

# CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

---

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional



Volume 5 | Número 8 | Janeiro/Junho 2013

# ABDCONST

## ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST  
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar  
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR  
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167  
E-mail: abdconst@abdconst.com.br

*Solicita-se permuta.  
We ask for exchange.  
Pidese canje.  
On demande l'échange.  
Wir bitten um austausch.  
Oni petas intersangam.  
Si richiede lo scambio.*

### Ficha Catalográfica

Constituição, Economia e Desenvolvimento  
Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.  
Programa de Pós-graduação em Direito  
Vol. 5, n. 8 (jan./jun. 2013) - Curitiba: 2013  
Publicação semestral  
ISSN 2177-8256  
1. Direito 2. Academia brasileira de Direito Constitucional.

### Endereço para correspondência:

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E  
DESENVOLVIMENTO: REVISTA ELETRÔNICA  
DA ACADEMIA BRASILEIRA  
DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Editor responsável:

Ilton Norberto Robl Filho

E-mail: [ilton@abdconst.com.br](mailto:ilton@abdconst.com.br).

Publicação semestral. Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

**Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.  
Curitiba, 2013, vol. 5, n. 8, Jan.-Jun.**

# CONSELHO EDITORIAL

## **Editor Responsável**

### **Ilton Norberto Robl Filho**

Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Adjunto da UFPR e UPF. Vice-Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR. Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Visiting Scholar na Universidade de Toronto - Canadá. Pesquisador Visitante no Max Plank Institut em Heidelberg - Alemanha. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

## **Editor Assistente**

### **Rafael dos Santos-Pinto**

Graduado em Direito pela UNESP, Mestre em Direito pela UFPR, Doutorando na UFPR.

## **Membros do Conselho Editorial**

### **Antonio Carlos Wolkmer**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC

### **Antônio José Avelãs Nunes**

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor Honoris Causa da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra

### **Eroulths Cortiano Junior**

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Secretário Geral da OAB/PR e Doutor em Direito pela UFPR

### **Fábio Nusdeo**

Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP

### **Marco Aurélio Marrafon**

Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR

### **Marcos Augusto Maliska**

Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR

### **Marcus Firmino Santiago**

Professor do Curso de Direito das Faculdades Espam/Projeção – Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho

### **Mariana Mota Prado**

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale

### **Ricardo Lobo Torres**

Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF

## Conselho de Pareceristas da Revista do ABDCnst

<b>Abraão Soares Dias dos Santos Gracco</b>	<b>Emilio Peluso Neder Meyer</b>	<b>Leilah Luahnda Gomes De Almeida</b>
<b>Aldo Muro Júnior</b>	<b>Eneas De Oliveira Matos</b>	<b>Leonardo Vieira Wandelli</b>
<b>Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia</b>	<b>Érico Hack</b>	<b>Lilian Márcia Balmant Emerique</b>
<b>Alexandre Hamilton Oliveira Santos</b>	<b>Erivaldo Cavalcanti E Silva Filho</b>	<b>Lucas Abreu Barroso</b>
<b>Alexandre Moraes da Rosa</b>	<b>Eroulths Cortiano Júnior</b>	<b>Lucas Catib de Laurentiis</b>
<b>Alexandre Walmott Borges</b>	<b>Everton das Neves Gonçalves</b>	<b>Lucas Gonçalves da Silva</b>
<b>Alvaro Borges de Oliveira</b>	<b>Fabianne Manhães Maciel</b>	<b>Luciana Costa Poli</b>
<b>Alvaro de Oliveira Azevedo Neto</b>	<b>Fabianne Manhães Maciel</b>	<b>Luciana Fernandes Berlim</b>
<b>André Luiz Costa-Corrêa</b>	<b>Fabrizio de Assis Campos Vieira</b>	<b>Luciene Dal Ri</b>
<b>Angela Issa Haonath</b>	<b>Fabrizio Ricardo de Limas Tomio</b>	<b>Luis Fernando Sgarbossa</b>
<b>Ângela Maria Cavalcanti Ramalho</b>	<b>Fausto Santos de Moraes</b>	<b>Luis Renato Vedovato</b>
<b>Antonio Baptista Gonçalves</b>	<b>Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior</b>	<b>Luiz Claudio Araújo Coelho</b>
<b>Antonio Celso Baeta Minhoto</b>	<b>Germano André Doederlein Schwartz</b>	<b>Luiz Eduardo Anesclar</b>
<b>Antonio Celso Baeta Minhoto</b>	<b>Gisele Mascarelli Salgado</b>	<b>Luiz Eduardo Anesclar</b>
<b>Antonio Gomes Moreira Maués</b>	<b>Gustavo Almeida Paolinelli de Castro</b>	<b>Luiz Ricardo Guimaraes</b>
<b>Carla Izolda Fiuza Costa Marshall</b>	<b>Gustavo Rabay Guerra</b>	<b>Luiz Ricardo Guimaraes</b>
<b>Carlos Bolonha</b>	<b>Hamilton da Cunha Iribure Júnior</b>	<b>Maraluce Maria Custodio</b>
<b>Carlos Victor Nascimento dos Santos</b>	<b>Heder Carlos de Oliveira</b>	<b>Marcelo Henrique Nogueira Diana</b>
<b>Carolina Alves Vestena</b>	<b>Heitor de Carvalho Pagliaro</b>	<b>Marcelo Lamy</b>
<b>Célia Barbosa Abreu</b>	<b>Henrique Napoleão Alves</b>	<b>Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes</b>
<b>Christiane De Holanda Camilo</b>	<b>Henry Atique</b>	<b>Márcia Jucá Teixeira Diniz</b>
<b>Cláudia Luiz Lourenço</b>	<b>Jackelline Fraga Pessanha</b>	<b>Márcio Pugliesi</b>
<b>Claudio Gonçalves Munhoz</b>	<b>Jacqueline de Souza Gomes</b>	<b>Marco Antônio Ribeiro Tura</b>
<b>Claudio Smirne Diniz</b>	<b>Janaína Machado Sturza</b>	<b>Marco Aurélio Marrafon</b>
<b>Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira</b>	<b>Jean Carlos Dias</b>	<b>Marcos Alves da Silva</b>
<b>Daniela Rezende Oliveira</b>	<b>Jorge Jose Lawand</b>	<b>Marcos Augusto Maliska</b>
<b>Daniela Rezende Oliveira</b>	<b>José Carlos Buzanello</b>	<b>Marcos Catalan</b>
<b>Delmo Mattos da Silva</b>	<b>José Francisco de Assis Dias</b>	<b>Marcus Firmino Santiago</b>
<b>Demetrius Nichele Macei</b>	<b>José Luiz Ragazzi</b>	<b>Margareth Anne Leister</b>
<b>Eduardo Biacchi Gomes</b>	<b>José Renato Martins</b>	<b>Margareth Vetis Zaganelli</b>
<b>Eduardo Molan Gaban</b>	<b>Josemar Sidinei Soares</b>	<b>Maria Da Graça De Moraes Bittencourt Campagnolo</b>
<b>Eleonora Mesquita Ceia</b>	<b>Josias Jacintho Bittencourt</b>	<b>Mário Ferreira Neto</b>
<b>Eliana Franco Neme</b>	<b>Juliana Cordeiro Schneider</b>	<b>Martinho Martins Botelho</b>
<b>Eliana Franco Neme</b>	<b>Julio Pinheiro Faro</b>	<b>Mateus de Oliveira Fornasier</b>
<b>Eloi Martins Senhoras</b>	<b>Jussara Maria Leal de Meirelles</b>	<b>Micheli Pereira</b>
<b>Emerson Gabardo</b>	<b>Katiucia Boina</b>	<b>Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas</b>
		<b>Monica Bonetti Couto</b>
		<b>Mônica Helena Harrich Silva Goulart</b>

Murilo Melo Vale  
Nelci Lurdes Gayeski  
Meneguzzi  
Nina Tricia Disconzi  
Rodrigues  
Paulo Ricardo Schier  
Paulo Sérgio da Silva  
Rafael De Oliveira Costa  
Rafael Silveira e Silva  
Rafael Tomaz De Oliveira  
Ricardo Aronne  
Ricardo Carneiro Neves  
Júnior  
Ricardo Serrano Osorio

Rodrigo Fortunato Goulart  
Ronaldo Lindimar José  
Marton  
Samantha Ribeiro Meyer  
Pflug  
Sandra Sereide Ferreira da  
Silva  
Saulo Bichara Mendonça  
Sebastião Neto Ribeiro  
Guedes  
Simone Tassinari Cardoso  
Sonia Barroso Brandão  
Soares  
Sulamita Crespo Carrilho  
Machado

Sulamita Crespo Carrilho  
Machado  
Sylvio Alarcon  
Tiago Resende Botelho  
Tiago Resende Botelho  
Túlio Lima Vianna  
Túlio Lima Vianna  
Valéria Cristina Pereira  
Furlan  
Valéria Silva Galdino Cardin  
Vanessa Oliveira Batista  
Bernier  
Vânia Beatriz Rey Paz

### **Participaram desta edição:**

Alexandre Gustavo Melo  
Franco Bahia  
Antonio Minhoto  
Claudia Luiz Lourenço  
Elói Martins Senhoras  
Gisele Mascarelli Salgado  
Gustavo Almeida  
Paolinelli De Castro

Hamilton Da Cunha Iribure  
Júnior  
José Renato Martins  
Josias Jacintho  
Bittencourt  
Luciene Dal Ri  
Luiz Ricardo Guimarães  
Mônica Helena Harrich  
Silva Goulart

Nina Tricia Disconzi  
Rodrigues  
Paulo Sérgio da Silva  
Rafael Silveira E Silva  
Sulamita Crespo Carrilho  
Machado

### **Editoração**

Karla Kariny Knihs



# EDITORIAL

É com grande alegria que a Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst) publica o número 8 da **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, referente ao período de janeiro a junho de 2013. Os dez artigos deste número tratam principalmente de três eixos temáticos: i) Políticas Públicas, Direitos e Constituição, ii) Direito, Economia e Seguridade Social e iii) Desenvolvimento Humano, Direitos Fundamentais e Teoria da Constituição.

Na primeira estrutura temática deste número da Revista, encontram-se os artigos: 1) O Controle das Políticas Públicas e as Prioridades Constitucionais Vinculantes, do Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul Juarez Freitas; 2) Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: o Caso da Cobertura Universal da Saúde e a Avaliação feita pelo Tribunal Constitucional Peruano, escrito pelo importante pesquisador peruano Felipe Johan León Florián, 3) O direito à Saúde e os Deveres do Estado para com o Tratamento de Dependentes Químicos, de Caroline Voronoski, 4) Instrumentalização de Preceitos Constitucionais para a Concretização do Estado de Direito Ambiental, de Adriele Fernanda Andrade Précoma e 5) Plano Diretor nas Cidades Portuárias: A Ausência de Participação Popular nas Políticas Públicas de Desenvolvimento Portuário, de Tawan Ranny.

Por sua vez, os artigos 6) O Direito Fundamental aos Benefícios Previdenciários e a Impossibilidade de Aplicação do Prazo Decadencial na Revisão dos Atos de Concessão – Inconstitucionalidade do art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91, de Juliano Cesar Zanini e 7) Reflexões sobre o Papel do Estado na Produção da Riqueza Nacional, de Flávio dos Santos Oliveira, integram o eixo Direito, Economia e Seguridade Social.

O terceiro grupo temático de artigos, os quais fefletem sobre Desenvolvimento Humano, Direitos Fundamentais e Teoria da Constituição, é composto pelos trabalhos científicos 8) Direito Fundamental à Resposta Correta e Adequada à Constituição, de Miguel do Nascimento Costa, 9) Entre o Direito ao Processo Qualificado e o Devido Processo Legal: Funções, Distinções e Reflexões Críticas, de Guilherme Botelho e 10) Jurisdição e(m) Crise: um Retrato da América Latina, Brasil e Europa, de Bruno Anunciação das Chagas.

A publicação desses dez relevantes e profundos artigos, com certeza, desencadeará debates importantes nas literaturas jurídica e desenvolvimentista, cumprindo a ABDConst seu papel de instituição de pesquisa crítica e propositiva sobre o Direito Constitucional e as Organizações Sociais. Boa Leitura!

**Ilton Norberto Robl Filho**

*Editor Responsável da Constituição, Economia e Desenvolvimento:  
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

**Rafael dos Santos Pinto**

*Editor Assistente da Constituição, Economia e Desenvolvimento:  
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

# SUMÁRIO

## **O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E AS PRIORIDADES CONSTITUCIONAIS VINCULANTES**

CONTROL OF PUBLIC POLICIES AND BINDING CONSTITUTIONAL PRIORITIES  
*Juarez Freitas*.....8

## **POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CASO DA COBERTURA UNIVERSAL DA SAÚDE E A AVALIAÇÃO FEITA PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO**

PUBLIC POLICIES AND FUNDAMENTAL RIGHTS. THE CASE OF UNIVERSAL COVERAGE OF HEALTH AND THE EVALUATION MADE BY THE PERUVIAN CONSTITUTIONAL COURT  
*Felipe Johan León Florián*.....27

## **O DIREITO À SAÚDE E OS DEVERES DO ESTADO PARA COM O TRATAMENTO DE DEPENDENTES QUÍMICOS**

THE RIGHT TO HEALTH AND THE DUTIES OF THE STATE FOR THE TREATMENT OF DRUG ADDICTS  
*Caroline Voronoski*.....48

## **INSTRUMENTALIZAÇÃO DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL**

INSTRUMENTALIZATION OF CONSTITUTIONAL PRECEPTS FOR THE CONCRETION OF THE ENVIRONMENTAL LAW STATE  
*Adrielle Fernanda Andrade Précoma*.....76

## **PLANO DIRETOR NAS CIDADES PORTUÁRIAS: A AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESENVOLVIMENTO PORTUÁRIO**

CITY PLANNING IN PORT CITIES: THE DEFICIENT POPULAR PARTICIPATION ON PORT DEVELOPMENT PUBLIC POLICIES  
*Tawan Ranny*.....106

## **O DIREITO FUNDAMENTAL AOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL NA REVISÃO DOS ATOS DE CONCESSÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 103, CAPUT, DA LEI 8.213/91**

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO SOCIAL SECURITY BENEFITS AND THE IMPOSSIBILITY OF THE USE OF THE TEN-YEAR STATUTE OF LIMITATION ON THE REVIEW OF ACTS OF CONCESSION – THE UNCONSTITUTIONALITY OF ART. 103 OF LAW N. 8.213/91  
*Juliano Cesar Zanini*.....119

## **REFLEXÕES SOBRE O PAPEL DO ESTADO NA PRODUÇÃO DA RIQUEZA NACIONAL**

REFLECTIONS OVER THE ROLE OF THE STATE IN THE PRODUCTION OF NATIONAL WEALTH  
*Flávio dos Santos Oliveira*.....156

## **DIREITO FUNDAMENTAL À RESPOSTA CORRETA E ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO**

FUNDAMENTAL RIGHT TO AN ADEQUATE AND CORRECT ANSWER OF THE CONSTITUTION  
*Miguel do Nascimento Costa*.....170

## **ENTRE O DIREITO AO PROCESSO QUALIFICADO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL: FUNÇÕES, DISTINÇÕES E REFLEXÕES CRÍTICAS**

IN THE CROSSROADS OF THE RIGHT TO QUALIFIED ACCESS AND THE DUE PROCESS OF LAW: ENDS, DISTINCTIONS AND CRITICAL REFLECTIONS  
*Guilherme Botelho*.....190

## **JURISDIÇÃO E(M) CRISE: UM RETRATO DA AMÉRICA LATINA, BRASIL E EUROPA**

JURISDICTION IN CRISIS: A PICTURE OF LATIN AMERICA, BRAZIL AND EUROPE  
*Bruno Anunciação das Chagas*.....205

**REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS.....233**





# O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E AS PRIORIDADES CONSTITUCIONAIS VINCULANTES<sup>1</sup>

CONTROL OF PUBLIC POLICIES AND BINDING CONSTITUTIONAL PRIORITIES

Juarez Freitas<sup>2</sup>

## Resumo

Políticas públicas e discricionariedade administrativa são temas que precisam ser reequacionados em bloco, no intuito de que as prioridades constitucionais vinculantes passem a ser respeitadas e, graças ao controle de benefícios líquidos a longo prazo, alcancem empírica compatibilidade com os altos objetivos do desenvolvimento sustentável.

**Palavras-Chave:** Política Pública. Discricionariedade. Controle. Benefícios líquidos a longo prazo.

## Abstract

Public policy and administrative discretion are issues that need to be re-equated together in order to respect the binding constitutional priorities and, due to the control of net benefits in the long run, achieve empirical compatibility with the top goals of sustainable development.

**Keywords:** Public policy. Discretion. Control. Net Benefits in the long run.

## INTRODUÇÃO

O Estado Constitucional consagra, explícitas e implícitas, *prioridades vinculantes* a serem observadas, de modo criterioso, na enunciação e na implementação das políticas públicas. Nessa medida, crucial que o escrutínio das escolhas públicas esteja endereçado, antes de tudo, ao adimplemento de

<sup>1</sup> Submetido em 18/12/2013, parecer emitido em 20/12/2013, aprovação comunicada em 23/12/2013.

<sup>2</sup> Professor Titular do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Professor Associado de Direito Administrativo da UFRGS, Pós-Doutorado em Direito na Universidade Estatal de Milão, Pesquisador visitante nas Universidades de Oxford e Columbia, Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público.



prioridades sintetizadas no *direito fundamental à boa administração pública*. (FREITAS, 2013).

Com efeito, a margem de escolha das consequências (diretas e indiretas), conferida a sujeito competente (ao lado da descrição cognitiva para fixar o conteúdo de conceitos indeterminados), não se coaduna com falsas e indecentes liberdades, tais como aquelas que redundam em obras inúteis e superfaturadas, desregulações temerárias, ilusionismos contábeis, compras insustentáveis e empréstimos públicos distraídos das finalidades constitucionais.

Juridicamente, toda discricionariedade administrativa precisa estar, em alto grau, vinculada às *prioridades vinculantes* da Carta. Isto é, a escolha administrativa, com o selo da discricionariedade legítima, só pode ser aquela decorrente da justa apreciação intertemporal dos benefícios diretos e indiretos, nas fronteiras da juridicidade em sentido lato, que inclui a tutela de valores não econômicos, (BREYER; STEWART, SUNSTEIN, 2011, p. 10) à diferença do cogitado pela análise utilitarista de custo-benefício.

Será, pois, legítima aquela decisão administrativa que resguardar as regras legais (atribuidoras da liberdade de escolha) e, simultaneamente, a sustentabilidade do sistema inteiro (conformador da liberdade como poder atribuído aos atores públicos para realizar as melhores escolhas contextuais, com o melhor benefício líquido, a longo prazo).

Na agenda das políticas públicas, verifica-se, pois, uma limitada liberdade conformadora, já que não pode ser considerado indiferente, por exemplo, decidir entre uma intervenção urbana voltada para o transporte individual ou para o transporte coletivo: brota da Constituição a prioridade insofismável do transporte coletivo.

Também não se pode reputar indiferente contratar a obra pública pelo míope menor preço de construção ou, ao contrário, levar em conta os custos de sua manutenção: a própria economicidade requer estimativa prolongada no tempo. Muito menos se mostra indiferente regular com primazia para a saúde pública ou ceder à volúpia e à ganância da “indústria da doença.” Tampouco pode ser tido como indiferente conceber o mercado como se fosse, por si, resiliente ou assumir o pleno



reconhecimento de suas falhas, uma vez que não há como ignorar as externalidades negativas, as informações privilegiadas e o poder dominante.

Em todas essas situações, *não se admitem as condutas administrativas candidamente indiferentes*, que se furtam de cumprir (ao agir ou ao se abster) os condicionantes modulados pelas prioridades constitucionais de florescimento da qualidade de vida, acima do crescimento pelo crescimento econômico, medido pelo precário PIB<sup>3</sup>.

Nessa altura, não faz sentido a tese mesmerizada pela insindicabilidade do cerne político de programas administrativos, porque o juízo de conveniência requer invariavelmente a motivação racional, exposta ao crivo de avaliações substanciais (assim como a aferição dos impactos sistêmicos e de custo-benefício aperfeiçoado)<sup>4</sup>.

Em suma, não se admitem os atos puramente discricionários, típicos do patrimonialismo de extração subjetivista, bem como se mostram implausíveis os atos completamente vinculados e autômatos (de mera obediência irreflexiva).

Com tais pressupostos, reequaciona-se, por inteiro, o escrutínio das escolhas públicas, com foco no crescente adimplemento dos deveres de enunciação e implementação, em tempo útil, das políticas prioritárias de Estado Constitucional, seja pela emissão expedita dos atos administrativos vinculados, seja pelo exercício comedido dos atos administrativos discricionários, expungindo, destes e daqueles, as arbitrariedades por ação e por omissão.

Urge, dessa maneira, empreender destemida releitura simultânea das políticas públicas e da discricionariedade administrativa, de sorte a fazer com que o Estado-Administração, em lugar de fazer de conta que é inteiramente livre, *aplique as pautas constitucionais de ofício*.

Cumpra fazê-lo, por vários motivos, entre os quais o de instaurar uma *guarda ampliada da constitucionalidade*, a ser exercitada, de modo peculiar, também pela Administração Pública. Algo que, por certo, não exclui o controle formalista no

<sup>3</sup> Vide, para uma crítica ao PIB e proposta de “counter-theory,” (NUSSBAUM, 2013, p. 46-50).

<sup>4</sup> Vide, para ilustrar, Posner, 2001, p. 1.137-1.199.



plano das regras, mas submete-o ao compromisso sobrepujante com a eficácia direta e imediata dos princípios e direitos fundamentais de todas as dimensões.

O ponto é que não se coaduna com a Carta uma discricionariedade administrativa vulnerável aos cantos de sereia dos vieses que depreciam a liberdade como poder de veto sobre os impulsos políticos e os pontos cegos de curto prazo.

Nesse prisma, reconceituam-se as políticas públicas como *programas que o Poder Público, nas relações administrativas, enuncia e implementa de acordo com as prioridades constitucionais cogentes, sob pena de omissão específica lesiva*. Ou seja, as políticas públicas são assimiladas como *autênticos programas de Estado (mais do que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, cumprir as prioridades vinculantes da Carta, em ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do complexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras*.

## 1 POLÍTICAS PÚBLICAS, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E AS PRIORIDADES CONSTITUCIONAIS VINCULANTES

### 1.1 Controle das políticas públicas e da discricionariedade administrativa

O controle das políticas públicas requer escrutínio em novos moldes, que dê conta da inteireza do processo de tomada das decisões administrativas, desde a escolha do agir (em vez de se abster) até culminar na pós-avaliação dos efeitos primários e secundários, no enalço (baseado em argumentos e, sobretudo, em evidências) do primado empírico dos benefícios líquidos, a longo prazo.

De plano, convém destacar a necessária redefinição do exame de custo-benefício para que se converta em *escrutínio que transcenda os ditames da eficiência econômica*, conferindo primazia ao bem-estar multidimensional<sup>5</sup>. Nesse aspecto, torna-se imperiosa a *inclusão do desenvolvimento sustentável*<sup>6</sup> entre as

<sup>5</sup> Vide, para uma redefinição da análise de custo-benefício em favor do bem-estar, Adler e Posner, 2006. Vide, ainda, Nussbaum, 2013, p. 37.

<sup>6</sup> Vide, sobre as funções ambientais, sociais e econômicas, éticas e jurídico-políticas do Estado Contemporâneo, Freitas, 2012.



prioridades constitucionais vinculantes (CF, art. 225, combinado com 170, VI), com a capacitação de agentes públicos para que se tornem exímios na *ciência de estimar os benefícios líquidos, sem miopia temporal*.

Esse controle genuinamente de largo espectro revela-se hábil para, gradualmente, desconstruir as falácias subjacentes às decisões perpetuadoras de oligarquias plutocratas. Certamente, não pode persistir o controle perfunctório, opaco, imediatista e satisfeito com informações incompletas, notadamente ao tratar de atos discricionários que envolvem, por definição, escolhas de meios e metas.

Nada colabora, nesse ponto, serem vistas as políticas públicas como meros programas governamentais, não de Estado. Trata-se de noção seriamente deficitária. Em primeiro lugar, peca ao tratar as políticas públicas como se não fossem também implementáveis pelo Estado-Legislator, pelo Estado-Juiz (no exercício da tutela específica), entre outros atores sociais. Em segundo lugar, erra ao tratar das políticas públicas como se tomassem parte do reino da discricionariedade imperial, de modo que cada governante eleito seria livre para formular, “ad hoc,” o rol de suas prioridades, no curso do mandato. Nada mais incompatível com o planejamento estatal e com a continuidade da vinculação dos direitos fundamentais.

Na realidade, *as políticas públicas*<sup>7</sup> *não são meros programas episódicos de governo*, motivo pelo qual o seu núcleo tem de ser revisto, com a concomitante reconceituação da discricionariedade administrativa.

Eis, então, a tríade de elementos centrais caracterizadores das políticas públicas, no acordo semântico proposto: (a) *são programas de Estado Constitucional (mais do que de governo)*, (b) *são enunciadas e implementadas por vários atores políticos, notadamente pela Administração Pública* e (c) *são prioridades constitucionais cogentes*. Vale dizer, são programas que precisam ser enunciados e implementados a partir da vinculação obrigatória com as prioridades estatuídas pela Carta, cuja normatividade depende da positividade final pelo administrador.

<sup>7</sup> Vide, sobre políticas públicas, Moran; Rein; Goodin, 2006. Vide, ainda, Saravia; Ferrarezi, 2006, v. 1.



Do conceito proposto, segue a premência do abandono de análises epidérmicas e meramente formais das políticas públicas, ingressando na fase de avaliação marcadamente sistêmica e, mais do que isso, intertemporal das motivações complexas (às vezes, perigosamente contraditórias) (PETERS; PIERRE, 2006) do agir ou do deixar de agir administrativo.

Passam a figurar, nessa ótica, como requisitos de juridicidade dos atos administrativos: (a) a *competência* (irrenunciável, exceto nas hipóteses legais de avocação e delegação<sup>8</sup>), (b) a finalidade de *realização das vinculantes prioridades constitucionais*, inclusive para impedir a chamada “tragédia dos comuns”<sup>9</sup> e para respeitar indicadores fidedignos de desenvolvimento sustentável, (c) a *forma* prescrita em lei (sem resvalar para o formalismo teratológico), (d) a *motivação* congruente e consistente (com a indicação explícita dos fatos e fundamentos jurídicos norteadores da escolha) e (e) o *objeto determinável, possível e escoimado de vícios (cognitivos e não cognitivos)*<sup>10</sup>.

Ao mesmo tempo<sup>11</sup>, impende rever a categoria da *discricionariedade administrativa*, nos seus grandes traços<sup>12</sup>, com o intuito de, por igual, adequá-la ao caráter cogente das prioridades constitucionais, tarefa que demanda decifração, o mais possível, isenta dos contraproducentes preconceitos extremistas.

Com pertinência, Hans Julius Wolff e Otto Bachof (1974, p. 186) assinalaram que cada abstrata ou concreta criação de Direito se situa entre os polos da inteira liberdade e da rigorosa vinculação, sem que as extremas possibilidades jamais se realizem. Na vida real, não se tocam em nenhuma hipótese: *nem o sistema jurídico é autorregulável por inteiro – ainda que completável –, tampouco a discricção é absolutamente franqueada ao agente público.*

<sup>8</sup> Vide Lei 9.784/99, art.11.

<sup>9</sup> Vide, sobre o tema da “tragédia dos comuns” e por seus “design principles”, Ostrom, 1990.

<sup>10</sup> Vide, para cotejo, Maurer, 1994, p. 245-250, ao discorrer sobre as exigências para (a) legalidade formal dos atos administrativos (competência, procedimento, forma e motivação – que, no enfoque aqui adotado, é requisito material) e (b) legalidade material (conformidade da lei com os princípios jurídicos, habilitação, ausência de vício no exercício do poder discricionário, proporcionalidade, precisão no seu conteúdo, possibilidade material e jurídica).

<sup>11</sup> Vide Freitas, 2013, cap. 6 e 11.

<sup>12</sup> Vide Mello, 2008, p. 10.



Acresce que o controle dos atos discricionários (e dos atos vinculados, por suposto) *não pode aplicar uma lógica reducionista do “tudo-ou-nada,”* ao menos em atuação eminentemente *proporcional*. Laboram em erro, pois, os maximalistas, que pretendem tudo controlar, causando – às vezes, com a intenção funesta de vender facilidades – uma paralisia insana, com bilhões de horas destinadas ao trabalho improdutivo de saciar o burocratismo parasitário e caprichoso<sup>13</sup>. No polo oposto, equivocam-se os minimalistas, que preferem deixar tudo ao sabor de políticas conjunturais, ignorando as falhas estridentes de mercado.

Nesse quadro, seria demasiado insuficiente conceber a discricionariedade como liberdade para emissão de juízos de conveniência ou oportunidade quanto à prática de atos administrativos. Como enfatizado, as opções válidas “prima facie” não são indiferentes.

Pode-se, assim, melhor pensar a discricionariedade administrativa como a *competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, as melhores consequências diretas e indiretas (externalidades) de determinados programas, mediante justificativas aceitáveis, observado o caráter cogente das prioridades constitucionais.*

Para ilustrar: a decisão de licitar é discricionária, todavia o edital será nulo se deixar de incorporar os critérios de sustentabilidade ambiental, social e econômica (CF, arts. 170, VI e 225)<sup>14</sup>. Mais: qualquer sucessão de atos administrativos terá de ser sopesada em seus custos e benefícios diretos e indiretos, medidos com parâmetros objetiva<sup>15</sup> e qualitativamente estipulados (acima da contraposição rígida entre as abordagens positivistas e pós-positivistas<sup>16</sup> ou entre filosofias consequencialistas e deontologistas)<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Vide Sunstein, 2013.

<sup>14</sup> Vide Lei 8.666/93, art. 3º.

<sup>15</sup> Vide, nessa linha, art. 4º, III, da Lei de RDC (Lei 12.462/2011): “Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância”. Exemplo positivo, a propósito, surgiu com a Resolução 976, do TCE/RS, que fixa critérios de sustentabilidade para as suas próprias licitações.

<sup>16</sup> Vide, na linha da conciliação entre tais abordagens, Howlett; Ramesh; Perl, 2009, Cap. II.

<sup>17</sup> Vide, sobre o tema, Nussbaum, 2013, p. 93-96.



Desse pressuposto, brota o completo redesenho do modelo de atuação pública (e do correspondente controle), de maneira a introduzir, vedado qualquer particularismo, as métricas capazes de propiciar uma ponderação acurada de custos e benefícios globais, sem rendição aos tradicionais vieses que impedem o sensato sopesamento.

Ou seja, para retomar o exemplo, a decisão de licitar, em si, já se mostra passível de pleno escrutínio. Cumpre perquirir, de saída, se a decisão de realizar o certame, em tempo e lugar, encontra-se consistentemente motivada, ou se merece a pronta rejeição, seja por reforçar falha de mercado, seja por acarretar prejuízo inaceitável. Ato contínuo, impõe-se avaliar se o contrato em tela é a melhor opção, à vista do potencial de projetos alternativos.

Como se nota, ao longo do processo (desde a tomada da decisão até a execução do ajuste), o controle de prioridades vinculantes não é simples faculdade (exposta a juízos transitórios de conveniência e oportunidade), como objeto o conservadorismo inercial, confinado ao viés do “*status quo*”.

Sem dúvida, essencial que, em toda decisão administrativa, o Estado-Administração incremente as políticas constitucionalizadas, no intuito de exercer a função indutora de práticas sociais salutares e redistributivas, a par da função isonômica, que veda discriminação negativa e “desvantagens corrosivas”<sup>18</sup>.

Assim, sem condescendência, as decisões administrativas serão controladas em conformidade com a diretriz intertemporal das escolhas<sup>19</sup> favoráveis ao desenvolvimento duradouro<sup>20</sup>, de ordem a depurar as cores, ora cinzentas, da gestão pública, com o advento de apropriada representação do futuro.

Certo está que se mostra factível, na maior parte das vezes, identificar o que é - e o que não é – prioritário. Ainda para ilustrar: é inequívoca a impropriedade de aquisição de bens sem considerar os impactos sobre a saúde pública e a eficiência energética. É incontroversa a irracionalidade de contratar usinas e impedir que funcionem, por carência de distribuição. É indubitosa a erronia de combater a

<sup>18</sup> Vide Wolff; De-Shalit, 2007.

<sup>19</sup> Vide Frederick; Loewenstein; O’Donoghue, 2002, p. 351-401.

<sup>20</sup> Vide Relatório do Desenvolvimento Humano 2013, “A Ascensão do Sul: Progresso humano num mundo diversificado”, PNUD, 2013, p. 68.





inflação, mediante táticas anacrônicas de congelamento de tarifas, desequilibrando os contratos, em lugar de reduzir os gargalos estruturais e de ampliar a produtividade. É indefensável um prédio funcionar sem alvará ou sem vistoria periódica, capaz de detectar, em tempo útil, irregularidades que podem ser fatais.

Como se observa, sofismas à parte, é perfeitamente viável saber, na maior parte das vezes, o que é prioritário, afastando os modelos disfuncionais de atuação e controle, que provocam mais custos do que valor agregado e permitem a continuidade de padrões sistemicamente inconsequentes e lesivos. Dessa maneira, o controle sustentável das prioridades avulta como imperativo. É que o princípio da sustentabilidade vincula, com eficácia negativa, a discricionariedade administrativa. Isto é, não se admite a liberdade para descumprir as funções ambientais, sociais e econômicas das decisões administrativas<sup>21</sup>. Parafraseando o art. 421 do Código Civil, a liberdade administrativa só pode ser bem exercida “em razão e nos limites” das prioridades constitucionais vinculantes, relacionadas ao desenvolvimento sustentável.

Note-se, de passagem, que a Lei de Resíduos Sólidos<sup>22</sup> estabelece a *prioridade* (art. 7º, XI), nas aquisições e contratações administrativas, para produtos reciclados ou recicláveis e para bens, serviços e obras que correspondam a parâmetros de baixo carbono. Prioridade, no enunciado normativo, não se coaduna com a singela indicação de preferência. Realmente, a adoção de política voltada à ecoeficiência (no sentido de obter mais com menos recursos naturais) é cogente.

Considerem-se, a seguir, outras implicações do novo modo de conceber o controle das prioridades constitucionais vinculantes:

(a) Os edifícios públicos passarão a ser construídos com finalidade sustentável, não apenas com a adoção de tecnologias “verdes”, Impõe-se, ainda, que tais edifícios operem, sempre que possível, como autênticas microusinas de energias renováveis, com a distribuição da energia excedente<sup>23/24</sup>. (b) As merendas

<sup>21</sup> Vide o art. 421, do Código Civil, segundo o qual a liberdade será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

<sup>22</sup> Vide Lei 12.305, de 2010.

<sup>23</sup> Vide Resolução Normativa 482, de 2012, da Aneel, sobre condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica.

<sup>24</sup> Vide, a propósito de energias renováveis na Alemanha, Rifkin, 2011.



escolares não deverão ser apenas oferecidas com a preferência de ingredientes ofertados pelos fornecedores locais, senão que precisarão ser compostas de alimentos isentos de venenos e cancerígenos<sup>25</sup>. (c) A contratação para a construção em área contaminada simplesmente não será tolerada, a menos que se proceda completa descontaminação prévia. (d) Os projetos básicos e executivos, para a contratação de obras e serviços de engenharia, estarão, desde logo, obrigados a contemplar opções redutoras dos custos de manutenção e operacionalização, não apenas os de construção. (e) Os veículos adquiridos pelo Poder Público deverão figurar entre os menos poluentes, não mais admitida a emissão em níveis nocivos de elementos tóxicos: a preferência recairá sobre veículos que adotem rigorosos controles, no intuito de enfrentar a poluição do ar que, nos grandes centros urbanos, assume proporções alarmantes<sup>26</sup>. (f) Aprofundar-se-á a sindicabilidade das políticas de mobilidade urbana, em face do aludido caráter mandatório da prioridade ao transporte público<sup>27/28</sup>. Como se afigura incontendível, o trânsito, sobretudo nas metrópoles,<sup>29</sup> é estressante testemunho da negligência crônica de planejamento sistêmico, segundo as prioridades constitucionais. (g) Em termos de compras sustentáveis, a Administração Pública fornecerá modelo inspirador de consumo,<sup>30</sup> passível de aferição em auditorias operacionais<sup>31</sup>. Dito de outro modo, a partir do levantamento de opções sustentáveis, conferir-se-á atenção ao ciclo de vida dos bens, adquirindo-se somente o necessário e zelando pela qualidade de origem e destinação, em consonância com métricas objetivas.

<sup>25</sup> Vide a experiência de Itaipu, no Programa Cultivando Água Boa, em parceria com os Municípios lindeiros ao lago.

<sup>26</sup> Comprovadamente, milhares de mortes acontecem, a cada ano, com o nexos causal diretamente formado pela contaminação do ar.

<sup>27</sup> Vide o Comunicado do IPEA 113, Poluição Veicular Atmosférica, setembro de 2011, p. 24, que aposta em alternativas tecnológicas limpas e, em lugar de políticas contraditórias que favorecem o transporte individual, reconhece a prioridade do transporte coletivo. A partir do advento da Lei de Mobilidade Urbana, em 2012, o sistema infraconstitucional consagrou essa orientação.

<sup>28</sup> Vide Stern, 2009, p. 120: "Transport and urban design policies must change (...)" Insiste, com acerto, no reconhecimento de que a emissão de gases de efeito-estufa é uma falha de mercado (p.11).

<sup>29</sup> Algumas cidades já fazem esforço meritório para vencer gargalos, como Copenhague e Oslo. Em toda parte, porém, requer-se acentuada mudança de concepção e planejamento dos centros urbanos, muitos dos quais verdadeiramente impróprios para a qualidade de vida.

<sup>30</sup> Vide Scholl; Rubik; Kalimo; Biedenkop; Söbech, 2010, p. 39-50.

<sup>31</sup> Vide, por exemplo, o Acórdão 1.752/2011, do TCU.



Em todas as aplicações mencionadas, o sopesamento fundamentado e de boa-fé dos custos diretos e indiretos converte-se em requisito-chave do controle de juridicidade das decisões administrativas, sob pena de arbitrariedade<sup>32</sup>. Como resulta cristalino, refuta-se todo e qualquer decisionismo irracional (por ação ou por omissão), dado que o controle de prioridades incorpora, de modo suficiente,<sup>33</sup> o escrutínio dos fundamentos explicitados de juridicidade sistemática<sup>34</sup> e de benefícios líquidos a longo prazo, ensejando, com isso, o salutar questionamento relativamente ao porquê e ao “timing” das escolhas efetuadas ou não efetuadas.

## 1.2 O controle e os vícios da discricionariedade administrativa

Nessa ordem de considerações, útil arrolar os dois principais vícios no exercício da discricionariedade administrativa:

(a) *o vício da discricionariedade excessiva (arbitrariedade por ação)* – hipótese de ultrapassagem dos limites impostos à competência discricionária,<sup>35</sup> isto é, quando o agente público opta por solução desmedida, sem lastro ou amparo em regra válida. Ou quando a intervenção administrativa encontra-se, por algum motivo, desdestinada das prioridades constitucionais vinculantes. Para retomar o exemplo, as intervenções urbanas que dão prioridade ao transporte individual em detrimento do transporte coletivo configuram manifesto vício desse tipo, contrariando a Carta e a lei que a densifica<sup>36</sup>.

(b) *o vício da discricionariedade insuficiente (arbitrariedade por omissão)* – hipótese em que o agente público deixa de realizar a escolha administrativa alinhada com o incremento de prioridades constitucionais vinculantes ou o faz com procrastinação, faltando, por exemplo, com os deveres tempestivos de prevenção e precaução. Nessa modalidade, a omissão traduz-se como descumprimento, doloso

<sup>32</sup> Vide Edincott, 2011, p. 7: “A decision is arbitrary (and therefore contrary to the rule of law), if it is one that other institutions can identify as not responding to the relevant considerations.”

<sup>33</sup> No sistema europeu – conforme Galetta, 1998, p. 838 – a violação da obrigação de motivar existe não apenas quando falta motivação, mas ainda na hipótese de insuficiência qualitativa ou quantitativa.

<sup>34</sup> Sobre o tema da juridicidade como verdadeira vinculação ao Direito, vide Otero, 2003.

<sup>35</sup> Vide Pires, 2009, p. 190, ao destacar que a competência, em si, é sempre vinculada.

<sup>36</sup> Vide Lei de Mobilidade Urbana (12.587/2012), art. 6º, II.



ou culposos, das diligências mandatórias, relacionadas, por exemplo, aos deveres de matricular crianças em escola (de qualidade), de impedir tragédias evitáveis, de fornecer remédios à população desvalida ou, ainda, de cuidar da dignidade dos idosos, estimulando a longevidade ativa. O atraso no cumprimento do plano nacional de saneamento básico é outro sintoma eloquente a mostrar o quanto se precisa progredir, em termos de controle dos benefícios líquidos, a longo prazo, no combate às graves patologias (omissivas) das escolhas públicas.

Para evitar os vícios mencionados (por excesso e omissão), o agente do Estado-Administração jamais pode aderir ao mito da liberdade insindicável, ainda que a sua atuação experimente, aqui e ali, menor subordinação à legalidade estrita. Reitere-se a lição antiga (esquecida, não raro): inexistente – no dizer de Georges Vedel<sup>37</sup> – a pura discricionariedade, tampouco a pura vinculação. Ou seja, a escolha lícita ocorre no quadro das justificativas necessariamente universalizáveis e intertemporalmente consistentes.

O que não se permite é uma discricionariedade desatada, que sirva de refúgio para a baixa política. Com efeito, os direitos fundamentais (como direito à saúde – que transcende a esfera individual, nos termos do art. 196 da CF<sup>38</sup>) continuam sufocados ou precariamente atendidos, em nome da suposta discricionariedade na fixação de prioridades administrativas, em que pese o núcleo essencial dos direitos fundamentais ser inegociável, por definição<sup>39</sup>.

Nesse enfoque, impõe-se corrigir dois fenômenos simétricos igualmente nocivos: de uma parte, a vinculação que cede aos automatismos e, de outra parte, a

<sup>37</sup> Vide Vedel, 1973, p. 318-319.

<sup>38</sup> Vide, no STF, julgamento do RE/AgR 271.286.

<sup>39</sup> Hartmut Maurer (p. 124-155), reconhece que as “quatro fases” de aplicação do Direito pelas autoridades administrativas (pesquisa e determinação da situação de fato, interpretação e determinação do conteúdo das condições de fato postas pela lei para sua aplicação, subsunção e determinação da regra a aplicar) não estão separadas, mas ligadas entre si. De outra parte, entende que há poder discricionário da Administração (*Ermessen*) se esta puder, reunidas as condições de aplicação da lei, escolher entre diferentes modos de comportamento (p. 127). Aponta, a seu modo, os principais vícios no exercício do poder discricionário: (a) transgressão dos limites assinalados na disposição que conferiu o poder; (b) não-utilização (ou subutilização) do poder discricionário (*Ermessensunterschreitung*); (c) exercício defeituoso (*Ermessensfehlgebrauch*) ou abuso; e (d) violação dos direitos fundamentais e dos princípios gerais de Direito Administrativo – aproximando-se, nesse aspecto, da abordagem adotada. Todavia, admite a redução do poder discricionário a zero (*aufNull*) e a atrofia de tal poder, quando aqui se enfatizar tão-só a atenuação da liberdade, em face dos argumentos articulados.



concepção de discricionariedade tendente a dar as costas à vinculação constitucional (expressa ou implícita), minando, pela arbitrariedade interdita<sup>40</sup>, os contrapoderes indispensáveis.

Afortunadamente, já se acolhe, por exemplo, o direito à nomeação de aprovados em concurso, dentro das vagas previstas no edital, algo que seria impensável com a velha noção de discricionariedade. No entanto, faz-se indispensável avançar muito mais: exigir a discricionariedade vinculada às prioridades constitucionais, na enunciação e na implementação de *todas* as políticas públicas.

Não significa dizer que inexista competência para escolher entre opções válidas “prima facie,” mas que é forçoso abolir a indiferença crônica diante das prioridades constitucionais. Para exemplificar: há relativa liberdade para realizar esta ou aquela compra pública, mas com a condição de que se revele estritamente necessária, adequada e compatível com o exame do ciclo de vida dos produtos<sup>41</sup>. Quer dizer, a discricionariedade afigura-se indescartável, contudo serve tão-somente para colorir a performance administrativa com eficiência (CF, art. 37), eficácia (CF, art. 74) e sustentabilidade (CF, art. 225).

