológico, contendo apenas princípios e cláusulas pétreas, e não, como a Constituição que temos, um texto repleto de dispositivos semelhantes à legislação infraconstitucional. Se o Poder Constituinte tivesse sido mais econômico e elaborado um texto mais enxuto do que o nosso texto atual, talvez isso tivesse inibido a produção excessiva de Emendas à Constituição, que, nos últimos 25 anos, fez da nossa Carta Magna uma colcha de retalhos, um texto tocando em pontos que po-

deriam ser resolvidos por leis complementares e ordinárias. Mesmo sendo extensa e emendada, a Constituição de 1988 aposta na regulamentação dos direitos que ali foram mencionados, pois muitos dos direitos que estão prescritos na Carta Magna carecem de regulação em lei infraconstitucional. Como consequência, entramos em um círculo vicioso a partir do qual não regulamentamos nossos direitos constitucionais por causa das práticas institucionais de nossos homens públicos, em especial os eleitos do poder Legislativo. Quando os direitos são efetivados em lei, outros homens públicos, agora do poder Executivo, deixam de cumprir a lei e não prestam a devida e legal prestação do Estado. Para agravar o problema, o cidadão que percebe a ineficácia dos seus direitos constitucionais recorre ao poder Judiciário com o objetivo de buscar uma decisão que resolva o seu problema individual. A partir daí, se estabelece uma promíscua relação entre os três Poderes.

IHU On-Line – Considerando aspectos éticos, como se dá a relação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário após a promulgação da Constituição de 1988? Que tensões se estabelecem?

André Luiz Olivier da Silva – A relação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário é movida por motivações políticas, motivações que são, muitas vezes, pessoais e eleitoreiras, deixando de lado os interesses públicos. Isso não se deve apenas à Constituição de 1988, que criou mecanismos de interferência de um poder no outro, que nem sempre são usados da maneira correta. As medidas provisórias, o *impeachment* e a última palavra do Supremo são exemplos de poderes fortes outorgados a cada um dos Poderes, poderes capazes de interferir ativamente nos outros e que nem sempre se justificam no seu uso hodierno. Em razão de práticas institucionais corrompidas, esses mecanismos, dentre tantos outros, são usados não com o intento de uma intervenção legítima e habilitada a movimentar a mecânica dos freios e contrapesos. Constituem-se, muitas vezes, na contramão da Constituição e em barganha de troca política. O poder Executivo, por meio das emendas

parlamentares, distribui benesses aos parlamentares em troca da aprovação de seus projetos legislativos. O Legislativo, por sua vez, garante a governabilidade do chefe do Executivo, seja ele o prefeito, o governador ou o presidente da República. Do contrário, o derruba no dia seguinte. O Judiciário, por seu turno, vem ganhando um papel mais protagonista no Brasil, um poder cada vez mais provocado pelo cidadão a oferecer uma resposta diante de conflitos de interesses. O Judiciário vem sendo chamado, inclusive, para decidir conflitos político-institucionais dos outros dois Poderes, quando membros ora do Executivo, ora do Legislativo, não saem do dissenso e são instigados a judicializar a sua demanda.

IHU On-Line – Em que medida a promulgação da Constituição Federal gerou uma prática jurídica que resultou na sobrecarga do poder judiciário? O problema está na redação do texto, na interpretação ou trata-se de um efeito colateral?

André Luiz Olivier da Silva – Dentre os três Poderes, o Judiciário foi, talvez, o que mais tenha crescido, de modo que verificamos, cada vez mais, o protagonismo desempenhado por nossos tribunais, em especial o protagonismo do Supremo no que tange ao julgamento de decisões políticas. Por um lado, podemos dizer que a nossa Constituição radicalizou a defesa de direitos e liberdades individuais, tornando-nos cada vez menos cidadãos e mais consumidores. Nesse sentido, podemos identificar que nossos magistrados, em especial os das primeiras instâncias, estão sobrecarregados não apenas porque a população bate às suas portas cada vez mais e com muito mais facilidade do que há duas décadas, mas também porque poderia estar mais bem estruturado e aparelhado para resolver problemas corriqueiros, que são simples e do dia-a-dia, mas que, por não conseguirmos prestar uma resposta jurisdicional mais célere e eficaz, entopem e massificam as demandas desse poder. Basta pensarmos em problemas cotidianos como o pagamento de uma dívida. São problemas que surgem e ressurgem o tempo inteiro na sociedade e para os quais os Estado poderia servir mais como um mediador na