Decerto, a liberdade não se desfaz por essa porção de vinculação, senão que se legitima, ao deixar de fixar a residência no espaço fluido das vontades particularistas. Em outras palavras, imperativo assimilar que a liberdade somente é conferida para que a autoridade administrativa responsabilmente (sem ardis manipulatórios) adimpla as suas obrigações e o faça em tempo útil, exorcizada a posição escapista de épocas sombrias.

À vista do exposto, a Administração Pública não somente pode (a rigor, inexistem atos administrativos meramente facultativos),<sup>42</sup> mas está obrigada a

<sup>40</sup> A Constituição espanhola expressamente interdita a arbitrariedade, no art. 9.º Vide, entre outros, Fernández, 1994.

<sup>41</sup> Vide Lei 12.305, de 2010, art. 3, IV.

<sup>42</sup> Lima costumava classificar os atos administrativos em executivos, facultativos e discricionários. Em relação a estes últimos, já relativizava a liberdade: “Discricionários, finalmente, são aqueles atos respeito aos quais a autoridade administrativa, embora adscrita a prescrições não jurídicas, possui, face à regra jurídica, liberdade de determinação, quanto ao respectivo destinatário, objeto ou fim” (p. 241).



realizar contínuas avaliações de custos e benefícios abrangentes (econômicos e não econômicos) de suas iniciativas.

Desse modo, dilata-se a sindicabilidade intertemporal das decisões administrativas, sem prestar vassalagem aos atos puramente políticos, pois todos os elementos da tomada de decisão (e respectivas execuções) precisam acatar (não apenas literariamente) as diretrizes eminentes de Direito Administrativo<sup>43</sup>.

Persistem diferenças secundárias, para ilustrar, entre a discricionária revogação e a vinculada anulação dos atos administrativos: quanto aos sujeitos, somente a Administração Pública pode praticar a revogação, ao passo que a anulação pode ser efetuada tanto pela Administração como pelo Poder Judiciário. Como quer que seja - e é isso que não convém perder de vista -, inexistem os atos administrativos alheios à rede de prioridades constitucionais vinculantes, sob pena de entropia antijurídica. Isto é, a revogação, embora discricionária, encontra-se vinculada à íntegra de princípios fundamentais, o que inviabiliza qualquer resposta predeterminada quanto a possíveis efeitos dos respectivos atos de desfazimento.

Nessa ordem de considerações, os atos administrativos podem ser vantajosamente classificados como (a) atos vinculados propriamente ditos, ou seja, aqueles que devem intenso (nunca total ou automático) respeito aos requisitos formais, com escassa (residual) liberdade do agente, sem excluir a prática reflexiva; de outra parte, existem (b) atos administrativos de discricionariedade vinculada à íntegra das prioridades cogentes da Carta, a saber, aqueles que o agente público pratica mediante juízos de adequação, conveniência e oportunidade, tendo em mente encontrar a melhor (mais eficaz e com benefícios líquidos duradouros) praticabilidade das diretrizes constitucionais, sem que se mostre jamais indiferente a escolha de consequências diretas e indiretas.

---

<sup>43</sup> Vide Fagundes, 1967, que considerava vedado ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, cumprindo examiná-los sob a faceta da legalidade tão-somente, sendo este o limite do controle, quanto à extensão (p. 148). Contudo, dizia que o Judiciário é levado, embora indiretamente, ao exame do ato político (p. 166-167). Assevera, ademais, que, “ao examinar a motivação do ato, para dizer de sua validade, o juiz o aprecia sob o prisma da legalidade e não do merecimento” (p. 151), nisso diferindo de Víctor Nunes Leal (RDA 3/84). Bem de ver que tomava a legalidade em sentido amplo, isto é, no sentido de ordem jurídica, reputando finalidade como aspecto da legalidade, ainda que sejam vistos hoje como princípios distintos. Prefere, no entanto, evitar a indagação sobre se o “uso que fez do poder foi o melhor”. Aqui, afirma-se que esta indagação é mandatória, no controle dos atos administrativos.



Com nitidez, o administrador público, nos atos ditos discricionários, goza de liberdade para emitir juízos decisórios, condicionados à concretização do direito fundamental à boa administração. Não desfruta de discricionariedade ilimitada, nem padece de vinculação total: dois equívocos espelhados. Bem pensadas as coisas, a distinção entre os atos vinculados e os atos discricionários radica tão-só no atinente à intensidade do vínculo à lei como regra.

Nessa medida, considera-se insuficiente a proposição clássica de Jenkis, que concebia a política pública como simples conjunto de decisões mutuamente relacionadas, tomadas por um ator político ou vários, concernentes à seleção de objetivos e meios necessários para realizá-los<sup>44/45</sup>. Peca, sobretudo ao não atinar para a agenda prévia de políticas constitucionalizadas nas ordens democráticas.

A despeito dos seus inegáveis méritos, igualmente o ciclo de políticas públicas, segundo a descrição dos estágios de Harold Lasswell,<sup>46</sup> raqueja ao desconsiderar os significativos fatores exógenos que influenciam, de variadas formas, a tomada da decisão administrativa.

Quer dizer, o controle proporcional dos atos administrativos precisa operar com noção juridicamente refinada de políticas públicas, a saber: *são aquelas políticas constitucionais de Estado, que o governo precisa, em tempo hábil, agendar e implementar, mediante programas eficientes, eficazes e justificados intertemporalmente, em conjunto com outros atores políticos.*

Logo, o controle da discricionariedade administrativa insere-se no âmago da seleção de prioridades nas escolhas públicas<sup>47</sup>, de ordem a perquirir sobre a qualidade, a longo prazo, de projetos e soluções. *Numa síntese: a ser adotado, com rigor inédito, o controle de benefícios líquidos (diretos e indiretos) das políticas públicas, as prioridades constitucionais verão dissipadas as espessas nuvens retóricas que as envolvem.*

<sup>44</sup> Vide Jenkins, 1978.

<sup>45</sup> Vide, sobre essa definição de Jenkis, Howlet; Ramesh; Perl, 2013, p. 8.

<sup>46</sup> Vide Lasswell, 1971.

<sup>47</sup> Vide Forester; 1989. Sobre o controle jurisdicional, vide Comparato, p. 353. Vide Pires, ob.cit., p. 287. Vide Bucci, 2006. Vide Grinover, 2008, p.172.



Sem dúvida razoável, as visões antigas de controle (e sobre funções do Estado) não oferecem resposta satisfatória: cultivam a estabilidade pela estabilidade e deixam de filtrar os viesamentos. Bem por isso, a crítica dos vieses precisa ocupar o centro do novo controle tópico-sistemático<sup>48</sup> das políticas públicas, certo como é que, no mundo da vida, a escolha pública costuma ser o fruto de influências, viesamentos e pressões que não se identificam, nem de longe, com a verdadeira liberdade, entendida como a capacidade de controle reflexivo sobre os impulsos imediatistas e os vieses cognitivos (“biases”)<sup>49</sup>.

## 2 CONCLUSÕES

Para fixar, eis as principais conclusões do presente estudo:

(a) *A discricionariedade administrativa, no Estado Democrático, está vinculada às prioridades constitucionais, sob pena de se converter em arbitrariedade por ação ou por omissão, solapando, desse modo, as bases racionais de conformação motivada das políticas públicas.*

(b) *O novo controle das políticas públicas, nos moldes propostos, deve considerá-las como programas precipuamente de Estado Constitucional (mais do que de governo), sem excluir a pluralidade dos atores envolvidos em matéria de sindicabilidade.*

(c) *Nos atos discricionários, o agente público, queira ou não, emite juízos de valor (escolhas no plano das consequências diretas e indiretas), no intuito (juris tantum) de imprimir eficiente e eficaz incremento das prioridades da Lei Fundamental. Daí segue que o controle da discricionariedade administrativa deve ser efetuado, com ênfase, no tocante às motivações e aos resultados, pois a discricção existe apenas para que se concretizem, com presteza adaptativa, as vinculantes finalidades constitucionais.*

(d) *No exame da discricionariedade administrativa, constata-se que a autoridade jamais desfruta de liberdade pura para escolher (ou deixar de escolher)*

<sup>48</sup> Vide Freitas, 2010.

<sup>49</sup> Vide Litvak; Lerner, 2009, p. 90.





*as consequências diretas e indiretas, embora a sua atuação guarde, aqui e ali, menor subordinação à legalidade estrita do que na consumação de atos vinculados. Desse modo, alargam-se, sensivelmente, as possibilidades de controle dos porquês e do “timing” das decisões administrativas.*

*(e) Quanto mais se aprofunda tal sindicabilidade, mais se desvela o controle como poder de veto aos vieses e impulsivismos irrefletidos e não universalizáveis, nunca como instrumento do burocratismo paralisante. Assim, o administrador público, obrigado está a declinar os fundamentos para a tomada da decisão, tendo a sua conduta esquadrinhável, em termos da qualidade intertemporal das opções feitas. Como sublinhado, a liberdade é conferida apenas para que o bom administrador desempenhe a contento as suas atribuições, com criatividade, probidade e sustentabilidade. Nunca para o excesso, nem para a omissão procrastinatória.*

*(f) Não deve persistir o erro comum de imaginar que as políticas públicas façam parte do reino político da discricionariedade imune a controles. Na realidade, a agenda administrativa tem de ser moldada, com variações naturais, tendo em conta a realização das prioridades vinculantes. Exatamente por isso, as políticas públicas foram aqui reconcebidas como autênticos programas de Estado Constitucional (mais do que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos meios estatais e sociais, cumprir as prioridades vinculantes da Carta, em ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do complexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.*

## REFERÊNCIAS

ADLER, Matthew; POSNER, Eric. **New Foundations of Cost-Benefits Analysis**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN Cass; Vermeule, Adrian; HERZ, Michael. **Administrative Law and Regulatory Policy**. 7. ed. NY: Wolters Kluwer, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, n. 737, p. 353.

EDINCOTT, Timothy. **Administrative Law**. 2. ed. Oxford University Press, 2011.



- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **De la Arbitrariedad de la Administración**. Madrid: Civitas, 1994.
- FORESTER, John. **Planning in the face of power**. Berkeley: University of California Press, 1989.
- FREDERICK, Shane; LOEWENSTEIN, George; Ted O'Donoghue. Time Discounting and Time Preference: A Critical Review. **Journal of Economic Literature**, Vol. 40, No. 2, 2002, pp. 351-401.
- FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GALETTA, Diana-Urania. **Principio di Proporzionalità e Sindacato Giurisdizionale nel Diritto Amministrativo**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, n. 8, out./dez./2008, p.172
- HOWLETT, Michael; M. Ramesh; PERL, Anthony. **Studying Public Policy**. 3. ed. Oxford University Press, 2009, Cap. II.
- IPEA. **Comunicado do IPEA 113**, Poluição Veicular Atmosférica, setembro de 2011.
- JENKINS, William. **Policy Analysis**. Londres: Martin Robertson, 1978.
- JENKIS, William; Howlet, Michael; Ramesh; PERL. Anthony. **Política Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2013.
- LASSWELL, Harold. **A Pre-View of Policy Sciences**. New York: American Elsevier, 1971.
- LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- LITVAK, Paul; Lerner, Jennifer. **Cognitive bias, The Oxford Companion to Emotion and the Affective Sciences**. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- MAURER, Hartmut. **Droit Administratif Allemand**, Paris: LGDJ, 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MORAN, Michael; REIN, Martin; Goodin, Robert (Eds.). **The Oxford Handbook of Public Policy**. Londres: Sage, 2006.
- NUSSBAUM, Martha. **Creating Capabilities**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.
- OSTROM, Elinor. **Governing the commons**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.



- OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- PETERS, Guy; PIERRE, Jon (eds.). **Handbook of Public Policy**. Londres: Sage, 2006.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- PNUD. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2013**. “A Ascensão do Sul: Progresso humano num mundo diversificado”. PNUD, 2013.
- POSNER, Eric. Controlling agencies with cost-benefit analysis. **University of Chicago Law Review**, V. 68, n. 4, 2001, p. 1.137-1.199.
- RIFKIN, Jeremy. **The Third Industrial Revolution: How Lateral Power Is Transforming Energy, the Economy, and the World**. NY: Palgrave Macmillan, 2011.
- SARAIVA, Enrique; Ferrarezi, Elisabete (Orgs.). **Políticas públicas**. Brasília: ENAP, 2006. v. 1.
- SCHOLL, Gerd; RUBIK, Frieder; KALIMO, Harri; BIEDENKOP, Katja; SÖEBECH, Ólöf. Policies to promote sustainable consumption: innovative approaches in Europe. **Natural Resources Forum**, V. 34, fevereiro de 2010, p. 39-50.
- STERN, Nicholas. **The Global Deal**. NY: Public Affairs, 2009.
- VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. Paris: PUF, 1973.
- WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto. **Verwaltungsrecht**. vol. I. Munique: C. H. Beck'scheVerlag, 1974.
- WOLFF, Jonatham; DE-SHALIT, Avner. **Disavantage**. NY: Oxford University Press, 2007.



# POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CASO DA COBERTURA *UNIVERSAL* DA SAÚDE E A AVALIAÇÃO FEITA PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO<sup>1</sup>

PUBLIC POLICIES AND FUNDAMENTAL RIGHTS. THE CASE OF UNIVERSAL COVERAGE OF HEALTH AND THE EVALUATION MADE BY THE PERUVIAN CONSTITUTIONAL COURT

*Felipe Johan León Florián<sup>2</sup>*

## Resumo

Este trabalho trata das políticas públicas e do direito fundamental à saúde tendo como base a avaliação do Tribunal Constitucional Peruano. São analisados o modelo de pluralismo estruturado e o sistema público unificado de saúde na perspectiva do princípio da solidariedade, através do enfoque da sentença proferida pelo Tribunal Constitucional no Exp. No 00033-210-PI/TC, na qual o máximo interprete da Constituição analisou, à luz do direito de igualdade e à saúde, a política pública de cobertura universal disposta na lei n°. 29344. Conclui-se pela necessidade de se estabelecer uma linha base pautada em indicadores para avaliação do sistema de saúde de pluralismo estruturado.

**Palavras-Chave:** Políticas Públicas. Direito Fundamental à Saúde. Cobertura Universal. Tribunal Constitucional Peruano.

## Abstract

This paper studies public policies and the fundamental right to health modeled on the evaluation of the Constitutional Court of Peru. The models under study are structured pluralism and the unified public health service in the perspective of the solidarity principle, with focus on the sentence of the Constitutional Court in Exp. No 00033-210-PI/TC, on which the supreme interpreter of the constitution analyzed, applying the right of equality and health, the public policy of universal coverage brought by Law n° 29344. The paper concludes that it is necessary to establish a guideline based on indexes to evaluate the health system of structured pluralism.

**Keywords:** Public policies. Fundamental right to health. Universal coverage. Constitutional Court of Peru.

<sup>1</sup> Submetido em 12/02/2014, parecer emitidos em 05/03/2014, aprovação comunicada em 15/04/2014.

<sup>2</sup> Trabalho original intitulado “Políticas públicas y derechos fundamentales. El caso del Aseguramiento Universal en Salud y su examen por el Tribunal Constitucional peruano” publicado na Revista Gaceta Constitucional, 54, 2012. Tradução de Manuel Restrepo. Revisão por Rafael dos Santos-Pinto.



## INTRODUÇÃO

Poucas vezes o Tribunal Constitucional peruano manifestou-se sobre a adequação de uma *política pública* integral relacionada ao conteúdo e às exigências que derivam de um ou mais direitos fundamentais, ou seja, leu e examinou uma política pública à luz dos direitos. Essa leitura é especialmente importante nos direitos sociais, que necessitam de um desenho, elaboração e aplicação de uma política pública estruturada, que permita o fornecimento dos serviços públicos e sociais, necessários para garantir os direitos sociais de todos os cidadãos. Daí a importância da sentença proferida pelo Tribunal Constitucional no Exp. N° 00033-210-PI/TC, na qual o máximo interprete da Constituição analisou, à luz do direito de igualdade e à saúde, a política pública de *cobertura universal* disposta na lei N° 29344.

A avaliação do desenho e estrutura das políticas públicas tem sido realizada por alguns tribunais ou cortes constitucionais para controlar judicialmente o cumprimento das obrigações derivadas dos direitos sociais. Para alguns tribunais, como a Corte Constitucional da África do Sul, a Corte Constitucional Colombiana ou a Corte Suprema da Argentina<sup>3</sup> a determinação da violação de um direito social a partir do nível de satisfação alcançado a favor de toda população, representa uma tarefa difícil. No entanto, é possível determinar a violação de um direito social em função da atividade realizada pelo Estado para conseguir, na medida das suas possibilidades<sup>4</sup>, a maior satisfação deste direito.

Além de alguns casos-limite, nos quais a falta de garantias de um direito social possa afetar os bens fundamentais para a vida, e onde incidiria a proteção *imediate* do direito na avaliação de um caso judicial sobre um direito social, o que é possível determinar – e que parece assim tê-lo compreendido os tribunais – é se existe uma política, *razoavelmente* disposta, que permita alcançar a máxima satisfação possível deste direito<sup>5</sup>. Nesse sentido, pode-se dizer que, em termos

<sup>3</sup> AA.VV.: **La protección judicial de los derechos sociales**. Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (Editores), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

<sup>4</sup> ALEXY, Robert: **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. 3. Reimpr. Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, Madri, 2002.

<sup>5</sup> Essa forma de proteção deriva da doutrina da existência de um nível essencial de direito que não pode ser desatendido e que se relaciona aos direitos sociais. No caso dos direitos sociais, essa



legais, e visando a proteção adequada do direito social, em casos graves e urgentes, o direito social outorga um *título jurídico* a uma política pública adequadamente formulada e executada que permita a satisfação desse direito, que pode ser juridicamente exigido<sup>6</sup>. O exame de adequação constitucional de tais políticas públicas foi realizado sob a influência do denominado *teste de razoabilidade* proposto pela Corte Constitucional da África do Sul<sup>7</sup>, tomado como referência pelo Tribunal Constitucional Peruano na sentença aqui comentada.

O teste de razoabilidade pretende respeitar a *margem de apreciação* que corresponde à política, incorpora elementos mínimos de racionalidade no que diz respeito ao desenho da política pública, assim como da necessidade de considerar as exigências derivadas do *conteúdo* dos direitos na formulação dessa política. Foi nisso que o Tribunal Constitucional (TC) parece ter-se baseado para realizar a avaliação da política pública de cobertura universal de saúde, que, ao construir um novo modelo de *estruturação* do sistema de saúde no nosso país, com diversos matizes e novidades, requereria uma avaliação da adequação constitucional com o objetivo de verificar se o modelo era adequado para a mudança *substancial* planejada na política de saúde.

Este artigo analisa a forma como se tem realizado essa avaliação por parte do TC peruano. Existem três temas que acreditamos de crucial importância para o futuro da política de *cobertura universal*, como política que leve a maior satisfação possível ao direito à saúde de todos os residentes em solo Peruano. Estes três

---

doutrina tem sido proposta pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU na Observação Geral Nº 3 e recolhida mais especificamente na Observação Geral Nº 14 sobre o direito à saúde (parágrafo 43 ao 45). Vid. Com relação a apresentação de Philip Alston a **Teoria e jurisprudência dos direitos sociais. Tendências emergentes no direito internacional e comparado**. Malcolm Langford (Editor), Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, pp. 25-30. Vid. para el caso peruano STC 2945-2003-PA/TC, caso Azanca Alhelí.

<sup>6</sup> O título jurídico ou direito foi considerado para uma adequada política pública, como parte do conteúdo constitucionalmente protegido dos direitos sociais da nossa Tese para obter o título de Mestre, intitulada “La eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades” (julho de 2013), disponível no link <<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/4723>>.

<sup>7</sup> ESPEJO YAKSIC, Nicolás: “Derechos sociales, republicanismo y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad”, en **Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina**, Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic e César Rodríguez Garavito (Coordenadores) Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, Centro de Estudios Legales e Sociales – CELS e Red (Latino) Americana e Europeia de Direitos Humanos – LAEHR, Bogotá, 2010, pp. 155-193.



tópicos relacionados com: i) a importância que tem para sustentabilidade dos sistemas de saúde baseados na solidariedade a compreensão da saúde como bem básico que ao mesmo tempo é um direito e uma responsabilidade da sociedade no seu conjunto; ii) a possibilidade do modelo de *pluralismo estruturado* ou *competência regulada* de alcançar a igualdade no acesso equitativo e de qualidade aos serviços de saúde e, iii) necessidade de estabelecer mecanismos que permitam determinar se, realmente, com o modelo proposto estamos melhorando adequadamente a equidade na saúde.

## I TEMAS ABORDADOS NA SENTENÇA

A lei de Cobertura Universal de Saúde, Nº 29344 (Ley Marco del Aseguramiento Universal en Salud – LMAUS), introduz um novo modelo de estruturação do sistema de saúde no Peru. Esse modelo é conhecido como “pluralismo estruturado” ou “competência regulada”<sup>8</sup> e é baseado em alguns conceitos que serão abordados com o objetivo de esclarecer a análise que será realizada:

- a) A diferença da forma como funcionava o sistema de saúde antes da Lei Nº 29344, na qual a estratégia para potencializar o acesso aos serviços de saúde a toda população, especialmente a radicada no ingresso dos mais carentes, estava baseado no *subsídio de oferta*, ou seja, subsidiar os gastos dos serviços oferecidos no posto de saúde e hospitais cadastrados no Ministério da Saúde. O sistema de cobertura universal é baseado na estratégia de *subsídio de demanda*, isto é, no subsídio aos custos de uma pessoa sem recursos econômicos suficientes para contratar um seguro de saúde. A ideia desse novo sistema, baseado nas recomendações da Organização Mundial

<sup>8</sup> Com relação a esse modelo e outros existentes na América Latina: “en las reformas del sector salud”, em: <<http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v8n1-2/3002.pdf>>. Assim como MACEIRA, Daniel: **Dimensiones horizontal y vertical en el aseguramiento social en salud de América Latina y el Caribe**, Centro de Estudios de Estado y Sociedad, Managua, 2011, disponível em: <<http://www.lachealthsys.org/documents/dimensioneshorizontalesyverticalesenelaseguramientosocialensaluddeamericalatinay-ES.pdf>>.



da Saúde<sup>9</sup> é que todas as pessoas tenham um seguro que permita atenção *gratuita* quando a pessoa tenha um conjunto de doenças específicas, permitindo uma melhora em termos de justiça no acesso e resultados gerais do sistema de saúde.

- b) Derivado do anterior, o sistema oferece três formas de cobertura: o seguro de *contribuição* (financiado pelos afiliados a EsSalud), o seguro semi-contributivo (pessoas abaixo da linha de pobreza que contribuem em conjunto com o Estado) e o seguro subsidiado (pessoas abaixo da linha de pobreza, financiado totalmente pelo Estado). A ideia é focar os recursos públicos em subsidiar o seguro de saúde dos mais carentes. Como é um sistema de alto custo, a cobertura do seguro subsidiado e semi-contributivo é *básica* (Plán Esencial de Aseguramiento en Salud – PEAS), diferente do contributivo que visa uma ampliação progressiva da referida cobertura.
- c) Outra mudança no novo sistema é a separação das instituições que administram os planos (fondos de aseguramiento – IAFAS) das instituições responsáveis pela prestação de serviços (IPRESS), visando otimizar uma gestão mais *eficiente*. Da mesma forma, pretende-se aproveitar ao máximo os recursos do sistema, permitindo à instituição administradora a contratação de prestação de serviços com qualquer entidade prestadora do serviço. Por exemplo: caso EsSalud – administradora de fundos – esteja congestionada na prestação de serviços, poderia contratar o Hospital do MINSA. Os processos de padronização de serviços e as parcerias de intercâmbio de prestações estão orientados a esse objetivo. Aproveitando ao máximo os recursos e com a possibilidade de três formas de cobertura, o sistema recebe o nome de “pluralismo estruturado”. Da competência gerada entre instituições prestadoras, sob supervisão da Superintendência Nacional de Seguridad de Salud, o modelo passa a se chamar “competência regulada”.
- d) Também são introduzidas, como reforma crucial, as denominadas “garantias explícitas”, relativas ao acesso, qualidade, proteção financeira e oportunidade, as quais devem ser garantidas na prestação do serviço de saúde. A nova

<sup>9</sup> Vid. o Informe sobre saúde do mundo em 2010: **La financiación de los sistemas de salud. El camino hacia la cobertura universal**, OMS, 2010, disponível em <[http://www.who.int/whr/2010/10\\_summary\\_es.pdf](http://www.who.int/whr/2010/10_summary_es.pdf)>.





reforma pressupõe uma maior previsibilidade na prestação do serviço uma vez que, a forma como é oferecida está claramente definida em cada um dos planos. Do mesmo modo, é uma forma que tende a melhorar a qualidade do serviço, alcançando uma equidade na saúde, uma vez que essas garantias também são aplicáveis ao regime subsidiado.

- e) Finalmente, cria-se de forma quase acessória, um mecanismo que permite as pessoas do regime subsidiado, com cobertura básica, o acesso a serviços de alto custo. Esse mecanismo é financiado pelo *Fondo Intangible Solidario de Salud* – FISSAL, no entanto, não é geral, mas sim condicionado e denota em geral um financiamento insuficiente.

A sentença determinada pelo TC no Exp. Nº 0033-2010-PI/TC aborda alguns questionamentos relacionadas à nova política de cobertura de saúde, questionamentos feitos pela bancada nacionalista do congresso (25% do número legal de congressistas) contra a Lei Nº 29344. Também aborda outros temas acessórios pautados na demanda que são importantes na avaliação da adequação constitucional da política pública que estamos analisando. Dessa forma, os tópicos abordados pelo julgamento do Tribunal, podem ser resumidos da seguinte forma:

- a) A avaliação da afetação do princípio de *igualdade formal*, demandado devido à existência de três planos com cobertura diferente: *completa* para o regime contributivo (afiliados a EsSalud) e *básica* para o regime subsidiado e semi-contributivo (pessoas abaixo da linha pobreza). O Tribunal resolveu que, embora a cobertura seja diferenciada, isso não ocorria por motivos discriminatórios, uma vez que eles não são comparáveis, pois são financiados e administrados por instituições diferentes e dependem da cobertura de cada pessoa (STC 0033-2010-PI/TC, FF.JJ. 8-11).
- b) A avaliação da afetação do princípio de *igualdade substantiva* pela qual o Tribunal reconduz o debate da legitimidade da diferença entre as coberturas dos três regimes. O TC afirma que, de fato, o princípio de igualdade substantiva exige que todas as pessoas tenham igual oportunidade de acesso aos bens básicos como a saúde. No entanto, afirma que essa exigência, no caso de escassez de recursos, só poderá ser realizada progressivamente. O que deve ser avaliado é se existe uma política pública orientada à realização



progressiva dessa igualdade substantiva no quesito saúde. Nesse sentido, o Tribunal reconhece que a política de cobertura universal foi estruturada com o objetivo de alcançar a igualdade substantiva de forma progressiva. Assim, o TC salienta que:

Assim, no que se refere à **ampliação da cobertura em saúde das pessoas residentes no território nacional**, o Tribunal observa que a Primeira Disposição Complementária da LMAUS há disposto o cumprimento de tal objetivo por meio do mecanismo de seleção de áreas piloto onde se dará início ao processo de cobertura universal, priorizando as áreas de pobreza, conforme ao princípio de equidade (artigo 5.3 da LMAUS). Nesse sentido, o Comitê Técnico Implementador da Cobertura Universal em Saúde (conformado mediante D.S 011-2009-SA) desenhou, em junho de 2011 o “Plano Estratégico até 2021 para a implementação da Cobertura Universal em Saúde) onde se prevê a cobertura de 100% da população, antes de terminar o próximo quinquênio (isto é, antes de 2016), avançando até essa data, com base nos “critérios de inclusão social, áreas de pobreza extrema e necessidade da população de receber os serviços de saúde.

Com relação à **ampliação da cobertura das necessidades de saúde**, o Tribunal determina que seja realizada por meio da elaboração de um plano básico de atenção (PEAS), que deve avaliar-se a cada dois anos “para incluir progressivamente mais condições de saúde” (Art. 16 da LMAUS). A cobertura do Plano Essencial de Cobertura Universal em Saúde (PEAS) cobre 140 casos, além da Lista Prioritária de Intervenções Sanitárias contido no Decreto Supremo N° 004-2007-SA, a atenção de algumas neoplasias e doenças mentais. Essa cobertura compreende 65% e segundo o Ministério da Saúde, a cobertura pode ser ampliada em até 160 casos em 2012 e 185 em 2014, o que vai representar o 85% (Cf. el Informe de Gestión. A un año de Implementación del Aseguramiento Universal enSalud. Abril 2009-Abril 2010, p. 7).

Para finalizar, com relação à melhora da qualidade da cobertura em saúde, o Tribunal determinou que a LMAUS previsse um sistema de garantias que prestará um serviço de saúde com qualidade, oportunidade e seguridade. Essas garantias estão de acordo ao disposto no artigo 112 do Regulamento da LMAUS e são de acesso, qualidade, oportunidade e proteção financeira tendo sido parcialmente consideradas no Plano Essencial de Cobertura Universal em Saúde, que previu essas garantias para 34 casos, associados principalmente a condições obstétricas,



ginecológicas e pediátricas visando aumentar essa cobertura em 60% em 2011 e cobrir até 185 condições em 2016” (STC 0033-2010-PI/TC, FFJJ. 19-22).

- c) Outro assunto abordado pelo TC é a *legitimidade* da *priorização* feita na Lei Nº 29344 na cobertura da população pobre do país, especialmente a população em extrema pobreza. O Tribunal determinou essa medida afirmando que:

A adoção de medidas orientadas a estabelecer o acesso equitativo aos serviços de saúde não é pressuposto nem é incompatível com a obrigação de se adotar **medidas especiais** a favor dos grupos vulneráveis. Como disposto no artigo 10, subdivisão “f”, do Protocolo Adicional sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, todo Estado tem o dever de satisfazer as necessidades de saúde dos grupos de alto risco e que por suas características de pobreza sejam mais vulneráveis. Na obrigação jurídica de disponibilizar para todas as pessoas um acesso equitativo aos serviços de saúde, existe uma preocupação nas pessoas mais vulneráveis, e entre elas aquelas classificadas em condição de pobreza e extrema pobreza. Esse é um *dever* que se justifica não apenas pela dificuldade dessas pessoas para aderir por conta própria aos serviços de saúde, mas também pelo que devem enfrentar ante uma doença, que pode comprometer a vida e o exercício de outros direitos básicos e a própria possibilidade superar a condição de pobreza em que se encontram. Por isso o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU afirma na Observação Geral Nº 14 que “Os Estados tem a obrigação especial de oferecer seguro médico e centros de saúde para pessoas carentes. (parágrafo 19) (STC 0033-2010-PI/TC, FFJJ. 14-15).

- d) O Tribunal também encara o questionamento feito pelos demandantes no sentido que, a Lei Nº 29344 *exclui* os *filiados independentes* do EsSalud dos benefícios de *planos complementares* e das *assistências de alto custo*, benefícios que tem os filiados ao regime subsidiado, semi-contributivo e contributivo. Aqui, o TC estabelece que, realmente os planos complementares também estão regulados para os filiados independentes e que existe o *dever* de ampliar *progressivamente* os planos para conseguir alcançar a cobertura completa oferecida aos filiados dependentes do EsSalud. Com relação aos serviços de alto custo, o Tribunal detectou um *ponto fraco* na Lei Nº 29344 uma vez que, não se previu um mecanismo que permitisse o atendimento aos filiados frente a uma doença de alto custo, por isso foi exigido do Ministério de Saúde que, junto com EsSalud desenhasse uma *estratégia* que possibilitasse o acesso a referidas atenções. O TC se justificou da seguinte forma:



[...] Embora seja legítimo começar o processo de cobertura universal com os setores mais vulneráveis, o Estado não pode omitir sua obrigação de oferecer um acesso adequado aos serviços de saúde do resto da população (...). E o fato de não estar abaixo da linha de pobreza ou extrema pobreza (...) não sugere que essas pessoas possam afrontar uma doença sem colocar em risco a seguridade financeira, até sua saúde em caso de não poder cobrir o alto custo de uma doença.

[...] O Estado deve considerar que, embora seja legítimo que o processo de cobertura universal coloque seus esforços e recursos do orçamento público nas pessoas mais pobres, são muitos os problemas existentes nas instituições responsáveis pela cobertura no regime contributivo (como EsSalud) e precisam de atenção das entidades constitucionalmente competentes de garantir o direito à saúde. (STC 0033-2010-PI/TC, FFJJ. 25 y 27).

e) Uma vez comprovada a existência de um plano orientado à igualdade substantiva no quesito de cobertura de saúde, o que legitima a política pública disposta da Lei Nº 29344, o Tribunal efetua a *leitura* da política de cobertura universal numa *perspectiva de direitos*. Essa leitura se realiza a partir do princípio de equidade em saúde, disposto no artigo 9 da Constituição. A equidade na saúde não é outra coisa senão as exigências *específicas* que tem o princípio de igualdade relacionado ao direito à saúde<sup>10</sup>. Assim sendo, deve ser verificada a *existência* de uma política orientada à igualdade substantiva que avalie se essa política está razoavelmente formulada e se está conforme as exigências derivadas do conteúdo constitucionalmente protegido do princípio de equidade na saúde; em conclusão, se a política de cobertura universal está ou não em conformidade com os limites e regras impostas pela Constituição.

As variáveis que o Tribunal encontra dentro do princípio de equidade em saúde são:

- A necessidade de enfrentar a *desigualdade social* que tem um efeito negativo e dificulta a consecução de uma boa saúde. O TC evita a análise desse assunto uma vez que o problema dos denominados *determinantes sociais* da saúde (educação,

<sup>10</sup> SEN, Amartya: “¿Por qué la equidad en salud?”, em **Primero la gente**, Deusto, Barcelona, 2007, p. 74 e ss.



alimentação, entorno, etc)<sup>11</sup> são abordados fora do sistema de saúde. No entanto, salienta a necessidade de realizar uma coordenação entre os diferentes setores para ter uma visão global do problema da saúde, permitindo a equidade.

- A necessidade de garantir a vigência de *outros direitos* essenciais para alcançar a equidade sanitária. Nesse aspecto, o TC reconhece que junto aos determinantes sociais, é necessário que outros setores do governo cumpram as obrigações dos direitos que influenciam a saúde como o direito à moradia, educação, água potável, entre outros. No que diz respeito ao próprio sistema de saúde, o TC destaca que a Lei Nº 29344 reconheceu formalmente o direito a participação na formulação e seguimento das políticas públicas e o direito a reclamar, caso ocorra infração das normas da cobertura universal.
- A necessidade de garantir que os serviços oferecidos pelo sistema, em qualquer dos regimes, estejam em conformidade aos *elementos essenciais* do direito à saúde, isto é, que sejam disponibilizados, acessíveis, de qualidade e culturalmente aceitáveis (Observação Geral Nº 14 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, parágrafo 12). Essa exigência, como afirma o TC, está disposta na Lei Nº 29344 por meio da incorporação de “*garantias explícitas*” de acesso, qualidade, oportunidade e proteção financeira.
- A necessidade de garantir a atenção oferecida em qualquer regime, seja *integral*, isto é, que a atenção inclua promoção, prevenção, recuperação e reabilitação da saúde, permitindo a superação da doença e o restabelecimento da saúde (Observação Geral Nº 14 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, parágrafo 12). É aqui que o Tribunal detecta outro ponto fraco, uma vez que o Plano Essencial de Cobertura Universal em Saúde, vigente para os filiados

<sup>11</sup> Comissão de Determinantes Sociais da Saúde: “**Subsanar las desigualdades en una generación. Alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud**”, OMS, 2009, em: <[http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243563701\\_spa.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243563701_spa.pdf)>.



ao regime subsidiado e semi-contributivo, recolhe prestações limitadas dependendo da condição. Isto supõe a possibilidade que um tratamento necessário para preservar a vida ou funções essenciais para uma boa saúde, possa ser interrompido se excede a cobertura contratada pela PEAS. Isto compromete o direito à vida e à saúde, daí que o Tribunal exige do Ministério da Saúde a “elaboração de um plano de contingência para cobrir as atenções necessárias para preservar as capacidades essenciais de uma boa saúde quando essas situações excedam o limite máximo de prestações estabelecidas no PEAS” (STC 0033-2010-PI/TC, ponto resolutivo 3 b).

- A necessidade de garantir, em quaisquer dos regimes, a não inclusão de *critérios discriminatórios* no financiamento ou prestação do serviço de saúde. O Tribunal determina que embora o modelo de “competência regulada” fomente a concorrência entre instituições administradoras e prestadoras de serviços de saúde, o que pode influenciar na escolha dos usuários economicamente rentáveis, o sistema tem adotado mecanismos de controle pela denominada “seleção adversa”, assim como tem organizado departamentos para a vigilância da presença dessa situação (Superintendência Nacional de Cobertura em Saúde).
- A necessidade de *garantir recursos suficientes* para alcançar a equidade sanitária, aumentando os gastos em saúde, como parte do acordo feito com o Estado. A equidade não se refere exclusivamente a mudanças adequada dos recursos, mas também a uma maior mudança na saúde, que garanta o cumprimento de todas as exigências previamente estabelecidas. O Tribunal salienta que o orçamento para saúde tem sido aumentado significativamente. Além disso destaca a promulgação da Lei Nº 29761 – Lei do Financiamento Público dos Regimes Subsidiado e Semi-contributivo da Cobertura Universal em Saúde, que propõe um sistema de financiamento mais organizado e regulado, com o intuito de conseguir a proteção financeira e cumprir os objetivos determinados pela lei. Do outro



lado, no caso de escassez econômica, o princípio de equidade exige, segundo o Tribunal, o *uso eficiente* dos recursos e uma administração *transparente* e honesta dos mesmos, exigências que tem sido propostas por meio do intercâmbio de serviços e a supervisão da Superintendência Nacional de Cobertura em Saúde.

- f) Outro assunto importante na sentença em análise e que é um avanço na jurisprudência do Tribunal, frente à possibilidade de exigir judicialmente a satisfação de todos os direitos sociais, é a interpretação que o Tribunal faz sobre o *dever de progressividade*. Conforme pronunciado por outros tribunais, o TC peruano afirma que esse dever é *juridicamente exigível*, ou seja, sua eficácia jurídica deve ser prática e exigível por diversos meios entre eles, o judicial. O dever de progressividade supõe, inicialmente, o dever de não-regressividade, isto é, de não retroceder no avanço dos direitos sociais, exceto por motivos devidamente justificados. Mais importante ainda é que esse dever não supõe para o Tribunal – como dito na introdução deste artigo – a necessidade que todos estejam desfrutando dos direitos sociais (dever de resultado), mas sim que o Estado coloque todos seus esforços para realizá-los – tal e como diz o artigo 2.1. do Acordo Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais –. Essa disposição se *estabelece* para o Tribunal, na existência de um plano ou política que garanta o cumprimento dos direitos sociais (dever de atividade), estratégia que deve ser elaborada pelo Estado e deve ter algumas características que a tornem constitucionalmente adequada. O fundamental neste ponto é que o TC afirma que os juízes podem e devem controlar que as políticas públicas cumpram as exigências mínimas, ou seja, que os direitos sociais possam ser exigidos judicialmente além de casos graves e urgentes, quando:
- Seja comprovada a inexistência de planos, devidamente estruturados, que estejam dirigidos a cumprir os direitos sociais;
  - Caso não seja comprovada a realização de *ações específicas* para o cumprimento do plano ou programa, uma vez que a sua prorrogação influencia o dever de progressividade;
  - Os planos desenhados para sua satisfação não foram considerados dentro dos direitos fundamentais, isto é, não levam em consideração os



níveis de proteção mínima dos direitos e a proteção de pessoas vulneráveis;

- A política em análise não inclui *indicadores de avaliação* das estratégias adotadas ou não tem proposto mecanismos de *transparência* na prestação de contas e que possa ser verificada, tal como é exigido no artigo 2.1 do Acordo Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que o Estado tem providenciado “até o máximo dos recursos disponíveis” para conseguir progressivamente a satisfação dos direitos;
- Essa política não tem oferecido espaços de participação para intervenção e controle dos cidadãos, especialmente dos grupos envolvidos<sup>12</sup>.
- g) Por último, o Tribunal salientou o fato da *ausência de regulamento* de atenções de alto custo, disposto no artigo 21 da LMAUS. Denunciou que a ausência de controle é inconstitucional e ordenou que fosse publicada o mais rápido possível uma lista com as Doenças de Alto Custo e o procedimento que deveria ser efetuado para se aderir ao sistema. Deve-se esclarecer que, embora o Ministério da Saúde tenha avançado na publicação da Lista de Doenças de Alto Custo por meio da Resolução do Ministério Nº 325-2012/MINSA<sup>13</sup>, não definiu ainda qual o procedimento a ser efetuado para ter esses benefícios.

## II CRÍTICA

### 1 DIREITO À SAÚDE E PRINCÍPIO DE SOLIDARIEDADE

No final da sentença o Tribunal afirmou: “[...] Como expresso pela Organização Mundial da Saúde, as formas de financiamento e administração dos recursos pode ser variada. O Estado pode fazer uso de diversos mecanismos que possibilitem o incremento dos recursos para a saúde. O apelo à **solidariedade**

<sup>12</sup> O TC Peruano, considerou esses critérios, por semelhança com a Corte Constitucional da Colômbia T-760/08, fundamentos 3.3.10 – 2.2.15 e da Corte Constitucional da África do Sul no caso *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*.

<sup>13</sup> A lista contempla a prevenção destas doenças: câncer de colo de útero, câncer de mama, câncer de cólon, câncer de estômago, câncer de próstata, leucemia, linfomas e insuficiência renal crônica.





social é legítimo. E, como esclarecido por este Tribunal, os direitos sociais devem ser compreendidos dentro de uma concepção integral, não só como obrigações do Estado, mas também como deveres de solidariedade que envolvem a sociedade (STC 2945-2003-AA/TC, FF.JJ. 23-25)” (STC 0033-2010-PI/TC, FJ. 47).

Embora o Tribunal sugira que o Estado pode impor maiores *cargas* à sociedade para captar mais recursos para o sistema de saúde, não explica por que é considerada uma medida legítima, uma vez que só foi encontrada uma breve referência à sua jurisprudência. É obvio que o Tribunal é consciente que um sistema de saúde subsidiado só pode ser viável ao longo do tempo se a sociedade mantém um *compromisso* com o sistema e *solidariedade* com os mais carentes. É necessário que o Colegiado Constitucional termine seu discurso da solidariedade, pois sem ela as pretensões de progressividade, igualdade substantiva e equidade em saúde, desenvolvidas ao longo da sentença, não seriam factíveis.

No entanto, o modelo de *economia de mercado* proposto no Peru desde 1990, sob a influência do estado, pretendia terminar com o princípio de solidariedade, reduzindo o gasto estadual nos programas públicos, privatizando alguns serviços básicos e além de tudo, promovendo uma migração das pessoas para instituições privadas que administram e oferecem os serviços sociais (saúde, educação, aposentadoria) de uma forma mais eficiente e com maior qualidade do que as instituições estaduais<sup>14</sup>. Essa mudança favoreceu a qualidade da atenção das pessoas de classe média que podiam custear os serviços privados, mas terminou afetando o acesso dos mais pobres. O custo dos serviços privados impossibilitava aos pobres aderirem aos serviços, e eles só podiam fazer uso dos serviços oferecidos pelo Estado, que, por produto da redução do orçamento e violação do princípio de solidariedade, reduziu os serviços tanto em quantidade como em qualidade. A realidade nos últimos anos, motivo da política de privatização dos serviços públicos e controle dos gastos é simples de descrever: serviços básicos (saúde, educação, moradia, aposentadoria, etc) são de boa qualidade para os ricos, de média qualidade para classe média e ruins para os pobres.

<sup>14</sup> PETRERA, Margarita, REMËNYI, M<sup>a</sup> Antonia y PARODI, Fernando: **La gestión estatal y la privatización en el sector salud, la seguridad social y el sector financiero**, Documento de Trabajo N° 50, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1993, disponível em: <<http://www.iep.org.pe/textos/DDT/ddt50.pdf>>.



O fato da *ruptura* institucional e social além das características do mundo globalizado que exige cada vez mais lucro econômico leva a pergunta se a solidariedade ainda é *possível* e se os sistemas de saúde baseados nesse princípio são viáveis e tem a possibilidade de alcançar uma maior igualdade substantiva. Além da pergunta da solidariedade, existe outra pergunta: esse valor *deve* ser um princípio das comunidades políticas? A justiça, igualdade, respeito, tolerância e dignidade humana são valores que não estão influenciados pelas circunstâncias sociais do momento. Ninguém se pergunta se o fato da intolerância religiosa no mundo nos levaria a esquecer a luta pela liberdade religiosa. O verdadeiramente importante é conhecer a base dos nossos deveres morais e políticas e acreditar neles, para garantir a sua realização.

A solidariedade deve ser um princípio político e jurídico?<sup>15</sup> No caso da saúde: como uma sociedade politicamente organizada, devemos ajudar aos mais necessitados? É legítimo cobrar dos mais ricos em favor dos direitos de saúde dos mais pobres? Essas perguntas são temas do debate sobre a *saúde* como *direito*<sup>16</sup>. Com a política de seguros de saúde sugerida pelo presidente Obama, o assunto foi tema de debate novamente e tem sido fortemente questionada na Corte Suprema, alegando-se sua inconstitucionalidade. A discussão pode ser abordada da seguinte forma: com o objetivo de ampliar a cobertura de saúde e controlar os seguros de saúde vendidos nos Estados Unidos, todo americano é *obrigado* a contratar um seguro de saúde, portanto ele realiza um aporte ao sistema, aumentando os proventos das companhias que ofereciam os seguros. Mas logo depois, tais companhias seriam impedidas de rejeitar a associação ou atenção das pessoas mais pobres (que é o que frequentemente acontece com o sistema desse país). Dessa forma o congresso buscava por meio dessa reforma a melhora do sistema de saúde, sendo mais equitativo por meio do princípio de solidariedade. O desafio da lei proposto pela Corte ataca o coração da reforma: obriga uma pessoa ajudar a satisfazer as necessidades de outra e viola os direitos fundamentais, de propriedade e de autonomia, reconhecidos pela Constituição; impor a solidariedade é, portanto,

<sup>15</sup> GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús: "Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad", em **Revista Sistema**, Nº 101, Madri, 1991, p. 123 e ss.

<sup>16</sup> LEMA AÑÓN, C., **Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social**. Dykinson, Madrid, 2009; VIDIELLA, Graciela: *El derecho a la salud*, Eudeba, Buenos Aires, 2000.



uma forma de expropriação. Ronald Dworkin diz que essa justificativa é a mesma que foi proposta por Robert Nozick, e afirma que a saúde está dentro de um “jogo de azar natural”, sendo que a responsabilidade não pode ser exclusiva da sociedade de forma causal uma vez que, impor o custeamento do sistema de saúde as pessoas que não são responsáveis pelas situações de saúde dos outros, incorre-se em um ato injusto. A teoria “libertária” rejeita a possibilidade de considerar a saúde como direito, e exige ao Estado sua concessão: a saúde é um bem que deve ser comprado no mercado, ao igual que vários outros<sup>17</sup>.

Ronald Green e Norman Daniels rejeitam essa proposição afirmando que, as condições sociais e econômicas influenciam a saúde, portanto, a sociedade é *responsável* pelos males que afetam aos mais pobres. Conforme a ideia rawlsiana da *posição original*<sup>18</sup>, os autores asseguram que a saúde está dentro dos denominados *bens primários* que qualquer pessoa escolheria com o objetivo de proteger-se de forma *equitativa*, contra doenças eventuais, evitando que diferenças econômicas impossibilitem conservar a saúde e que os coloque abaixo daqueles que tem mais dinheiro<sup>19</sup>. Ou seja, a saúde seria uma exigência de justiça tão importante em relação aos bens básicos das pessoas.

Na afirmação do direito à saúde, Sen<sup>20</sup> e Nussbaum<sup>21</sup> se centram num argumento mais realista do que o contrato hipotético de Rawls: A *dignidade humana*, concebida como um *acordo cultural* na qual a sociedade alcança uma base sobre bens, para que cada pessoa possa ter a vida que deseja. A saúde pode ser entendida como um *direito* (como um título que dá direito a serviços de saúde oferecidos pelo Estado) e a solidariedade como uma *exigência* derivada dela, quando compreendemos que a dignidade humana significa o respeito e consideração pelas outras pessoas e a correspondência social pelos benefícios e prejuízos produzidos

<sup>17</sup> Vid. Artigo de DWORKIN, Ronald: “Why the Health Care Challenge Is Wrong?”, no blog do **The New York Review of Books**, (abril de 2012) disponível em: <<http://www.nybooks.com/blogs/nyrblog/2012/apr/02/why-health-care-challenge-is-wrong/>>.

<sup>18</sup> RAWLS, John: **Teoría de la justicia**. 2. edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

<sup>19</sup> Estas posturas em VIDIELLA, Graciela: op. cit., p. 45-51.

<sup>20</sup> SEN, Amartya: **La idea de la justicia**. Traducción de Hernando Valencia Villa, Taurus, México, 2009.

<sup>21</sup> NUSSBAUM, Martha: **Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión**. Paidós, Barcelona, 2007.



pela sociedade. Se os princípios fossem levados a sério – como afirma Dworkin -, a reforma dos sistemas de saúde orientados a uma maior igualdade substantiva, como nos Estados Unidos e no Peru não seriam apenas mais estáveis, mas também seriam mais equitativas.

## 2 MODELO DE PLURALISMO ESTRUTURADO E O SISTEMA PÚBLICO UNIFICADO DE SAÚDE

O modelo de pluralismo estruturado implementado no Peru mediante lei Nº 29344 foi desenvolvido na Colômbia mediante a Lei 100 de 1993, podendo-se aproveitar algumas de suas experiências. Na Colômbia também foi anunciado que seria alcançada a cobertura universal e a igualdade entre os regimes subsidiado e contributivo; a verdade é que hoje, após 19 anos, ainda não foi conseguido. A Corte Constitucional colombiana declarou o *estado de coisas inconstitucional*<sup>22</sup>. O excessivo número de medidas devido à incompetência das companhias prestadoras de serviços no regime subsidiado, quando a doença não está incluída no POS (Plano Obrigatório de Saúde, semelhante ao PEAS do Peru), mesmo comprometendo a vida e a saúde, fez com que a Corte tomasse medidas contra as deficiências do sistema, o que evitava a equidade substantiva planteada no objetivo da Lei 100.

Esses defeitos estão relacionados com a falta de regulamento do POS (desacatando as exigências da Corte), falta de atualização, demora no sistema de restituição o que terminava afetando a prestação do serviço, gasto indevido de recursos por corrupção, inconsistências na prestação do serviço, falta de informação e participação popular, falta de organização na priorização de recursos para grupos específicos como crianças e adolescentes, mulheres grávidas e deficientes, etc<sup>23</sup>. Além dos defeitos específicos e as ordens proferidas pela Corte (entre as quais estão a equidade dos planos de saúde das crianças), tem-se evidenciado alguns problemas que tem colocado em questão a viabilidade do sistema.

<sup>22</sup> Sentença da Corte Constitucional da Colômbia T-760/08.

<sup>23</sup> Vid. YAMIN, Alicia; PARRA-VERA, Oscar e Camila GIANELLA: “Colombia: la protección judicial del derecho a la salud ¿Una promesa difícil de cumplir?”, em ELY YAMIN, Alicia y Siri GLOPPEN (Coordinadoras): **La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?**, Século XXI Editores, Buenos Aires, 2013.



A pergunta é se realmente o modelo de pluralismo estruturado pode levar à equidade substantiva. Além disso, o sistema apresenta uma deficiência econômica que coloca em risco a prestação dos serviços? Por que isso aconteceu? Qual é o diagnóstico? Uma das razões é que o fato do regime subsidiado e contributivo serem separados, de forma que não tem havido uma preocupação pelo que possa acontecer no subsidiado, nem apoio para melhora da cobertura. Outro motivo está relacionado com o alto índice de desemprego, sendo que o número de pessoas no sistema contributivo é insuficiente, portanto a responsabilidade deve ser assumida pelo regime subsidiado. Além disso, a competição entre os fundos e as instituições prestadoras leva a uma guerra econômica e não necessariamente ao direito à saúde<sup>24</sup>.

Alguns especialistas afirmam que o problema dos sistemas *focados* vs. os sistemas *universais* de prestação de serviços básicos é que a falta de financiamento e a prestação deficiente dos serviços nos subsistemas subsidiados não são enxergados no seu conjunto pela sociedade, uma vez que ela não participa deles, assumindo pouco ou nenhum compromisso com a manutenção e melhoramento do regime subsidiado. Pessoas que não estão dentro do sistema subsidiado não recebem os benefícios, mas contribuem indiretamente com esse subsistema<sup>25</sup>. Dessa forma, há pouco espaço para a solidariedade no modelo de pluralismo estruturado. Por tudo isso, o regime subsidiado terá sempre pouca importância nas políticas públicas e a equidade em saúde será sempre, prorrogada.

Na Colômbia e em outros países foi proposta a mudança para um *Sistema Unificado de Saúde* (como o de Costa Rica), no qual são integrados os dois regimes com a mesma cobertura; sistema que permite o aumento dos recursos econômicos para a saúde, ampliação do plano único de cobertura, satisfazendo a igualdade substantiva. Essa mudança é um desafio para a solidariedade presente na sociedade, uma vez que todos terão que se preocupar com todos. Por isso, muitas

---

<sup>24</sup> O acompanhamento da sentença T-760/08 pode ser visualizado no site da Corte, neste link: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/T-760-08/audiencias.php>>.

<sup>25</sup> Tem sido a crítica para o caso do sistema educativo segregado no Chile, de ATRIA, Fernando: **Mercado y ciudadanía en la educación**, Flandes Indiano, Santiago de Chile, 2007. Outra análise, desde a economia dos direitos humanos, em UPRIMY YEPES, Rodrigo e César RODRÍGUEZ GARAVITO: “Constitución, modelo económico y políticas públicas: Una propuesta de integración a propósito del debate sobre el derecho a la educación en Colombia”, em **Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina**, op. cit. pp. 271 e ss.



vezes existe resistência aos sistemas públicos. O mais importante do modelo de pluralismo estruturado é a presença da solidariedade, de certa forma limitada, e como sugerido pela Organização Mundial da Saúde, isto pode significar um esforço maior em prol da equidade na saúde<sup>26</sup>. No momento isto é assunto em discussão na Colômbia<sup>27</sup>.

### 3 PROGRESSIVIDADE NA COBERTURA UNIVERSAL E INDICADORES DE DIREITOS HUMANOS

A análise realizada até agora, com relação as possibilidade de conseguir a equidade da saúde no modelo de pluralismo estruturado, parece revelar uma avaliação excessivamente *formal* da sentença do Tribunal com relação à promessa de progressividade realizada na Lei Nº 29344. O Tribunal parece confiar no que se dispõe na norma e nos planos propostos pelo Estado, sem um modelo de como realmente funciona o nosso sistema de saúde. No entanto, o modelo é recente e, portanto, só pode ser avaliado o texto da norma e a conformidade com os princípios constitucionais, além do aumento de recursos para o sistema de cobertura universal e da priorização que tem sido realizada para as regiões mais pobres do país. Como já mencionado, o modelo de pluralismo estruturado como primeiro passo para a equidade substantiva parece promissor.

No entanto, e contra o Tribunal pode-se afirmar que uma reforma *séria* do sistema de saúde que gere uma verdadeira política de Estado<sup>28</sup> deveria ser incluída na criação de *indicadores de direitos humanos* que avaliem a política de cobertura universal, especialmente de componentes de equidade na saúde estabelecidos pelo Tribunal. Desta forma, seria possível determinar se está progredindo ou não e quais são os problemas para atingir o objetivo de equidade formulado pela Lei Nº 29344.

Porém o Tribunal só faz referência da necessidade que a política de cobertura inclua indicadores de direitos humanos, que segundo o Tribunal, pode ser

<sup>26</sup> La financiación de los sistemas de salud. El camino hacia la cobertura universal, OMS, 2010, disponível em: <[http://www.who.int/whr/2010/10\\_summary\\_es.pdf](http://www.who.int/whr/2010/10_summary_es.pdf)>.

<sup>27</sup> O acompanhamento das audiências da sentença T-760/08, estão no site da Corte, no link: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/T-760-08/audiencias.php>>.

<sup>28</sup> Uma vez que o Governo de Ollanta Huamla não tem incluído entre suas políticas de saúde o fortalecimento da cobertura universal além de não ter disponibilizado informações sobre a situação do processo, o que de fato acontecia no governo de Alan García. No site do Ministério de Saúde, pode ser visualizado a situação atual da cobertura universal: <[www.minsa.gob.pe](http://www.minsa.gob.pe)>.



requerido judicialmente caso esteja ausente na política pública. Mas, por outro lado o Tribunal abandona essa premissa e se abstém de avaliá-la pela constitucionalidade da LMAUS. Uma das deficiências da política de cobertura, tal e como acontece com todas as políticas públicas e sociais de nosso país, é exatamente a ausência de indicadores de direitos humanos. A importância de indicadores *específicos* na avaliação de políticas públicas tem sido enfatizada internacionalmente<sup>29</sup> assim como na doutrina<sup>30</sup> e inclusive comparada a sua jurisprudência<sup>31</sup>. As exigências normativas dos direitos específicos diferenciam a política, com medidas de proteção especial para os mais pobres, ou os aspectos da qualidade, aprovação cultural e não discriminação na prestação dos serviços assim como a transparência, só podem ser alcançadas utilizando-se indicadores com *marco conceitual* de direitos humanos, que não possua o conjunto de *indicadores sociais* que se baseiem exclusivamente na avaliação de aspectos mais gerais como o acesso, a cobertura e a quantidade de recursos que entram ao sistema<sup>32</sup>. Embora sejam importantes para avaliar o que o Estado faz para melhorar o sistema de saúde e determinar se se está cumprindo ou não com a ordem estabelecida no artigo 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que obriga o Estado a utilizar o *máximo de recursos disponíveis* para alcançar progressivamente a vigência dos direitos sociais. Os indicadores de direitos humanos são importantes, uma vez que permitem saber-se se os processos de melhora do sistema adotados pelo Estado estão sendo administrados de tal forma que, que cumpram as normas do direito à saúde<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> id. Com relação aos “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales” estabelecidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA/Ser. L/V/II.132), 19 de julho de 2008. Especificamente no caso do direito à saúde: “Informe provisional del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (A/58/427, de 10 de outubro de 2003) e “Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (E/CN.4/2006/48, de 3 de março de 2006)

<sup>30</sup> Vid. ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura (Compiladores): **La medición de derechos en las políticas sociales**. Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2010.

<sup>31</sup> Autoacompanhamento da Corte Constitucional da Colômbia 109/2007, 233/2007 y 116/2008, emitidos no acompanhamento da Sentença T-025/04.

<sup>32</sup> PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo: “¿Es posible medir los derechos? De la medición del acceso a bienes y servicios a la medición del disfrute de los derechos”, em **Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina**, op. cit. p. 463 e ss.

<sup>33</sup> Assim foi o entendimento do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que “Observaciones finales al Informe presentado por el Estado peruano en virtud de los artículos 16 y



A necessidade de estabelecer uma *linha base*<sup>34</sup> que permita saber qual o grau de satisfação da equidade na saúde hoje (com todas as variáveis) para compará-lo no futuro usando os *indicadores* para avaliação do sistema de pluralismo estruturado (que também deveria ser organizado) constitui – em minha opinião – obrigação para a solução da controvérsia constitucional submetida ao Tribunal. Não há nenhuma exigência na sentença do Colégio Constitucional<sup>35</sup>. Embora o assunto dos indicadores de direitos humanos não seja muito conhecido no nosso país, sua implementação obstaculizou o caminho andado pelo Tribunal com relação ao julgado, no que se refere aos componentes do princípio de equidade e das possibilidades para julgamento das políticas que buscam realizar os direitos sociais.

Lima, 12 de fevereiro de 2013.

---

17 del Pacto”, del 18 de mayo de 2012 (E/C.12/per/CO/2-4) determinou que o Estado garanta o cumprimento da política de cobertura universal, priorizando os mais pobres e informando os avanços realizados por regiões (isto é, por meio dos indicadores de direitos humanos que permitem avaliar a orientação diferenciada que tem-se explicado). O comitê de DESC estabeleceu o seguinte: “O Comitê está preocupado pela percentagem de população não beneficiada em saúde. Também é motivo de preocupação o acesso insuficiente e a qualidade dos serviços de saúde, especialmente nas áreas mais distantes (art. 12). O comitê sugere que o Estado garanta a aplicação efetiva da Lei Marco para a Cobertura Universal em Saúde (Lei No. 29344). Também se sugere que o Estado estabeleça estratégias para melhorar o acesso e a qualidade dos serviços, especialmente das áreas mais distantes, levando em consideração as características econômicas, culturais e sociais. O Comitê solicita ao Estado que no próximo informe, sejam anexados os dados sobre acesso e qualidade dos serviços de saúde detalhados por região”(Parágrafo 20)

<sup>34</sup> COURTIS, Christian: “Apuntes sobre la elaboración y utilización de indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, em **Derechos sociales**: justicia, política y economía en América Latina, op. cit. pp. 413 e ss.

<sup>35</sup> Não existe um *procedimento de acompanhamento* das três ordens dadas pelo Tribunal: a) o desenho de uma estratégia de contingência progressiva que permita incluir as doenças de alto custo dos afiliados independentes de EsSalud, b) o estabelecimento de uma estratégia de contingência que permita cobrir os gastos das atenções necessárias para preservar uma boa saúde ou os riscos contra a vida, quando as atenções excederem o limite máximo estabelecido no PEAS, e c) a regulamentação mediante Decreto Supremo, da Lista de Doenças de alto custo e o procedimento para aderir a esse mecanismo. O processo de acompanhamento não deve ser realizado, necessariamente, pelo Tribunal, e sim pelo Congresso, informando os avanços da política de cobertura, de acordo ao estabelecido na Lei Nº 29344 o pela Defensoria del Pueblo, em cumprimento das suas funções constitucionais (vid. el Informe No. 15: *Problemas advertidos en la Implementación del Aseguramiento Universal en Salud*, del 29 de octubre de 2011). Não deveria deixar aberta esta questão, mas como já foi realizada no nosso sistema constitucional, as ordens do Tribunal Constitucional em processos de inconstitucionais não são cumpridas pelas instituições que deveriam fazê-las efetivas.





# O DIREITO À SAÚDE E OS DEVERES DO ESTADO PARA COM O TRATAMENTO DE DEPENDENTES QUÍMICOS<sup>1</sup>

THE RIGHT TO HEALTH AND THE DUTIES OF THE STATE FOR THE TREATMENT OF DRUG ADDICTS

*Caroline Voronoski<sup>2</sup>*

## Resumo

Este trabalho aborda o tratamento da dependência química como um desdobramento do direito fundamental social à saúde. Elucida a dependência química por meio de um diálogo interdisciplinar, realiza a análise histórica das políticas públicas destinadas ao tratamento e, à luz da doutrina constitucional, propõe soluções à problemática. Constata que os massacres ocorridos em sede dos hospitais psiquiátricos antes da edição da Lei n.º 10.216/2001 deram lugar, hodiernamente, à vulgarização da violação dos direitos humanos em sede das Comunidades Terapêuticas e que, diante disso, é imprescindível a instituição de uma rigorosa política de fiscalização dos locais destinados à internação. Ainda, explica que a instituição do internamento compulsório como uma política pública do Estado brasileiro pode ser legítima, desde que seja comprovada a sua maior eficácia em relação ao tratamento baseado na redução de danos. Para solução dessa questão, torna-se necessária a realização de um debate científico quanto ao tema. Por fim, o trabalho conclui que o Estado brasileiro deve adotar uma política pública que melhor privilegie o direito à saúde dos dependentes químicos, com fundamento no fato de que o direito à saúde constitui também um dever do Estado.

**Palavras-chave:** Dependência química. Internamento compulsório. Direito à saúde e políticas públicas.

## Abstract

This work addresses the treatment of chemical dependency as an offshoot of the fundamental social right to health. It elucidates the chemical dependence by an interdisciplinary dialogue, performing historical analysis of public policies for the treatment of this dependence and, in the light of constitutional doctrine, proposes solutions to the problem. This study also finds that massacres in psychiatric hospitals before the publication of Law n.º 10.216/2001 gave way, in our times, to the popularisation of human rights violations in Therapeutic Communities and,

<sup>1</sup> Submetido em 20/12/2013, pareceres emitidos em 20/01/2014 e 27/01/2014, aprovação comunicada em 15/04/2014.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba); atualmente, cursa a Pós-Graduação *Latu Sensu* "Ministério Público – Estado Democrático de Direito", pela Fundação Escola do Ministério Público, com conclusão prevista para o ano de 2015. E-mail: <carolinevoronoski@hotmail.com>



because of this, it is essential to introducing a strict monitoring policy in areas intended to hospitalization. Also it explains that the institution of compulsory hospitalization as a public policy of the Brazilian government can be legitimate, only if it is proven to be more effective compared to treatment based on harm reduction. To resolve the matter, it is necessary to conduct a scientific debate on the subject. Finally, the study concludes that the Brazilian government should adopt a policy that best favors the right to health of drug addicts, based on the fact that the right to health is also a duty of the State.

**Key-words:** Drug addiction. Compulsory hospitalization. Right to health and public policy.

## INTRODUÇÃO

Chama atenção o fato de que a temática da dependência química se faz presente de maneira constante no cotidiano das pessoas, notadamente por conta da divulgação acerca dela na mídia e, não bastasse isso, ainda, ninguém está alheio ao fato de que a realidade da problemática em foco compreende as infundáveis consequências maléficas por ela provocadas: para o próprio dependente químico, que age impulsionado pelo intenso desejo de sentir o prazer causado pela substância psicoativa, e acaba por destruir a si mesmo; para a família, pois a convivência familiar também fica fragilizada, em meio aos rotineiros conflitos familiares, haja vista ser do conhecimento ordinário o fato de que as drogas estimulam a que indivíduo manifeste um comportamento mais violento do que o habitual; para a sociedade, vez que a fissura pelo consumo, a qual é determinada pela condição de abstinência da droga, torna-se o gatilho para a prática de condutas criminosas; para o Estado, pois os conflitos surgidos no seio da família comumente são levados ao seu conhecimento, para que ele os dirima, e cujas competências ainda compreendem a atividade de repressão ao crime, além de ser quem arca como os prejuízos econômicos acarretados pelo consumo de álcool e de outras drogas e a quem incumbe prestar o tratamento à dependência química.

O dever do Estado de garantir o tratamento de dependentes químicos constitui uma repercussão de seu dever constitucionalmente previsto de proteção do direito fundamental social à saúde. A reflexão impõe-se como consequência indissociável do debate acerca do tema e é justamente isso que irá permitir engendrar argumentos acerca da pertinência ou não de se repensar as hodiernas políticas públicas que objetivam o tratamento de dependentes químicos, para, por conseguinte e no caso de se concluir pela imprescindibilidade disso, propor as



alternativas cabíveis e exigir que o Poder Público assumira uma forma mais adequada de enfrentamento do problema. E, certamente, é a respeito desse ponto que o presente estudo se propõe a efetuar sua contribuição,

## **1 PANORAMA ACERCA DA POLÍTICA DE SAÚDE MENTAL DO ESTADO BRASILEIRO**

Com o intuito de possibilitar o posicionamento crítico acerca do tema, vai-se, antes de mais, desvendar os caminhos obscuros pelos quais a psiquiatria brasileira passou durante longos anos, até o advento da denominada Reforma Psiquiátrica (até então a política de saúde mental, que também se destinava ao tratamento de dependentes químicos, baseava-se na internação nos hospitais psiquiátricos), até se chegar às políticas públicas atuais (baseadas na redução de danos) e ao fato de que, no que pertine ao tratamento à dependência química, tais instituições foram substituídas pelos Centros de Atenção Psicossocial Álcool e outras Drogas (CAPS ad) e pelas Comunidades Terapêuticas.

### **1.1 O modelo hospitalocêntrico de atenção à saúde mental num diálogo de cunho artístico entre o filme “Bicho de Sete Cabeças” e o livro “Holocausto Brasileiro”**

De acordo o site do filme, “Bicho de Sete Cabeças” relata a história do adolescente Neto, o qual foi internado em um hospital psiquiátrico por conta de seu pai ter encontrado um cigarro de maconha no bolso de seu casaco. O filme foi baseado no livro “Canto dos Malditos”, o qual constitui um relato autobiográfico de Austregésilo Carrano dos Reis (2013).

Já o livro “Holocausto Brasileiro”, conforme artigo da Folha de São Paulo redigido por Eleonora Lucena (Folha de São Paulo, 2013), constitui o resultado das pesquisas realizadas pela repórter Daniela Arbex e traz o relato acerca do Hospital Colônia<sup>3</sup>, o maior hospício do Brasil, localizado na cidade de Barbacena, em Minas Gerais.

<sup>3</sup> Para uma melhor compreensão visual acerca do Hospital Colônia, interessante a reportagem de Fernando Gabeira para a Globo News, qual seja: <<http://g1.globo.com/globo-news/fernando-gabeira/videos/t/todos-os-videos/v/manicomio-de-barbacena-o-holocausto-brasileiro/2916668/>>.



Conforme, desta vez, artigo da própria autora do livro, o Colônia fora criado no ano de 1903 com o fito de prestar “assistência aos alienados de Minas”, embora 70% dos internos não sofressem de doença mental (ARBEX, 2011),

[...] como Maria de Jesus, internada porque se sentia triste, Antônio da Silva, porque era epilético. Ou ainda Antônio Gomes da Silva, sem diagnóstico, que ficou vinte e um dos trinta e quatro anos de internação mudo porque ninguém se lembrou de perguntar se ele falava. [...] Como pessoas, não mais como corpos sem palavras, eles, que foram chamados de “doidos”, denunciam a loucura dos “normais”. [...] Cerca de 70% não tinham diagnóstico de doença mental. Eram epiléticos, alcoolistas, homossexuais, prostitutas, gente que se rebelava, gente que se tornara incômoda para alguém com mais poder. Eram meninas grávidas, violentadas por seus patrões, eram esposas confinadas para que o marido pudesse morar com a amante, eram filhas de fazendeiros as quais perderam a virgindade antes do casamento. Eram homens e mulheres que haviam extraviado seus documentos. Alguns eram apenas tímidos. Pelo menos trinta e três eram crianças. (ARBEX, 2013, p. 13)

Com 200 leitos, em 1961, tinha cinco mil pacientes. Lá morreram 60 mil pessoas (ARBEX, 2011).

Os pacientes do Colônia morriam de frio, de fome, de doença. Morriam também de choque. Em alguns dias, os eletrochoques eram tantos e tão fortes, que a sobrecarga derrubava a rede do município. Nos períodos de maior lotação, dezesseis pessoas morriam a cada dia. Morriam de tudo — e também de invisibilidade. (ARBEX, 2013, p. 13)

De acordo com Eleonora Lucena (FOLHA DE SÃO PAULO, 2013), até 1994, ainda havia celas no hospital, o qual funciona até hoje. Ela entrevistou a autora do livro:

A jornalista diz que o que mais a chocou foi constatar que "o país desconhecia uma de suas piores tragédias". Para ela, o silêncio de décadas ocorreu porque os internos "eram indesejados sociais, e existe uma teoria de limpeza social que vigora até hoje".

Na sua visão, a situação em prisões e em outros locais ainda reflete essa "invisibilidade social". "O modelo da internação compulsória não seria uma reedição desses abusos sob a forma de política pública? A sociedade precisa discutir essas questões."

Acerca disso, confira-se um trecho do livro (ARBEX, 2013, p. 149):



Ontem foram os judeus e os loucos, hoje os indesejáveis são os pobres, os negros, os dependentes químicos, e, com eles, temos o retorno das internações compulsórias temporárias. Será a reedição dos abusos sob a forma de política de saúde pública? O país está novamente dividido. Os parentes dos pacientes também. Pouco instrumentalizadas para lidar com as mazelas impostas pelas drogas e pelo avanço do crack, as famílias continuam se sentindo abandonadas pelo Poder Público, reproduzindo, muitas vezes involuntariamente, a exclusão que as atinge.

O fato é que a história do Colônia é a nossa história. Ela representa a vergonha da omissão coletiva que faz mais e mais vítimas no Brasil. Os campos de concentração vão além de Barbacena. Estão de volta nos hospitais públicos lotados que continuam a funcionar precariamente em muitas outras cidades brasileiras. [...] Ao ignorá-la, nos tornamos cúmplices dos crimes que se repetem diariamente diante de nossos olhos. Enquanto o silêncio acoberta a indiferença, a sociedade continuará avançando em direção ao passado de barbárie. É tempo de escrever uma nova história e de mudar o final.

O filme (2001), no mesmo sentido, evidencia qual era a realidade da política de saúde mental brasileira antes da efetivação do que se denomina de “Reforma Psiquiátrica”, época em que dependentes químicos eram segregados juntamente com indivíduos com os mais diversos transtornos mentais em instituições psiquiátricas, sendo que ambos recebiam o mesmo tratamento. Chama atenção, inclusive, o fato da prática da eletroconvulsoterapia. No livro (ARBEX, 2013, p. 27), explica-se que ela:

[...] existe, desde 1938, para tratamento de doenças mentais, mas seu uso, no século passado, foi muito controverso. A tecnologia do eletrochoque se modernizou há um par de décadas, sendo utilizada nos dias atuais com fins terapêuticos para alguns tipos de transtornos, como a depressão profunda, embora existam correntes contrárias ao seu uso. No Brasil, o método só passou a ter mais controle em 2002, quando o Conselho Federal de Medicina estabeleceu regras específicas para a adoção da técnica, como a necessidade de aplicar anestesia geral. Além da anestesia, a utilização de relaxantes musculares ameniza as convulsões, mas nem sempre foi assim. No Colônia, o choque era aplicado a seco e tinha características semelhantes à tortura.[...]

Para se ter uma ideia do que ocorria nas dependências do referido hospital psiquiátrico, confira-se um dos relatos constantes do livro (ARBEX, 2013, p. 27):

Francisca Moreira dos Reis, funcionária da cozinha, era uma das candidatas à vaga de atendente de enfermagem em 1979. Ela e outras vinte mulheres foram sorteadas para realizar uma sessão de choque nos pacientes masculinos do pavilhão Afonso Pena, escolhidos aleatoriamente para o exercício. Chiquinha, como é conhecida, jamais havia feito nada parecido



na vida, por isso, não sabia como iria reagir na hora das descargas. Decidiu que assistiria às colegas na prova prática, para, depois, iniciar o teste.

A colega Maria do Carmo, que também era da cozinha, foi a primeira a tentar. Cortou um pedaço de cobertor, encheu a boca do paciente, que a esta altura já estava amarrado na cama, molhou a testa dele e começou o procedimento. Contou mentalmente um, dois, três e aproximou os eletrodos das têmporas de sua cobaia, sem nenhum tipo de anestesia. Ligou a engenhoca na voltagem 110 e, após nova contagem, 120 de carga. O coração da jovem vítima não resistiu. O paciente morreu ali mesmo, de parada cardíaca, na frente de todos. [...]

A segunda candidata se aproximou de outra cama e, trêmula, iniciou a prova. O paciente escolhido era mais jovem que o primeiro. Aparentava ter menos de vinte anos. Com os olhos esbugalhados de medo, ele até tentou reagir, mas não conseguia se mover preso ao leito. Suas súplicas foram abafadas pelo tecido que enchia a boca. Um, dois, três, nova contagem, e o homem recebeu a descarga. Não resistiu. Era a segunda morte da noite, e as aulas estavam só começando.

Ao passo disso, depreende-se do relato audiovisual de “Bicho de Sete Cabeças” (2001) que, comumente, eram os familiares do dependente químico que buscavam a internação; ocorre que os mesmos o faziam estando alheios às práticas institucionais dos hospitais. A família do adolescente Neto depara-se com a aparência mais saudável do filho, um esplêndido jardim dedicado aos encontros dos internos com suas famílias e com a confiança na palavra de um dos melhores médicos psiquiatras do Brasil. Ocorre que isso tudo ocultava a administração de remédios para abrir o apetite, a convivência entre dependentes químicos e indivíduos com os mais variados transtornos mentais e o idêntico tratamento ministrado a ambos, assim como o interesse por parte do referido médico, responsável pela administração da instituição, na manutenção do número de indivíduos sob os cuidados do hospital, requisito que propiciava o repasse de verbas públicas, sendo que o mesmo chega a mencionar “a gente vai em baixo de qualquer viaduto aí e consegue um monte de internação. O que a gente não pode é perder esse repasse do governo.”

Enquanto que

O modelo, criado pelo Colônia, previa a retirada de camas dos pavilhões para ganhar mais espaço e garantir novas internações e, com elas, mais repasse de recursos (ARBEX, 2013, p. 139).

Mas, ainda que mortos, achava-se uma maneira de os pacientes do Colônia atenderem aos objetivos financeiros de seus administradores.



Entre 1969 e 1980, 1.853 corpos de pacientes do manicômio foram vendidos para dezessete faculdades de medicina do país, sem que ninguém questionasse. Quando houve excesso de cadáveres e o mercado encolheu, os corpos foram decompostos em ácido, no pátio do Colônia, na frente dos pacientes, para que as ossadas pudessem ser comercializadas. Nada se perdia, exceto a vida. (ARBEX, 2013, p. 139)

Por fim, resta dizer aqui apenas que são os fatos acima que motivam – e com razão – muitas das posições contrárias ao internamento compulsório de dependentes químicos.

## 1.2 A Lei 10.216/2001: redução de danos *versus* internação compulsória

Com relação ao tratamento da dependência química, o Ministério da Saúde (BRASIL, 2005), em consequência: da crise do modelo de assistência à saúde mental centrado na internação em hospitais psiquiátricos, inclusive de usuários de álcool e drogas; da promulgação da Lei n.º 10.216 de 2001, a qual dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental e; da consolidação da Reforma Psiquiátrica como política de governo; construiu uma política pública específica, na área de saúde mental, de atenção aos usuários de álcool e outras drogas: em substituição ao tratamento baseado na segregação desses usuários, cujo principal objetivo era a abstinência, adotou-se o conceito de redução de danos, segundo o qual se procura prevenir as consequências negativas do uso de álcool e outras drogas, sem a imediata exigência de abstinência, mas cabendo ao usuário o controle do consumo da substância psicoativa e; concomitantemente à redução de leitos em hospitais psiquiátricos, houve a implantação da rede extra-hospitalar para tratamento de dependentes químicos, notadamente, no âmbito do tratamento ambulatorial, a criação dos Centros de Atenção Psicossocial para Álcool e outras Drogas (CAPS ad).

A redução de danos, segundo a Associação Internacional de Redução de Danos, consiste essencialmente em práticas que, sem impor a abstinência como uma medida necessária, objetivam a, primordialmente, minimizar as consequências adversas do consumo do álcool e de outras drogas, consequências essas sejam sociais, econômicas, ou que repercutam sobre a saúde do usuário (INTERNATIONAL



HARM REDUCTION ASSOCIATION, 2010). E, ademais, ela é notadamente defendida por sua relação custo-benefício (INTERNATIONAL HARM REDUCTION ASSOCIATION, 2010).

Ainda, faz-se necessária a referência à Lei n.º 10.216/2001, também denominada de “Reforma Psiquiátrica”, a qual prevê, nos arts. 4º e 6º<sup>4</sup>, a possibilidade da internação compulsória mediante a apresentação de um laudo médico circunstanciado, quando a rede extra-hospitalar se mostrar inapta quanto à eficácia do tratamento oferecido, relativamente às necessidades do caso concreto.

Como se vê, todas as políticas existentes destinadas ao tratamento de dependentes químicos são baseadas no conceito de redução de danos. Não há, atualmente, nenhuma espécie de política pública, de âmbito nacional, que objetive o internamento compulsório; no entanto, a supracitada lei permite que ele seja realizado.

### **1.3 Os indesejados sociais mudaram de endereço: as atuais violações aos direitos nos locais de internação**

Conforme já fora ressaltado outrora nesta exposição, é o passado da história da política de saúde mental do Estado brasileiro, sua essência hospitalocêntrica e os massacres ocorridos em sede das instituições psiquiátricas que motivam – e com razão – muitas das posições contrárias ao internamento compulsório de dependentes químicos. Some-se a isso a constatação do Relatório da 4ª Inspeção Nacional de Direitos Humanos (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2011), concluída em 2011, a qual fora realizada mediante proposta da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal de Psicologia, nos locais de internação para usuários de drogas, em 24 estados e no Distrito Federal, especificamente em 68 instituições. Adentrou-se em um território desconhecido para a sociedade

---

<sup>4</sup> Confira-se: “Art. 4º. A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. [...] Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.”





brasileira, as comunidades terapêuticas. Constatou-se a vulgarização da violação aos direitos humanos.

A iniciativa partiu do reconhecimento de que o uso de substâncias psicoativas constitui, atualmente, o principal problema social do país e de que o internamento é amplamente divulgado como a tão almejada solução (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2011, p. 189).

A pergunta que [os] orientou – sobre a ocorrência de violação de direitos humanos – infelizmente se confirmou como uma regra. Há claros indícios de violação de direitos humanos em todos os relatos. De forma acintosa ou sutil, esta prática social tem como pilar a banalização dos direitos dos internos. Exemplificando a afirmativa, registramos: interceptação e violação de correspondências, violência física, castigos, torturas, exposição a situações de humilhação, imposição de credo, exigência de exames clínicos, como o teste de HIV – exigência esta inconstitucional –, intimidações, desrespeito à orientação sexual, revista vexatória de familiares, violação de privacidade, entre outras, são ocorrências registradas em todos os lugares. Percebe-se que a adoção dessas estratégias, no conjunto ou em parte, compõe o leque das opções terapêuticas adotadas por tais práticas sociais. O modo de tratar ou a proposta de cuidado visa forjar – como efeito ou cura da dependência – a construção de uma identidade culpada e inferior. Isto é, substitui-se a dependência química pela submissão a um ideal, mantendo submissos e inferiorizados os sujeitos tratados. Esta é a cura almejada (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2011, p. 190).

Ainda que a estrutura física não se mostrasse precária em sede de tais instituições, tal fato não escondeu a imposição de absoluta ruptura dos vínculos sociais e afetivos; o constrangimento de se adotar determinada religião como uma exigência do tratamento; o desrespeito à opção sexual, inclusive com a promessa de cura para a sexualidade considerada desviante; nas instituições em que o internamento compulsório não era admitido, pode-se vislumbrar a prática da intimidação como meio para interferir na decisão de dar continuidade ou de interromper o tratamento, cite-se o exemplo da instituição em que, no caso de se a mulher optasse por sair, seu filho deveria ficar, sendo posteriormente oferecido para a adoção; muitas destas instituições recebiam recursos públicos ou subvenções, estas que ocorrem por meio da isenção de impostos; chamou a atenção também a “laborterapia”, ou seja, o trabalho forçado e sem remuneração em atividades necessárias ao funcionamento da instituição, como mais um dos recursos do tratamento, apto a mascarar a desnecessidade, com isso, da contratação de



funcionários e do conseqüente lucro auferido por parte da instituição; constatou-se que as crises de abstinência eram enfrentadas como uma coisa banal, que meramente se espera passar ou como algo de responsabilidade da família do dependente químico, a qual incumbia também, em alguns casos, providenciar a medicação e os atendimentos de saúde de que seu familiar necessitasse; a proibição de se acessar quaisquer meios de comunicação; por fim, viu-se ainda, a diferenciação de tratamento conforme a classe social a que pertencesse o indivíduo (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2011, p. 190-193).

O capítulo maus-tratos, violência física e humilhações não é pequeno. Neste encontra-se registrada a adoção de métodos de tortura, como, por exemplo: internos enterrados até o pescoço (recurso terapêutico?); o castigo de ter de beber água de vaso sanitário por haver desobedecido a uma regra ou, ainda, receber refeições preparadas com alimentos estragados, além do registro de internos que apresentavam, no momento da inspeção, ferimentos e sinais de violência física (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2011, p. 191).

Vê-se, portanto, que os “indesejados sociais” mudaram de endereço.

## **2 O MECANISMO DA DEPENDÊNCIA: O PRAZER ADVINDO DO CONSUMO DAS SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS**

Em Seminário realizado pelo Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR), na palestra intitulada “Neurobiologia da adição – O que as drogas fazem no cérebro”, a médica Roseli Boerngen de Lacerda (2014) explicou de que maneira a dependência química ocorre.

Segundo a médica, o ponto comum entre as drogas é que elas atuam no sistema motivacional do cérebro como um reforçador positivo, por meio da provocação da liberação de dopamina, causando uma sensação de prazer no indivíduo. O reforço positivo por meio da liberação de dopamina não é um mecanismo próprio do consumo de drogas, ele também é desencadeado, não química, mas fisiologicamente, e estimula que os comportamentos imprescindíveis à sobrevivência humana sejam efetivados, tais como a alimentação e a reprodução.

O referido mecanismo propicia que o indivíduo consolide a aprendizagem relativamente ao comportamento de consumo da droga, então o seu cérebro muda e



jamais volta ao normal. O usuário passa a associar determinados estímulos ao ato de consumir a droga, estímulos esses que podem compreender os objetos que utiliza para o consumo, os amigos com quem consome, os locais e os horários em que habitualmente faz uso da substância psicoativa, e a antecipar o comportamento de consumo, o que contribui para que possa vir a ter uma recaída. No que se refere à consolidação desse aprendizado, vale ressaltar que as drogas cujos efeitos são mais rapidamente sentidos, tais como o crack, o tabaco e o cristal, que chegam ao cérebro em questão de oito segundos, são também as que têm um potencial de abuso mais considerável, que consiste na maior proporção de dependentes relativamente o número de pessoas que já utilizaram a droga, pois quanto mais próximo é o comportamento de consumo do reforçamento positivo, mais facilmente o cérebro associa a sensação de prazer ao comportamento de consumo da droga<sup>5</sup>.

### 3 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS: VIDA VERSUS LIBERDADE. O INTERNAMENTO COMPULSÓRIO COMO MEDIDA EFICAZ FRENTE À AUSÊNCIA DE AUTONOMIA POR PARTE DO DEPENDENTE QUÍMICO?

Reconhece-se que a questão da possibilidade do internamento compulsório de dependentes químicos faz suscitar o conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> No que diz respeito às ideias de reforçamento positivo, estímulo e consolidação do aprendizado, interessantes os experimentos realizados por B. F. Skinner e por Pavlov, importantes representantes na área da Psicologia Comportamental. Este, no experimento chamado “o cão de Pavlov”, demonstrou como um cão era capaz de associar um estímulo, no caso, um som, a uma recompensa, sua alimentação. O cão, que antes salivava apenas quando lhe era ofertada a comida, passou a salivar tão somente mediante a audição do estímulo. (YOUTUBE. **O cão de Pavlov**. Duração: 03 min. e 02 seg. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YhYZJL-Ni7U>>. Acesso em: 21 de abril de 2014.) Aquele, por sua vez, com o experimento denominado “caixa de Skinner”, comprovou que pombos eram capazes de aprender a realizar tarefas complexas, mediante o emprego do reforçamento positivo, ou seja, desde que fossem recompensados para tanto. (YOUTUBE. **Modelagem**. Duração: 04 min. e 46 seg. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=iPZdg1S1nL8>>. Acesso em: 21 de abril de 2014.) Aplicou tal ideia na área da educação e criou a “máquina de ensinar”, por meio da qual propiciou que estudantes respondessem a questões e, logo em seguida, pudessem constatar se suas respostas estavam certas ou erradas, o que, segundo o próprio Skinner, consistia num mecanismo apto à rapidamente levar à formação do comportamento correto. (YOUTUBE. **B. F. Skinner fala sobre a máquina de ensinar**. Duração: 04 min. e 18 seg. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vmRmBgKQq20>>. Acesso em: 21 de abril de 2014.)

<sup>6</sup> O art. 5º da CRFB/88 garante o direito à vida e o direito à liberdade: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros



O primeiro porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>7</sup> reconhece que “o direito à saúde [...] representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”.

Já a liberdade, para José Afonso da Silva (2010, p. 231-232), possui duas vertentes, quais sejam, a interna e a externa. A primeira consiste no livre arbítrio do indivíduo, no poder de escolha entre fins contrários; a segunda, em poder fazer aquilo que se deseja, sem que barreiras ou coações sejam impostas.

Em busca da solução para o conflito, vale-se dos ensinamentos de Luís Roberto Barroso (BARROSO; BARCELLOS, 2008. p. 376), o qual explica que a ponderação de valores é uma técnica jurídica apta a resolver os casos difíceis, nos quais a aplicação de princípios, ou mesmo de regras, acabem por indicar soluções divergentes para a uma mesma questão.

Eduardo Cambi (2009, p. 463) explica que a técnica da ponderação de princípios constitui tão somente uma vertente de uma ideia mais abrangente, qual seja, a da proporcionalidade, cuja estrutura depende do exame de três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Pedro Lenza (2013. p. 189) trata acerca de cada uma delas. A necessidade<sup>8</sup> significa que “a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos

---

residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.(BRASIL,1988.)

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário n.º 271.286-8 Rio Grande do Sul, Min. Celso de Mello, Brasília, j. 12 de setembro de 2000.