“Um direito muito importante assegurado pela Constituição é a gratuidade da justiça”

solução imediata de conflitos do que um estimulador de demandas judiciais. Esse é, por certo, mais um problema de prática institucional do que um efeito colateral gerado pela Constituição. Se não recorrêssemos ao Judiciário, iríamos recorrer a quem? Sem o Judiciário e outras instituições democráticas, só nos restaria o estado de natureza hobbesiana² e a guerra de todos contra todos.

Obstáculo

Se focarmos a discussão na prática do Judiciário, veremos, então, muitos problemas e que, não raras vezes, o Judiciário se configura mais como um obstáculo à nossa República do que como um incentivador dela. É bem verdade que o Judiciário já proferiu e vem proferindo uma série de decisões progressistas que aceleram nossa caminhada rumo à democracia. Exemplos não faltam, mesmo que esses exemplos demonstrem mais a falência dos outros dois Poderes do que o mérito do Judiciário. Por exemplo, o legislador se nega a enfrentar questões polêmicas, como a união homoafetiva, e é neste momento que o Judiciário é chamado à tona para dar

² **Thomas Hobbes** (1588 - 1679): filósofo inglês. Sua obra mais famosa, *O Leviatã* (1651), trata de teoria política. Neste livro, Hobbes nega que o homem seja um ser naturalmente social. Afirma, ao contrário, que os homens são impulsionados apenas por considerações egoístas. Também escreveu sobre física e psicologia. Hobbes estudou na Universidade de Oxford e foi secretário de Sir Francis Bacon. A respeito desse filósofo, confira a entrevista *O conflito é o motor da vida política*, concedida pela Profa. Dra. Maria Isabel Limongi à edição 276 da revista **IHU On-Line**, de 06-10-2008. O material está disponível em <http://bit.ly/ggmghe>. (Nota da **IHU On-Line**)

um veredito final. O Judiciário, inclusive, se posicionou favorável às cotas afirmativas, dentre outras questões sobre as quais o legislador e o Executivo querem distância.

Transparência

Embora tenha crescido muito, o Judiciário ainda é muito pouco transparente, menos transparente do que os outros Poderes, principalmente porque o Executivo e o Legislativo estão mais expostos e muito mais na vitrina do que o Judiciário. Deputados e senadores, assim como o próprio presidente da República, são instigados a dar mais explicações para o povo do que juízes, desembargadores e ministros. A própria mídia coloca o microfone na cara de um parlamentar com muito mais facilidade do que na de um magistrado, que, por sua vez, se preserva mais e, digamos assim, se esconde atrás da capa preta. É bem verdade que os eleitos do nosso povo vêm à mídia para justificar o injustificável e, em muitos casos, não apresentam a mínima vergonha em darem explicações poucos plausíveis sobre a destinação da coisa pública. Mas acho que o Judiciário precisa expor com mais clareza para a população como é a sua estrutura organizacional, quanto ganham e como trabalham os seus servidores e funcionários públicos, bem como o modo segundo o qual as decisões são proferidas. Além disso, o poder Judiciário precisa ser menos seletivo quanto àqueles que se beneficiam ou são condenados por suas decisões.

Leia mais...

- “O poder Judiciário é exemplar quando o criminoso é pobre”. Entrevista com professor André Luiz Olivier da Silva para a **IHU On-Line**, edição 383, disponível em <http://bit.ly/vsQbH0>;
- *Os limites da razão e um ceticismo mitigado*. Entrevista com professor André Luiz Olivier da Silva para a **IHU On-Line**, edição 369, disponível em <http://bit.ly/omMPLa>;