<sup>8</sup> A complexa fórmula elaborada por Robert Alexy para se explicar como que se chega à conclusão acerca da real necessidade de uma determinada medida pode ser conferida na seguinte exposição: “[...] o Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P<sup>1</sup> (ou Z é simplesmente idêntico a P<sup>1</sup>). Há pelo menos duas medidas, M<sup>1</sup> e M<sup>2</sup>, para realizar ou fomentar Z, e ambas são igualmente adequadas. M<sup>2</sup> afeta menos intensamente que M<sup>1</sup> - ou simplesmente não afeta - a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com a estrutura de princípio - P<sup>2</sup> - exige. Sob essas condições, para P<sup>1</sup> é indiferente se se escolhe M<sup>1</sup> ou M<sup>2</sup>. Nesse sentido, P<sup>1</sup> não exige a escolha de M<sup>1</sup>, em vez de M<sup>2</sup>, nem que se escolha M<sup>2</sup> em vez de M<sup>1</sup>. Para P<sup>2</sup>, no entanto, a escolha entre M<sup>1</sup> e M<sup>2</sup> não é indiferente. Na qualidade de princípio, P<sup>2</sup> exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P<sup>2</sup> pode ser realizado em maior medida se se escolhe M<sup>2</sup>, em vez de M<sup>1</sup>. Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição de que tanto P<sup>1</sup> quanto P<sup>2</sup> sejam válidos, apenas M<sup>2</sup> é permitida e M<sup>1</sup> proibida. [...]”. (ALEXY, 2011, p. 119)



gravosa”. Pela adequação<sup>9</sup> “o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido”. Enquanto que, de acordo com a proporcionalidade em sentido estrito<sup>10</sup>, “sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados”.

Eduardo Cambi (2009, p. 724) exemplifica a aplicação da técnica da proporcionalidade utilizando-se de um hipotético caso concreto, nos seguintes termos:

[...] se, para combater a disseminação da Aids, Estado obrigasse todas as pessoas a fazer o teste para detectar infecção por HIV e, ainda, determinasse que todos os infectados tivessem que ficar isolados. Nesta hipótese, poderia se afirmar: a) o meio (obrigatoriedade do exame e do isolamento) é adequado para promoção do fim (combate à Aids); b) a medida é necessária, porque, ainda que se cogite outras formas de controlar a enfermidade, nenhuma delas teria a mesma eficácia das medidas escolhidas (obrigatoriedade do exame e do isolamento); porém, após ponderação racional, não se pode concluir que tais medidas superam a análise da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que a tutela do direito fundamental à saúde pública (art. 6º, CF) não pode ter um nível maior de proteção que a liberdade e a dignidade (arts. 5º e 1º, III, CF).

A partir disso, então, chega a hora de aplicar a técnica da ponderação de princípios à problemática que se expõe no presente trabalho. Para tanto, parafrasear-se-á o supracitado exemplo de Eduardo Cambi: a medida adotada será o internamento compulsório com a finalidade do tratamento de dependentes químicos, visando a proteção da saúde dos mesmos, com o fim último da tutela do direito à vida, ainda que isso ocorra em detrimento do direito de liberdade dos

<sup>9</sup> Para Alexy: “[...] Se M<sup>1</sup> não é adequada para o fomento ou realização do objetivo Z – que ou é requerido por P<sup>1</sup> ou é idêntico a ele -, então, M<sup>1</sup> não é exigida por P<sup>1</sup>. Para P<sup>1</sup> é, portanto, indiferente se se adota a medida M<sup>1</sup>, ou não. Se, sob essas condições, M<sup>1</sup> afeta negativamente a realização de P<sup>2</sup>, então, a adoção de M<sup>1</sup> é vedada por P<sup>2</sup> sob o aspecto da otimização em relação às possibilidades fáticas. [...]”. (ALEXY, 2011, p. 120)

<sup>10</sup> Conforme os ensinamentos de Robert Alexy: “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. [...] A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamento de otimização em face das possibilidades fáticas.” (ALEXY, 2011, p. 117-118.)



mesmos. Portanto, se, para proteger a saúde dos dependentes químicos, o Estado instituísse a medida de internamento compulsório dos mesmos, poderia se afirmar que: a) o meio (internamento compulsório de dependentes químicos) é adequado para a promoção do fim (proteger a saúde dos mesmos); b) a medida é necessária, porque, ainda que se cogite outras formas de tratamento, nenhuma delas teria a mesma eficácia da medida escolhida (internamento compulsório) e; após ponderação racional, depreender-se-ia, então, que a proteção à saúde, imprescindível, acima de tudo, ao direito à vida, pode ter um nível maior de proteção que o direito de liberdade, este na sua vertente externa, conforme a explicação supra trazida por José Afonso da Silva, frente à ausência de autonomia por parte do dependente químico, condição esta que, por si só, já lhe priva de gozar de maneira plena do seu direito fundamental de liberdade, visto que já se encontra desprovido da fruição de sua liberdade interna.

No entanto, uma conclusão acerca do tema não deve, jamais, ser assim tão precipitada, pois, na esteira do que afirma Eduardo Cambi (2009, p. 471), a aplicação da técnica da ponderação e da ideia a ela ínsita de proporcionalidade na conciliação dos princípios em conflito não garante a solução correta, pois deve-se construir uma argumentação jurídica que leve consideração as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Assim, diante do problema que constitui objeto do presente trabalho, faz-se necessário explorar de maneira aprofundada a questão da real eficácia ou não do internamento compulsório para o tratamento da dependência química, o que é uma questão que foge dos limites da área do Direito e impõe o diálogo desta com as outras ciências.

Pertinente, pois, é a última recomendação feita no Relatório da 4ª Inspeção Nacional de Direitos Humanos:

Que a Secretaria-Geral da Presidência da República, que tem como principal atribuição intermediar as relações do governo federal com as entidades da sociedade civil, garanta o debate público sobre as mudanças nas políticas públicas de álcool e outras drogas com a participação efetiva da sociedade civil.

É o que, após toda a presente exposição, de fato, se impõe.



## 4 DIREITO À SAÚDE/DEVER DO ESTADO

Preceitua o art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) acerca do direito à saúde nos seguintes termos:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Gilmar Mendes (2013, p. 622-623) considera que, do direito à saúde, pelo fato de o mesmo ter sido qualificado pelo constituinte originário como um “direito de todos”, decorre uma relação jurídica obrigacional a envolver, de um lado, todos os indivíduos, singularmente considerados e, de outro, o Estado; para aquele, o direito a saúde reveste-se do caráter de direito subjetivo a políticas públicas sociais e econômicas, pautadas por escolhas alocativas, objetivando a redução de doenças, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, enquanto que, para este, enseja sua atuação do sentido de garanti-lo. No entendimento jurisprudencial<sup>11</sup>, tal relação constrange a entidade estatal a formular políticas públicas sociais e econômicas visando a redução de doenças, promoção, proteção e a recuperação da saúde.

### 4.1 Um Direito Prestacional

A eficácia do direito fundamental social à saúde está condicionada à prestações positivas por parte do Estado, cite-se, como exemplo, aquilo que se faz imprescindível à garantia da realização do tratamento de dependentes químicos: a contratação de profissionais para atuar na área de saúde, notadamente de médicos, a construção de unidades básicas de saúde, de Centros de Atenção Psicossocial para Álcool e outras Drogas (CAPS ad), a aquisição do equipamento necessário aos Consultórios de Rua, o fornecimento de medicamentos, o custeio de leitos destinados ao internamento, seja em instituições privadas, públicas, como hospitais,

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n.º 2361 Pernambuco, Min. Gilmar Mendes, Brasília, j. 17 de março de 2010.



ou, ainda, em instituições que recebam recursos públicos, como as Comunidades Terapêuticas, dentre outros; por isso, diz-se ser um direito de segunda dimensão.

No que concerne à saúde, Moacyr Scliar (2007, p. 29-41) explica que as doenças, por longo tempo na história da humanidade, foram concebidas como um castigo divino ou como o produto da ação de forças sobrenaturais passíveis de dominar o corpo do homem que cometesse um pecado ou fosse vítima de uma maldição; assim, só se poderia esperar que a cura para tal mal também fosse de cunho sobrenatural: advinha, por exemplo, de Deus, conforme se afirma em passagens bíblicas. Isto explica – afirma Sueli Gandolfi Dallari (1988, p. 329) – a falta de preocupação legislativa nesse sentido ao longo de muitos séculos, nos quais apenas se providenciava o isolamento dos indivíduos acometidos de enfermidades, seja com a finalidade de evitar eventual contágio, seja para não ter de se assistir ao seu sofrimento, sendo que incumbia à própria sociedade ou às instituições religiosas o encargo da construção e da manutenção de todo o aparato adequado ao acolhimento, e não tratamento – deixe-se claro – desses indivíduos.

No entanto – continua a autora (1988, p. 329) – concomitantemente à Revolução Industrial, iniciada no século XVIII, há a reivindicação dos direitos sociais perante o poder estatal, inclusive do direito à saúde, tanto por parte dos trabalhadores, que, passando a residir nas cidades, almejavam os mesmos direitos das altas classes, bem como por parte do empresariado, cujos interesses eram prevenir possíveis contágios e manter os empregados saudáveis como garantia de produtividade (vez que amejavam, por óbvio, obter o resultado certo disso: o lucro). Tudo isso acaba por culminar no Estado (sem outra alternativa) trazendo para si a obrigação de tutela da saúde, e constituindo-se, ao longo do tempo, este direito tal como o conhecemos hodiernamente.

Relativamente a isso, doutrinariamente, costuma-se dividir o processo histórico de reconhecimento dos direitos; cite-se, por exemplo, Leo Van Holtle (2009, p. 248-249). Assim, ele explica que a primeira dimensão de direitos fundamentais traz consigo o enaltecimento do direito de liberdade; a segunda, exalta a importância do princípio da igualdade.

Leo Van Holtle (2009, p. 248-249) afirma que os direitos de primeira dimensão também constituem direitos de defesa do indivíduo em face de eventuais





arbitrariedades por parte da entidade estatal; eles foram sedimentados no chamado Estado de Direito, a partir dos ideais conclamados pelo liberalismo, sendo que preceituam a não ingerência do ente estatal na esfera dos particulares, em proveito da liberdade individual. Abrangem as liberdades clássicas, os direitos civis e políticos.

Porém, em razão das reivindicações sociais, notadamente aquelas promovidas por parte da classe operária, frente às crises econômicas ocorridas no final do século XIX, o advento do Estado Social de Direito, para superar as desigualdades sócio econômicas geradas pelo abstencionismo do Estado de Direito, deu origem aos direitos de segunda dimensão, incluindo-se aí o direito à saúde, que, como direitos a prestação, implicam numa obrigação de dar ou de fazer que enseja a atuação estatal no sentido de garantir a igualdade material entre os indivíduos, com o objetivo de que estes pudessem desfrutar de maneira plena da liberdade já conquistada, conclui Leo Van Holtle (2009, p. 248-249).

#### 4.2 A vinculação dos poderes constituídos

Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 2-3) afirma que os direitos sociais, inclusive ao direito à saúde, possuem a característica de fundamentalidade em sentido formal.

Ressalte-se que o entendimento jurisprudencial<sup>12</sup> vem ao encontro disso:

Os direitos sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. Não há dúvida – deixe-se claro – de que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades.

Conclui o referido autor (SARLET, 2007, p. 2-3) que, em decorrência disso, também se conferiu aos direitos sociais as mesmas peculiaridades atribuídas aos direitos fundamentais.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n.º 2361 Pernambuco, Min. Gilmar Mendes, Brasília, j. 17 de março de 2010.



Explica-se. A CRFB/88 positiva o direito à saúde como um direito fundamental social, pois previsto no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, Capítulo II, “Dos direitos sociais”, conferindo a esse direito de cunho tipicamente social um tratamento idêntico ao que despende aos direitos e deveres individuais e coletivos, estabelecidos igualmente no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, embora no Capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”.

A característica da fundamentalidade formal dos direitos sociais – aponta Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 3-11) – subdivide-se em três aspectos: primeiro, são normas que estão no ápice da hierarquia na estrutura escalonada do ordenamento jurídico, por estarem positivadas na Constituição; segundo, no que diz respeito à reforma constitucional, submetem-se a limites formais, relativos a um processo legislativo rígido previsto para a aprovação das Emendas Constitucionais, e materiais, pois são cláusulas pétreas, não se sujeitando à eventual abolição ou restrição em seu núcleo essencial; terceiro e por fim, sua interpretação deve ser realizada à luz da norma-princípio contida no artigo 5º, § 1º, da própria Constituição, segundo a qual as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, ou seja, devem ter a maior eficácia e efetividade possível no caso concreto, pois que seus efeitos se originam diretamente das normas constitucionais que lhes prescrevem, não necessitando, para serem concretizados, da atuação do legislador infraconstitucional.

Relativamente ao tema sob comento, pertinente é a questão relativa à força normativa da Constituição, conforme expõe Konrad Hesse (1991, p. 2-3):

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas. [...] A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão



de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

Diante disso, pelo ensinamento de Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 147-148), vê-se que a manifestação do poder constituinte originário, que culminou na elaboração da CRFB/88, não se confunde com os Poderes Públicos a partir dele, e por ele, constituídos no documento constitucional, Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; a manifestação da Assembleia Nacional Constituinte no ano de 1988 lhes é superior, não sendo os direitos fundamentais para eles mera autolimitação, podendo, de tal forma, serem deixados de lado ao primeiro juízo de conveniência e oportunidade; mas, contrariamente disso, constituem um verdadeiro comando constitucional. Por isso, o autor conclui que a consagração dos direitos fundamentais na norma suprema do ordenamento jurídico brasileiro implica na vinculação das ações dos Poderes constituídos, haja vista o documento constitucional ser dotado de suficiente força normativa. “Assim, a constituição está no ápice da pirâmide, orientando e ‘iluminando’ os demais atos infraconstitucionais” (LENZA, 2013, p. 311).

A esse respeito, ressalte-se, ainda conforme Paulo Gustavo Gonet Branco, a característica da rigidez constitucional, que pressupõe um procedimento mais solene e dificultoso para a alteração do documento constitucional em relação às demais leis, distinguindo-se, assim, o poder constituinte dos poderes constituídos, vez que se o que se impõe é a prevalência da Constituição em face destes, o que, por sua vez, consiste na supremacia da Constituição e que se trata de um pressuposto imprescindível para concretizar a força normativa do documento (MENDES; BRANCO, 2013, p. 62), não mais podendo este ser considerado uma mera “folha de papel”, enquanto que a Constituição real e efetiva seriam os fatores reais de poder, tal como advogou Ferdinand Lassale<sup>13</sup> e cuja concepção é explicada por Leo Van Holtle (2009, p. 30).

<sup>13</sup> Acerca disso, torna-se pertinente expor a ilustração trazida por Ferdinand Lassale: “Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: ‘Esta árvore é uma figueira’. Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuará sendo o que realmente era e, quando desse frutos, estes destruiriam a fábula, produzindo maçãs e não figos. O mesmo acontece com as Constituições. De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justificar pelos fatos reais e efetivos do poder”. (LASSALE, 2007, p. 49.)



#### 4.3 Acerca da primazia em sede da elaboração orçamentária

De acordo com os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet em artigo desenvolvido junto com Mariana Filchtiner Figueiredo (2007, p. 179), a teoria do mínimo existencial, que, hoje, faz-se presente, inclusive, nos trabalhos da doutrina brasileira e na jurisprudência pátria, teve significativa contribuição alemã em sua construção.

Na data de 18 de junho de 1975, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, na decisão BVerfGE 40, 121 denominada “Waisenrent II”, a qual precedeu diversos julgados no mesmo sentido, fez menção, pela primeira vez, ao que se convém chamar de mínimo existencial, oportunidade esta em que preceituou ser a essência do Estado Social de Direito a obrigação de garantir “as condições mínimas para uma existência humanamente digna” (MARTINS; SCHWABE, 2005, p. 828).

Mas, o ponto essencial e difícil de exaurir é: o que – exatamente – o conteúdo do mínimo necessário capaz de garantir a existência digna? Limite que, se ultrapassado, enseja legitimamente suscitar o argumento da reserva do possível. Certamente, nas palavras de Rui Barbosa (1949), isso “é uma incógnita muito variável”.

Explica Ricardo Lobo Torres que o mínimo existencial é desprovido de um conteúdo específico; contempla qualquer direito, em se considerando sua dimensão essencial. Ademais, é encontrado “na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração de Direitos Humanos<sup>14</sup> e nas imunidades e privilégios do cidadão (Ibid., p. 36).

No mesmo sentido, manifesta-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>15</sup>, para quem o referido conceito resulta, por implicitude, dos preceitos constitucionais insculpidos nos artigos 1º, III,<sup>16</sup> e 3º, III<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade” (PIOVESAN, 2010, p. 392)

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico]**. 4. ed. Brasília, Secretaria de Documentação, 2011. p. 22-23.



Relativamente à teoria da reserva do possível, ela foi desenvolvida, também na Alemanha, a partir do ano de 1970, e, em 18 de julho de 1972, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, na decisão BVerfGE 33, 303 denominada “*Numerus Clausus*”, fez menção a ela, relativamente à possibilidade do aumento do número de vagas na Universidade de Medicina ante ao crescimento da demanda, para possibilitar o ingresso inclusive daqueles habilitados no vestibular, porém não classificados (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 188-189). Oportunidade esta em que o Tribunal Constitucional Federal Alemão posicionou-se, notadamente, no sentido de que a reserva do possível consiste em “o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade” (MARTINS; SCHWABE, 2005, p. 663-665).

Acerca disso, Vidal Nunes Júnior (2009, p. 193) ressalta que, inclusive em consonância com entendimento jurisprudencial, somente seria viável se cogitar de uma espécie de “reserva do impossível”. Em outras palavras, somente seria lícito ao Estado se desonerar do cumprimento de sua obrigação no tocante à efetivação dos direitos integrantes do mínimo existencial no caso da absoluta insuficiência de recursos financeiros; logo, afirma o autor que a teoria da reserva do possível não poderia ser invocada havendo recursos financeiros a serem despendidos com publicidade institucional, por exemplo, ou com outros fins não prioritários.

Quanto a isso, no entanto, há que se levar em consideração a ressalva feita pelo autor, no sentido de que a teoria de reserva do possível que fora “importada” da Alemanha para o Brasil, não pode ser aplicada aqui de forma simétrica. Explica-se: os dois ordenamentos jurídicos são distintos. Lá, há um amplo espaço de conformação para o legislador infraconstitucional efetue suas escolhas (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 194), notadamente pelo fato de que a Lei Fundamental alemã não abarcou um catálogo de direitos sociais, os quais fez constar tão somente em sede da legislação ordinária, a qual está no mesmo patamar hierárquico da previsão orçamentária, embora do art. 20, I, da Constituição da Alemanha consubstancie o

<sup>16</sup> O art. 1º, III, da CRFB/88, dispõe que: “Art. 1º - A República Federativa do Brasil tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”. (BRASIL, 1988)

<sup>17</sup> O art. 3º, III, da CRFB/88, afirma: “Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.” (BRASIL, 1988)



princípio do Estado Social, que, diga-se, trata-se de uma norma de cunho programático e de vasta amplitude; enquanto, aqui, os direitos sociais foram não só previstos, mas também fora reconhecida sua fundamentalidade formal ao passo em que, ainda, foram impostas garantias institucionais garantem a sua efetividade, tal como aquela que prevê a vinculação da receita de impostos para a área da saúde<sup>18</sup> (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 176-179).

Atribuindo a Constituição, de forma expressa e incontroversa, um direito subjetivo, poderia o legislador ordinário, ao produzir a lei orçamentária, deixar de observá-la?

Poderia o Presidente da República, assim como os governadores e prefeitos, no exercício da iniciativa vinculada da lei orçamentária, deixar de atender este ou outro comando constitucional?

Seria permitido ao legislador optar por outra atividade, como a agregação de verbas orçamentárias para gastos com publicidade, uma vez preconcebida a insuficiência dos recursos necessários para o atendimento dos comandos constitucionais em pauta?

Responder-se afirmativamente às questões declinadas implicaria, a toda evidência, verdadeira subversão de nosso sistema jurídico, pois, formalmente, estar-se-ia a admitir que o exercício ordinário da legiferação pode se dar em descompasso com o conteúdo das normas constitucionais. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 180)

<sup>18</sup> Conforme preceitua o art. 198 da CRFB/88: “Art. 198. [...] § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que trata o § 2º; [...]. (BRASIL, 1988.) Nos termos da Lei Complementar n.º 141, especificamente os arts. 5º a 8º, sobre a base de cálculo, que compreende os impostos e recursos nela explicitados, devem ser destinados, para a área da saúde, o percentual de 12% pelos Estados-membros, 15% pelos Municípios, e 12%, pelo Distrito Federal, caso a competência tributária do ente não possa ser especificada como estadual ou municipal; quanto à União, a base de cálculo constitui o valor por ela aplicado na área da saúde no exercício financeiro anterior e o percentual é a variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB). (BRASIL. Lei Complementar n.º 141 de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis n.ºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, Distrito Federal, 16 de janeiro de 2012.)



A esse respeito, pertinente é a exposição de Joaquim José Gomes Canotilho (2008, p. 99-100) acerca da metodologia do *fuzzy*:

Como todos sabem, *fuzzy* significa em inglês “coisas vagas”, “indistintas”, indeterminadas. Por vezes, o estilo “fuzzysta” aponta para o estilo do indivíduo. Ligeiramente embriagado. Ao nosso ver, paira sobre a dogmática e sobre a teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da “vagueza”, “indeterminação e “impressionismo” que a *teoria da ciência* vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de “fuzzysmo” ou “metodologia do *fuzzy*”. Em abono da verdade, este peso retórico é hoje comum a quase todas as ciências sociais. Em toda a sua radicalidade, a censura de “fuzzysmo”, lançada aos juristas, significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar, quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais. [...] Ao insistirmos nos novos direitos sociais de minorias populacionais, como, por exemplo, dos indivíduos seropositivos (isto é, doentes com SidA), saberemos que cada indivíduo gasta nos dois últimos anos terminais da doença alguma coisa como doze milhões de escudos por ano, o equivalente a um apartamento de duas assoalhadas? [...]

Frente ao argumento de Canotilho, é interessante relacioná-lo com uma reportagem que fora exibida no Jornal da Band (2013), que tratou do desafio do trajeto até a sala de aula por parte de vários estudantes, o qual é uma realidade em várias cidades brasileiras. O repórter Cristiano Gobbi acompanhou estudantes de um bairro da periferia de Salvador, para conhecer a rotina diária dos mesmos até a sala de aula, oportunidade em que disputam espaço com os veículos nas ruas em condições precárias, ao passo em que milhares de outras crianças se arriscam pelo Brasil para chegar até a escola, seja utilizando-se de meios de transporte inapropriados ou correndo riscos caminhando pela beira de rodovias. Após mais de uma hora de caminhada, os estudantes que o repórter acompanhou enfim chegam ao seu destino: uma sala de aula suja de lama e onde faltam até mesmo carteiras; quem chega atrasado tem de assistir a aula em pé. Após a exibição da matéria, o jornalista Ricardo Boechat considerou que:

[...] esse país onde essa menina estava chorando, porque não tem uma carteira para ela sentar, não estamos discutindo qualidade de ensino, salário de professor, asfalto na rua, saneamento, não tem a carteira, a cadeirinha para ela sentar. Esse país, que faz uma criança como essa verter lágrimas por este motivo, é o mesmo que está construindo submarinos nucleares, comprando jatos supersônicos para a Força Aérea Brasileira, país que quer ir para o Conselho de Segurança da ONU. É uma piada, uma piada, aliás, se não fosse uma tragédia, é uma tragédia.



A propósito, uma das reportagens da série exibida pelo Jornal da Record denominada “O preço da Copa” mostrou que, para custear as obras da Copa das Confederações e da Copa do Mundo, não faltaram recursos financeiros, dinheiro público que faz falta, por exemplo, na área no Estado do Rio de Janeiro, em que postos de saúde e hospitais funcionam até mesmo sem equipamentos imprescindíveis, como o aparelho de oxigênio e remédios e pessoas esperam infundavelmente, seja por um simples atendimento ou por uma cirurgia da qual não podem simplesmente abrir mão, ao passo em que, só com o dinheiro investido no estádio do Maracanã, cuja reforma supera R\$ 1 bilhão, dos quais R\$ 360 milhões foram financiados pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), poderiam ser construídos trinta hospitais, cada qual com 150 leitos. (R7, 2013)

Então, diante disso, se a metodologia do *fuzzy* de Canotilho fosse aplicada aos legisladores e governantes, chegar-se-ia à conclusão de que eles não sabem o que estão fazendo quando lidam com as complexas questões que envolvem os direitos econômicos, sociais e culturais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme depreende-se do exposto, faz-se necessário que o Estado brasileiro adote uma medida que melhor privilegie o direito à saúde dos dependentes químicos.

Quanto a isso, deve-se levar em consideração que o consumo de substâncias psicoativas estimula a produção do neurotransmissor denominado dopamina, o qual é responsável por causar uma sensação de prazer no indivíduo e, diante disso, a questão que se impõe é: teria o dependente químico autonomia suficiente para exercer o controle do consumo da substância psicoativa, tal como pressupõe a atual Política de Saúde Mental do Estado brasileiro, vez que baseada no conceito de redução de danos?

Ocorre que o que vai legitimar a instituição da internação compulsória de dependentes químicos ser elevada ao patamar de política pública é a sua maior eficácia em relação ao tratamento baseado na redução de danos e, por isso, faz-se





necessário que haja um debate científico<sup>19</sup>, o que impõe o diálogo do Direito com as outras ciências.

Ainda, o principal argumento contrário à instituição da internação compulsória como uma política pública do Estado brasileiro consubstancia-se no fato dos massacres ocorridos em sede dos hospitais psiquiátricos antes do advento da Lei n.º 10.216/2001. Ocorre que, conforme a inspeção realizada pelo Conselho Federal de Psicologia, no ano de 2011, nas comunidades Terapêuticas, que são um dos atuais recursos ao tratamento da dependência química, instituída após a consolidação da Reforma Psiquiátrica, constatou-se a vulgarização da violação dos direitos humanos dos pacientes em sede de tais instituições. Diante desse fato, é possível concluir que o problema consiste, de maneira primordial, na falta de fiscalização por parte do Estado brasileiro relativamente às instituições destinadas à internação; portanto, independentemente de o debate científico concluir pela maior eficácia do internamento compulsório ou do tratamento baseado na redução de danos, faz-se imprescindível a instituição de uma rigorosa política de fiscalização das instituições destinadas ao internamento.

Assim, cabe à população exigir tanto a instituição de uma política pública que melhor privilegie o direito à saúde dos dependentes químicos bem como uma política fiscalizatória das instituições destinadas à internação, com fundamento no fato de que o direito à saúde exige prestações positivas por parte do Estado para ser concretizado e é dotado do caráter de fundamentalidade em sentido formal, o que significa que, pelo fato de estar positivado no “Título II”, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”, na CRFB/88, que é o documento supremo do país, em se considerando a estrutura escalonada do ordenamento jurídico, bem como pelo fato de que se trata de um documento rígido e dotado de força normativa, o direito à saúde, em última análise, vincula as ações dos Poderes Constituídos. E, relativamente aos custos inerentes ao implemento de tais políticas públicas, depreende-se que o direito à saúde deve prevalecer em detrimento do argumento da reserva do possível, vez que ele integra o mínimo existencial e, por estar positivado

<sup>19</sup> Tal como o Seminário “A atuação do Ministério Público no enfrentamento à drogadição”, promovido pelo MPPR, e cujos vídeos encontram-se disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.ceaf.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=208>>.



no documento constitucional, deve gozar, antes de mais, de primazia em sede da elaboração orçamentária.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Vigílio José Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil. São Paulo: Geração Editorial – Edição digital, 2013.

ARBEX, Daniela. Holocausto brasileiro: 50 anos sem punição. **Tribuna de Minas**, 20 de novembro de 2011. Cidade. Disponível em: <<http://www.tribunademinas.com.br/cidade/holocausto-brasileiro-50-anos-sem-punic-o-1.989343>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

ASSIS MENDONÇA, Aachen (tradutor); URBANO CARVELLI, Bonn (revisor jurídico). **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. 2011. Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz\\_pt.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf)>. Acesso em: 23 jul. 2013.

BARBOSA, Rui. **Relatório do Ministro da Fazenda**. OCRB digital, vol. XVIII, 1891, tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e da Saúde, 1949. Disponível em: <[http://docvirt.com/docreader.net/docreader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&pasta=Vol.%20XVIII%20\(1891\)\Tomo%20III&pesq=relatorio%20do%20ministro%20da%20fazenda](http://docvirt.com/docreader.net/docreader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&pasta=Vol.%20XVIII%20(1891)\Tomo%20III&pesq=relatorio%20do%20ministro%20da%20fazenda)>. Acesso em: 21 jul. 2013.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008. p. 327-378.

**BICHO de Sete Cabeças**. Direção: Laís Bodanzky. Produção: Sara Silveira; Caio Gullane; Fabiano Gullane; Luiz Bolognesi; Marco Müller. Roteiro: Luiz Bolognesi. Elenco: Rodrigo Santoro; Othon Bastos; Cássia Kiss e outros. Brasil; Itália: Rio Filme; Columbia TriStar, 2001. 01 DVD (74 min.), color.

BICHO DE SETE CABEÇAS. **Roteiro**. Disponível em: <<http://www.bichodesetecabecas.com.br/>>. Acesso em: 01 de agosto de 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, Distrito Federal, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei 10.216 de 06 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. **Oficial da União**. Brasília, Distrito Federal, 09 de abril de 2001.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. **Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil**. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços



de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. OPAS. Brasília, novembro de 2005. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Relatorio15\\_anos\\_Caracas.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Relatorio15_anos_Caracas.pdf)>. Acesso em: 01 de setembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico]**. 4. ed. Brasília, Secretaria de Documentação, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário n.º 271.286-8 Rio Grande do Sul, Min. Celso de Mello, Brasília, j. 12 de setembro de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n.º 2361 Pernambuco, Min. Gilmar Mendes, Brasília, j. 17 de março de 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Relatório da 4ª Inspeção Nacional de Direitos Humanos**: locais de internação para usuários de drogas. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2011. Disponível em: <[http://www.crpsp.org.br/portal/midia/pdfs/Relatorio\\_Inspecao\\_Direitos\\_Humanos.pdf](http://www.crpsp.org.br/portal/midia/pdfs/Relatorio_Inspecao_Direitos_Humanos.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista saúde pública**, São Paulo, v. 22, n. 3, p. 327-334, 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/rsp/v22n4/08.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOLTLE, Leo Van. **Direito constitucional**. 5. ed. Bahia: Jus Podivm, 2009.

INTERNATIONAL HARM REDUCTION ASSOCIATION. O que é Redução de Danos?. Londres, Grã-Bretanha: [s.n.], 2010 Disponível em: <[http://www.ihra.net/files/2010/06/01/Briefing\\_what\\_is\\_HR\\_Portuguese.pdf](http://www.ihra.net/files/2010/06/01/Briefing_what_is_HR_Portuguese.pdf)>. Acesso em: 02 set. 2013.

LACERDA, Roseli Boerngen de. Neurobiologia da adição – O que as drogas fazem no cérebro. In: **Seminário “A atuação do Ministério Público no enfrentamento à drogadição”**, 2014, Curitiba. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/modules/debaser/player.php?id=566>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. São Paulo: Russell Editores, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva – Edição digital, 2013.

LUCENA, Eleonora. Livro ‘Holocausto Brasileiro’ relata horrores de hospício mineiro. **Folha de São Paulo**, 01 de agosto de 2013. Ilustrada, São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2013/08/1320727-livro-holocausto-brasileiro-relata-horrores-de-hospicio-mineiro.shtml>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

MARTINS, Leonardo; SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.



MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

O PREÇO da Copa: Como o Maracanã se tornou um símbolo dos gastos milionários. **R7**, 25 de junho de 2013. Esportes, Futebol, Copa das Confederações de 2013. Disponível em: <<http://esportes.r7.com/futebol/copa-das-confederacoes-2013/o-preco-da-copa-como-o-maracana-se-tornou-um-simbolo-dos-gastos-milionarios-25062013>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov. de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Rio Grande do Sul, n. 1, p. 171-213, out./dez. de 2007. Disponível em: <[http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/DOUTRINA\\_9.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOUTRINA_9.pdf)>. Acesso em: 23 jul. 2013.

SCLIAR, Moacir. História do conceito de saúde. **Revista de saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 01, p. 29-41, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRAJETO até a escola ainda é desafio em várias cidades do país. **Jornal da Band**, 27 de agosto de 2013. Vídeos. Disponível em: <<http://noticias.band.uol.com.br/jornaldaband/videos.asp?id=14648024>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

YOUTUBE. **Modelagem**. Duração: 04 min. e 46 seg. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=iPZdg1S1nL8>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

YOUTUBE. **B. F. Skinner fala sobre a máquina de ensinar**. Duração: 04 min. e 18 seg. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vmRmBgKQq20>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

YOUTUBE. **O cão de Pavlov**. Duração: 03 min. e 02 seg. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YhYZJL-Ni7U>>. Acesso em: 21 abr. 2014.



# INSTRUMENTALIZAÇÃO DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL<sup>1</sup>

INSTRUMENTALIZATION OF CONSTITUTIONAL PRECEPTS FOR THE  
CONCRETION OF THE ENVIRONMENTAL LAW STATE

*Adriele Fernanda Andrade Précoma<sup>2</sup>*

## Resumo

O Estado de Direito Ambiental, forma estatal ainda sob idealização teórica, demanda várias adaptações no seio das sociedades para materializar-se. Vislumbra-se, porém, um processo posto em marcha na direção de sua construção. A via de concretização da mais alta relevância é a efetivação de preceitos constitucionais, pois do texto da atual Constituição da República Federativa do Brasil é possível apreender dispositivos que se valem de instrumentos à realização desse conceito de Estado ainda no plano abstrato. Por meio da análise do texto constitucional no que concerne à temática ambiental, bem como pelo estudo da doutrina que se dedica a essa forma estatal, neste breve artigo serão traçados sumariamente alguns instrumentos já contidos em nossa Constituição que podem fundamentar as bases de construção do Estado de Direito Ambiental.

**Palavras-chave:** Estado de Direito Ambiental. Preceitos constitucionais. Concretização.

## Abstract

The Environmental Law State, still under theoretical development, demands many social adaptations to be materialized. However, it is possible to figure out that there is a process in motion leading to its construction. The highest relevant factor to achieve the State of Environmental Law is the realization of constitutional rules because in the text of the Brazilian Constitution it's already possible to extract precepts that serve as instruments to achieve this concept of State, still in the abstract plan. By the analysis of the Brazilian Constitution on environmental issues, and the study of the juridical doctrine dedicated to this form of State, this short paper is going to outline some instruments contained in the Brazilian Constitution which may underlie the foundations of this State under building: the of Environmental Law State.

<sup>1</sup> Submetido em 01/07/2013, pareceres emitidos em 15/07/2013 e 15/07/2013, aprovação comunicada em 22/07/2013.

<sup>2</sup> Aluna do mestrado em Direito Econômico e Socioambiental na (PUC/PR), especializou-se em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (2012). E-mail: adriprecoma@yahoo.com.br



**Keywords:** State of Environmental Law. Constitutional rules. Achievement.

## 1 INTRODUÇÃO: O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

O Estado de Direito Ambiental<sup>3</sup> (EDA) trata-se de um conceito ainda no campo da abstração teórica, enfático no sentido da proteção do meio ambiente com vistas a uma plena satisfação da dignidade para além do ser humano (FERREIRA; LEITE, 2010, p. 13).

O EDA revela o estágio atual de um caminho evolutivo das formas estatais, partindo do Estado Liberal e passando intermediariamente pelo Estado Social. A superação de uma forma estatal por outra, contudo, não significa o abandono das conquistas dos modelos de Estado de Direito anteriores; pelo contrário, a elas agrega a dimensão ecológica<sup>4</sup> (FENSTERSEIFER; SARLET, 2011, p. 42-43). Logo, há no EDA uma síntese das agendas social e ambiental, até mesmo porque as questões sociais mostram-se irresolvidas – a despeito do projeto do Estado Social –, e as questões ambientais têm com elas interligações<sup>5</sup>, pelo que necessitam serem tratadas conjuntamente.

---

<sup>3</sup> Doutrinariamente estudado com algumas variações, mas muitos pontos de encontro teóricos, sob diversos títulos, tais como Estado Socioambiental de Direito por Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer; Estado Pós-Social por Vasco Pereira da Silva, Daniel Sarmento e José Manuel Pureza; Estado Constitucional Ecológico por Joaquim José Gomes Canotilho; Estado do Ambiente por Peter Häberle; Estado Ambiental de Direito por Amandino Teixeira Nunes Júnior; Estado Ambiental por Michael Klopfer; Estado de Bem-Estar Ambiental por Rogério Portanova (FENSTERSEIFER; SARLET, 2010, p. 15-16); Estado Democrático e Social Ambientalmente Sustentável (*The Green Welfare State*), como o governo da Suécia anuncia, desde 1998, intencional construir (TARREGA; SANTOS NETO, 2006, p. 4); Estado Democrático (de Direito) Ambiental, Estado protetor do Ambiente, Estado de Direito de Ambiente, Estado Ecológico etc. (CAETANO; LEITE, 2012, p. 52).

<sup>4</sup> A ideia de agregar a dimensão ecológica às demais é a mesma ideia que permeia a teoria das dimensões dos direitos fundamentais, outrora (e por alguns autores ainda) chamadas de gerações – termo esse substituído por “dimensões” justamente para configurar a noção de que uma dimensão agrega-se à anterior, num caráter de complementaridade e num processo cumulativo, e não como substituição de uma geração por outra (SARLET, 2010, p. 45).

<sup>5</sup> A interligação entre as questões sociais e ambientais é observada em diversos aspectos. Pontualmente: ambas as questões têm causa no paradigma individualista e antropocêntrico de grande parte das culturas ocidentais que justificou a competição e exploração de uns sobre os outros e, por conseguinte, as desigualdades e problemas sociais, além da exploração ilimitada da natureza. Sobre o assunto, ler Jose Luiz Bolzan de Moraes (2010, p. 75), Leonardo Boff (2012, p. 67-74) e Esperanza Martinez (2012). Outro aspecto da interligação é a interdependência entre elas, pois o homem inevitavelmente depende do meio ambiente saudável para sobreviver, ainda mais de forma digna (FENSTERSEIFER; SARLET, 2010, p. 16 e 32-33). Ademais, pela ideia de



O Estado de Direito é um conceito dinâmico sujeito a processos constantes de atualização e aperfeiçoamento, inclusive mediante a incorporação de novos elementos e conceitos que acabam por modificar sua própria estrutura e racionalidade. Trata-se, logo, o Estado de Direito, de uma obra inacabada (TARREGA; SANTOS NETO, 2006, p. 9). Por essa abertura conceitual, o Estado aglutina caracteres que lhe são necessários para adequar-se às necessidades sociais. Logo, diante dos desafios ambientais o Estado não se pode isentar, razão porque vem tendo que se adaptar para alcançar o matiz do Estado de Direito Ambiental.

Ainda que o Estado de Direito Ambiental também não seja uma instituição finalizada, projetando-se “no mundo real como devir” (LEITE; CAETANO, 2012, p. 53), como uma utopia (FERREIRA; LEITE, 2010, p. 15), é possível pinçar do mundo real alguns instrumentos que se valem a concretizar essa idealizada forma estatal. Neste artigo enfocam-se diversos preceitos contidos na Constituição brasileira de 1988 com alto valor de emprego na fundamentação da construção do EDA, isso porque a construção do Estado de Direito Ambiental deve passar pelo conteúdo da Constituição, por ser a Magna Carta a expressão dos valores e postulados básicos da sociedade (LEITE; AYALA, 2012, p. 230).

Neste ponto vale relevar a importância da

(...) ordem constitucional como a representação máxima de uma cultura constitucional, que seja aberta e flexível, apta e disponível ao seu aperfeiçoamento, para o fim de melhor responder aos desafios e às demandas existenciais decorrentes do exercício das liberdades nas sociedades pós-industriais (LEITE; AYALA, 2012, p. 230).

---

dignidade humana e meio ambiente ecologicamente equilibrado como direitos fundamentais incide a tese da indivisibilidade e interdependência dos mesmos, requerendo uma “tutela integrada dos direitos sociais e da proteção do ambiente, na perspectiva dos direitos fundamentais socioambientais” a fim de uma “justiça socioambiental” (FENSTERSEIFER; SARLET, 2011, p. 45-46 e 100-101). Finalmente, Fensterseifer e Sarlet demonstram que a miséria e a pobreza caminham juntas com a degradação e poluição ambiental, ao se verificar que a população carente é, muitas vezes, levada a residir em áreas poluídas, degradadas e de risco ambiental (FENSTERSEIFER; SARLET, 2010, p. 28-32). Essa noção é confirmada por relatório do IPEA (2010, p. 141-147).



Dentre as mencionadas demandas existenciais, o meio ambiente ecologicamente equilibrado adquire hodiernamente suprema importância dada a profunda crise ambiental em que nos encontramos. Nesse contexto é possível verificar que nossa Constituição rumo a uma aproximação do Estado de Direito Ambiental (LEITE; AYALA, 2012, p. 228) (cujo mote principal é a proteção ambiental) em razão de trazer em seu bojo diversos preceitos que são instrumentais à realização desse projeto estatal.

## **2 INSTRUMENTALIZAÇÃO DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL**

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, a primeira que tratou de forma ampla o meio ambiente com um capítulo dedicado ao tema<sup>6</sup> (LEITE; AYALA, 2012, p. 229), possibilita, desde logo, a abertura da compreensão do que é o meio ambiente para além dos seus elementos constitutivos – amplitude, essa, que é justamente um dos objetivos do EDA. Por que não expressou uma definição de meio ambiente, a CRFB indica a recepção do conceito previamente definido pelo art. 3º, I, da Lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), pelo qual o meio ambiente é concebido como um conjunto de condições e de fatores essenciais ao desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas (FERREIRA; LEITE, 2012, p. 32-33).

Além desse (implícito), do bojo de nossa Constituição é possível elencar outros conteúdos normativos aptos a aproximar o Estado de Direito Ambiental da realidade.

### **2.1 Mudanças paradigmáticas**

A proposta do Estado de Direito Ambiental demanda a superação de paradigmas profundamente arraigados desde a Modernidade, como o

---

<sup>6</sup> “A proteção constitucional, no entanto, é mais extensa, abrangendo uma série de outros dispositivos que, direta ou indiretamente, se relacionam a valores ambientais de forma holística e sistêmica” (LEITE; AYALA, 2012, p. 229).





antropocentrismo e o individualismo. A CRFB dá azo, porém, a essas necessárias superações.

### 2.1.1 Para além do antropocentrismo

O texto da Constituição da República Federativa do Brasil expressamente indica ser o meio ambiente ecologicamente equilibrado requisito essencial para a sadia qualidade de vida. Diante disso, diversos estudiosos apresentam leituras sob a ótica que transcende a originária visão antropocêntrica dos direitos fundamentais, com a admissão de alteração paradigmática pela qual se supera a ideia do homem como único destinatário do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, aderindo a uma ideia biocêntrica em que todas as formas de vida são titulares desse direito. É o que defende Benjamin, analisando os termos utilizados na Constituição:

No caso brasileiro, a expressão parece indicar uma preocupação com a manutenção das condições normais (=sadias) do meio ambiente, condições que propiciem um desenvolvimento pleno (e até natural perecimento) de todas as formas de vida. Em tal perspectiva, o termo é empregado pela Constituição não no seu sentido estritamente antropocêntrico (a qualidade de vida humana), mas com um alcance mais ambicioso, ao se propor – pela ausência da qualificação humana expressa – a preservar a existência e o pleno funcionamento de todas as condições e relações que geram e asseguram a vida, em suas múltiplas dimensões (BENJAMIN, 2011, p. 127-128).

Leite indica que a nossa Constituição prima pela dimensão objetivo-subjetiva do meio ambiente equilibrado (para ele, a posição mais avançada), a partir da qual se afasta a proteção ambiental como sendo apenas em função dos interesses humanos, dando lugar à proteção pela ética “antropocêntrica alargada”, em que se reconhece um direito subjetivo concomitante com uma “proteção autônoma do ambiente, independentemente do interesse humano” (LEITE, 2011, p. 214-216).

### 2.1.2 Para além do individualismo: princípio da solidariedade

Um marco axiológico que embasa sobremaneira o modelo estatal do EDA é o princípio da solidariedade (ou fraternidade).



Aponta Fensterseifer que a despeito de ter sido um dos elementos do lema da moderna Revolução Francesa (liberdade, igualdade, fraternidade), verifica-se uma inobservância da fraternidade (“de cunho eminentemente existencial, comunitário e universalista”), tendo sido, ao contrário, o individualismo e patrimonialismo típicos do paradigma liberal moderno que dominou a maior fatia das nossas sociedades (FENSTERSEIFER, 2008a, p. 157)<sup>7</sup>.

O mesmo autor afirma que se deve “transcender de um pacto social para um pacto socioambiental” de modo a contemplar os novos papéis que assumem o Estado e a sociedade no EDA, fazendo relação com a ideia de responsabilidades e encargos ambientais compartilhados entre ambos do *caput* do art. 225 constitucional<sup>8</sup>. Logo, “os deveres de solidariedade no âmbito da tutela ambiental são atribuídos agora, para além do Estado, também aos particulares” (FENSTERSEIFER, 2008a, p. 157).

Há ainda outras facetas da solidariedade enunciada pelo princípio em tratativa além da questão de envolvimento do Estado e da coletividade, conjuntamente, para o fim da proteção ambiental. Uma é a noção de solidariedade intergeracional, e a outra, de solidariedade interestatal.

Verifica-se, logo, a aplicação desse princípio da solidariedade em esfera planetária, ou seja, incidindo “nas relações entre todas as nações, povos e grupos humanos da mesma geração, bem como entre a geração atual e futura”. O princípio em estudo, então, além de transcender fronteiras dos Estados, também perpassa a geração atual, numa ideia de solidariedade intergeracional (FENSTERSEIFER, 2008a, p. 153-154).

Como as questões ambientais não se adstringem em limites estatais (nem em termos territoriais, e nem respeitam delimitações de poderes ditos soberanos),

<sup>7</sup> Nesse sentido, Fensterseifer (2008a, p. 157): “O modelo de Estado Socioambiental agrega as conquistas positivas (em termos de tutela da dignidade humana) dos modelos de Estado de Direito que o antecederam, incorporando a tutela dos novos direitos transindividuais e, num paradigma de solidariedade humana, projetando a comunidade humana num patamar mais evoluído de efetivação de direitos fundamentais (especialmente dos novos direitos de terceira dimensão, como é caso da proteção ambiental)”.

<sup>8</sup> A carga de responsabilidades e deveres é dividida entre o Estado e os particulares, tanto no plano interno quanto no plano internacional, conforme Fensterseifer (2008a, p. 153-154). O tema da responsabilidade compartilhada será tratado no item 3.4.



necessário atingir um nível global de tratamento – cujo enfrentamento exige uma colaboração entre Estados, dentro do que Canotilho veio a chamar de postulado globalista<sup>9</sup>, sem que se prescindia dos demais âmbitos de tratamento (local, nacional, supranacional, em espaços públicos estatais, não estatais e privados), como bem ressalta Bolzan de Moraes (2011, p. 77-80).

Para Ferrajoli, no cenário atual de interdependência econômica, política, ecológica e cultural crescente entre os Estados, o mundo transforma-se numa “aldeia global”, o que torna mais urgente e também mais concretizável uma integração mundial (FERRAJOLI, 2007, p. 47-48), num sistema de cooperação. No mesmo sentido vislumbram Bolzan de Moraes e Streck uma nova ordem mundial não mais pautada em soberanias, mas em compromissos entre os Estados (MORAIS; STRECK, 2010, p. 142).

Leite e Ayala (2012, p. 229-232) ensinam que o princípio da solidariedade é a matriz, o “fundamento teórico-jurídico do Estado de Direito Ambiental, ou seja, um dos princípios fundantes do novo paradigma estatal”. Quando estudam esse princípio, os autores, como os demais estudiosos já citados, também indicam o sentido da solidariedade em termos intergeracionais, interestatais, com compartilhamento de responsabilidades entre coletividade e Poder Público, necessários à tratativa da proteção ambiental. Vão, ainda, além, aprofundando o saber na complexidade que a matéria envolve, indicando o sentido de solidariedade também entre as diversas formas de vida, o que sustenta ainda mais o primado da superação do paradigma antropocêntrico abordado no item anterior.

---

<sup>9</sup> “O postulado globalista pode resumir-se assim: a proteção do ambiente não deve ser feita a nível de sistemas jurídicos isolados (estatais ou não) mas sim a nível de sistemas jurídico-políticos, internacionais e supranacionais, de forma a que se alcance um standard ecológico ambiental razoável a nível planetário e, ao mesmo tempo, se estruture uma responsabilidade global (de estados, organizações, grupos) quanto às exigências de sustentabilidade ambiental. Por outras palavras: o globalismo ambiental visa ou procura formatar uma espécie de Welt-Umweltrecht (direito de ambiente mundial). Isto não significa que se desprezem as estruturas estatais e as instituições locais. Lá onde as instâncias nacionais e locais consigam densificações positivas dos standards ecológicos, impõe-se a autocontenção da “República-Ambiental Planetária”. O globalismo aponta também para um direito de cidadania ambiental em termos intergeracionais” (CANOTILHO, 2010, p. 102-103). No mesmo sentido, Fiorillo: “fenômenos como a poluição e a degradação ambiental não encontram fronteiras e não esbarram em limites territoriais”, fazendo o direito ambiental apontar no sentido de pensarmos e agirmos em sentido global, mas sem se esquivar da ação em âmbito local (FIORILLO, 2012, p. 138).



No texto constitucional, o princípio da solidariedade estaria muito bem alicerçado, ainda conforme Leite e Ayala, desde o preâmbulo da Magna Carta<sup>10</sup>, e no artigo 3º, I e IV<sup>11</sup>, além do artigo 225 já estudado (LEITE; AYALA, 2012, p. 230-231).

Para os autores, o princípio da solidariedade é o fio condutor que perpassa todos os demais princípios que são base do EDA, uma vez que “a solidariedade acaba inserida seja de forma transversal ou direta em todos os demais”, sem, entretanto, excluí-los (LEITE; AYALA, 2012, p. 229). A respeito desses outros princípios que embasam o Estado de Direito Ambiental, conduzidos pela linha mestra do princípio da solidariedade, é que se passa a estudar.

## 2.2 Princípios constitucionais do EDA (coincidentes com de direito ambiental)

Como elucida Nunes Junior (2005), para a configuração do Estado de Direito Ambiental há princípios norteadores a serem observados, alguns dos quais coincidem com princípios que regem o Direito Ambiental, quais sejam: prevenção, participação e responsabilização<sup>12</sup>.

A adoção do princípio da prevenção previsto no artigo 225, parágrafo 1º da CRFB é de suma importância porque a reparação de danos ambientais mostra-se por vezes incerta, se não impossível, e muito onerosa, dada a incalculabilidade<sup>13</sup> de

<sup>10</sup> No preâmbulo constitucional o princípio da solidariedade é transparecido quando são mencionados como valores de uma sociedade fraterna os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

<sup>11</sup> Art. 3º, inciso I, quando prevê “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, e inciso IV, com a previsão da “erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais”.

<sup>12</sup> Para fins deste artigo, apenas se tratou de alguns princípios contidos na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) que norteiam ambos: o EDA e o Direito Ambiental, não se exaurindo o tema. Conforme Leite e Ayala (2012, p. 229), a doutrina aponta que o Estado de Direito Ambiental conta com, além dos já mencionados princípios, o princípio da precaução, do poluidor-pagador, da cidadania, da democracia, da informação, da proibição do retrocesso ecológico e do mínimo existencial ecológico, sendo o princípio da solidariedade o fio condutor que perpassa todos os elencados princípios sem os excluir, como mencionado no item anterior.

<sup>13</sup> Beck trata da “incalculabilidade” das consequências dos danos globais causados pelos “megaperigos” (nucleares, químicos, genéticos, ecológicos), o que acaba se revelando em irresponsabilidade por eles, e numa mera aparência de controle (2002, p. 84-86). Beck explica, ainda, acerca da “irresponsabilidade organizada”, pela qual as instituições sociais que deveriam



suas proporções (por serem altamente complexos os possíveis reflexos de um dano ao ambiente) para o fim de mensurar uma efetiva reparação. Portanto a prioridade política no EDA deve prevalecer em prevenir e não em reparar danos ao meio ambiente.

Quanto ao princípio da participação<sup>14</sup>, para Nunes Junior (2005) refere-se à necessária cooperação entre Estado e sociedade, por seus diversos setores, no tratamento das questões ambientais, tanto na formulação quanto na execução das políticas ambientais. Relaciona-se, ainda, tal princípio com a necessária cooperação entre os Estados para a proteção ambiental, já que as questões ambientais não se circunscrevem no âmbito interno dos Estados, o que exige essa “atuação interestatal solidária”. Liga-se substancialmente, esse princípio, ao da solidariedade, tratado no item 3.1.2 supra, bem como ao sistema de responsabilidade compartilhada, a ser abordado adiante no item 3.4.

O princípio da responsabilização, por sua vez, é complementar aos outros já indicados princípios, visto que isoladamente não são capazes de serem funcionais. Isso porque não adiantaria a prevenção e as ações participativas sem que os responsáveis por danos ao meio ambiente respondessem pelos seus atos em tríplice esfera (criminal, administrativo e civil)<sup>15</sup>. Esse tríplice apenamento consta da

---

reconhecer a realidade das catástrofes negam-nas e negam suas causas, desembocando em não haver efetivas responsabilizações (BECK, 2002, p. 236-237).

<sup>14</sup> Esse princípio, como informa o autor, faz-se prescrito em diversos artigos constitucionais: art. 225 *caput*, ao impor a responsabilidade compartilhada do poder público e da coletividade de defender e preservar o meio ambiente; o parágrafo 1º, inciso IV do mesmo artigo, com relação à obrigatoriedade de estudo prévio de impacto ambiental (chamado EIA) em obras e atividades potencialmente lesivas ao ambiente; art. 37, parágrafo 3º, com previsão de disciplina por lei da participação do usuário no serviço público; art. 5º, inciso XXXIII, conferindo direito a todos de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral; e inciso LXXIII do mesmo art. 5º com a previsão do direito a qualquer cidadão de propositura de ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que participe o Estado, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (NUNES JUNIOR, 2005).

<sup>15</sup> Leite (2010, p. 202), a essas três esferas, ainda acrescenta a responsabilização intercomunitária. Para um Estado bem aparelhado e justo do ponto de vista ambiental, conforme explica o autor, a responsabilização por danos é imprescindível, pois “de nada adiantariam ações preventivas e precaucionais se eventuais responsáveis por possíveis danos não fossem compelidos a executar seus deveres ou responder por suas ações”. No mesmo sentido Canotilho (2003, p. 108-109), para quem o “Estado constitucional ecológico não pode prescindir de um sistema de responsabilidade por danos ao ambiente suficientemente operatório”. Em planos locais, pode-se vislumbrar que os Estados, inclusive pelo regido em âmbito internacional, têm previsto sistemas de responsabilização no sentido de obrigar a restauração, recuperação e reparação do meio ambiente, além de indenizar, independentemente das sanções penais cabíveis. É o que explica



previsão constitucional no art. 225, parágrafo 3º, sujeitando tanto pessoas físicas quanto jurídicas responsáveis pelo dano. Doutrinariamente, ainda, esse princípio diria respeito, numa dimensão econômica, à internalização e assunção pelos agentes econômicos dos custos ambientais (indenização dos custos externos da degradação ambiental: prevenção, reparação e repressão ao dano ambiental) na cadeia produtiva. Seria essa a base do princípio do poluidor pagador, outro princípio do Direito Ambiental, “assentado na ética ambiental redistributiva” (NUNES JUNIOR, 2005).

### 2.3 A fundamentalidade do direito ao meio ambiente equilibrado e seus efeitos

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é previsto no ordenamento jurídico brasileiro no *caput* do artigo 225 da Constituição da República – mas nele não se exaure –, tratando-se esse de uma síntese dos demais dispositivos ambientais que permeiam a Carta Magna, conforme ensinosa de Benjamin<sup>16</sup>. São suas palavras: “Em rigor, os fundamentos do art. 225 não estão ilhados, pois ligam-se, de forma umbilical, à própria proteção à vida e saúde, à salvaguarda da dignidade da pessoa humana e à funcionalização ecológica da propriedade”. É a noção de que para a dignidade humana, vida e saúde é pressuposto a manutenção do equilíbrio ambiental, uma vez que sem esse não se pode falar nem em vida, muito menos vida saudável ou digna (BENJAMIN, 2010, p. 124).

A partir dessa noção de ser o meio ambiente equilibrado essencial à sadia qualidade de vida, mesmo admitida a visão alargada que suplanta o antropocentrismo restritivo, não se pode negar o liame desse direito com o princípio fundamental de nosso Estado Democrático de Direito da dignidade da pessoa

---

Machado (2010, p. 373-375), embasando-se no Direito Comparado e no levantamento de nossa legislação, citando o parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição, além da Lei 6.902/1981 - artigo 9º, parágrafo 2º - e da Lei 6.938/1981 - artigo 4º, VII combinado com o art. 14, parágrafo 1º, em que se normatiza a responsabilidade objetiva.

<sup>16</sup> O autor indica que “no decorrer do texto constitucional, tal direito reaparece, ora como direito-reflexo (proteção da saúde, do trabalhador etc), ora não mais como direito *per se*, mas como preceito normativo de apoio a ele (p. ex., a função ecológica da propriedade rural, no art. 186, II, já referida)” (BENJAMIN, 2010, p. 124).



humana, constitucionalmente previsto no artigo 1º, inciso III. Essa compreensão consta da obra de Fiorillo (2012, p. 66) e é o que também explica Benjamin (2010, p. 124), fundamentando seu posicionamento de que o artigo 225 não se exaure em si mesmo por ser um fundamento ligado “umbilicalmente” à dignidade da pessoa humana, dentre outros direitos (trecho citado no parágrafo anterior). Portanto, a observância do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como requisito à sadia qualidade de vida, advindo do próprio texto constitucional, une-se à efetivação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que rege a ordem constitucional, e que, portanto, deve dar luz a toda hermenêutica da ordem jurídica brasileira.

Rege o texto constitucional, no referido dispositivo: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

A jusfundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pauta-se na noção, instruída por Benjamin (2010, p. 121-123), de que a própria estrutura normativa do artigo constitucional em que está inserido, enunciado por “todos têm direito”, denota tratar-se de direito fundamental. A isso, soma-se o fato de que o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição indica que o rol dos direitos e garantias expressos nesse artigo não é exaustivo, o que explica a possibilidade de se considerar como fundamentais outros direitos para além dos contidos no art. 5º, inclusive o direito ao meio ambiente equilibrado do art. 225 da Carta Magna. Além disso, o autor eleva o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como uma extensão do direito à vida, ressaltando o seu caráter de direito fundamental.

Alguns importantes efeitos da constatação da fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são sua aplicabilidade imediata, ser cláusula pétrea e a incidência do princípio do não retrocesso.

Face à redação do artigo 5º, § 1º, prevê-se a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, mesmo que ainda haja elementos programáticos, e que se vejam certos limites à efetivação de diversos desses direitos – pelo que explica Sarlet (2010, p. 121-123).



Alçado o direito ao meio ambiente equilibrado a direito fundamental, a consequência é que seja todo o ordenamento estatal ferramenta de sua concretização. Por isso mesmo a altíssima relevância do reconhecimento de sua jusfundamentalidade<sup>17</sup>.

Outro importante efeito do reconhecimento da jusfundamentalidade é a incidência do princípio do não retrocesso a fim de assegurar uma segurança jurídica à conquista dos direitos socioambientais, ao menos no que concerne ao núcleo essencial, ou mínimo existencial.

Fensterseifer (2008b, p. 269-270) explica o conceito de mínimo existencial ecológico a partir do conceito preexistente de mínimo existencial de cunho social. O entendido por mínimo existencial social inclui um aparato basilar de direitos que formam um núcleo mínimo para a observância do princípio fundamental da dignidade humana (como os direitos de moradia digna, saúde e saneamento básicos, educação fundamental, renda mínima, assistência social, alimentação adequada, acesso à justiça, entre outros). A partir desse conceito chega-se ao de mínimo existencial ecológico com o enquadramento da qualidade ambiental dentro do arrolado como mínimo, porque para se ver garantida uma vida saudável e digna é imprescindível o equilíbrio do ambiente, que é onde a vida desenvolve-se.

(...) é possível identificar uma dimensão ecológica incorporada ao conteúdo do princípio da dignidade humana. O reconhecimento da *jusfundamentalidade* do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado opera no sentido de conformar o conteúdo do mínimo existencial social, abrindo caminho para a compreensão da garantia constitucional do mínimo existencial ecológico no cenário jurídico-político armado pelo Estado *Socioambiental* de Direito. A preocupação doutrinária de se conceituar e definir um padrão mínimo em termos ambientais para a concretização da dignidade humana justifica-se na importância essencial que a qualidade ambiental guarda para o desenvolvimento da vida humana em toda sua potencialidade (FENSTERSEIFER, 2008b, p. 269-270).

<sup>17</sup> Nas lições de Sarlet (2010, p. 58-60), os direitos fundamentais valem-se não só como limitação do poder estatal, também como definidores de ampla seara de sua atuação - já que a concretização desses direitos é tarefa permanente do Estado, por expressarem os fins do Estado -, e mesmo como legitimador do poder estatal (porque o poder só se justifica para a realização dos direitos do homem, informa o autor). Os direitos fundamentais integram, em seu dizer, “um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico”, uma vez que são “expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada”.





Evidencia-se a relevância do entendimento do mínimo ecológico de existência na leitura de Ayala (2010, p. 274-275), que se refere ao conceito como forma de proteção de uma zona a ser mantida e reproduzida, inadmitindo-se retrocessos do agir estatal dentro do núcleo a partir dele representado.

## 2.4 Sistema de responsabilidades compartilhadas

A Carta Magna cria um sistema de responsabilidades compartilhadas ao atribuir ao Poder Público e à coletividade, conjuntamente, o dever de proteção ambiental (art. 225, *caput*, e par. 1º). Por esse dispositivo fica clara a incidência dos princípios de solidariedade e da participação, como já dito nos itens 3.1.2 e 3.2, bases axiológicas do EDA.

Para definir o compartilhamento de responsabilidades Fensterseifer (2008a, p. 147-148) parte da ideia de transversalidade da proteção ambiental, que significa a “irradiação da normatividade da proteção do meio ambiente para todo o texto constitucional”, inclusive envolvendo todas as esferas do Poder Público e a sociedade, “a ponto de modelar comportamentos (com uma carga maior de responsabilidades e deveres) em favor da defesa ecológica”. É o que o autor denomina, também, de “tutela compartilhada público-privada” do bem ambiental, o que resulta num “dever’ de todos os membros da comunidade estatal, e não apenas dos poderes públicos”.

Ainda acerca da responsabilidade, frisa-se que o direito em tratamento é direito-dever, na medida em que o texto da Constituição garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas impõe ao Poder Público e à coletividade o dever compartilhado de defender e preservar o meio ambiente. Diz Benjamin (2010, p. 133) que “a defesa do meio ambiente há de ser dever de todos”, não se podendo efetivar a norma constitucional apenas pela assunção do dever por parte do Estado, mas por todas as pessoas, especialmente por parte dos agentes econômicos<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Também trata dessas responsabilidades compartilhadas, em que são corresponsáveis o Estado e a sociedade, Leite (LEITE, 2010, p. 218-219): “A Constituição, a par da essencialidade do meio ambiente saudável, confere o que se pode denominar deveres fundamentais de proteção ao meio



No âmbito do Estado de Direito Ambiental, com o sistema de responsabilidade compartilhada constitucionalmente previsto, o “pacto social” é repensado<sup>19</sup> de modo a contemplar os novos papéis a serem desempenhados pelo Estado e pela sociedade.

Isso implica o surgimento de um novo Estado e de uma nova cidadania, que têm plena consciência da devastação ambiental, planetária e indiscriminada, provocada pelo desenvolvimento, aspirando assim a novos valores como a ética pela vida, o uso racional e solidário dos recursos naturais, o equilíbrio ecológico e a preservação do patrimônio genético (NUNES JUNIOR, 2005).

A respeito do exercício desses papéis do Poder Público e da sociedade para o fim da proteção ambiental é que se estenderão os tópicos a seguir.

#### 2.4.1 Participação do Poder Público

No § 1<sup>a</sup> do art. 225 da Constituição são elencadas as incumbências do Poder Público para cumprir o dever de proteger e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Neste artigo não serão abordados os conteúdos dos seus incisos, mas será analisada a forma que o Estado se estrutura para cumprir com o dever em tratativa, e será levantada uma possibilidade de melhor exploração do aparato estatal na área da tributação, instrumento ainda subutilizado que muito pode contribuir para a proteção ambiental.

---

ambient2e. Tais deveres são acometidos tanto ao Estado quanto à coletividade. Assim, o meio ambiente ecologicamente equilibrado não é a finalidade do Estado apenas, mas sim de toda a coletividade, podendo-se observar a adoção de uma responsabilidade compartilhada (...). A respeito do tema, Canotilho (2003, p. 105) informa que se fala de um “comunitarismo ambiental ou de uma comunidade com responsabilidade ambiental assente na participação activa do cidadão na defesa e protecção do meio ambiente” em vista que as tarefas de defesa e protecção ambientais em níveis planetários e intergeracionais não serem tarefa apenas do Estado e suas entidades públicas, como se prevê em documentos como a própria Agenda 21, quando se fala claramente de responsabilidade comum (*shared responsibility*).

<sup>19</sup> As palavras de Fernsterseifer (a respeito da necessidade de “repensar o pacto social”), já mencionadas no item acerca do princípio da solidariedade, são usadas traçando um paralelo com o que ocorreu quando da viragem para o Estado-Providência, obrigando uma renovação do pacto social no sentido de recolocar o Estado na assunção de papéis capazes de responder às necessidades sociais. Agora, com a questão ecológica, novamente urge repensar papéis do Estado e também da sociedade, pois “Assim como uma nova feição estatal se delineia, também um novo sujeito político deve emergir de tal conjuntura político-jurídica comprometida com o futuro”, isso “sob o marco normativo da solidariedade” (FENSTERSEIFER, 2008a, p. 147-148).



Interessam esses pontos por se verificar que as funções estatais previstas para o Estado de Direito Ambiental demandam ações concretas, ou seja, um agir positivo do Estado mais abrangentes das que constaram nas formulações estatais anteriores, a Liberal e mesmo a Social, visto a incorporação desse novo valor primordial que é a proteção ambiental (NUNES JUNIOR, 2005).

#### **2.4.1.1 Estruturação do Poder Público para a proteção e preservação ambiental**

Como já dito, no Estado de Direito Ambiental o Poder Público responde, juntamente com a coletividade, por proteger e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, e para cumprir seu papel precisa estar devidamente estruturado. Para tanto a CRFB prevê a atuação dos órgãos que compõem o Sisnama (Sistema Nacional do Meio Ambiente), sob a direção do Conama (Conselho Nacional do Meio Ambiente).

O Sisnama, como explica José Afonso da Silva (2010a, p. 226-229), é o conjunto articulado de órgãos, entidades, regras e práticas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de fundações instituídas pelo Poder Público, para a proteção e melhoria da qualidade ambiental. Como órgão central, o Ministério do Meio Ambiente, com competência na Política Nacional do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos; e como órgãos executores, as autarquias federais: o Instituto Nacional do Meio Ambiente (IBAMA, com poder de polícia ambiental de âmbito federal, dentre outras execuções exaradas pelo Ministério do Meio Ambiente) e o Instituto Chico Mendes de Conservação e Biodiversidade (conhecido por ICMBio, com atribuições previstas no artigo 1º da Lei 11.516/07<sup>20</sup>).

---

<sup>20</sup> Art. 1º Fica criado o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de: I - executar ações da política nacional de unidades de conservação da natureza, referentes às atribuições federais relativas à proposição, implantação, gestão, proteção, fiscalização e monitoramento das unidades de conservação instituídas pela União; II - executar as políticas relativas ao uso sustentável dos recursos naturais renováveis e ao apoio ao extrativismo e às populações tradicionais nas unidades de conservação de uso sustentável instituídas pela União; III - fomentar e executar programas de pesquisa, proteção, preservação e conservação da biodiversidade e de educação ambiental; IV - exercer o poder de polícia ambiental para a proteção das unidades de conservação instituídas pela União; e V - promover e executar, em articulação



Além disso, o Sisnama estrutura-se com órgãos setoriais (integrantes da Administração Pública Federal direta ou indireta, e fundações instituídas pelo Poder Público), seccionais (estaduais) e locais (municipais)<sup>21</sup>.

Milaré posiciona-se de forma bastante otimista, dizendo ser o Sisnama “o grande arcabouço institucional da gestão ambiental no Brasil”, até mesmo porque adota o formato de um sistema, possibilitando o correto gerenciamento e administração do meio ambiente, “conhecendo e avaliando o impacto das ações que o afetam positiva ou negativamente, as transformações que nele se processam e, por fim, os efeitos que resultam desses fatores para a saúde do meio, a saúde e as atividades humanas” (MILARÉ, 2011, p. 366).

#### 2.4.1.2 Instrumentalização ótima do sistema tributário

Outro meio para realização dos fins do Estado no contexto do EDA é a instrumentalização ótima do sistema tributário, através de um melhor uso da (chamada pela doutrina) função socioambiental do tributo.

A partir de uma noção ampliada dos direitos fundamentais socioambientais, pela necessidade de cumprimento das agendas dos DESCA<sup>22</sup> num mesmo projeto jurídico-político, a tributação socioambiental mostra-se como importante instrumento

---

com os demais órgãos e entidades envolvidos, programas recreacionais, de uso público e de ecoturismo nas unidades de conservação, onde estas atividades sejam permitidas. Parágrafo único. O disposto no inciso IV do caput deste artigo não exclui o exercício supletivo do poder de polícia ambiental pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA.

<sup>21</sup> Estrutura do Sisnama prevista no art. 6º da Lei 6.938/1981. Sobre essa estruturação, Milaré (2011, p. 371): “o Sisnama é uma ramificação capilar que, partindo do sistema nervoso central da União, passa pelos feixes nervosos dos Estados e atinge as periferias mais remotas do organismo político-administrativo brasileiro, através dos Municípios”. A atuação do Sisnama é regulamentada pelo Decreto 99.274/90, pelo qual se define acerca do acesso público às informações relativas às agressões ao meio ambiente e às ações de proteção ambiental e acerca da regionalização das medidas emanadas do Sisnama, a ser efetivada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 14). Dispõe, ainda, que os órgãos seccionais prestarão ao Conama informações sobre os seus planos de ação e programas em execução, por meio de relatórios anuais e parciais, o que será consolidado a fim de se obter um relatório anual sobre a situação do meio ambiente no país (art. 15).

<sup>22</sup> A tutela conjunta dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais é referenciada pela sigla DESCA, a serem promovidos num mesmo projeto jurídico-político (FENSTERSEIFER; SARLET, 2011, p. 42-43).



para a realização desse fim, já sendo utilizado em diversos países, inclusive no nosso, mas ainda não explorado na totalidade de sua potência.

A Constituição, como base de todo o ordenamento jurídico, também o é do Direito Tributário. Vale dizer que é necessária uma análise sistemática do Direito Tributário, levando em conta que

o Sistema Tributário Nacional, que regula pormenorizadamente a matéria tributária, mantém relação com a Constituição toda, em especial com os princípios formais e materiais fundamentais - independentemente de estarem expressa ou implicitamente previstos - e com os direitos fundamentais (ÁVILA, 2010, p. 21).

Para uma eficácia sistemática do Direito Constitucional, espreado-se ao Direito Tributário, mister a observância de uma coerência substancial entre os princípios materiais constitucionais (ÁVILA, 2010, p. 65). Significa, em suma, que a eficácia de uma norma é proporcional à capacidade de fundamentação de decisões, e isso é tanto melhor atingido quanto mais intensa for a relação que mantiver com as outras normas, revelando uma sistematização substancial e diminuindo a abertura semântica (ÁVILA, 2010, p. 34). Essa coerência substancial, com respeito aos princípios materiais – estabelecadores do conteúdo das normas jurídicas, pois respondem o que as normas protegem e o que o Estado não deve violar (ÁVILA, 2010, p. 63-64) –, é a chave da sistematização constitucional, que deve abarcar todas as áreas, incluindo o Direito Tributário.

Visto isso, um Direito Tributário que realmente seja analisado sistematicamente com a Constituição deve não só respeitar os limites do poder de tributar, mas deve também servir, até por ser uma das falanges de atuação do poder estatal, aos fins do Estado. A “extrafiscalidade” entraria para firmar essa atribuição.

A extrafiscalidade, como explicam Marins e Teodorovicz, apresenta sentido de tributação com função além da meramente fiscal (de arrecadação pura e simples), adicionando a função indutora de comportamentos e de políticas sociais. Vem conquistando importância na história do direito tributário estrangeiro (MARINS; TEODOROVICZ, 2010, p. 75-76), a despeito de ainda prevalecer quase absolutamente a função fiscal nos ordenamentos jurídicos positivados. A extrafiscalidade, tanto no estrangeiro quanto em âmbito nacional, inicia-se com a



finalidade de intervenção econômica com vistas ao desenvolvimento interno, e vai progressivamente apresentando finalidades sociais (MARINS; TEODOROVICZ, 2010, p. 84-85).

Na nossa Constituição de 1988 foram recepcionados os dispositivos extrafiscais das Constituições anteriores<sup>23</sup>, além de terem se estabelecido princípios gerais norteadores da ordem econômica, no artigo 170<sup>24</sup> - dispositivo que “promoveu a abertura constitucional à veiculação da atividade estatal (e tributária) frente a diversos setores da economia brasileira, inclusive na temática ambiental (inc. VI)” (MARINS; TEODOROVICZ, 2010, p. 86-89).

Explicam os autores Marins e Teodorovicz (2010, p. 95-103) que, diante do paradigma da sustentabilidade, pelo qual o desenvolvimento socioeconômico vincula-se à necessária proteção ambiental, verifica-se a extrafiscalidade como importante instrumento para a implantação de políticas que dão conta desse novo paradigma, visto que “a política fiscal de desenvolvimento está em vias de transmutação, acrescentando à economicidade a socioambientalidade”. Daí, a extrafiscalidade socioambiental - que já se pode ver delineada no ordenamento jurídico estrangeiro e brasileiro nas “green taxes”, conforme Marins e Teodorovicz (2010, p. 95-103).

---

<sup>23</sup> Os autores Marins e Teodorovicz apresentam que no ordenamento jurídico brasileiro verificou-se a mesma tendência que no exterior: na Constituição de 1824 não se pôde observar nenhuma remissão à extrafiscalidade, sendo que nas Constituições de 1891, 1934 e 1937 já constava tributação aduaneira e de proteção e estímulo ao mercado interno; na de 1946, além dessas previsões deu-se atenção à finalidade social do tributo (com tratamento diferenciado na tributação de produtos indispensáveis e proteção aos pequenos territórios rurais de cultivo familiar, exemplificativamente), o que foi mantido na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional número 1 de 1969 (MARINS; TEODOROVICZ, 2010, p. 86-89).

<sup>24</sup> Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.



A extrafiscalidade socioambiental foi conceituada, pelos mesmos autores, como a “utilização de mecanismos tributários vetorados para a obtenção de resultados sociais e ecológicos sistematicamente sustentáveis”, sendo um “instrumento de natureza tributária de intervenção do Estado na ordem econômica, com o objetivo de promover (induzir) melhores condutas sociais e ambientais” (MARINS; TEODOROVICZ, 2010, p. 109).

Torres (2009, p. 547-548), em vista da premente necessidade de atendimento das questões ambientais, fala até mesmo de um Estado de Tributos Ambientais, observado dado que no

Estado Democrático se avolumam os tributos com finalidades ecológicas, que se destinam a financiar as atividades preventivas e repressivas de preservação do meio ambiente, seriamente agredido ao tempo do Estado Social Fiscal, e a financiar o mínimo existencial ecológico, que é um direito fundamental.

Nesse contexto, Torres examina que se buscam “novas formas de incidência que transcendam os campos do imposto e da taxa, insuscetíveis de apreender por si sós a complexidade da sociedade de risco”, e conclui que “Os novos horizontes do Estado Democrático Fiscal<sup>25</sup> vão além do aspecto meramente arrecadatório, espalhando-se também para a proteção ecológica” (TORRES, 2009, p. 551-552).

Com isso, demonstra-se que o Direito Tributário, desde que informado sistematicamente pelos ditames constitucionais, vale-se como um dos meio necessários à construção do visado Estado de Direito Ambiental.

#### **2.4.2 Participação da coletividade**

Como constatam Moraes e Streck (2010, p. 157-158) está em crise o sistema da democracia representativa, que, numa sociedade complexa, enfrenta dificuldades para efetivar a participação dos cidadãos. Leite e Ayala (2002, p. 242-243) também

---

<sup>25</sup> Para Torres (2009, p. 547-548), esse Estado de Tributos Ambientais é tratado como uma projeção do Estado Democrático Fiscal (reconhecido por ocasião de se entender que “o Estado Democrático de Direito vive de tributos que constituem o preço da liberdade, são cobrados de acordo com princípios de justiça e de segurança e se distribuem segundo as escolhas orçamentárias fundadas em ponderação dos princípios constitucionais”).



detectam a crise do modelo político por eles chamado democracia clássica por ocasião do quadro de complexidade das relações sociais e do dado ecológico.

Ao se propor uma autêntica crise deflagrada no interior desse modelo político, diagnosticada a partir do novo quadro de complexidade das relações sociais, e na qual se insere o dado ecológico, produz-se efetivamente uma *autêntica ruptura*, ao menos com a proposta democrática clássica, de restrita abertura participativa no interior do poder político, e que, quando posicionada perante a complexidade dos atuais interesses e pretensões circunscritas ao *status activus* do cidadão, evidencia com maior gravidade essa ruptura quando revela o abismo existente entre os objetivos a serem realizados pela democracia clássica e as concretas e atuais exigências ecológicas que se põem como problemas, novos problemas reunidos em torno do que chamaremos de “*deficit*” de *justiça ambiental*.

Ainda que em crise, na sua faceta clássica, a democracia no Estado de Direito Ambiental é basilar, por serem os princípios da participação e da solidariedade inerentes ao sistema da proteção ambiental, inclusive previsto constitucionalmente o dever de engajamento da sociedade para esse fim, conforme visto no estudo referente às responsabilidades compartilhadas. Para fazer funcionar a engrenagem desse sistema de responsabilidade comum ou compartilhada surgem propostas de novas formulações da democracia.

São várias as propostas de novas modulações da democracia mais aptas a atender as questões socioambientais. Possuem entre si pontos comuns e diversos, porém são consonantes com relação a uma ampliação da participação política da sociedade voltada à proteção ambiental. Isso, em última instância, serve a aparamentar o Estado para a construção de bases do Estado de Direito Ambiental.

Algumas dessas modulações da democracia propostas a tratar das questões socioambientais são: democracia sustentada (Canotilho<sup>26</sup> e Milaré<sup>27</sup>), democracia

---

<sup>26</sup> O Estado Ecológico, como chama Canotilho, “aponta para formas novas de participação política sugestivamente condensadas na expressão democracia sustentada”, essa que se mostra adequada “às exigências de desenvolvimento ambientalmente justo e duradouro” (CANOTILHO, 2003, p. 101). Implicaria, essa democracia sustentada (também chamada democracia ecológica e auto-sustentável), na “reabilitação da democracia dos antigos como democracia de participação e de vivência da virtude ambiental” (CANOTILHO, 2003, p. 104). Diz o autor que “a protecção sistemática e global do ambiente não é uma tarefa solitária dos agentes públicos, antes exige novas formas de comunicação e de participação cidadã”. Logo, incluem-se os grupos de cidadãos na defesa e promoção da qualidade do ambiente, não apenas tratando dos deveres ecológicos dos cidadãos, mas também da coparticipação deles nos “procedimentos e processos





ambiental (Leite<sup>28</sup>, Ayala<sup>29</sup> e Nunes Junior<sup>30</sup>), democracia sustentável (Bolzan de Morais<sup>31</sup>) e democracia prospectiva (Marina Silva<sup>32</sup>).

ambientalmente relevantes” para integrá-los e as suas organizações nas “estratégias regulativas do ambiente” (CANOTILHO, 2003, p. 107).

<sup>27</sup> MILARÉ, 2011, p. 1.081.

<sup>28</sup> Leite (2011, p. 181-185), com respeito à democracia ambiental, elucida acerca da imprescindibilidade de uma cidadania participativa, compreendida pela ação conjunta entre Estado e coletividade. Ele acrescenta: “Na prática, uma consecução do Estado de Direito Ambiental só será possível a partir da tomada de consciência global da crise ambiental, em face das exigências, sob pena de esgotamento irreversível dos recursos ambientais, de uma cidadania moderna, informada e pró-ativa”. O autor eleva essa democracia a elemento indispensável ao Estado de Direito Ambiental, para gerenciar a questão ambiental: “A introdução da visão democrática ambiental proporcionará uma vertente de gestão participativa no Estado, que estimulará o exercício da cidadania, com vistas ao gerenciamento da problemática ambiental”. Necessária, logo, a participação dos mais diversos atores sociais e de um legislativo comprometido. Nesse sentido o Estado deve incentivar um “pluralismo jurídico comunitário participativo no viés ambiental”, como uma estratégia democrática de participação para estimular a participação múltipla das massas populares e de novos sujeitos coletivos. Para Leite (2011, p. 181-182) “A nova cidadania ambiental é mais abrangente e não está circunscrita espacialmente a determinado território, ligado a determinado povo oriundo da concepção clássica de nação, tendo como *objetivo comum a proteção intercomunitária do bem difuso ambiental*, fugindo dos elementos referidos da cidadania clássica”.

<sup>29</sup> Leite e Ayala (2002, p. 187-188) indicam que a democracia ambiental tem necessidade de uma extensão do conteúdo participativo popular, num relacionamento íntimo entre a democracia e a ecologia, formando uma proposta de “democracia verde” que “se fundaria em um modelo que relacionaria valores como diversidade e estabilidade com tolerância, em uma sociedade sustentável”. Essa democracia ambiental que, para Leite e Ayala, é regida por uma racionalidade ecológica, com direitos e interesses oriundos das questões ecológicas (de “qualidades e especificidades temporais e espaciais, lendo-se indeterminabilidade potencial”), insere de forma inovadora “a participação de interesses não atuais como elemento pertinente e relevante a ser considerado e efetivamente integrante dos processos de decisão”, dado que devem ser protegidos interesses e direitos das futuras gerações. Numa situação de sociedade de risco, dada a sujeição a catástrofes em escala planetária, que exige proteção do bem ambiental pertencente a todos de forma difusa, não há que se circunscrever a cidadania em determinados territórios ou nações classicamente concebidos. Assim explicam Leite e Ayala, dos quais se cita também o trecho: “Atendendo ao objetivo de proteção intercomunitária, fundada na solidariedade e na participação responsável dos sujeitos políticos na proteção do bem ambiental, pode ser considerado que o cidadão no modelo de cidadania ambiental não tem nenhum compromisso de lealdade nacional, mas sim um compromisso de lealdade ecológica...”. Os mesmos autores ressaltam, ainda mais, que a cidadania ambiental deve ser exercida, preferencialmente, de forma coletiva, por meio da atuação de grupos, associações, organizações, pois esse é o meio de dotar de maior pressão as reivindicações pela proteção ambiental. Mesmo assim, não se restringe à atuação coletivista, pois a cidadania ambiental “é atribuída a todos, em uma perspectiva de inclusividade e participação integral” (LEITE; AYALA, 2002, p. 252-253).

<sup>30</sup> Nunes Junior (2005) destaca que “a concretização do Estado Ambiental de Direito converge, necessariamente, para mudanças profundas nas estruturas da sociedade organizada. Entre tais mudanças, destacam-se a democracia ambiental e a cidadania participativa”.

<sup>31</sup> Morais (2011, p. 79-80) reconhece que a questão ambiental exige ações em todos os âmbitos de tratamento (num “conserto social que se constitua a partir de práticas e vínculos construídos a partir de uma democracia sustentável”). O autor menciona que é possível verificar que o modelo democrático representativo em crise já vem passando por transformações: com introdução de



Algumas teorizações<sup>33</sup> dessas novas formulações da democracia consideram o direito à informação<sup>34</sup> e à educação<sup>35</sup> como pressupostos da democracia, isso porque é indispensável a conscientização da sociedade para levá-la à participação política.

A Constituição prevê o regime democrático (art. 1º, parágrafo único), atribuindo à população participação política, inclusive na proteção do meio ambiente (art. 225). Leite frisa que o “texto constitucional assevera uma unidade de cooperação” entre Estado e sociedade, obrigando o exercício de uma “cidadania participativa e com responsabilidade social ambiental”, pressupondo uma “unidade de ação de multiatores”, sendo necessário viabilizar-se um sistema legislativo com a participação da sociedade nas decisões ambientais. O Estado de Direito Ambiental, logo, precisa ser um Estado aberto, com informações e participação da sociedade, além de transparente (LEITE, 2011, p. 186).

---

instrumentos da democracia direta (plebiscito, referendo popular, iniciativa popular de leis – já contidos na Constituição) e com a construção de modelos democráticos alternativos. Uma alternativa possível é a democracia participativa pela qual se rearticulam espaços públicos (MORAIS, 2011, p. 73). Essa democracia participativa aparece como um elemento da democracia sustentável, uma vez que essa tem como primado a participação e mote a proteção ambiental.

<sup>32</sup> Marina Silva diz ser permeada por um contexto de fraternidade a ideia de sustentabilidade, uma vez que traz em seu bojo a atuação de “líderes multicêntricos”, que dividem autoria, realização e reconhecimento num mundo em rede, de democracia prospectiva. Trata-se de um processo de horizontalização cada vez maior, colocando-nos como coautores da realidade que queremos (SILVA, Marina; 2012). Sarlet também trata dessa horizontalização de atuação político-social: “(...) cremos que o mais importante segue sendo a adoção de uma postura ativa e responsável de todos, governantes e governados, no que concerne à afirmação e à efetivação dos direitos fundamentais de todas as dimensões, numa ambiência necessariamente heterogênea e multicultural, pois apenas assim estar-se-á dando os passos indispensáveis à afirmação de um direito constitucional genuinamente “altruísta” e “fraterno” (SARLET, 2010, p. 57)”.

<sup>33</sup> Nesse sentido, Nunes Junior (2005), Leite (2011, p. 187-188), Milaré (2011, p. 1081).

<sup>34</sup> O pressuposto da informação para a efetivação de uma democracia sustentada é, como dito por Milaré (2011, p. 371), a “alma” do Sisnama, dadas suas atribuições previstas nos artigos 14 e 15 do Decreto 99.274/90, como já tratado no item 3.4.1.a. Ademais, na Lei 6.938/81 (art. 4º, V e art. 9º, VII, X e XI) consta como instrumental da PNMA a difusão de informações, inclusive com a obrigação estatal de produzir um cadastro de informações relativas ao meio ambiente. E a Lei 10.650/03 dispõe sobre o acesso público a dados e informações dos órgãos do Sisnama. Podem-se elencar, ainda, artigos da Constituição que são meios à cidadania para o pleno exercício desses direitos relativos à qualidade do meio ambiente e seus recursos: art. 5º, XIV, XXXIII, XXXIV, LXXI, LXXIII; art. 129, III e parágrafo 1º; art. 220, e 225, par. 1º, VI, dentre outros. Também a Lei 7.347/1985, nos seus artigos 6º e 8º, trata do acesso às informações e obtenção de certidões.

<sup>35</sup> A educação como impulso à participação ativa dos cidadãos em matéria ambiental é legalmente reconhecida no Decreto 99.274/1990, art. 1º, VII; e a Política Nacional de Educação Ambiental foi estabelecida a na Lei 9.795/1999.



Com a participação de todos, item inafastável da democracia ambiental, é a forma indicada também no princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro sobre o meio ambiente e desenvolvimento (1992)<sup>36</sup> como o melhor modo de tratar das questões ambientais. Essa participação, pelos ensinamentos de Leite (2011, p. 187), pode ocorrer por três vias: criação do direito ambiental, formulação e execução de políticas ambientais e acesso ao Judiciário.

A criação do direito ambiental pode dar-se por meio da iniciativa popular, prevista no art. 61, *caput* e parágrafo 2º constitucional, sendo, porém, de difícil concretude. Também com a atuação de representantes da sociedade civil em órgãos colegiados atuantes na proteção ambiental, dotados de poderes normativos (exemplo da Lei 6.938/1981, art. 6º, II, ao tratar do Conama).

Com relação à formulação e execução de políticas ambientais como forma de atuação direta da sociedade, essa pode dar-se por meio da participação de representantes da sociedade civil em órgãos responsáveis pela direção e acompanhamento de execução de políticas públicas, e em discussões em estudos prévios de impacto ambiental, ou em audiências públicas (art. 11, par. 2º da Resolução 001/86 do Conama), além de por meio de plebiscitos (art. 14, I, da Constituição, na prática pouco utilizado).

Quanto ao acesso ao Judiciário como uma das vias de participação, Canotilho refere que a democracia sustentada necessita de um devido acesso à Justiça<sup>37</sup>:

Se o Estado Constitucional Ecológico pressupõe uma democracia sustentada, é lógico que se coloque o problema de saber se pode haver democratização/participação no acesso à justiça por parte de cidadãos ou

---

<sup>36</sup> Declaração do Rio de Janeiro sobre o meio ambiente e desenvolvimento (1992): “Princípio 10: O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, em vários níveis. No plano nacional, toda pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o ambiente de que dispõem as autoridades públicas, incluída a informação sobre os materiais e as atividades que oferecem perigo a suas comunidades, assim como a oportunidade de participar dos processos de adoção de decisões. Os Estados deverão facilitar e fomentar a sensibilização e a participação do público, colocando a informação à disposição de todos. Deverá ser proporcionado acesso efetivo aos procedimentos judiciais e administrativos, entre os quais o ressarcimento de danos e recursos pertinentes”.

<sup>37</sup> Acerca dos instrumentos processuais que visam garantir esse acesso à Justiça, para os fins da democracia sustentada, é que se discorrerá no tópico seguinte.



grupo de cidadãos pertencentes a organizações não governamentais para a defesa do ambiente (CANOTILHO, 2003, p. 109).

Com tudo isso se vê reconhecido que a democracia, para seu verdadeiro acontecimento, demanda uma população instruída e informada, sendo que a educação e a instrução devem ser promovidas pelo Estado, já havendo instrumentos constitucionais e legais para tanto, como já dito.

Leite e Ayala reconhecem, porém, que a construção da cidadania ambiental é uma realidade distante, por causa das desigualdades sociais, pobreza e degradação ambiental. Sua efetividade depende de um novo paradigma de Estado, menos capitalista, com uma repolitização e uma carta de respeito ao meio ambiente. Necessária uma nova postura de todos, com mudança de padrões de consumo; “enfim, o homem não deve mais ser o cidadão que domina e suga a natureza para saciar seus desejos e necessidades”, mas um ser em harmonia com a natureza (LEITE; AYALA, 2002, p. 256-257)<sup>38</sup>.

### 3.4.3 Instrumentos processuais para a proteção ambiental

Outros importantes instrumentos do EDA constitucionalmente previstos, até mesmo para dar meios ao sistema de responsabilidades compartilhadas e à democracia sustentada, são os processuais. Trata-se de instrumentos que garantem à sociedade o acesso à Justiça, seja pela via direta, individual ou coletiva, ou por meio da atuação de órgãos públicos que defendem interesses da coletividade, como a Defensoria Pública e o Ministério Público.

---

<sup>38</sup> A democracia, em países como o Brasil, vê-se profundamente prejudicada por causa da problemática social que impede sua observância de forma plena: miséria, desigualdades, sistemas de educação e saúde precários, falta de informação e todos os demais elementos desse cenário de problemática social muito bem conhecido e que é visto em vários cantos do globo. Diante disso ocorre, como bem frisa Beck (2002, p. 99), que a miséria tira espaço das questões tidas como “abstratas” acerca da destruição ambiental. Realmente, face ao problema urgentíssimo da miséria é difícil exigir uma preocupação com questões ambientais aparentemente menos concretos, porque não tão imediatamente sentidos quanto a fome e falta de moradia; porém, como ambas as esferas são intrinsecamente ligadas, o Estado de Direito Ambiental associa o cumprimento de ambas as agendas: social e ambiental. E isso passa inarredavelmente pelo fortalecimento da democracia.



Como consta das lições de Fiorillo, verificamos no ordenamento jurídico brasileiro instrumentos processuais aptos a servir ao fim da proteção ambiental, tais como ação civil pública, ação popular, mandado de injunção, mandado de segurança coletivo (FIORILLO, 2012, p. 706-746)<sup>39</sup>, inclusive no controle preventivo<sup>40</sup>.

A ação civil pública, “típico e mais importante meio processual de defesa ambiental” (SILVA, 2010b, p. 322-323), prevista no artigo 129, III da Constituição (com orientação da Lei 7.347/1985 e demais dispositivos processuais aplicáveis), mune seus legitimados<sup>41</sup> de aparelho judicial para proteção do patrimônio público, social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. Para Milaré, esse instrumento processual inclui-se na tendência de “socialização do processo”, mais atinente a atender demandas da sociedade massificada contemporânea, pois atende de forma coletiva interesses públicos transindividuais ou metaindividuais (MILARÉ, 2011, p. 1402). Enseja bons frutos, inclusive para a democracia sustentada, por despertar “consciência de cidadania” e desencadear “processos participativos orientados à defesa do patrimônio coletivo e da sadia qualidade de vida dos cidadãos” (MILARÉ, 2011, p. 1470-1471).

---

<sup>39</sup> Outros meios processuais podem ser utilizados, conforme o caso, ao mesmo fim de proteção ambiental, como a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Nesse sentido Milaré (2011, p. 1479-1482) e Bianchi (2011, p. 379-383). Essa última autora cita também a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (BIANCHI, 2011, p. 375-379) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (BIANCHI, 2011, p. 383-387); porém nesse espaço serão concentrados estudos nos instrumentos relacionados por Fiorillo, por serem mais especificamente voltados à tutela ambiental.

<sup>40</sup> Isso nas hipóteses em que se admite a tutela cautelar, como na ação popular ou ação cautelar para evitar o dano ambiental (art. 4º da Lei 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, entre outros), segundo Silva (2010b, p. 320).

<sup>41</sup> A mencionada lei legitima para ação civil pública, no seu art. 5º, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; autarquias, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; além de associações constituídas há pelo menos um ano (requisito que pode ser judicialmente dispensável, de acordo com o parágrafo 4º do artigo em menção), com finalidade institucional de proteção ao meio ambiente ou demais interesses. Além disso, pelo art. 6º dessa mesma lei, fica possibilitada qualquer pessoa e incutido como dever do servidor público a provocação da iniciativa do Ministério Público, com repasse de informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil; também os juízes são incumbidos do dever dessa comunicação ao Ministério Público sobre fatos que possam ensejar a propositura da ação civil (art. 7º).



A ação popular, que como “um dos remédios jurisdicionais mais antigos” pode ser chamado de “pioneiro na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*” é característica de regimes democráticos (FIORILLO, 2012, p. 714). Com previsão constitucional no art. 5º, LXXIII, qualquer cidadão é legitimado a sua proposição, com a finalidade de anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural.

O mandado de injunção, como ensina Fiorillo, é também instituto processual de tutela ambiental. Tem por objeto “possibilitar que o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania não seja inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora, conforme dispõe o inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal”. É instrumental à tutela do meio ambiente uma vez que o direito ambiental tem a vida com qualidade como objeto, sendo os artigos 5º e 6º da Constituição os que regem a vida com qualidade – e esses, sendo direitos constitucionais, por sua vez são objeto do mandado de injunção. Pressupõe, ao seu processamento, que haja omissão por ausência de norma regulamentadora da matéria, ainda que a omissão seja parcial (FIORILLO, 2012, p. 737-738)<sup>42</sup>.

O mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, LXX da Constituição<sup>43</sup>, vale-se para “proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso

<sup>42</sup> O mandado de injunção, ação civil impetrada contra omissão, inércia do Poder Público (Legislativo ou Executivo) no sentido de regulamentar dispositivos constitucionais, ainda não foi regulamentado, incidindo por analogia e no que couber, como explica Bianchi, o procedimento estabelecido da Lei 12.016/2009 (que disciplina o mandado de segurança). A autoaplicação do dispositivo constitucional que dispõe acerca do mandado de injunção fica por conta também do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição, colocando o mandado de injunção como um direito/garantia fundamental). A legitimidade ativa para esse acionamento jurisdicional, por sua vez, é de quem tiver seu direito ou liberdade constitucionais violados por falta de devida regulamentação (BIANCHI, 2011, p. 368-369). Sobre os efeitos do mandado de injunção, ver Bianchi (2011, p. 374) e Milare (2011, p. 1488-1489).

<sup>43</sup> Pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional e por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, conforme previsto no dispositivo constitucional concernente. Fiorillo defende que não é taxativo o rol dos legitimados constantes nesse dispositivo constitucional, estendendo-se também ao Ministério Público e a terceiros tal legitimidade (FIORILLO, 2012, p. 729-731). Bianchi também trabalha neste sentido, ao reconhecer que o Ministério Público é parte legítima para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo por se tratar de uma ação coletiva que envolve interesse social (BIANCHI, 2011, p. 389).



de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (art. 5º, LXIX da Constituição, que prevê o mandado de segurança). Explica Bianchi (2011, p. 390): “A proteção do meio ambiente deverá ser entendida como direito “líquido e certo”, como na hipótese de ato administrativo que gere dano ambiental”.

Pelo estudado acerca dos instrumentos processuais aptos à defesa ambiental, conclui-se que eles se valem à concretização da democracia sustentada, uma vez que legitimam órgãos públicos de representatividade dos interesses coletivos (Defensoria Pública e Ministério Público) além da própria sociedade, por seus indivíduos ou por meio de suas organizações, ingressarem em juízo a fim de exercer seu direito-dever de proteção ambiental.

## CONCLUSÃO

O Estado de Direito Ambiental, formulação estatal ainda em abstração teórica, encontra no ordenamento jurídico preceitos que podem ser instrumentalizados a sua materialização. Como na CRFB são inseridas as principais diretrizes do Estado, a busca de preceitos que sirvam de base ao EDA no bojo do texto constitucional é de suma importância.

Há na Carta Magna instrumentos para concretizar o EDA, alguns deles: embasamento paradigmático (com a superação do antropocentrismo e individualismo) e axiológico dessa formulação estatal, bem como ferramentas para a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e para a proteção e preservação ambiental (centrais no EDA) por meio do sistema de responsabilidades compartilhadas entre o Poder Público e a coletividade.

Neste restrito espaço de pesquisa, pelos preceitos analisados, ficou demonstrada a possibilidade de instrumentalizá-los para a realização do EDA, o que leva a concluir que a CRFB dá azo à concretização do Estado de Direito Ambiental, propiciando a aproximação do país desse modelo estatal.

Mesmo diante da constatação de haver instrumentos constitucionais aptos à concretização do EDA, muitas vezes não se verifica no plano prático a efetividade desses preceitos constitucionais. Desse modo, para materializar o EDA é necessário



buscar a realização do conteúdo da Constituição, ou seja, buscar o Estado Constitucional, que por si já aponta para o norte do Estado de Direito Ambiental.

Nesse cenário, pelo que se verifica no país, os representantes do povo por vezes não demonstram muita “vontade de Constituição” porque não atuam no sentido da efetivação da Magna Carta. Mesmo diante disso, a Constituição assinala meios de se ver realizada: mune a coletividade de aparatos para uma participação democrática mais ativa, inclusive pela via de manifestações democráticas diretas, como possibilidade de vivificar o que prevê em tese, mesmo esbarrando na falta de vontade política dos representantes do povo.

## REFERÊNCIAS

- AYALA, Patrick de Araújo. O direito ambiental das mudanças climáticas: mínimo existencial ecológico, e proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira. In: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema Constitucional Tributário**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Tradução: Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77-150.
- BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. Controle de constitucionalidade e defesa do meio ambiente. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 355-394.
- BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é - o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2012.
- CAETANO, Matheus Almeida; LEITE, José Rubens Morato. Breves reflexões sobre os Elementos do Estado de Direito Ambiental Brasileiro. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; CAETANO, Matheus Almeida. **Repensando o Estado de Direito Ambiental**. 1. ed. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2012. v. 3, p. 51-88.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: **Estudos em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 101-110.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Objetivos de desenvolvimento do milênio**: relatório nacional de acompanhamento. Brasília, 2010. Disponível em: <[http://agencia.ipea.gov.br/images/stories/PDFs/100408\\_relatoriiodm.pdf](http://agencia.ipea.gov.br/images/stories/PDFs/100408_relatoriiodm.pdf)>. Acesso em: 9 maio 2012.





FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental de direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 2, p. 132-157, jan./mar. 2008a.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado Socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 11-38.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito Constitucional Ambiental**. Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. Tradução: Carlo Cocchioli e Marcio Lauria Filho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, Heline Sivini. Os instrumentos jurisdicionais ambientais na Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 345-355.

FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato. A expressão dos Objetivos do Estado e Direito Ambiental na Constituição de 1988. In: LEITE, J. R. M.; FERREIRA, H. S.; CAETANO, M. A. **Repensando o Estado de Direito Ambiental**. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2012. v. 3, p. 17-48.

FERREIRA, H. S.; CAETANO, M. A. Tendências e perspectivas do Estado de Direito Ambiental no Brasil. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri (orgs.). **Estado de Direito Ambiental: Tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária - Grupo GEN, 2010. v. 1, p. 3-30.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151-226.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Estado de Direito Ambiental e Sensibilidade Ecológica: os Novos Desafios à Proteção da Natureza em um Direito Ambiental de Segunda Geração. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Os “novos” direitos no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 219-256.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.



- MARINS, James; TEODOROVICZ, Jefferson. Extradifusão socioambiental. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, n. 90, p. 73-123, jan./fev. 2010.
- MARTINEZ, Esperanza. **Pachamama y Sumak Kawsai**. Disponível em: <<http://www.sicsal.net/reflexiones/CentenarioProanhoEMartinez.pdf>> Acesso em: 14 maio 2012.
- MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. O Estado ambiental de Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 589, 17 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6340>>. Acesso em: 22 out. 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010a.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010b.
- SILVA, Marina. **A atuação do Ministério Público em busca da sustentabilidade**. Palestra proferida em seminário realizado no Ministério Público do Paraná, Curitiba, 27 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.ceaf.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=167>> Acesso em: 7 maio 2012.
- TARREGA, Maria Cristina; SANTOS NETO, Arnaldo. Novo paradigma interpretativo para a Constituição brasileira: *the Green Welfare State*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 2006. Manaus. **Anais...** Manaus, 2006. Disponível em: <[http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito\\_acion\\_democ\\_maria\\_c\\_tarrega\\_e\\_arnaldo\\_santos\\_netto.pdf](http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_acion_democ_maria_c_tarrega_e_arnaldo_santos_netto.pdf)> Acesso em: 08 jun. 11.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. V. I. Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2009.



# PLANO DIRETOR NAS CIDADES PORTUÁRIAS: A AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESENVOLVIMENTO PORTUÁRIO<sup>1</sup>

CITY PLANNING IN PORT CITIES: THE DEFICIENT POPULAR PARTICIPATION ON PORT DEVELOPMENT PUBLIC POLICIES

*Tawan Ranny*<sup>2</sup>

## Resumo

Este artigo tem o objetivo de elucidar o Plano Diretor nas Cidades Portuárias, bem como o claro descompasso no rumo das políticas públicas de desenvolvimento portuário. O Plano Diretor é um instrumento de gestão democrática da cidade ao passo que nas cidades portuárias se estabelece uma impossibilidade jurídica de gestão completa da cidade pelo conflito de competências. A opção da Constituição Federal pela política de desenvolvimento urbana de uma gestão democrática participativa não pode ser dissolvida pela competência privativa da União sobre Portos. A solução está imbricada com a harmonização dos princípios do desenvolvimento urbano sustentável e da livre iniciativa com fomento a livre concorrência sem esquecer da defesa do meio ambiente e pela busca dos cidadãos por cidades sustentáveis.

**Palavras-chave:** Portos. Plano Diretor. Cidades. Participação.

## Abstract

This paper aims to elucidate the City Plan as well as the clear disparity in the direction of public policy for port development. The city plan is a tool for democratic management of the city, while in port cities it establishes a legal impossibility of complete management of the city by conflict of jurisdictions. The choice of the Federal Constitution of the urban development as a participatory democratic management policy cannot be dissolved by the apparent power of Union over Ports. The solution is achieved with the harmonization of the principles of sustainable urban development and free enterprise to promote free competition without forgetting the defense of the environment and the pursuit by citizens of sustainable cities.

**Keywords:** Ports. Master Plan. Cities. Participation.

<sup>1</sup> Submetido em 02/05/2014, pareceres emitidos em 12/05/2014 e 13/05/2014, aprovação comunicada em 13/05/2014.

<sup>2</sup> Técnico de Segurança do Trabalho da Companhia Docas do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos. E-mail: <tawan.ranny@gmail.com>.



## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal desenhou os alicerces da política pública de desenvolvimento urbano calcado na participação popular ensejando, assim, a necessidade de as pessoas conhecerem, participarem e deliberarem sobre os rumos das cidades.

Não obstante, a Carta Magna estar embebida em uma democracia participativa onde os caminhos políticos tomados pelos diversos segmentos estratégicos para o progresso da nação não tiveram a mesma sorte. Neste passo, se mostra a necessidade de as pessoas tomarem partido nas políticas que definem seu modo de vida.

Nas cidades portuárias existe um eterno conflito, longe de ser apaziguado, entre o porto e a cidade em que as externalidades do processo produtivo dos portos trazem à tona a discussão sobre como devem ser os portos e qual é o padrão de aceitabilidade deste processo.

Porém, este padrão inexistente e que no rigor da semântica estaria longe de ser um padrão, uma vez que a realidade local e o momento histórico é o que daria a medida exata de aceitabilidade. Assim, nas próximas linhas esperamos abrir terreno para semear a discussão sobre essa medida.

### 1 DA METODOLOGIA

Para elucidar a questão, lançamos uso de uma abordagem do instrumento que é o Plano Diretor, explanando sua constituição, suas oportunidades e vestes, para após apresentar os Portos e a política portuária vigente, apresentando o caso do município de Santos para lançar uso da teoria da participação criada por Arnstein em 1969, para ao fim efetuar as devidas conclusões.

### 2 PLANO DIRETOR

O Plano Diretor é o instrumento basilar da política de desenvolvimento urbana, nele constarão todos os rumos que a cidade terá e o conjunto de medidas e



instrumentos necessários para persecução destes caminhos, que pela melhor técnica deverá ser uma orientação no sentido de uma cidade sustentável que prime pela qualidade de vida de seus habitantes.

Embora, o Plano Diretor tenha assento expresso na Constituição Federal de 1988, é no Estatuto da Cidade, Lei 10.257 de 10 de julho de 2001, que este tem sua real dimensão e início de seu desenho, pois neste diploma legal ele se fixa expressamente como um instrumento da política urbana de desenvolvimento sustentável das cidades, além de ser somente através do Plano Diretor que se materializa diversas diretrizes e instrumentos para persecução da cidade *perfeita*.

Seguindo este caminho o Conselho das Cidades – ConCidades<sup>3</sup> orienta que os Planos Diretores devem conter ações e medidas que considerem as funções sociais da cidades e da propriedade, bem como os objetivos da população local para a cidade.

Em síntese, o Plano Diretor concentra a solução para a necessidade de planejamento municipal que atenda a função social da cidade e da propriedade, sendo um direito fundamental ter cidade cumprindo sua função social.

Plano Diretor é a Lei municipal que deve conter uma perspectiva de solução sustentável dos problemas municipais gerada pelo Executivo municipal a luz dos anseios da população, validada pela população residente ou usuária da cidade e chancelada pela Câmara de Vereadores.

Observem o silogismo<sup>4</sup> empregado: Através das soluções sustentáveis dos problemas ambientais, sociais e econômicos do município, estar-se-ia ofertando um desenvolvimento urbano sustentável onde o desenvolvimento pressupõe evolução e isto uma solução a um problema.

Retornando. Nesta lei deverão estar contidos os mecanismos para alcançar um desenvolvimento sustentável da cidade primando pela função social da cidade e da propriedade.

<sup>3</sup> Órgão vinculado ao Ministério das Cidades responsável por emitir orientações e recomendações sobre a aplicação do Estatuto da Cidade, e dos demais atos normativos relacionados ao desenvolvimento urbano.

<sup>4</sup> “Argumento formado de três proposições; a maior, a menor (premissas) e a conclusão deduzida da maior, por intermédio da menor”. “silogismo”. Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/silogismo>> Acesso em: 11 mar. 2014.



Deve, ainda, o Plano Diretor abordar os problemas (ou melhor, as soluções para estes problemas) que estejam dentro da competência dos municípios, podendo ser de natureza urbanística, tributária ou jurídica<sup>5</sup>, pois inócuo é constar problemas que gravitam na órbita dos Estados ou da União, uma vez que dependem destes entes-federativos a solução.

Com efeito. O Plano Diretor deve conter diretrizes que objetivam e ensejem o desenvolvimento sustentável da cidade, além de conter comandos autoaplicáveis para satisfação de tais diretrizes.

### 3 GESTÃO DEMOCRÁTICA E PARTICIPATIVA

Nas linhas desenhadas pelo Estatuto da Cidade, o Plano Diretor tem um relevo que supera o velho vício de ordenação tecnicista da cidade, como ocorrerá no passado, principalmente durante a nosso recente período autoritário (1964 à 1985).

O Plano Diretor antes de tudo é um instrumento da democracia na gestão da cidade, nele se imbuí o direito e dever da população em participar da elaboração do Plano Diretor.

No processo de elaboração do Plano Diretor, assim como nas fases subsequentes (fiscalização e implementação) deve a municipalidade promover audiências públicas fomentando a participação popular, além de tornar públicas as informações necessárias ao Plano Diretor.

Ou seja, o Plano Diretor deve ser um mapa com o caminho para onde a cidade deve seguir, produzido e trilhado por quem irá percorrer esta rota, no caso dos municípios, as pessoas que interagem com a urbe.

Para tanto preconiza-se a necessidade de criação de instrumentos municipais, adequados à realidade local, que fomentem e facilitem a participação popular no processo de elaboração do Plano Diretor.

Na criação de instrumentos para o desenvolvimento sustentável da cidade deve a municipalidade universalizar o conhecimento propondo debates, fóruns,

<sup>5</sup> *Apud* VILLAÇA, Flávio. **Dilemas do plano diretor**. 2010.



painéis e seminários para ensinar um ambiente propício ao desenvolvimento da cidade.

Via de regra, a população desconhece a técnica estando à margem do que a melhor técnica de desenvolvimento sustentável pode oferecer, assim, neste pressuposto, deve a municipalidade inculcar na cidade um ambiente que forneça bases suficientes para as pessoas criarem uma convicção do melhor para suas cidades com o fim de buscar soluções para os problemas do município.

#### 4 PORTO, NAS CIDADES

A palavra porto vem do latim *portus* que significa passagem, abertura, hoje utilizamos a palavra porto como Sítio de uma costa onde os navios podem fundear<sup>6</sup>.

Nesse caminho, podemos trazer a definição legal onde é a *instalação (...) utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário* (Lei nº 12.815/2013, Artigo 2º, III).

Ou ainda, podemos definir porto como a superestrutura composta de espaço físico para armazenagem, vias de acesso (terrestre, ferroviária e marítima), pódicos, maquinários, veículos de apoio, veículos de transporte e pessoas.

A Constituição Federal diz que compete a União a competência executiva e legislativa em matéria de portos (Artigos 21, XII, “d” e “f” e 22, X).

Porém, antes de o porto ser porto, temos a cidade, onde se insere o porto, assim deve o porto cumprir sua função social dentro da cidade como corolário do cumprimento da função social da propriedade. Ora, como o porto cumpre sua função social? Via de regra, cumprindo sua finalidade como porta para entrada e saída de mercadorias, gerando riquezas para nação, contudo a questão principal reside na forma de fazê-lo onde deve-se defender os princípios da Ordem Econômica e Financeira da Carta Magna.

<sup>6</sup> **Porto**, Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013, Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/porto>>. Acesso em: 15 mar. 2014.



Em linhas objetivas trata-se de velar pela sustentabilidade do local onde se insere, no caso na cidade, uma vez que é a partir do município que o porto retira suas bases para funcionar enquanto organismo.

Ora, é na cidade que primeiro chegam e saem as cargas, e da cidade que vem as pessoas que operacionalizam as microfunções para o desenvolvimento da atividade portuária. Existindo uma clara dependência da cidade, pois é dela que o porto extrai suas primeiras gotas de combustível (infraestrutura e pessoas) enquanto motor financeiro.

Assim, deve a gestão portuária estar em harmonia com os princípios constitucionais do desenvolvimento urbano sustentável e da livre iniciativa com formento a livre concorrência sem esquecer da defesa do meio ambiente.

Afinal, em última instância as instalações portuárias são propriedades que devem-se revestir da função social coadunando com a política de desenvolvimento urbano desenhada pela carta política.

## 5 POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO PORTUÁRIO

A rigor da técnica, inexistente política expressa de desenvolvimento portuário, esta fica a cargo do plano de Governo Executivo Federal onde este executa sua política de desenvolvimento portuário.

Por de trás das cortinas políticas, no uso de suas competências(*sic*) empurrado pelo Executivo através da Medida Provisória nº 595, de 6 de Dezembro de 2012, o Congresso Nacional editou a Lei nº 12.815 de 5 de Julho de 2013, conhecida como Lei dos Portos onde consta a forma e regime de exploração dos portos e instalações portuárias.

A Medida Provisória, convertida em Lei, teve ensejo em um cenário político onde se havia a necessidade de investimento nos gargalos logísticos para exportação (e consquente aumento das riquezas nacionais) e na ausência de capitalização do Estado para tais investimentos.

Nesse caminho temos na exposição dos motivos da Medida Provisória nº 595 (BRASIL, 2012) a seguinte corroboração:





Os portos brasileiros são responsáveis por 95% (noventa e cinco por cento) do fluxo de comércio exterior do país, o que demonstra a importância estratégica do setor. Para fazer frente às necessidades ensejadas pela expansão da economia brasileira, com ganhos de eficiência, propõe-se modelo baseado na ampliação da infraestrutura e da modernização da gestão portuária, no estímulo à expansão dos investimentos do setor privado e no aumento da movimentação de cargas com redução dos custos e eliminação de barreiras à entrada.

Assim a Lei dos Portos entrega à iniciativa privada a operação portuária desconsiderando a necessidade de cumprimento da função social dos portos. Primando pela prevalência do capital sobre as necessidades sociais locais.

Na doutrina mais arejada os Planos Diretores devem ter por base a realidade de fato e se fixar na elaboração de um plano exequível considerando as nuances sociais, econômicas e ambientais e assim o deve ser naquelas cidades onde há portos. A atividade portuária gera grandes externalidades<sup>7</sup>, como aumento do tráfego de veículos, oferta de risco devido a operação com cargas perigosas, geração de poluição do ar e das águas, aumento da oferta de empregos, geração de divisas pela facilitação do comércio.

Contudo, estas externalidades devem ser controladas para o desenvolvimento sustentável das Cidades, do Estado e da Nação haja vista que nem todas as externalidades são benéficas e algumas delas trazem enorme prejuízo para a cidade enquanto organismo e conseqüentemente para os Estados e Nação.

A forma de planejamento portuário prevista na Lei dos Portos é Plano de Desenvolvimento e Zoneamento dos Portos (PDZ) onde a autoridade portuária elaborará e submeterá a Secretaria de Portos (Artigo 17, § 2º), simples assim, sem necessidades de estudos, sem uma gestão democrática participativa.

Como se observa abre-se uma brecha legal e social para a necessidade de planejamento portuário integrado ao Plano Diretor para maximizar a eficiência portuária e promover o desenvolvimento sustentável do porto e da cidade respeitando os valores da ordem econômica (artigo 170 da CF), principalmente a função social da propriedade.

<sup>7</sup> **Economia:** Efeito, benéfico ou prejudicial, que uma dada atividade econômica tem sobre terceiros, que não estão envolvidos nessa atividade. Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/externalidade>>. Acesso em: 16 mar. 2014.



Assim, se de um lado temos um instrumento (Plano Diretor) que prima pela gestão democrática e participativa das cidades, doutro lado temos um instrumento político simples (Plano de Desenvolvimento e Zoneamento dos Portos) e tornando inócuo face a inexistência de base legal expressa para sua ordenação na integração Porto-Cidade, não obstante esteja arrejado com a velha doutrina tecnicista.

## 6 DESENVOLVIMENTO PORTUÁRIO E AS CIDADES

No município de Santos, no Litoral Paulista, situa-se o maior porto do Brasil. O Porto de Santos é conhecido por ser um porto concentrador<sup>8</sup> onde há mais de 12 (doze) quilômetros de área destinada as mais variadas operações portuárias, indo de graneis sólidos e líquidos a operação de contêineres, passando pela carga geral e de veículos.

Em Santos o modelo de exploração, acompanhada da legislação vigente, é a exploração direta pelo particular através de arrendamentos de áreas retro portuárias, deixando uma pequena faixa de área portuária pública, esta área pública<sup>9</sup> é aquela que faz a interface entre os modais, ou seja, aquaviário e terrestre.

Em meados de 2013, face a proximidade do fim do arrendamento dos terminais situados no bairro da Ponta da Praia, em Santos, a União publicou um edital de lotes que seriam licitados, mostrando o interesse em manter na área portuária (no caso retro portuária) um corredor de terminais que operam com graneis sólidos, de grãos de milho e soja. E, operações com tais cargas tem a externalidade de em situações como a de Santos de gerarem farta dispersão de particulados ocasionando um infortúnio desagradável aos habitantes da *polis*.

Porém, devido ao desenvolvimento do município de Santos, o bairro da Ponta da Praia tornou-se uma zona residencial de alto padrão pressionando a operação portuária.

<sup>8</sup> O conceito de porto concentrador se prende a movimentação de cargas, nele se movimentam todos os tipos de cargas.

<sup>9</sup> Há áreas no Porto de Santos que o arrendamento engloba área portuária e retro portuária.



No ensejo, a Câmara dos Vereadores de Santos editou, no final de 2013, uma Lei de Uso e Ocupação do Solo, que proíbe tais terminais naquele local desejado pela União. Não obstante, o próprio Plano Diretor conceber o município como uma cidade portuária, prevendo diretrizes para o *Desenvolvimento das Atividades Portuárias e Logísticas* (Capítulo III, Seção I, artigo 8 e seguintes do Plano Diretor de Santos – Lei Complementar 821 de 27 de dezembro de 2013).

No deslinde a Advocacia Geral da União ingressou no Supremo Tribunal Federal com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sob o número 316, suscitando a incompetência municipal para legislar sobre portos e requerendo medida liminar para suspender os efeitos da proibição municipal e, assim, o conseguiu a liminar.

Portanto, temos de um lado a União em sua competência privativa para legislar e executar qualquer política sobre portos e doutro temos o município para legislar sobre os interesses locais, principalmente sobre a conveniência do desenvolvimento sustentável. E não se discutindo o princípio da hierarquia de normas, pois ter-se-ia uma norma que não teria entes legislativos concorrentes uma vez que estar-se abordando somente a atividade portuária dissociada da cidade.

Assim, no caso do município de Santos se observa um nítido caso em que o Plano Diretor e os instrumentos dele consequentes são esvaziados pela ausência de visão do Porto para cidade.

Por obvio o interesse de muitos (da nação) se sobrepõe ao de poucos (da cidade), mas tal máxima não é fato impeditivo de uma gestão democrática participativa em todas as camadas envolvidas, municipal, estadual e nacional.

E mais, interesses não se sobrepõem aos desígnios do constituinte originário que claramente desenhou a política de desenvolvimento urbano nas linhas de uma gestão democrática participativa.

Em linhas claras, o problema das cidades portuárias é a afonia popular nos rumos do Porto.

O sustentáculo do Plano Diretor são os anseios sociais, ambientais e econômicos dos cidadãos que usam a cidade, são nesses anseios que a direção da cidade e do porto devem caminhar, buscando soluções aos gargalos municipais e nacionais.

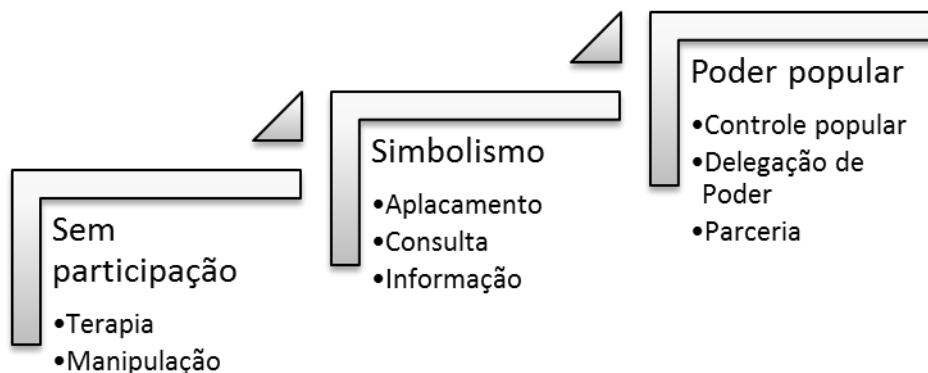
E nessa direção caminha o governo da nação onde deve o interesse público, diga-se os anseios sociais, ambientais e econômicos dos cidadãos, sobrepor-se aos interesses particulares.

Com efeito. Espera-se que através da participação democrática e popular se obtenha um aumento da cognição dos problemas sociais e de onde as soluções devam partir e por consequência o exercício de pressões populares nos pontos a se solucionar, seja sob o ente político, seja sob a própria população.

## 7 PARTICIPAÇÃO CIDADÃ

A Constituição Cidadã de 1988 foi embebida em ideais de uma democracia participativa, sendo uma das únicas que confere os municípios uma participação federativa ativa, atribuindo competências executivas e legislativas ao municípios. Uma vez que é na cidade o primeiro local onde o Estado encontra o cidadão, pois é nela que ele reside, vive e trabalha.

Nesse sentido, ao instituir uma política urbana nacional a Constituição optou por um modelo de política participativo efetivo e nesse ponto oportuno é a lição de Arnstein (1969) onde desenha a escada da participação cidadã, senão vejamos:



A participação popular somente ocorre no degrau do poder popular onde as pessoas tomam conhecimento dos problemas e partilham da responsabilidade direta para resolvê-los.



De forma clara é necessária uma tomada de consciência popular em não aceitar o atual estado de participação de *aplacamento*, contudo segundo Arnstein (1969):

O grau em que os cidadãos são, na verdade, aplacado, é claro, depende muito de dois fatores: a qualidade da assistência técnica que eles têm em articular suas prioridades; e a medida em que a comunidade foi organizado para pressionar por essas prioridades (tradução livre).

Devendo haver uma política onde as decisões sejam distribuídas com a finalidade de compartilhamento dos problemas e das soluções, estabelecendo regras claras para essa distribuição. *Após o estabelecimento das regras do jogo através de alguma forma de dar e receber, eles não estão sujeitos a mudança unilateral* (ARNSTEIN, 1969).

É neste caminho que a política de expansão portuária deve caminhar, bem como é indissociável o direito dos cidadãos em opinar e decidirem sobre suas cidades, e mesmo o porto sendo uma estrutura de interesse nacional deve os interesses nacionais harmonizarem-se com os municipais.

## 8 CONCLUSÕES

O Plano Diretor é o palco que os moradores da cidade tem para um diálogo aberto em prol da consciência dos problemas e das possíveis soluções. Onde cada vez mais se conscientizando dos interesses existentes dentro da cidade e buscando uma forma de harmonizá-los através de normas diretas e auto aplicativas aos problemas da cidade.

A participação da comunidade local no Plano Diretor depende de fomentos públicos que incutam nos cidadãos o interesse político em participar e eventual falta de fomento é um vício da própria Política Pública Municipal de governo.

É notório em nossas cidades que o Plano Diretor não tem sido um instrumento de desenvolvimento urbano sustentável pela ausência fomento participação popular e pela crescente perda de credibilidade da população na política resultando na criação de Planos Diretores não autoexecutáveis e quando o são, não refletem os anseios da população.



O fechamento da União em sua redoma de competências executivas e legislativas exclusivas ou concorrentes “*hierarquicamente superior*” traz aos Planos Diretores das cidades portuárias verdadeira receita ao fracasso frente a impossibilidade de participação popular no futuro portuário na cidade.

Todavia, se faz necessária a criação de um palanque nacional para discussão do modelo de gestão portuária que considere a cidade, afinal fica na cidade a obrigação de suportar os efeitos danosos da atividade portuária.

Desta forma, fica cada vez mais perto a inutilidade das políticas públicas em aplacar os anseios da população devendo esta buscar o controle tendo em vista que *aqueles que têm o poder normalmente querem pendurar nele e, historicamente, tiveram de ser arrancados pelos então impotentes* (ARNSTEIN, 1969).

Não existe solução mágica para a questão do desenvolvimento sustentável de nossas cidades portuárias, a solução em si e a busca coletiva da solução (*sic*).

## REFERÊNCIAS

ARNSTEIN, Sherry R. **A Ladder of Citizen Participation**. JAIP, Desconhecido, v. 35, n. 4, p.216-224, jun. 1969. Disponível em: <<http://lithgow-schmidt.dk/sherry-arnstein/ladder-of-citizen-participation.html>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

ANTONELLO, Ideni Terezinha. **Potencialidade do Planejamento Participativo no Brasil**. Soc. nat., Uberlândia, v. 25, n. 2, ago. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1982-45132013000200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-45132013000200003&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 22 mar. 2014

BARROS, Sergio R. S.; WASSERMAN, Júlio Cesar; LIMA, Gilson B. A. **Risco Ambiental na Zona Costeira: Gestão participativa para os Planos de Controle a Emergências dos portos brasileiros**. Revista da Gestão Costeira Integrada, v. 10, n. 2, p.217-228, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.aprh.pt/rgci/pdf/RGC110f2.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

BRASIL. **Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012**. Exposição de Motivos da Medida Provisória.

CUNHA, Icaro A. da. Fronteiras da gestão: os conflitos ambientais das atividades portuárias. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 6, dez. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122006000600005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000600005&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 22 mar. 2014.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado; GONÇALVES, Alcindo (Org.). **Os problemas da zona costeira no Brasil e no mundo**. Santos: Editora Universitária



Leopoldianum, 2012. 316 p. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/edul/public/pdf/zonacosteira.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2014

GUIMARAENS, Maria Etelvina Bergamaschi. A Hermenêutica de um Plano Diretor. **Revista Magister de Direito Ambiental Urbanístico**, Porto Alegre, v. 50, p.59-74, OUT/NOV 2013. Bimestral

MOREIRA, Alúcio. **Metodologia aplicada para obter um sistema de indicadores de porto concentrador de carga**. 2009. 287 f. Tese (Doutorado) - Curso de Engenharia, Departamento de Engenharia Hidráulica e Sanitária, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3147/tde-01122009-132312/publico/Dissertacao\\_Aluisio.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3147/tde-01122009-132312/publico/Dissertacao_Aluisio.pdf)>. Acesso em: 09 mar. 2014

ROMANI, Carlo. Comunidades caiçaras e expansão portuária em Santos: uma análise histórica do conflito. **Revista Científica Integrada**, Ribeirão Preto, v. 1. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/rci/article/view/126>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

SALEME, Edson Ricardo; SILVA, Solange Teles da. Plano Diretor, Participação Popular e Responsabilidades. In: XVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. v. 1, p. 1506 - 1518. Disponível em: <[http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/\\_integra\\_bh.pdf](http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/_integra_bh.pdf)>. Acesso em: 05 mar. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 476 p.

VILLAÇA, Flávio. Dilemas do Plano Diretor. In: **O Município no Século XXI: Cenários e Perspectivas**. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, 1999. p. 1-400. Disponível em: <<http://ongcidade.org/site/arquivos/artigos/dilemas436f9e94d59fb.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2014.



# O DIREITO FUNDAMENTAL AOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL NA REVISÃO DOS ATOS DE CONCESSÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 103, CAPUT, DA LEI N. 8.213/91<sup>1</sup>

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO SOCIAL SECURITY BENEFITS AND THE IMPOSSIBILITY OF THE USE OF THE TEN-YEAR STATUTE OF LIMITATION ON THE REVIEW OF ACTS OF CONCESSION – THE UNCONSTITUTIONALITY OF ART. 103 OF LAW N. 8.213/91

*Juliano Cesar Zanini<sup>2</sup>*

## Resumo

A previdência social revela-se como um direito fundamental de todo homem advindo de suas reivindicações por meio de conquistas e lutas históricas. Em razão disso, sua importância não pode e nem deve ser mitigada. Não é só o legislador constitucional que deve estabelecer essa garantia fundamental, esta deve ser imposta e respeitada, igualmente, pelo legislativo infraconstitucional e principalmente pelos operadores do direito. Entre as importantes conquistas dos trabalhadores vinculados ao sistema de previdência está a renda mensal do benefício, a qual deveria lhe servir como garantia a uma vida digna. Portanto, sendo a imprescritibilidade uma das características dos direitos fundamentais, como se pretende sustentar, averiguar-se-á se é possível a Lei 8.213/91, pelas mudanças estabelecidas no art. 103, estabelecer prazos para extinguir direitos, em especial o direito à revisão de benefício concedido ou negado e, pela análise dos institutos da prescrição e decadência, verificar se este último prazo, o decadencial, diante de suas peculiaridades, pode ser imposto nos atos de revisão de benefício sem macular os preceitos constitucionais.

**Palavras-chave:** Direitos humanos fundamentais. Conceitos de prescrição e decadência. Direito fundamental da renda mensal do benefício previdenciário. Impossibilidade de aplicação da decadência do direito de revisão referendado no art. 103 da Lei 8.213/91. Inconstitucionalidade da imposição de prazo decadencial.

<sup>1</sup> Submetido em 25/04/2014, pareceres emitidos em 17/05/2014 e 02/05/2014, aprovação comunicada em 14/06/2014.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Universidade do Vale do Itajaí-SC - UNIVALI. Advogado em exercício de 2002 a 2008. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí-SC na área de Direito e Jurisdição. Atualmente Servidor Público Estadual em Santa Catarina, vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado, ocupando o cargo de Assessor de Gabinete na Vara da Fazenda Pública de Itajaí-SC, Rua Uruguai, 222, centro, Itajaí-SC. E-mail: <julianozanini@tjsc.jus.br>.





## Abstract

Social security presents itself as a fundamental right of every man that derives from their claims, through historical struggles and achievements. As a result, its importance cannot and should not be diminished. This fundamental right should not only be provided by the constitutional legislator, it must be equally enforced by the infra-constitutional legislator and by lawyers. Amongst the important achievements of the workers covered by the Social security system is the welfare-salary, which should serve people as a guarantee of living with dignity. As such, the non-application of statute of limitations is a characteristic of fundamental rights, as we intend to claim, will determine whether it is possible for law n. 8.213/91, to establish the changes set out in art. 103, and set deadlines to extinguish rights, especially the right to review granted or denied benefits as well as the analysis of the statute of limitations to ascertain if, because of their peculiarities, may be imposed to benefit reviews.

**Keywords:** Fundamental human rights. Fundamental right to a monthly income of pension benefit. Impossibility of extinguishing right of review endorsed in art. 103 of Law n. 8.213/91. Unconstitutional application of statute of limitations.

## INTRODUÇÃO

O estudo proposto pretende classificar o direito social à previdência com um dos direitos fundamentais do homem, esse advindo de reconhecidas conquistas ao longo de muitos anos de lutas e reivindicações.

Qualquer pesquisa que vise à análise dos direitos fundamentais estará automaticamente vinculada ao estudo de sua construção histórica e dos marcos estabelecidos, a fim de demonstrar a força impositiva destes direitos, tidos por indispensáveis a todos os *homens* (ser humano). Assim, na primeira parte, faz-se uma diferenciação entre direitos humanos e fundamentais, afirmando a importância à previdência social e ao salário benefício entre aqueles direitos consagrados e que devem ser preservados, a fim de que não sejam mitigados por interesses menores do que daqueles que lhe deram origem e força de garantia fundamental.

Estabelecendo-se esta premissa, da essência dos direitos sociais como cláusulas pétreas em nosso ordenamento jurídico, há que se investigar se há possibilidade deste direito, visto como fundamental, ser comprometido pelo decurso do tempo em se tratando da busca subjetiva por meio da ação revisional, a qual, dentro do sistema previdenciário, serve para modificação de um ato concessivo de benefício.



Como as normas fundamentais estão vinculadas com características próprias, entre as quais a de que não podem deixar de ser garantidas aos cidadãos, importa analisar, no ordenamento pátrio, os estatutos da prescrição e da decadência, os quais estão vinculados à ideia da perda do direito por inercia do titular – regra no ordenamento nacional –, pontuando-se quais as características destes mecanismos de controle legal, a fim de possibilitar um confronto direto com a imposição estabelecida pelo art. 103 da Lei n. 8.213/91, legislação essa que serve para disciplinar o plano de previdência no Brasil. Como disse Câmara Leal “Todo o estudo relativo à imprescritibilidade<sup>3</sup> se ressentir de um certo empirismo. Não se encontra nos autores a fixação de uma doutrina, com princípios juridicamente estabelecidos. Tudo se reduz à casuística” (LEAL, 1978, *apud* AMORIM FILHO, p. 746).

Por fim, a tentativa é demonstrar que não é possível decair do direito de rever atos falhos na concessão ou não de benefícios previdenciários, pois este mecanismo (ação revisional) serve para garantia e preservação do direito fundamental do homem (segurado). Assim, a conclusão esperada é que, em vista da mudança ocorrida no art. 103 da Lei n. 8.213/91 pela redação dada pela MP 1.523-9, estipulando um prazo decadencial, o referido artigo seja tido por inconstitucional. O tema é atual e relevante, e o objetivo deste Artigo é puramente reflexivo.

Na primeira fase de pesquisa, então, especificou-se o Referente como sendo a impossibilidade de aplicação da decadência do direito de revisão dos atos de concessão de benefício previdenciários por serem direitos fundamentais.

Na segunda fase da investigação, realizou-se a fundamentação acerca do porque se deve garantir ao cidadão o direito de rever a qualquer tempo e modo os benefícios previdenciários concedidos via administrativa ou judicial, justamente por se afigurarem da solidez implícita de direito fundamental.

Já na terceira fase de pesquisa foram correlacionados os fundamentos da fase de investigação, direcionando para a quarta fase, qual seja, a de relatório de pesquisa, a qual aponta para inegável vinculação da previdência social e do

<sup>3</sup> Aqui o termo é usado embarcando a ideia geral de prazo, qualquer que seja, pela técnica, decadencial ou prescricional.



benefício previdenciário entre os direitos fundamentais e, por assim ser, possível de ser modificado a qualquer momento, quando mais se concedido com vícios ou ilegalidades. Na quinta fase de pesquisa foi realizada a avaliação do produto científico, com a consequente conclusão, aferindo que o dispositivo criado para restringir o direito de rever o valor do benefício previdenciário, por meio da aplicação do prazo de decadência, é inconstitucional.

Para a percepção geral do Referente e para a construção deste Artigo Científico foi utilizada a base lógica do Método Indutivo e na conclusão somado ao Método Dedutivo<sup>4</sup>.

## 1 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS - DEFINIÇÃO

Há muita discussão na doutrina sobre a conceituação de direitos humanos e direitos fundamentais. Assim, é prudente, em se falando de direitos basilares e da importância desses para o enfoque previdenciário, fazer-se uma breve análise, a fim de se estabelecer o que é ‘fundamental’ e o que é ‘humano’ e ressaltar a importância destes conceitos.

Sarlet (2009, p. 29) nos ensina a distinção básica entre direitos fundamentais e direitos humanos (diferença corriqueiramente exposta em outras doutrinas). Para ele, embora os termos sejam correlatos – direitos humanos e fundamentais –, distinguem-se, pois a expressão “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo. O outro, “direitos humanos”, guardaria uma relação com os documentos de direitos universais, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconheceram ao ser humano como tal, independentemente de sua amarração com determinada ordem legalmente materializada e que, portanto, garante a validade para todos e em todo tempo, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). Adverte, ainda, o mesmo autor, citando lição de Bobbio, que a própria positivação em normas de direito internacional “já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos”.

<sup>4</sup> A perspectiva conceitual de Método Indutivo e dedutivo foi extraída de: Pasold, 2011, p. 86.



Portanto, os direitos fundamentais nascem a partir de um processo de positivação dos direitos humanos, a partir do reconhecimento, pelas legislações constitucionais (positivação) de direitos considerados inerentes à pessoa humana. Nesse mesmo sentido, leciona José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 259), para quem os direitos do homem surgem da própria natureza humana e, por isso possuem caráter inviolável, intertemporal e universal. Já os direitos fundamentais seriam aqueles vigentes nas leis em concreto.

Estabelecendo, ainda, tal diferenciação, na mesma perspectiva, mas impondo a ideia de igualização de situações desiguais, pode-se ler nos ensinamentos de José Afonso da Silva (1998, p. 258), para quem os direitos fundamentais são os preexistentes e consolidados nas normas constitucionais. São direitos para valerem como pressupostos de gozo de direitos individuais e criadores de condições materiais propícias para a igualdade e liberdade.

Por fim, autores estrangeiros, como Jorge Mancini (2004, p. 10), partilham da mesma concepção, de que os direitos fundamentais são, pela codificação, os ditos humanos positivados, *vide*:

[...] Los derechos fundamentales serían aquellos derechos humanos que los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales han reconocido como indispensables y que necesariamente deben estar expresados en los documentos básicos y superiores, sin: que ello implique agotar la lista de los que componen el conjunto de derechos esenciales a la persona humana.

José Afonso da Silva (1998) resume o ideal dos direitos ditos fundamentais revelando “a conveniência”, ou seja, que ele é parte de uma construção temporal, dizendo que são fundamentais aqueles benefícios e instituições que o Direito Positivo solidificou em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas.

Sob tal enfoque, restaria a dialética de que todo direito fundamental é humano, mas nem todo direito humano é fundamental. A conclusão parece óbvia, contudo, é polêmica e incerta, uma vez que os direitos humanos, ainda que não positivados, se assim forem reconhecidos pela sociedade, serviriam como fonte do direito para uma garantia vista como fundamental (o que pode ser visto pelas interpretações sugeridas por Benjamin Dworkin (2010) por exemplo). Portanto, para



averiguar se de fato um direito é fundamental, há que se avaliar se o direito dito fundamental está inserido nos códigos normativos advindo de reivindicações sociais ou se é derivado apenas de interesses de um grupo. Nesse ponto, revela-se importante a análise da historicidade.

Segundo Gilmar F. Mendes, Inocêncio M. Coelho e Paulo G. G. Branco<sup>5</sup> essa evolução, percebida pela análise histórica, impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente – e das novas feições assumidas pelo poder, é fundamental para compreensão dos direitos fundamentais.

Assim, podem existir direitos humanos que advenham de reconhecimentos históricos e que, apesar de não estarem codificados, podem ser reconhecidos em casos concretos, pela consolidação jurisprudencial por exemplo. Então, para um direito ser dito fundamental não é essencial uma positivação, uma codificação em si, mas o reconhecimento pelos aplicadores do direito, os quais terão o dever de garantir a ordem fundamental de qualquer direito nitidamente inegável ao homem.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS MARCOS - DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO – A HISTORICIDADE COMO PONTO SOLIDIFICADOR DA IMUTABILIDADE**

Carl Schmitt, na avaliação extraída dos estudos de Edgard de Oliveira Lopes (2002), entende que os Direitos Fundamentais seriam estabelecidos por dois critérios: o formal, indicado como direitos fundamentais todos os direitos e garantias explicitados e alcunhados no documento constitucional; e formal, onde os direitos fundamentais são aqueles que recebem da constituição um grau mais elevado de proteção, ou segurança, ou pelo menos de alteração dificultada. Assim, sob o aspecto formal, tal avaliação do que vem a ser ou não fundamental dependeria de Estado para Estado, devido às diferenças culturais e ideológicas que persistem, mesmo com a globalização em pleno auge.

---

<sup>5</sup> “O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais. Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente – e em face das novas feições assumidas pelo poder”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008. p. 241).



Está consolidado hoje na doutrina<sup>6</sup> uma classificação cronológica para os conhecidos direitos fundamentais – sem imposições hierárquicas entre essa categorização –, entendidos e arranjados entre os de primeira, segunda e terceira geração, havendo quem considere ainda outros<sup>7</sup>.

Ao que interessa a esse estudo, Aécio Pereira Junior (2005), ao tratar sobre a evolução da Previdência Social, classifica-a entre os direitos fundamentais de segunda geração, os quais são “justamente os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século, a partir do constitucionalismo social. Incluem-se aqui os direitos relacionados ao trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, velhice etc”.

Tal classificação adveio de uma formação gradativa, nascida das reflexões ideológicas e no pensamento antiliberal do século XX, como ensina Bonavides (1999, p. 518), e na medida em que foram sendo reconhecidos e garantidos estes ‘direitos’ do ‘homem’ – assim sintetizados com pretensão cronológica e histórica –, eles foram se fortalecendo.

Segundo o critério da historicidade, defendida por Bonavides, David Araújo e Serrano Júnior<sup>8</sup>, por exemplo, seguem na linha de que na primeira fase dessa formação dos direitos fundamentais surgiram os direitos do administrado para com o Estado, a fim de evitar a invasão desses nos Direitos Cíveis e Políticos. Já na segunda fase, ou geração, dizem respeito ao surgimento dos direitos positivos sociais, a fim de assegurar a melhor condição de vida. Contudo, tal abrangência histórica, com respeito aos ensinamentos dos nobres doutrinadores, não pode ser simplesmente atestada pelo tempo em que houve a concretização desses direitos,

<sup>6</sup> Exemplificativamente, dividem em dimensões os direitos fundamentais: Robert Alexy, Konrad Hesse e Willis Santiago Guerra Filho, e sob a forma de gerações, o faz Paulo Bonavides e Norberto Bobbio.

<sup>7</sup> Paulo Cesar Bonavides, ainda defende a existência de direitos fundamentais de quarta geração – os direitos relativos à bioética, à democracia e à ecologia, enfim, os direitos que atinjam toda a humanidade – e ainda elevou a Paz (kantiana) à categoria de Direito Fundamental de Quinta Geração. (BONAVIDADES, 2002; BONAVIDADES, 2013).

<sup>8</sup> Trata-se de direitos que representavam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas ‘liberdades públicas negativas’ ou ‘direitos negativos’, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2005, p. 116).



pois a essência, em se tratando de direitos humanos fundamentais, já existia antes da positivação e por ela foi simplesmente materializada na história, assim, em tese, também estão aptos aos aperfeiçoamentos (modificações) do futuro.

Assim, pode-se dizer que os direitos ditos fundamentais possuem marcos (pré)estabelecidos e determinados pela evolução, no que concerne à tentativa de preservação dos interesses do homem e dele mesmo. Mas o mais importante para a compreensão do que vem a ser fundamental é, exatamente, entender as circunstâncias pelas quais foram originados tais direitos, a essência que brota de cada um deles, tendo sempre em referência o bem estar do homem.

A Constituição Mexicana de 1917 e a Alemã de 1919, por exemplo, são reconhecidas como importantes marcos dos direitos sociais. Todavia, é prudente registrar que os ditos direitos conquistados naqueles momentos históricos abrangiam tanto os direitos econômicos como também os sociais (fundamentais), e esses só foram efetivamente regulados posteriormente, por meio de leis ordinárias.

Mas, independente de existir ou não um marco, convencionou-se que esses direitos, segundo Albino Zavascki (1998, p. 230), foram modelados à base dessa segunda geração de direitos fundamentais, é que fez nascer “o chamado Estado do Bem-Estar Social que imperou durante todo o século XX”.

Conquanto o direito social tenha origens marcadas entre os direitos fundamentais ditos de segunda geração, deve-se buscar sempre sua evolução, seu aprimoramento entre as garantias concedidas ao homem, como complementa Albino (ZAVESCKI, 1998, p. 231), ao dizer que “O Estado do futuro não deverá ser apenas um Estado liberal, nem apenas Estado Social, precisará ser um Estado da solidariedade entre os homens”.

E é justamente na fraternidade, como último signo da revolução francesa (marcador histórico destes direitos de segunda geração), que nasceu o direito social da previdência. Não é por outra razão que Mozart Victor Russomano (1978, p. 5-6) (retratando a importância religiosa para as conquistas sociais) afirma que:

Essa "oficialização da caridade" – como foi dito, certa vez – tem importância excepcional: colocou o Estado na posição de órgão prestador de assistência àqueles que – por idade, saúde e deficiência congênita ou adquirida – não tenham meios de garantir sua própria subsistência. A assistência oficial e pública, prestada através de órgãos especiais do Estado, é o marco da



institucionalização do sistema de seguros privados e do mutualismo em entidades administrativas. [...] Hoje compreende-se que nesse passo estava implícita a investida de nossa época, no sentido de entender os benefícios e serviços da Previdência Social à totalidade dos integrantes da comunidade nacional, a expensas, exclusivamente, do Estado, e não apenas aos associados inscritos nas entidades de Previdência Social. Dessa forma, podemos concluir dizendo: naquele momento distante, no princípio do século XVII, começou, na verdade, a história da Previdência Social.

A análise desses “marcos” históricos é relevante, ainda que se tenha por exame uma nova ordem jurídica a ser constituída. Aliás, como ensina Wagner Balera (1989, p. 15), o estudo da seguridade social, determinada nesse tempo, agora, não é motivo de bloqueio do nosso interesse acerca da história constitucional que, embora seja disciplina não jurídica (no entender de Santi Romano), nos fornece válidos critérios de interpretação da nova ordem constitucional.

E apesar de todas as possíveis evoluções do direito social, não basta estabelecê-lo como direito humano, pois é necessário, como ensina Norberto Bobbio (1986, p. 63), efetivá-lo:

(...) uma coisa é falar dos direitos humanos, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos cada vez mais convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva, acrescentando à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil.

Conclui-se, assim, que nem todo conceito se firmará como realidade estática, imutável. Sempre que novas lutas vierem a exigir medidas de proteção social, diferentes das de hoje, estarão aptas a concretizar novos conceitos, correções, ampliações e reparos, para melhor descrição do objeto. O que é implícito por detrás das garantias previdenciárias é a necessidade de preservação da própria vida e dignidade humana em se tratando de direitos fundamentais.

A realidade – observa Lorival Vilanova (2003, p. 6-7) – é sempre muito mais abrangente do que o conceito que a descreve. Por isso a realidade da legislação atual previdenciária pode ser mudada, a fim de melhor garantir o direito fundamental à previdência social, mas nunca poderá se restringi-lo, por ser ele advindo de uma conquista do homem frente ao Estado e do próprio homem enquanto garantia fundamental, a fim de subsistir.





## 2.1 O direito social como garantia fundamental no Brasil

O primeiro documento legislativo que tratou dos direitos sociais no Brasil foi a Constituição de 1824, a qual dedicou o inciso XXXI de seu art. 179 para esse fim. Tal dispositivo garantia aos cidadãos o direito aos então denominados “socorros públicos”, contudo sem eficácia plena. A Carta de 1891 também trouxe dispositivos relacionados à Previdência Social, quais sejam, o art. 5º e o art. 75, sendo que o primeiro dispunha sobre a obrigação de a União prestar socorro aos Estados em calamidade pública, se tal Estado assim solicitasse, e o último dispunha sobre a aposentadoria por invalidez dos funcionários públicos. Até a consolidação da Carta Constitucional de 1988, outros acontecimentos tiveram destaque em matéria previdenciária, inclusive infraconstitucional, mas é a partir da Constituição Federal que se institui no país, segundo Viana (2010, p. 14) um “verdadeiro sistema de Seguridade Social, integrando ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar direitos relativos à saúde, previdência e assistência social, o qual foi aos poucos sendo regulamentado por legislação posterior”.

Esclarece José Afonso da Silva (1997, p. 93), ao tratar da CF/88, que é a primeira vez que uma Constituição assinala os objetivos fundamentais da nação brasileira, e entre eles, “uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social, e cultural a fim de efetivar a dignidade da pessoa humana”.

Flávia Piovesan (1997, p. 46) nos alerta sobre a positivação dos direitos sociais elevados a direito fundamental, dizendo que:

Ao analisarmos a carta dos direitos fundamentais expostos pela Constituição, percebemos uma sintonia com a Declaração Universal de 1948, bem como com os principais pactos sobre os Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário. Intensifica-se a interação e conjugação do Direito internacional e do Direito interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica, fundadas na primazia dos direitos humanos.

Entendendo as palavras de Jorge Miranda (2002, p. 45), as consolidações legais dos direitos fundamentais e que foram positivadas na Constituição, delegaram



ao povo o poder regulador. Assim, entende o doutrinador que os direitos sociais não podem ser limitados quando elevados à categoria fundamental, portanto cabendo ao cidadão reivindicá-los a qualquer momento, ensina o jurista:

Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela colectividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súditos, cidadãos e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis.

O constitucionalismo passa a regular as atividades dos governantes e suas relações com os governados, concluindo Miranda (2002, p. 326) diz que: "Em vez de os indivíduos estarem à mercê do soberano, eles agora possuem direitos contra ele, **imprescritíveis e invioláveis**".

Importa saber, acima de tudo, que sempre será possível mudar, desde que se parta da condição e do reconhecimento de serem, os direitos previdenciários, humanos e fundamentais, advindos de lutas e reivindicações, e por sua importância não podem ser negados ou reduzidos. Trazendo as lições consagradas de 'luta por reconhecimento' de Axel Honneth, que sustenta uma mudança pragmática no sentido normativo de direitos fundamentais (enquanto princípios insaturáveis e interpretados de modo construtivo), que se dará publicamente por meio de luta por reconhecimento de novos sujeitos de direitos. Traduz isso a jurista Tereza Ventura (2011, p. 159-170), que comenta:

Na teoria social de Honneth a ampliação das relações intersubjetivas de reconhecimento está integrada ao processo de individuação que resulta de lutas sociais por meio das quais vem a realizarem-se transformações sociais de ordem normativa. Os indivíduos trazem para a sociedade expectativas normativas e reivindicações de caráter moral com que buscam garantir meios de expressão da identidade e da auto-realização. A subjetividade moral do ser humano e do agente social constitui-se dentro de relações intersubjetivas de luta por reconhecimento por meio do cuidado afetivo, do respeito e da estima social. Tais relações exteriorizam conflitos por meio de experiências e situações vividas como injustas. Essas experiências encontram-se localizadas em contextos históricos que revelam o estágio de desenvolvimento normativo das relações de reconhecimento recíproco. É na passagem para a modernidade que Honneth localiza a abertura de uma pluralização do horizonte de valores que conduzem a individualização na representação do que contribui para a realização das finalidades éticas da sociedade. No curso das transformações estruturais no sistema de valores hierarquicamente estabelecidos pela tradição alteravam-se também "as



condições de validade das finalidades éticas da sociedade” (HONNETH, 2003a, p. 3). Honneth, seguindo Hegel em sua crítica ao modelo hobbesiano de luta genérica de todos contra todos, vai afirmar por meio do conceito de eticidade a existência prévia de uma vida intersubjetiva que envolve todo o processo humano de socialização e formação da identidade: “as obrigações éticas passam a ser vistas como resultados de processos decisórios intra mundanos, a compreensão cotidiana do caráter da ordem social se altera tanto quanto a condição de validade do direito” (ibidem).

Portanto, não se pode perder de foco que os direitos fundamentais são oriundos de lutas e conquistas e, por essa razão, não podem ser considerados estáticos e imutáveis como sustentam alguns. Portanto, se as legislações infraconstitucionais trouxerem normas que firam direitos consagrados e fundamentais, devem ser combatidas.

### **3 A PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Para Wagner Balera (2009, p. 11), o Sistema Nacional de Seguridade Social, do ponto de vista metódico, busca a implementação e consolidação do bem-estar e da justiça sociais.

A seguridade, como política social, é método de economia coletiva. Assim, como procedimento de acúmulo coletivo, a comunidade é chamada a fazer um pacto técnico-econômico onde a solidariedade social é o equilíbrio. O pacto solidário-social consiste na contribuição da maioria em benefício da minoria. A Previdência Social – enquanto parte integrante da Seguridade Social – atua como instrumento de redistribuição da riqueza nacional, e deve atuar, principalmente, no bem estar do cidadão, auferindo-lhe condições dignas e justas.

Para tanto a Constituição Federal de 1988, no art. 194, define seguridade como “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Miguel Horvath Júnior (2012), citando Pedro Vidal Neto, tratando da importância do direito previdenciário e das diversas formas de proteção instituídas na Carta Constitucional de 1988, pelo art. 201 dessa, ressalta que enquanto esse sistema previdenciário adote o princípio da universalidade (art. 194, parágrafo único,



inc. I, da CF/88) ele partirá de um núcleo mínimo de proteção para, a partir dele, de acordo com a capacidade econômica, o Estado ir ampliando o núcleo de eventos protegidos, e sustenta que:

Resta comprovado o relevante interesse social do direito previdenciário na reparação dos efeitos dos eventos protegidos, bem como para realçar o papel do Estado na solução dos problemas em questão. “Vê-se então que o moderno Estado Social de Direito tem de fato, na Seguridade Social o ponto mais saliente de sua caracterização”.

Nota-se, portanto, a proteção ao bem estar do homem como ponto mais relevante da Seguridade Constitucional. As raízes fundamentais dessa proteção são inspiradas em textos antigos, como no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que assim preconiza:

- I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
- II) A maternidade e a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Da mesma forma tem a seguridade raízes no artigo XVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem<sup>9</sup>:

Toda pessoa tem direito à previdência social, de modo a ficar protegida contra as conseqüências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência.

A Constituição Federal Brasileira, no art. 6<sup>o</sup><sup>10</sup>, estabelece quais os direitos sociais, elencando, entre eles, o direito à previdência social. Antes, no art. 3<sup>o</sup><sup>11</sup>,

<sup>9</sup> **Art. XVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**, Bogotá, 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/declaracao\\_americana\\_dir\\_homens.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/declaracao_americana_dir_homens.htm)>. Acesso em: 28 nov. 2012.

<sup>10</sup> Art. 6<sup>o</sup> São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos



estabelece entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Assim, como a Previdência Social se sustenta no princípio da solidariedade, ela se constitui num dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, ou seja, um direito humano reconhecido e positivado (portanto, mais que um direito fundamental).

Segundo Maria Lúcia (LEIRIA, 2001, p. 129):

Em seu artigo 6º, caput, a Constituição dispõe sobre a previdência social como um direito social de todo cidadão brasileiro e, além de mencionar o benefício da aposentadoria como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, inc. XXIV), estabelece que a previdência social atenderá, nos termos da lei, (a) a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (b) a proteção à maternidade, especialmente à gestante; (c) a proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (d) salário família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (e) pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, em valor nunca inferior ao salário mínimo.

Pela análise da positivação, o direito previdenciário é, inegavelmente, um dos direitos fundamentais do Homem e nos dias de hoje está inserido dentro da técnica de proteção social denominada Seguridade Social. Ele, pela característica fundamental, é objeto de debate e preocupação em todas as nações, não apenas do Brasil, e não é assunto recente. Prova disso é a delineação conjunta, feita em setembro de 1966, na Cidade canadense de Ottawa – pelo Programa de Ottawa de Seguridade Social das Américas, adotado pela 8ª Conferência dos Estados da América e pelos membros da Organização Mundial do Trabalho, a OIT. Por conta disso, essa organização declara que “a Seguridade Social deve ser instrumento de autêntica política social, para garantir o equilibrado desenvolvimento sócio-econômico e uma distribuição equitativa da renda nacional”.

O já citado artigo de Miguel Horvath Júnior (2012) eleva, com precisão, os direitos sociais à condição de imutabilidade, como cláusulas pétreas da Carta

---

desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

<sup>11</sup> Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.



Constitucional, portanto, fundamentais ao próprio Estado, assim não podem ser atingidos por emenda tendentes a aboli-los. Conclusão esta que se chega com a utilização das técnicas de interpretação extensiva, sistemática, lógica e teleológica do texto constitucional do inc. IV, § 4º do art. 60 da Constituição, pois ao se utilizar o texto constitucional da expressão “direitos e garantias individuais” quis, em verdade, referir-se a “direitos e garantias fundamentais” uma vez que o Título II da Constituição trata dessas garantias.

Entenda-se, contudo, que a Seguridade Social é, como destaca William Henry Beveridge (1943, p. 282), apenas uma parte das lutas estabelecidas contra a miséria física; a doença, a ignorância; a imundície; e contra a ociosidade, mostrando que ela pode se combinar com a liberdade, a iniciativa e a responsabilidade do indivíduo pela sua própria vida.

Artigo publicado por Carina Lentz Dutra (2012), apoiando-se em Daniel Machado da Rocha (2004, p. 111), conclui com clareza que a busca principal do que se entende por Seguridade Social é a busca de manutenção do *ser* em níveis adequados, tendo ela nítida vinculação com a dignidade humana:

Observamos aqui que a obrigação do Estado em respeitar a dignidade do indivíduo não se restringe à expectativa de não ser tratado arbitrariamente, mas, abrange uma obrigação prestatória diante da impossibilidade deste em prover para si uma existência humanamente digna. Sendo assim, é justamente quando o cidadão tem sua força laboral afetada, que a Previdência Social evidencia seu papel nuclear, na busca da manutenção do ser humano dentro de um nível minimamente adequado. A doutrina nacional que trata sobre os direitos fundamentais também reconhece a íntima vinculação entre o direito à Previdência Social e a dignidade humana, constituindo este um princípio basilar de todos os direitos sociais.

Reduzindo-se a previdência social e os benefícios dela decorrentes à categoria de direito fundamental, reserva-se aos aplicadores do direito a proteção máxima. Nesse sentido, extrai-se importante conclusão feita pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, por ocasião do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175-AgR/CE<sup>12</sup>, apontando para as obrigações do Estado com tais garantias fundamentais e de não aboli-las:

<sup>12</sup> Notícias do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2013.



Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.

Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

Apesar de não se notar divergência na doutrina de que a Seguridade seja, de fato, um direito fundamental, nota-se que em termos infraconstitucionais e na aplicação esse direito tem muito a evoluir, como exemplifica Wagner Balera (2013), quando comenta das muitas modificações já ocorridas, que:

Nos quase quarenta anos que decorrem desde a promulgação solene da Norma Mínima, seus conceitos e propostas já se redefiniram intensa e substancialmente. Uma vez revelado o grau de proteção pessoal mínima que cumpre prestar este já se incorpora ao patrimônio jurídico das pessoas. Forçoso reconhecer que aqui não podemos falar de evolução histórica, pois essa síntese se confunde com o ideal de justiça. Ideal de justiça que se acha colocado no horizonte a que nos conduz, necessariamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, antecedente histórico da Norma Mínima.

Basta dizer – por ter vínculo advindo de direitos humanos reconhecidos, como fruto de reivindicações históricas – que a seguridade social é uma garantia sólida e devidamente inserida na Carta Magna, portanto, possui *status* de norma fundamental, com os privilégios decorrentes de tal categoria, entre as quais, com realce ao que interessa a esse estudo, está a imprescritibilidade<sup>13</sup>.

Alexandre de Moraes (1998, p. 41) defende, igualmente, a posição hermenêutica que há características próprias inseridas **nos direitos fundamentais**: “**imprescritibilidade**, inalienabilidade, irrenunciabilidade, **inviolabilidade**, universabilidade, efetividade, interdependência e complementariedade”.

<sup>13</sup> Aqui o termo é referido embarcando a ideia de prazo qualquer que seja, pela técnica, decadencial ou prescricional. De que o direito fundamental não pode ser impedido de ser reivindicado pelo decurso do tempo.



Mesmo privilegiada a dita norma fundamental pela imprescritibilidade, deve-se reconhecê-la somente enquanto não adotada pelo Estado, pois é na análise das reivindicações concretas que poderá ser verificado se, de fato, o direito social pleiteado não sofre com o perecimento pelo decurso do tempo.

#### 4 A PERDA DO DIREITO PELO DECURSO DO TEMPO

Ao se estabelecer o direito previdenciário como direito fundamental, há que se ter o cuidado de avaliar a possibilidade de perecimento desse direito pelo decurso do tempo, o que é previsível como regra dentro do ordenamento jurídico nacional pelos mecanismos de controle da Prescrição e da Decadência.

Sílvio Rodrigues (1993, p. 254) sustenta que é cogente as relações jurídicas se concretizem e se solidifiquem com o tempo, para ele “há um interesse social em que situações de fato que o tempo consagrou adquiram juridicidade, para que sobre a comunidade não paire, indefinidamente, a ameaça de desequilíbrio representada pela demanda”.

Antonio Winter de Carvalho (2010, p. 31-47), após analisar o instituto da prescrição nos ramos do direito civil, administrativo e constitucional chega à conclusão de que ele está presente em todos eles e que, por isso, seria peculiar à própria noção de direito, que prevê como regra a prescritibilidade – **e a imprescritibilidade como exceção** –, exatamente por causa da necessidade de estabilizarem as relações jurídicas, punindo-se o titular de situação jurídica que não lhe deu efetividade em certo limite temporal razoável, fixado-se prazos por lei. **Importante refletir que sua procedência está relacionada efetivamente com a punição** (por isso a pergunta a ser respondida pelo operador do direito, mais adiante, é se pode se punir o cidadão que recebe salário benefício – direito fundamental e de subsistência –, diante de suas limitações e ignorância, por não exercer seu direito de rever aquilo que indevidamente foi conferido pelo órgão Estatal que tem responsabilidade de ser fidedigno?).

A acuidade – para o direito previdenciário – está ligada ao conceito civilista, que pode ser visualizado no art. 189 do CC: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão”. A prescrição está descrita no Código Civil em seus artigos 205 e 206, e





é a perda da pretensão de exigir algo, ou seja, relacionada ao direito subjetivo ou de crédito. Já a decadência, no art. 207 do mesmo diploma, é definida como aquilo que não se aplica às normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

Amorim Filho (2012, p. 23) destaca que todo prazo prescricional está ligado, necessária e indissolúvelmente, à lesão de um direito e que fato semelhante ocorre com o instituto da decadência, ou seja, todo prazo decadencial está ligado, também necessária e indissolúvelmente, ao exercício de um direito.

Assim, tanto o instituto da prescrição quanto o da decadência surgem como soluções criadas na esfera jurídica com o intuito de limitar o poder subjetivo, seja de direito ou ação das pessoas jurídicas ou naturais “detentoras de direitos”.

#### **4.1 Prescrição e decadência quando da reivindicação de direitos sociais pela revisão de benefícios previdenciários**

O critério mais divulgado para se fazer a distinção entre os institutos da prescrição e da decadência é de que o primeiro extingue o direito à ação e a decadência extingue o próprio direito. Contudo, tal critério não é razoável.

O processo distintivo, fundamental ao estudo, é o sugerido por Câmara Leal (1959, p. 133-134), assim resumido pelo referido autor:

É de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. E é de prescrição, quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação que o protege. Quando, porém, o direito deve ser exercido por meio da ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição.

Contudo, a delimitação acima não resolve o problema como bem destacou Ângelo Amorim Filho no seu minucioso estudo feito para que se saibamos distinguir os dois institutos. Para ele, o critério estabelecido por Câmara Leal – também concebido por outros doutrinadores – reveste-se de dupla falha. Uma porque é um critério empírico e sem base científica (o que disse ser reconhecido pelo próprio doutrinador citado acima), não se identificando uma norma científica que diga



quando se trata de um ou outro instituto. Outra falha seria pela inexistência de critérios para se distinguir, direta ou indiretamente (por exclusão), **quais seriam as ações imprescritíveis**.

Assim, para definir de forma mais acentuada quando se trata de prescrição ou decadência em vista de uma ação aponta, Amorim Filho, para as classificações definidas por Chiovenda, quando trata dos direitos subjetivos, esses representados pelos direitos potestativos (poderes conferidos por lei a determinadas pessoas para influírem na vontade de outrem, que exerce sujeição – amigável ou judicial) e direitos de prestação (direitos reais e pessoais).

Esses direitos **potestativos** estão divididos em **três categorias**: aqueles que podem ser executados por simples declaração de vontade do titular, independentemente da via judicial; os que podem ser igualmente exercidos por simples declaração de vontade (pretensão), sem apelo judicial, mas somente se o sujeito (pessoa reivindicada) concordar, caso contrário o titular do direito potestativo pode recorrer ao Judiciário; e aqueles que só podem ser exercidos por meio de ação, como critério obrigatório, como forma de exercício do direito.

Sobre tal definição assinala Amorim Filho (2012, p. 8):

Ao propor uma daquelas ações por meio das quais são exercidos os direitos potestativos da segunda e da terceira categorias, o respectivo autor não pleiteia do réu qualquer prestação, seja prestação de dar, de fazer, de não-fazer, de abster-se, ou de outra espécie. O que ele visa com a propositura da ação é, apenas, criar, extinguir, ou modificar determinada situação jurídica, e isso é feito independentemente da vontade, ou mesmo contra a vontade da pessoa ou pessoas que ficam sujeitas aos efeitos do ato. Assim, o réu da ação, embora não fique obrigado a uma prestação, sofre uma sujeição. É o que ocorre, por exemplo, com a ação proposta pelo cônjuge coacto para anular o casamento. Julgada procedente a ação, o efeito da sentença não é a condenação do outro cônjuge a uma prestação, e sim a anulação do casamento. A tal efeito o outro cônjuge fica sujeito, mesmo contra sua vontade.

Assim, resumidamente, o citado jurista, ao discorrer sobre o tema, relaciona os direitos potestativos **às ações constitutivas** – distinguindo-as das ações condenatórias –, afirmando que cabe ação constitutiva quando **se procura obter a criação, modificação ou extinção de um estado jurídico**. Assim, as ações



constitutivas são o meio de exercício dos direitos potestativos. Podemos assim resumir, do estudo de Amorim Filho (2012, p. 18-20), o seguinte:

Há certos direitos cujo exercício afeta, em maior ou menor grau, a esfera jurídica de terceiros, criando para esses um estado de sujeição, sem qualquer contribuição da sua vontade, ou mesmo contra sua vontade. São os direitos potestativos. É natural, pois, que a possibilidade de exercício desses direitos origine, para os terceiros que vão sofrer a sujeição, uma situação de intranquilidade, cuja intensidade varia de caso para caso. [...] Assim, a exemplo do que ocorreu com referência ao exercício das ações condenatórias, surgiu a necessidade de estabelecer também um prazo para o exercício de alguns (apenas alguns) dos mencionados direitos potestativos, isto é, aqueles direitos potestativos cuja falta de exercício concorre de forma mais acentuada para perturbar a paz social. [...] **Assim, pode-se dizer, com relação aos direitos potestativos subordinados a prazo, que o prazo não é fixado, propriamente, para a propositura da ação, mas para o exercício do direito.**

Com referência àqueles direitos potestativos para cujo exercício a lei não achou necessário fixar um prazo especial, fica prevalecendo, então, o princípio geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade (os direitos não se extinguem pelo não-uso), pois não há dispositivo estabelecendo um prazo geral para que os direitos potestativos sejam exercitados sob pena de extinção. Relativamente a tais direitos só há prazos especiais.

[...]

Por conseguinte, também se impõe, necessariamente, a conclusão de que só na classe dos potestativos é possível cogitar-se da extinção de um direito em virtude do seu não-exercício. **Daí se infere que os potestativos são os únicos direitos que podem estar subordinados a prazos de decadência, uma vez que o objetivo e efeito desta é, precisamente, a extinção dos direitos não exercitados dentro dos prazos fixados.** A conclusão imediata é, igualmente, inevitável: as únicas ações cuja não propositura implica na decadência do direito que lhes corresponde **são as ações constitutivas**, que têm prazo especial de exercício fixado em lei, e apenas essas, pois – insista-se – **a lei não fixa prazos gerais para o exercício de tais ações, a exemplo do que ocorre com as condenatórias** (art. 177) [que estão sujeitas a prescrição, art. 205, Código Civil de 2002]. (sem grifos no original).

Assim, conclui o renomado jurista:

- 1ª) - Estão sujeitas a prescrição (indiretamente, isto é, em virtude da prescrição da pretensão a que correspondem): - todas as ações condenatórias, e somente elas;
- 2ª) - Estão sujeitas a decadência (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito potestativo a que correspondem): - as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei;
- 3ª) - São perpétuas (imprescritíveis): - a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as ações declaratórias. Várias inferências imediatas podem ser extraídas daquelas três proposições. Assim: a) não há ações condenatórias perpétuas (imprescritíveis), nem sujeitas a decadência; b) não há ações constitutivas sujeitas a prescrição; e c) não há ações declaratórias sujeitas a prescrição ou a decadência.



Sob tal enfoque, entende-se que diante dos aspectos fundamentais descritos acima, que asseguram a imprescritibilidade, seria inviável ao legislador fixar um prazo para impedir um cidadão de reivindicar seu direito social, seja de concessão seja de revisão.

Usando as palavras de Vilian Bollmann e Gustavo Pedroso Severo (2012), ao tratarem do assunto:

Em breve síntese (diante dos fins deste trabalho e do espaço limitado), a partir desta distinção teórica, é possível afirmar que a prescrição está ligada a direitos a uma prestação (absolutos, como os direitos reais oponíveis “erga omnes”, ou relativos, como os pessoais), que podem ser violados, surgindo, então, a pretensão (= poder de exigir) à qual corresponde uma ação processual do tipo condenatória. A decadência, por sua vez, corresponde à extinção de direitos potestativos subordinados a um prazo para o seu exercício; estes direitos não podem ser violados, pois o outro (eventual réu em ação posterior) está em uma relação de sujeição, que, se necessária intervenção judicial, corresponderá a uma ação de eficácia preponderantemente constitutiva.

Partindo das premissas acima, para afirmar se o direito de revisão pode deixar de existir pelo transcurso de tempo, **restaria então definir se as ações revisionais previdenciárias têm natureza condenatória (prescritíveis) ou constitutiva (sujeitas à decadência).**

Dias e Macedo (2010, p. 328 e 333), em certa passagem de sua obra, traduz o “direito revisional” (ação revisional de benefício previdenciário) como espécie de direito potestativo constitutivo, ou seja, aquele que estaria subordinado somente à decadência, admitindo-se, assim a impossibilidade de revisão de atos administrativos de concessão ou não de benefício previdenciário, se decorrido certo prazo fixado em lei. Admitem, contudo, a continuidade da pretensão, a qual poderia ser renovada por novo pedido, e dizem que “A ação ajuizada pelo beneficiário é de natureza constitutiva, visa a modificar o ato administrativo que indeferiu o benefício previdenciário”.

Partindo da conclusão acima, se há uma lei que fixa prazo para extinção do direito de ação, pode-se sustentar que há decadência e se tratará de ação constitutiva<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> É a ação de conhecimento que tem por fim a criação, modificação ou a extinção de uma relação jurídica, sem estatuir qualquer condenação do réu ao cumprimento de uma prestação, produzindo efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*.



Ao contrário, Evandro Martins (2012), arguindo a existência da prescrição em matéria de modificação judicial de benefício previdenciário, **diz que as ações seriam sempre condenatórias ao exigirem a mudança da conduta da administração** e, portanto, estariam **sujeitas somente ao prazo de prescrição**. Veja:

Mais uma vez, discorda-se dos aludidos autores, por dois motivos, a saber: primeiramente, que os feitos judiciais envolvendo benefícios previdenciários são sempre ações condenatórias, já que almejam mudar a conduta da Administração, isto é, determinam que a Administração proceda de maneira diferente do que fez no ato administrativo impugnado, ou em palavras mais claras, que refaça o ato administrativo a partir do momento em que começou a praticar a ilegalidade. Em segundo lugar, porque o Judiciário não pode originariamente deliberar, em caso concreto, sobre direito a benefício previdenciário em face do INSS, e assim “constituir” direito.

Entende-se como mais coerente e justo, em se tratando de direitos fundamentais em jogo, o enunciado no estudo acima de Evandro Martins, para quem as ações revisionais de benefícios previdenciários sejam sempre afetadas somente pelo prazo prescricional, por tratar-se de a revisional de ação condenatória, o que se extrai também das lições acima de Amorim Filho.

Ocorre que a própria legislação infraconstitucional estabelece prazos quando não há. Se falarmos de ação revisional de benéfico, parece mais congruente, como outrora sustentado, falar em ação condenatória, assim, não haveria perecimento do fundo do direito e nem sealaria em decadência, ou seja, **não se pode perder o direito de reivindicar um direito tido por fundamental**<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> A máxima seria a interpretação dada pela Súmula 163 do Colendo STF, pois as prestações erroneamente pagas e que necessariamente deveriam ser revistas considerando o mês a mês: "Nas relações jurídicas de trato sucessivo, em que a Fazenda Pública figure como devedora, somente prescreve as prestações, vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação". Vários tribunais firmaram posição adotando a imprescritibilidade. Mas, na grande maioria, sustentam a imprescritibilidade por defenderem a tese do trato sucessivo das parcelas que vão sendo pagas mês a mês associados a não prescrição do fundo do direito. Tal entendimento, firmado nas súmulas 85 e 163 do STJ, na verdade, sustenta a prescritebilidade e se aplica unicamente quanto se fala em prescrição, não servindo para tese de decadência. Nesse sentido era o noticiado: "Se a causa não versa sobre o quantum devido a título de gratificação, mas sobre a própria existência do direito a ela, a prescrição atinge o chamado "fundo do direito" e não as parcelas que dele decorreriam (Súmula 443-STF). Hipótese em que não se exige, para a fixação do dies a quo do prazo prescricional, o indeferimento expresso pela Administração do direito reclamado pelos servidores. Precedente citado: RE 110.419-SP (RTJ 130/319). RE (EDiv) 112.649-PR, rel. Min. Marco Aurélio, sessão de 30.10.95". Há quem entenda, ainda, a



## 5 INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 103 DA LEI 8.213/91 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 10.839, DE 2004) POR FIXAR PRAZO DECADENCIAL À REVISÃO

Por tudo que foi sustentado acima, sendo a seguridade um direito humano fundamental, não poderia ela ser restringida por leis infraconstitucionais em modificação à essência das reivindicações históricas que lhe deram força, impedindo, por meio da fixação de prazo decadencial, o acesso ao próprio direito, que não está simplesmente em assegurar um salário de benefício em si, ou no caso em estudo sua revisão, mas acima de tudo **assegurar proporções razoáveis e justas de tal concessão.**

O Juiz Manoel Rolim Campbell Penna do Tribunal Regional Federal da quarta região, em voto vista, nos autos de Incidente de Uniformização 20075160003313-6, critica o legislador ao definir prazo impossível e reiterou a natureza jurídica do art. 103 da Lei 8.213/91, por exemplo, como sendo de prescrição, dizendo:

Só da redação do dispositivo já é perceptível a 'salada' feita pelo legislador ao falar em decadência do direito de ação. A técnica legislativa fica mais evidente quando se tenta aplicar a principiologia da decadência à situação de fato.

**Com efeito, vindo o novel dispositivo legal para obstar a intenção do segurado de haver revisão do ato de concessão de seu benefício previdenciário, de que direito potestativo se estaria a falar? Do direito de ajuizar ação para obter a revisão?**

Tampouco se pode dizer que o direito do segurado rever o ato de concessão de seu benefício previdenciário configuraria direito potestativo, pois, pra assim ser, seria necessário que ele pudesse, *sponte propria*, proceder a tal revisão. O que, bem sabemos, não é assim. É preciso ele deduzir essa sua pretensão em juízo e **postular a condenação** da

---

inaplicabilidade da decadência por aplicação isonômica à parte final do art. 103-A da lei previdenciária, que fixa o prazo decadencial para revisão de atos pela administração ressalvada a má-fé. Nesse caso, se a administração, com toda sua superioridade hierárquica e legal, não observou a legalidade na concessão do benefício, calculando-o a menor, teria agido em desrespeito à moralidade, a qual deve gerir os atos administrativos, assim, estaria o cidadão apto a ingressar com ação revisional a qualquer tempo, sendo observado, apenas, o prazo prescricional pelo princípio da isonomia. Ainda se vê, que a Lei n. 8.213/91 garante o direito à imprescritibilidade de reaver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela previdência apenas para menores, incapazes e ausentes – indivíduos desaparecidos que são reconhecidos como tal por sentença judicial. E há, também, um Projeto de Lei n. 303/11, do deputado Marçal Filho (PMDB-MS), em tramitação na Câmara para que os idosos possam ter o direito de requerer, a qualquer tempo, restituições, prestações vencidas ou diferenças devidas pela Previdência Social.



Previdência Social para obter a revisão do ato de concessão de seu benefício previdenciário.

Sendo ainda que, por óbvio, a autarquia previdenciária pode contestar, no todo ou em parte, a pretensão de reavaliação da concessão do benefício previdenciário. Pode, inclusive, obter sucesso nessa resistência. Que direito potestativo é esse, passível de violação e de contestação, a ser defendido por ação condenatória?

Trata-se, indubitavelmente, de um direito (ao benefício previdenciário) que, nascido, foi exercido por seu titular em tempo próprio, tanto que obteve o benefício. Mas sua instituição, dependente de ato de terceiro (o instituto de previdência), pode ter se dado incorretamente, isto é, pode ter havido violação do direito do segurado ao benefício no momento em que ele lhe foi concedido pela Previdência Social.

Disso ressaí inequívoco que o que a alteração na lei previdenciária veio prever foi hipótese de prescrição de fundo de direito, e não de decadência. (grifou-se)

A regra geral, prevista na Lei 8.213/91, no art. 103<sup>16</sup>, é que o direito de entrar com ação contra a Previdência, por falta/falha de pagamento, prescreve em (05) cinco anos a contar da data em que o pagamento deveria ter sido feito e pode decair o segurado interessado, no prazo de (10) dez anos, de todo e qualquer direito ou ação ou o beneficiário para a revisão do ato de concessão.

Nesse caso, o direito subjetivo ao benefício previdenciário não prescreve; o que é submetido à prescrição são as prestações de tal benefício. Entretanto, o indivíduo sempre terá a oportunidade de receber o reconhecimento, seja por vias extrajudiciais ou jurisdicionais, da existência de seu direito ao benefício ou readequação dele, para que lhe satisfaça a condição humanitária fundamental vinculada tal pedido, não poderia deste decair o segurado. **Assim afirma-se, porque não é só a concessão do salário de benefício que resguarda um direito fundamental, mas o ato de revisão também, ainda mais quando a permissão (concessão) inicial for viciada e contrária à lei.**

---

<sup>16</sup> Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. (Redação dada pela Lei nº 10.839, de 2004)

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997).



Bom esclarecer que esse prazo de dez anos, do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/91, com redação dada pela Lei 10.839/2004, infelizmente também é destinado à revisão do ato de indeferimento inicial do benefício, em virtude da expressão “decisão indeferitória”, posta no fim do preceptivo legal. São de Dias e de Macêdo (2010, p. 329) as seguintes asseverações:

Parece-nos que a intenção do legislador foi tornar imutável a decisão administrativa proferida no pedido de concessão de benefício: se a decisão foi pelo deferimento, abre-se o prazo de dez anos para rever esse ato de concessão, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação. Se, ao contrário, a decisão foi pelo indeferimento do benefício do benefício, o beneficiário terá o prazo igualmente de dez anos para rever o ato de indeferimento, a contar do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Nesse sentido orientou, oportunamente, o Superior Tribunal de Justiça<sup>17</sup> quando disse que o art. 103 da Lei de Benefícios, ao dispor sobre o prazo decadencial de 10 (dez) anos, o fez de forma abrangente, não se limitando apenas à revisão de benefício, mas também dando prazo para todo e qualquer direito ou ação no sentido de alterar o ato de concessão do benefício. Inclui-se nisso o direito de renunciar à aposentadoria a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento o segurado da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo, o que parece ser lastimável ao direito.

Anteriormente, a Lei 9.711/1998 reduziu o referido prazo decenal instituído pela MP 1523-9/1997 para cinco anos. Entretanto, antes que o quinquênio da referida lei tivesse transcorrido, contado da primeira previsão de prazo decenal, foi editada outra MP, a de 138, de 19/11/2003, restabelecendo aquele prazo decadencial em 10 (dez) anos, hoje determinado pela Lei 10.839, de 05/02/2004.

Thiago Faggioni Bachur e Fabrício Barcelos Vieira (2010) afirmam que esta sucessão legislativa resultou no seguinte contexto histórico:

– até 27/06/1997 – não havia previsão legal de prazo decadencial, ou de prescrição de fundo de direito, para a revisão dos atos de instituição dos benefícios previdenciários;

<sup>17</sup> AgRg no REsp 1271728/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 29/10/2012.





– de 28/06/1997 a 20/11/1998 – tais revisões passam a estar sujeitas a prazo decadencial de 10 (dez) anos;

– de 21/11/1998 a 19/11/2003 – as revisões sujeitam-se a prazo decadencial de 5 (cinco) anos;

– a partir de 20/11/2003 – tais revisões voltam a se submeter a prazo decadencial de 10 (dez) anos.

É importante voltar no tempo e lembrar como era a legislação antiga. Antes da modificação provocada pela MP 1523-9/1997, na Lei 8.213/91 não existia previsão de decadência ou caducidade do direito do segurado da Previdência Social de postular a revisão do ato de concessão e da fixação da Renda Mensal Inicial (RMI) de seu benefício previdenciário.

A redação original do art. 103 da Lei n. 8.213/91 dizia que "sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 (cinco) anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes".

Falava-se apenas na prescrição de parcelas e não da decadência, o que era correto.

Assim, observa-se que o Regime Geral da Previdência Social - RGPS não contemplava hipótese de "prescrição de fundo de direito"<sup>18</sup> nem em decadência relativamente à revisão do ato de concessão de benefício previdenciário.

Observa-se que não há a chamada prescrição do fundo de direito, como destacam outras decisões recentes do STJ<sup>19</sup>. Ivan Kertzman (2009, p. 420)

<sup>18</sup> Pelo que prevalecia a mesma tese prevista na súmula nº 85 do STJ. "Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação". STJ Súmula nº 85 - 18/06/1993 - DJ 02.07.1993.

<sup>19</sup> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO. REQUISITOS LEGAIS. ENTENDIMENTO CONTRÁRIO. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. SÚMULA 85/STJ. 1. Inexiste a alegada negativa de vigência ao art. 535, incisos II e III, do CPC nos casos em que o Tribunal de origem julga o feito de maneira clara e suficientemente fundamentada, apenas não adotando a tese pretendida pela recorrente. 2. A concessão do benefício previdenciário deve ser disciplinado pelas normas vigentes ao tempo do fato gerador, qual seja, o óbito do instituidor por força da aplicação do princípio *tempus regit actum* e que, para a sua concessão, devem ser prontamente comprovados os requisitos demandados pelos



sustenta, por isso, que um segurado ou seus dependentes podem **a qualquer tempo** requerer o benefício.

Há quem sustente, contudo, que o prazo decadencial decenal da lei em comento não atinge o direito ao benéfico em si, pois esse direito quando adquirido, é inatacável, por expressa previsão constitucional. É neste sentido a decisão do TRF – 3ª REGIÃO, na Apelação Cível Nº 2007.03.99.018251-8 da Relatoria do Des. Fed. Leide Polo da Sétima Turma DJF3 em 26/11/2008 (p: 720):

PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL – (...) O instituto da decadência não estava contemplado na redação original da Lei nº 8.213/91, que previa somente, em seu art. 103, a prescrição das prestações não pagas em sua época própria. Por sua vez, o aludido art. 103 teve, por diversas vezes, a sua redação alterada, de modo a estabelecer, a partir da MP nº 1.523/97, um prazo decadencial, ora de 10 anos, ora de 05 anos, para a revisão do ato de concessão de benefício. DEPREENDE-SE, PORTANTO, QUE A DECADÊNCIA REFERE-SE APENAS E TÃO-SOMENTE AO DIREITO À REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO, E NÃO AO PRÓPRIO ATO DE CONCESSÃO EM SI (...).

Ocorre que mesmo o ato concessão pode conter erros necessários de revisão, erros e máculas que podem afetar a subsistência do beneficiário, ferindo o direito fundamental que resguarda tal crédito e que, não pode decair com o tempo, pois a falta de reivindicação judicial pode ser imotivada, seja pela “miserabilidade jurídica” ou pelo desinteresse momentâneo, o que não poderia justificar a penalização do sujeito, nem geraria isso uma insegurança jurídica a ser preservada em detrimento ao direito fundamental.

Contudo, como dito acima e convalidado por doutrinadores, observa-se que nem o prazo decenal nem o quinquenal, estipulados no art. 103 e parágrafo único da Lei n. 8.213/91, podem atingir o direito ao benefício em si, nem servem ao tipo de

---

beneficiários. 3. Entendimento diverso acerca do que foi firmado pelo Tribunal de origem - em relação ao preenchimento dos requisitos legais aptos a concessão da pensão por morte em exame nos autos -, enseja, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado, na via do recurso especial, ante o óbice estabelecido na Súmula 7/STJ. 4. Não há a chamada prescrição do fundo de direito, haja vista que no tocante às pensões e aos benefícios regidos pela Lei 1.711/52 é de se adotar a imprescritibilidade quanto ao direito à postulação, considerando-se prescritas tão somente as prestações que antecedem o quinquênio anterior à propositura da ação. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 67.283/CE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 28/03/2012).



ação potestativa condenatória da administração (por isso só sujeito ao prazo prescricional).

Diferentes teses surgem para aqueles que pretendem se valer da legalidade e aplicar os prazos instituídos pela lei. Contudo, o que se defende é a impossibilidade de fixação de um prazo decadencial, seja para revisão ou para a concessão, pelo entendimento de serem as ações destinadas a isso condenatórias e, portanto, imprescritíveis e também por ser impossível extinguir o direito de ação – em vista do caráter fundamental de qualquer direito ou ação do segurado beneficiário à reivindicação dos benefícios, inclusive a revisão do ato de concessão.

O que se nota, por todo exposto, é que a fixação na Lei 8.213/91 de um prazo decadência é totalmente inconstitucional. Com prudência alguns julgadores – com sensibilidade peculiar à questão humana fundamental –, tem sustentado esta inconstitucionalidade, entre os quais destaco o Doutrinador e Magistrado Dr. José Antonio Savaris, como pode ser lido na decisão de sua relatoria votada na terceira turma recursal do Juizado Especial Federal do Estado do Paraná, no julgamento Processo: 5052174-15.2011.404.7000, em 30/04/2013:

A norma jurídica infraconstitucional que, em caso de violação estatal do direito à previdência social, estipula limite de prazo para o requerimento de tutela jurisdicional tendente a determinar a cessação da violação desses direitos humanos, a um só tempo: a) malfere o direito ao mínimo existencial de que se reveste o direito fundamental à previdência social; b) implica denegação de justiça.

Pela primeira via, o decurso do tempo separará a pessoa da proteção social a que, em tese, faz jus, de modo que o instituto da prescrição do fundo do direito, nesta seara, pode iludir o direito fundamental à previdência social (CF/88, art. 6º, caput) e, por consequência, o princípio fundamental da dignidade humana (CF/88, art. 1º, III). Pela segunda via, a prescrição do fundo do direito revela-se violadora do direito constitucional de acesso à justiça (CF/88, art. XXXV) e do direito a um remédio jurídico eficaz que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, consagrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 25, item "1" do Pacto de San José da Costa Rica), ato normativo de estatura supra-legal.

Nessas condições, afigura-se inconstitucional a norma jurídica que chancela, pelo decurso tempo, a violação do direito humano e fundamental à previdência social, impondo prazo para a proteção judicial contra ato estatal que o tenha negado, integral ou parcialmente.

É inconstitucional a regra contida no art. 103, caput, da Lei 8.213/91, com a redação dada pela MP 1.523-9, de 28/06/1997, quando estipula prazo decadencial (prescrição do fundo do direito, mais propriamente) para a revisão do ato de concessão de benefício previdenciário, porque implica, em suas consequências, a irreversibilidade do ato estatal que viola direito intimamente ligado ao mínimo existencial e à dignidade humana.



Todavia, esse não é o entendimento que prevalece em nossa jurisprudência, razão pela qual desenvolvo o presente voto a partir de outra perspectiva.

Contudo, apesar das limitações legais, a orientação do STJ passou a admitir a decadência de revisão de benefícios previdenciários anteriores ao ano de 1997<sup>20</sup>. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) mudou o entendimento antes aplicado pela Terceira Seção sobre o tema e admitiu também a decadência decenal para revisão de benefícios previdenciários anteriores a 1997, contando-se a partir da edição da lei que passou a fixar tal prazo.

O STF após repercussão geral sobre o tema decidiu em 16/10/2013 que o prazo de dez anos para a revisão de benefícios previdenciários é aplicável aos benefícios concedidos antes da Medida Provisória (MP) 1.523-9/1997, que o instituiu. Por unanimidade, o Plenário deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 626489, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), para reformar acórdão de Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Sergipe que entendeu inaplicável o prazo decadencial para benefícios anteriores à vigência da MP. A decisão estabeleceu ainda que, no caso, o prazo de dez anos para pedidos de revisão passa a contar a partir da vigência da MP, e não da data da concessão do benefício.

<sup>20</sup> STJ - REsp 1303988 / PE - PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. PRAZO. ART. 103 DA LEI 8.213/91. BENEFÍCIOS ANTERIORES. DIREITO INTERTEMPORAL. 1. Até o advento da MP 1.523-9/1997 (convertida na Lei 9.528/97), não havia previsão normativa de prazo de decadência do direito ou da ação de revisão do ato concessivo de benefício previdenciário. Todavia, com a nova redação, dada pela referida Medida Provisória, ao art. 103 da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), ficou estabelecido que "É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo". 2. Essa disposição normativa não pode ter eficácia retroativa para incidir sobre o tempo transcorrido antes de sua vigência. Assim, relativamente aos benefícios anteriormente concedidos, o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28/06/1997). Precedentes da Corte Especial em situação análoga (v.g.: MS 9.112/DF Min. Eliana Calmon, DJ 14/11/2005; MS 9.115, Min. César Rocha (DJ de 07/08/06, MS 11123, Min. Gilson Dipp, DJ de 05/02/07, MS 9092, Min. Paulo Gallotti, DJ de 06/09/06, MS (AgRg) 9034, Min. Félix Ficher, DL 28/08/06). 3. Recurso especial provido.



Disse, LAMENTAVELMENTE E POR FIM, que não há inconstitucionalidade na criação de prazo decadencial razoável para a revisão dos benefícios já reconhecidos. Para isso o relator lembrou que a lei passou a prever o mesmo prazo para eventuais pretensões revisionais da administração pública que, depois de dez anos, também fica impedida de anular atos administrativos que gerem efeitos favoráveis para seus beneficiários. “Considero que o prazo de dez anos é inequivocamente razoável. É tempo mais do que suficiente para a resolução de eventuais controvérsias interpretativas e para que o segurado busque as informações relevantes” (argumentação muito aquém da importância de tal assunto *data venia*).

Nota-se, apesar disso, que a interpretação do referido dispositivo tomou um caminho inverso ao de se averiguar a validade jurídica da instituição da decadência previdenciária, concentrando-se apenas na determinação do termo inicial e final do prazo decadencial, segundo regras hermenêuticas de aplicação retroativa ou não da norma que o instituiu, desconsiderando, completamente, os casos de ignorância dos segurados, desconhecimento (fragilidade) e ilegalidades administrativas da concessão viciadas na origem, que nunca poderiam seguir a limitação temporal, ainda mais considerando o princípio do *indubio pro misero*.

Há que se entender que o ato de rever administrativamente o benefício, quando nulo, sendo **ele vinculado diretamente a prestações alimentar**, devidas se erige como Direito Humano e Fundamental de 2ª Dimensão, ou de matriz social, **mutável a qualquer tempo constando-se a violação** (erro de fato ou de direito)<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Aponta-se para necessidade de limitação na atuação do legislador, justamente para coibir excessos no que concerne aos direitos fundamentais sociais, dentre os quais o direito à proteção previdenciária. Assim: “Garantias de tal índole (direitos fundamentais sociais) como, por exemplo, o direito ao trabalho, a uma remuneração adequada ou o direito a habitação, são, todavia, de estrutura totalmente diferente como aquela dos direitos fundamentais clássicos. Eles não se deixam realizar já por eles serem organizados, respeitados e protegidos, senão pedem ações estatais para a realização do programa social contido neles, que requerem regularmente um tornar-se ativo não só do legislador, mas também da administração(...). Ao fim e ao cabo, direitos fundamentais sociais mal se diferenciam, por isso, de determinações de objetivos estatais, isto é, normas constitucionais que determinam obrigatoriamente tarefas e direção da atuação estatal, presente e futura. Os estabelecimentos de objetivos fixados jurídico-constitucionalmente obtém, com isso, primazia sobre estabelecimentos de objetivos políticos; nisso, a liberdade conformadora do legislador é restringida”. (HESSE, 1998, p. 170-171).



Nesse passo, ensina Reinhold Zippelius (1997, p. 419) que “a função principal dos direitos fundamentais consiste em proteger um espaço de liberdade individual contra a ingerência do poder do Estado e contra a sua expansão totalitária”. No que se vê, a lei em comento fez justamente o contrário, ao restringir direito fundamental, pois impede a possibilidade de rever ato ainda que nulo (evitado de vício em sua origem) ou errôneo, prejudicando a subsistência dos segurados atingidos. Isto é afetar-lhes o direito fundamental.

Emerge desse conflito, iniciado na norma material, entre o poder perder e o poder ganhar, entre prescrever e decair, uma necessidade de observar-se além da norma, mas na função que ela deve ter em pacificação e justiça social, nisso a discussão sobre a essência da previdência como direito fundamental é relevante.

José Antonio Savaris (2012) chama a atenção a isso quando diz:

Mas a questão fundamental não é essa. E tampouco é saber se incide o prazo decadencial quando a revisão judicial se relaciona com tempo de serviço não discutido na esfera administrativa. E, com o máximo respeito, também não era fundamental analisar a letra da lei, para descobrir se o direito à revisão do ato de indeferimento de benefício previdenciário ou assistencial sujeita-se igualmente ao prazo decadencial de dez anos (Súmula 64 da TNU). O que realmente importa nessa discussão é que os direitos humanos são imprescritíveis. A qualquer tempo é possível e necessário fazer cessar a violação de direitos humanos. O direito à Previdência Social é expressamente reconhecido como direito humano em tratados de que a República Federativa do Brasil é signatária.

Concluindo com as palavras do Min. Carlos Eduardo<sup>22</sup>: “Há lesões tão profundas na condição humana que não duram tempo, duram a vida, e, portanto, enquanto houver vida há imperiosidade da reparação”.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegavelmente, a importância da Previdência Social e do próprio benefício previdenciário deve motivar profunda reflexão, a fim de que possamos estabelecer a

<sup>22</sup> *in* TRF4 – Apelação Cível: AC 2201 SC 2008.72.08.002201-1. Rel. Min. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 3ª T., j. 24/08/2010, DE 27/08/2010.



relevância das origens desses direitos, os quais, por certo, advêm de lutas históricas por reconhecimento.

Uma das figuras mais importante dessa análise não é o legislador (sem desmerecer sua importância), mas o aplicador do direito que deve estar comprometido com os princípios motivadores das normas, possibilitando-se a ele, inclusive, a inaplicabilidade de leis injustas. A pergunta marcante de Dworkin (1999) deve ser traduzida, qual seja: Quando a lei que rege um problema concreto é manifestamente injusta, o dever do julgador é aplicá-la, mesmo sabendo que comete uma injustiça com as pessoas envolvidas, ou é afastá-la, decidindo da forma que lhe pareça mais equitativa e justa para a situação concreta?

Na visão filosófica do Direito Natural, entende-se que poderá haver até inconstitucionalidade da própria constituição originária quando for contra os princípios ditos naturais, quais sejam, aqueles que decorrem da própria natureza das coisas, como ensina Juarez Freitas (1989).

Assim, identificou-se nas premissas acima que o doutrinador e o julgador, na condição que possuem devem ater-se às origens, a fim de que as imposições legais não sejam simplesmente aceitas, referindo-se em particular ao art. 103, *caput*, da Lei n. 8.213/91 que se analisou. Com base nisso é que se estabeleceu como premissa sustentável – por meio de uma verificação de marcos bem estabelecidos –, que o direito à previdência social é um direito fundamental inscrito na Carta Constitucional vigente e, por assim o ser, é detentor de características próprias que lhe dão legitimidade, entre as quais de que ele não pode se perder pelo decurso do tempo, pois é justamente no tempo histórico que foram forjadas suas peculiaridades e força.

Contudo, dentro do Estado Democrático de Direito, há que se validarem, também, normas de conduta processual – não menos importantes –, a fim de viabilizar o sistema. Mas a ideia de viabilidade não pode provocar injustiças, as quais parecem visualizar-se na imposição de um prazo para que o segurado, beneficiário da previdência, e detentor desse direito fundamental, reveja atos de concessão nulos ou viciados.

Nessa reflexão, observou-se que a legislação previdenciária se valeu dos institutos da prescrição e decadência, quando somente o primeiro seria viável em se falando de ação revisional ou direito de revisão, e, ainda, que esta prescrição atinge



tão somente o fundo do direito e não ele em si. Ao que se notou, até mesmo pela natureza da ação revisional, que se entende como sendo de caráter condenatório, ou seja, que não admite em si a concepção de decadência. É essa a razão de ser insuscetível de perimento por um prazo decadencial, pois ao se falar em imprescritibilidade (em se tratando de características dos direitos fundamentais) não faz o doutrinador, normalmente, a devida diferenciação entre os dois institutos. Como visto, ambos decorrem da inércia do 'autor' e lhe ferem o direito, ou de ação ou ele em si. Mas sua aplicação é restrita ao caso. Em resumo, diz-se que a prescrição está ligada a um direito (uma prestação) que pode ser violada, surgindo, então, a pretensão (= poder de exigir) à qual corresponde uma ação processual do tipo condenatória. A decadência, por sua vez, corresponde à extinção de direito potestativo subordinado a um prazo para o seu exercício; estes direitos não podem ser violados, pois o outro (no caso o Instituto Nacional de Seguridade Social) estará em uma relação de sujeição, que, se necessária intervenção judicial, corresponderá a uma ação de eficácia preponderantemente constitutiva, o que não ocorre na ação revisional, ou seja, vê-se a ilegalidade, a inconstitucionalidade do *caput* do art. 103 da Lei 8.213/91.

A condição a ser lembrada de "miserabilidade jurídica, financeira e social" há que ser ressaltada ainda, pois impedir que o cidadão exerça seu direito fundamental, entendido como um benefício digno e legal, impedindo sua revisão quando reconhecidamente há falhas em sua concessão é restringir-lhe uma garantia que não pode se perder com o tempo. Isso deve ser mudado.

## REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis.** Disponível em: <[http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod\\_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2012.

AMORIM, Filho Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis. **Revista dos tribunais**, n. 744.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.





AVANCI, Thiago Felipe de Souza. Direitos fundamentais: aspectos estruturais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2159, 30 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12838>>. Acesso em: 02 abr. 2013.

BACHUR, Tiago Faggioni; VIEIRA, Fabrício Barcelos. **A Decadência e a Prescrição nas Ações Previdenciárias**. Instituto de Estudos Previdenciários (IEPREV) - Belo Horizonte. Data de inserção: 05/03/2010. Disponível em <<http://www.ieprev.com.br/conteudo/viewcat.aspx?c=18367>>. Acesso em: 01 dez. 2012.

BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. Disponível em: <[http://estudodireito.byasite.com.br/aulas\\_nono\\_semestre/direito\\_previdenciario/nocoes\\_preliminares\\_de\\_direito\\_previdenciario.PDF](http://estudodireito.byasite.com.br/aulas_nono_semestre/direito_previdenciario/nocoes_preliminares_de_direito_previdenciario.PDF)>. Acesso em: 02 mar. 2013.

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2009.

BEVERIDGE, William Henry. **Plano Beveridge**. Tradução de Almir de Andrade. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. São Paulo: Paz Terra e Política, 1986.

BOLLMANN, Vilian e SEVERO, Gustavo Pedroso. **Prescrição e decadência no direito previdenciário. A inconstitucionalidade do caput do art. 103 da lei 8.213/91**. Disponível em: <<http://www.nacionaldedireito.com.br/doutrina/601/prescrio-e-decadencia-no-direito-previdenciario-a-inconstitucionalidade-do-caput-do-art-103-da-lei-8213-91>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

BONAVIDADES, Paulo. **A quinta geração dos direitos fundamentais**. Disponível em: <[http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/3\\_Doutrina\\_5.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CÂMARA, Antônio Luís da. Da prescrição e da decadência, p. 51 *apud* Ângelo Amorim Filho. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, n. 744, p. 746

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

CARVALHO, Antônio Roberto Winter de. Reflexões acerca da prescritibilidade nas ações de ressarcimento ao erário previstas no art. 37, §5º da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 31-47, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewArticle/8042>>. Acesso em 02 mar. de 2013.

CARVALHO, Antônio Roberto Winter de. Reflexões acerca da prescritibilidade nas ações de ressarcimento ao erário previstas no art. 37, §5º da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 31-47, jan./abr. 2010.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O Longo Caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.



CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 12. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Eduardo Rocha; MACEDO, José Leandro Monteiro de. **Direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

DUTRA, Carina Lentz. **O direito à previdência social na perspectiva da tutela jurisdicional dos direitos**. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_2/carina\\_dutra.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_2/carina_dutra.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2012.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOLMANN, Melissa. **Da aplicação da decadência do direito de revisão dos benefícios previdenciários**. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Previdenciaria/doutprevid39.html>>. Acesso em: 01 dez. 2012.

FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**. Petrópolis, Vozes, 1989.

HERREIRA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In: SOUSA NETO, Cláudio Pereira de; ARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HORVATH JUNIOR, Miguel. **A Importância do Direito Previdenciário**. Disponível em: <<http://www.professoramorim.com.br/dados/anexos/378.doc>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Os direitos fundamentais e a seguridade social**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/020507.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 6. ed. Salvador, 2009.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LEAL, Antônio Luiz Câmara. **Da Prescrição e da decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Direito Previdenciário e Estado Democrático de Direito: uma (re)discussão à luz da hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LOPES, Edgard de Oliveira. Os direitos fundamentais sob ótica das influências ético-filosóficas, consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2872>><http://jus.com.br/revista/texto/2872>><http://jus.com.br/revista/texto/2872>><http://jus.com.br/revista/texto/2872>>. Acesso em: 28 nov. 2012.

MANCINI, Jorge Rodríguez. **Derechos Fundamentales y Relaciones Laborales**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.



- MARTINS, Raimundo Evandro Ximenes. Prescrição em matéria de benefício previdenciário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3080, 7 dez. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20572>. Acesso em 30 de nov. 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MORAES. Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. Coleção temas jurídicos. v. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas. 1998.
- NEVES, Amanda Pinto. Caso Richarlyson: análise da atuação do juiz na decisão judicial segundo a perspectiva da teoria do direito de Ronald Dworkin. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2993, 11 set. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19961>. Acesso em: 10 abr. 2013.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- PEREIRA JÚNIOR, Aécio. Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 707, 12 jun. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6881>. Acesso em: 28 nov. 2012.
- PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9014>. Acesso em: 19 dez. 2012.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3a ed. Max Limonad, São Paulo, 1997.
- ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. v. I – Parte Geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Previdência Social**. Rio de Janeiro: Forense. 1978.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SAVARIS, José Antonio. **Prescrição do Fundo do Direito em Matéria Previdenciária: uma ideia óbvia sobre o problema**. Data da inserção: 08/10/2012. Disponível em: <http://joseantoniosavaris.blogspot.com.br/2012/10/prescricao-do-fundo-do-direito-em.html>. Acesso em: 25 nov. 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.



VENTURA, Tereza. Luta Social por Reconhecimento: Dilemas e Impasses na Articulação Pública Do Desrespeito. **Revista de Sociologia e Política Curitiba**, v. 19, n. 40, p. 159-170. Out. 2011.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VILANOVA, Lorival. **Sobre o conceito de direito**. Escritos jurídicos e filosóficos. v. 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003.

ZAVESCKI, Teoria Albino. Direitos Fundamentais de Terceira Geração. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, volume 15, 1998 Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Acesso em 02 de abr. 2013.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.



## REFLEXÕES SOBRE O PAPEL DO ESTADO NA PRODUÇÃO DA RIQUEZA NACIONAL<sup>1</sup>

REFLECTIONS OVER THE ROLE OF THE STATE IN THE PRODUCTION OF NATIONAL WEALTH

*Flávio dos Santos Oliveira<sup>2</sup>*

### Resumo

O artigo discute o papel do Estado na criação da riqueza nacional no contexto de transição para a sociedade capitalista segundo Adam Smith. O procedimento metodológico de revisão da literatura analisada apoiar-se-á no método histórico-linguístico proposto por John Pocock em suas reflexões sobre as intrínsecas relações que se estabelecem entre o contexto linguístico, entendido como recurso cultural disponível em uma época, e o contexto histórico no interior do qual está inserido o autor estudado. Intentar-se-á mostrar que Adam Smith, como um pensador situado no universo cultural daquilo que se denominou Iluminismo Escocês, não somente assentou as bases para o estudo científico dos fenômenos econômicos, mas também teve contribuição importante no campo da teoria do Estado, de acordo com a perspectiva liberal.

**Palavras-chaves:** 1. Adam Smith. 2. Liberdade. 3. Liberalismo. 4. Mercantilismo.

### Abstract

This paper discusses the States role in the creation of national wealth in the context of the transition to a capitalist society, according Adam Smith. The methodology of revision of the literature is based on in the historical method suggested by John Pocock in his studies over the close connection between the linguistic context, comprehended as cultural resource available in each epoch, and the historical context, inside of which the author is situated. The paper will tempt to show that Adam Smith, as a thinker situated in the cultural universe currently called Scottish Enlightenment, not only founded the basis for the scientific study of the economic phenomenon, but also gave notable contributions to the construction of the Theory of the State according to the liberal perspective.

**Keywords:** 1. Adam Smith. 2. Freedom. 3. Liberalism. 4. Mercantilism.

<sup>1</sup> Submetido em 23/12/2013, pareceres emitidos em 23/01/2014 e 26/05/2014, aprovação comunicada em 18/06/2014.

<sup>2</sup> Doutorando no Programa de Pós-graduação em História Social das Relações Políticas da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: <flavionegef@hotmail.com>.



## 1 CONTEXTUALIZAÇÃO E APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

No século XVIII, a Escócia passava por um momento de significativa produção filosófica e cultural que, em grande medida, refletia suas condições políticas e econômicas vigentes. Trata-se não somente de um período de estagnação das atividades comerciais devido às guerras e aos sucessivos colapsos da produção agrícola, mas também de perda de sua autonomia política, sobretudo, a partir de 1707, quando a Escócia passou a ter uma pequena fração das cadeiras no novo parlamento britânico, o que deixou seus representantes com pouco poder para influenciar de modo direto na condução do governo (CERQUEIRA, 2005, p. 11).

O século XVIII foi também um período de exacerbação dos conflitos entre novas e velhas ideias. Na esfera econômica, por exemplo, duas correntes dominavam a cena europeia, a saber, o mercantilismo e a fisiocracia. A primeira considerava que a base da riqueza residia na acumulação de ouro e prata. Por isso, para realizar tal finalidade, o Estado deveria ditar leis de comércio, estabelecendo tarifas alfandegárias e proibições à exportação, bem como outorgar patentes de monopólio a pessoas e companhias para comercializar diversos produtos. Por outro lado, a fisiocracia, do grego Φύσις (Natureza) e κρατός (poder), considerava o sistema econômico como um “organismo” regido por leis naturais, ou seja, por mecanismos que independem da vontade humana. Assim, apregoava que a liberdade de comércio, entendida como força primária da riqueza social, era necessária para que os produtos da terra enriquecessem o Estado (NAPOLEONI, 1988, p. 23).

Nesse período, muitos eminentes pensadores e homens de negócios defendiam com veemência que era necessário haver uma grande quantidade de ouro e prata para custear as despesas provenientes da manutenção de uma imensa máquina administrativa e de uma vasta esquadra de navios e exércitos profissionais. Sobre essa questão, Colbert, um dos maiores expoentes dessa concepção, expressava a finalidade de sua política nos seguintes termos. “O comércio é a fonte das finanças, e as finanças são o nervo vital da guerra” (HECKSHER, 1943, 463).

Como se sabe, ao longo do século XVIII, as guerras envolvendo diretamente a Inglaterra tornaram-se frequentes, pois com a ascensão de Guilherme de Orange



ao trono inglês, o rei Luís XIV passou a defender os direitos dos Stuart ao trono. Isso acarretou uma guerra de nove anos entre a França, de um lado, e a Inglaterra e Holanda, de outro. Algum tempo depois, a França vai se imiscuir na sucessão da coroa espanhola e na sucessão austríaca – o que leva os ingleses a acusá-la de tentar estabelecer uma “monarquia universal” na Europa. Tudo isso desencadeia uma nova série de guerras que se estenderá por quase todo o século, envolvendo, é claro, não só o território europeu, mas todos os territórios coloniais ultramarinos (POCOCK, 2003, p. 12).

As guerras do século XVIII haviam se tornado uma atividade extremamente dispendiosa, não somente por causa do desenvolvimento de novas tecnologias militares, mas também porque os países envolvidos, devido às sucessivas guerras, viram-se na contingência de manter um exército continuamente pronto e pago para o combate, em vez de recrutá-lo e dispensá-lo tão logo uma guerra terminasse. Além disso, à medida que a Inglaterra se tornava uma potência colonial, organizava um aparato militar e administrativo que cuidava tanto de suas fronteiras “naturais”, quanto de suas novas fronteiras coloniais e de seus novos súditos do ultramar. Com efeito, no auge de suas atividades expansionistas, os gastos do governo cresceram de cerca de 2 milhões de libras como usualmente ocorria em tempo de paz, para 150 milhões de libras, isto é, 75 vezes (POCOCK, 2003, p. 12).

A fim de resolver essa galopante crise financeira, um emprego sem precedentes de empréstimo de particulares à Coroa teve de ser mobilizado. Em seu conjunto, o sistema ficou conhecido como o “Crédito Público” ou “Dívida Nacional”. Esse fluxo contínuo de crédito sustentava-se na promessa do governo inglês de pagar a dívida no futuro, entre outras, através dos impostos de seus cidadãos. Embora para alguns, isso significasse chances contínuas de crescimento do comércio e da manufatura, para outros, significava uma perigosa hipoteca feita pelo governo dos bens de seus cidadãos (POCOCK, 2003, p. 13).

Como um pensador inserido nesse complexo ambiente político e cultural, Adam Smith propôs uma solução radical e inovadora para a questão atinente ao fortalecimento do Estado. Em seu entendimento, o Estado forte, ao contrário do pensamento em voga, não seria necessariamente aquele que dispõe de prerrogativas extraordinárias para intervir na economia, visando acumular uma



grande quantidade de ouro e prata em seus cofres, mas sim aquele que dispõe de um abundante estoque de capital, que, em caso de emergência, possa ser usado tanto para financiar as despesas de guerra, quanto para custear o ônus da administração pública, sem, no entanto, espoliar os cidadãos de seus bens.

Posto isto, se se entender o mercantilismo como um conjunto de práticas econômicas que se projeta sobre objetivos situados em um plano estrito de políticas de poder, tornar-se-á mais claro não apenas muitos aspectos da concepção mercantilista, mas também por que Adam Smith se insurgiu contra essas ideias.

## **2 A CONCEPÇÃO ESTÁTICA DA ECONOMIA A SERVIÇO DO INTERESSE DE PODER DE ESTADO**

Durante muito tempo vigorou na Europa a ideia de que no mundo existe somente uma determinada quantidade de recursos econômicos. Com efeito, para muitos homens de negócio e influentes pensadores, a riqueza não consistia apenas em ter ouro e prata, mas sim de tê-los em proporção maior que o resto do mundo ou, pelos menos, os países vizinhos.

Provavelmente, essa concepção de riqueza derivava da experiência cotidiana das práticas comerciais, por meio das quais se aferia que as trocas produzidas na oferta e demanda sempre fazem com que alguns ganham à custa dos outros. Refletindo sobre essa questão, Montchrétien, autor do *Traicté de l'oeconomie politique*, afirmava que: “Se dice que lo que pierden unos lo ganan siempre otros. Y esto es cierto y en ningún terreno encuentra tan cumplida confirmación como en el del comercio”(MONTCHRÉTIEN, apud, HECKSHER, 1943, p. 472).

Essa concepção estática das forças econômicas ajuda a entender por que a finalidade da política econômica dos Estados Modernos consistia em debilitar economicamente a outros países, em vez de promover o crescimento econômico da própria nação.

Homens de notória índole pública e projeção intelectual como John Locke, por exemplo, apregoavam que

[...] la riqueza no consiste en tener más oro y plata, sino en tener más que el resto del mundo o más que nuestros vecinos. Esto nos permitia acumular





mayores reservas de artículos indispensables que los países y Estados colindantes con el nuestro, los cuales, participando en menor proporción de las existencias de oro y plata del mundo, carecen de los medios necesarios para procurarse el lujo y el poder y son, por tanto, más pobres (LOCKE, apud, HECKSHER, 1943. p. 469).

Francis Bacon, o eminente filósofo precursor do empirismo inglês, dizia que “hay que tener presente que el incremento de un Estado tiene que realizarse siempre a costa del extranjero, pues todo lo que se gana en una parte tiene necesariamente que perderse en outra (BACON, apud HECKSHER, 1943, p. 59).

De acordo com essa concepção, para uma nação ser ou não rica e poderosa não depende da abundância ou a escassez de suas forças ou de sua riqueza, mas sim de que seus vizinhos possuam mais ou menos forças ou riqueza do que ela mesma possuía. Por conseguinte, ser poderoso e rico é algo relativo, que pressupõe que outros sejam mais fracos e mais pobres.

Sobre isso, Colbert dizia que:

“como solo existe una determinada cantidad de plata, que circula por toda Europa y que tiempo en tiempo se vê incrementada por los envios de las Indias Occidentales, puede demostrarse con toda certeza que no existen más que 150 millones de libras de plata, las cuales circulan entre el público. No es posible aumentar en 20, 30 o 50 millones (las existencias de plata de un país) sin restar al mismo tiempo esta suma a los Estados vecinos (COLBERT apud HECKSHER, 1943, p. 473).

De acordo com Hercksher, a doutrina mercantilista visava usar os recursos econômicos para fins estritamente políticos. Contudo, não poucas vezes se enfocava também outro modo de expor a relação entre o poder político-militar e a economia a serviço do interesse de poder do Estado (HECKSHER, 1943, p. 474). Um representante emblemático desse ponto de vista foi Josiah Child, para quem a defesa da Inglaterra estava intrinsecamente relacionada à navegação e as atividades comerciais, sendo absolutamente necessário se levar em conta conjuntamente a ganância e o poder (HECKSHER, 1943, p. 475).

Vale destacar que já no limiar do século XVIII começa a ganhar força a ideia segundo a qual o comércio é a fonte da riqueza social e a premissa do fortalecimento do poder de Estado. Na verdade, não existia diferenças significativas entre os últimos mercantilistas, especialmente os ingleses, e Adam Smith. David



Hume, por exemplo, em seus *Escritos Sobre Economia* já havia proposto uma tentativa deliberada de oposição ao saber prático que marca, nesse momento, a maior parte do debate econômico. Cada um dos seus ensaios vale como uma discussão entre Hume e os defensores das crenças correntes a respeito do dinheiro, dos juros, do comércio e da formação da riqueza.

Em Hume, ao contrário do que pensavam os mercantilistas, o dinheiro deixa de ser visto como riqueza e passa a ser descrito apenas como “representação do trabalho e das mercadorias”. Em seu entendimento, “o dinheiro não é, propriamente falando, um dos objetos do comércio, mas apenas o instrumento sobre o qual concordaram os homens para facilitar a troca de uma mercadoria por outra”. (HUME, 2004, p. 435). Por isso, a maior vantagem da abundância de dinheiro se dá apenas nas ocasiões de guerras e negociações com Estados estrangeiros, para compra de mercenários e matérias-primas.

No entanto, é em seu modelo de funcionamento de um sistema competitivo e de comércio internacional que Hume deixa marcada a sua oposição ao mercantilismo. Ele afirmava que “[...] ainda persiste, mesmo em nações bem familiarizadas com o comércio, uma forte desconfiança em relação à balança comercial e o medo de que todo o ouro e a prata sejam escoados do país” (HUME, 2004, p. 470). Para Hume, somente as nações que ignoram a natureza do comércio proibem a exportação de mercadorias para conservarem dentro delas tudo aquilo que julgam valioso e útil (HUME, 2004, p. 469).

De fato, Hume chama a atenção para as inúmeras barreiras e impostos que todas as nações da Europa, e nenhuma mais do que a Inglaterra, impuseram ao comércio, por um desejo exorbitante de acumular dinheiro, e conclui que “isso priva as nações vizinhas daquela livre comunicação e troca que o Autor do mundo planejou, dando-lhes solos, climas e temperamentos tão diferentes um do outro” (PETTY; HUME; QUESNAY, p. 225).

### 3 RIQUEZA E PODER NA TEORIA DO ESTADO DE ADAM SMITH

Pode-se dizer que *A Riqueza das Nações* resulta de um ambicioso projeto literário que abrangeria praticamente todas as áreas de conhecimento tratadas por



Smith durante seu magistério como professor de Filosofia Moral na Universidade de Glasgow, cargo que ocupara ininterruptamente de abril de 1752 até o início de 1764. Esse curso, na época, contemplava basicamente ao que hoje corresponde às disciplinas de Ética, Direito, Princípios de Economia, Política Comercial e Finanças Públicas.

Embora se ocupe da resolução de problemas de cunho essencialmente econômico como a produtividade do trabalho e o preço das mercadorias, *A Riqueza das Nações* foi outrossim responsável por assentar as bases de uma nova Teoria do Estado de acordo com a perspectiva liberal. Ela sustenta que a supressão de todos os obstáculos que obliteram o fluxo natural das atividades produtivas proporciona um significativo aumento da riqueza nacional. Além disso, um outro ponto importante nessa obra é que o fortalecimento do Estado não corresponde necessariamente à ampliação de seu raio de intervenção política, mas coincide com o aumento contínuo de seu estoque de capital.

Ainda no último quartel do século XVIII, vigorava a ideia de que deveria haver uma abundante reserva de ouro e prata, para que, em casos de guerra, fossem convertidos em recursos voltados à sua manutenção. Sobre isso, John Locke advertia que “toda nação deve procurar, em tempo de paz, acumular ouro e prata, para que, quando a necessidade o exigir, possa ter com que fazer guerra contra seus inimigos de fora” (RN I, 1983, p. 360).

Adam Smith, por sua vez, asseverava que nem sempre é necessário acumular ouro e prata para que um país possa fazer guerra contra estrangeiros e manter esquadras e exércitos em terras distantes. Para Smith, as esquadras e exércitos não se mantêm com ouro e prata, mas com bens de consumo. Nesse caso, a nação que, da produção anual de sua indústria nacional, da renda anual proveniente de suas terras, de sua mão de obra e de seu capital consumível, tiver com que comprar esses bens de consumo em países distantes, tem condições de manter guerras nesses países (RN I, 1983, p. 367).

Em verdade, Adam Smith compartilhava, em grande medida, da teoria monetária de David Hume, para quem o dinheiro seria apenas o instrumento que os homens criaram para facilitar a troca de um artigo por outro (HUME, 2004, p. 435). Smith dizia que se o comerciante costuma achar mais fácil comprar mercadorias



com dinheiro do com outros bens, não é porque a riqueza consistiria mais no dinheiro do nas mercadorias, mas sim porque o dinheiro é o instrumento de comércio reconhecido e estabelecido como tal (RN I, 1983, p. 365).

Por conseguinte, ao contrário dos mercantilistas que pensavam que o ouro e a prata eram a base da riqueza de uma nação, Adam Smith arguia que esta não seria senão uma ideia popular que deriva naturalmente da dupla função do dinheiro, como instrumento do comércio e como medida de valor. Na linguagem popular o dinheiro, geralmente, significa riqueza. Contudo, se a descoberta da América enriqueceu a Europa, não foi por causa da importação de ouro e prata. Pelo contrário, em virtude da riqueza das minas americanas esses metais se desvalorizaram (RN I, 1983, p. 372). Além disso, ele percebeu que em consequência desses conceitos populares, todas as nações da Europa têm se empenhado, embora com pouca serventia, em descobrir todos os meios possíveis de acumular ouro e prata em seus respectivos territórios.

Decerto, para Smith, o ouro e a prata seriam apenas uma mercadoria, no sentido de que também estão sujeitas às determinações da oferta e demanda. Assim, ele chegou à conclusão de que um país que não possui minas próprias sem dúvida é obrigado a trazer de fora seu ouro e sua prata, como acontece com quem não tem vinhedos próprios e tem que importar vinhos de fora. Nesse sentido, da mesma forma que um país que tem com que comprar vinho, sempre terá à sua disposição o vinho de que necessita, assim também um país que tem com que comprar ouro e prata, nunca terá falta deles. Ademais, tal como qualquer outra mercadoria, o ouro e a prata terão que ser comprados por determinado preço, de sorte que do mesmo modo que representam o preço de todas as outras mercadorias, todas as outras mercadorias representam o preço a ser pago por esses metais (RN I, 1983, p. 363).

Posto isso, Smith conclui que,

Com plena segurança achamos que a liberdade de comércio, sem que seja necessária nenhuma atenção especial por parte do Governo, sempre nos garantirá o vinho de que temos necessidade; com a mesma segurança podemos estar certos de que o livre comércio sempre nos assegurará o ouro e a prata que tivermos condições de comprar ou empregar, seja para fazer circular as nossas mercadorias, seja para outras finalidades (RN I, 1983, p. 362).



Aliás, devido ao seu volume reduzido e ao seu alto valor, “não há nenhuma outra mercadoria que possa ser transportada mais facilmente dos lugares em que é barata para os lugares em que é cara, isto é, dos lugares em que supera a demanda efetiva para aqueles em que está aquém desta” (RN I, 1983. p. 363).

De acordo com Smith, quando a quantidade de ouro e prata importada em um país supera a demanda efetiva, não há vigilância ou controle do Governo que consiga impedir sua exportação. Por conseguinte, “nem mesmo todas as leis sanguinárias da Espanha e de Portugal seriam capazes de evitar a evasão do ouro e da prata excedentes desses países” (RN I, 1983, p. 364).

Portanto, em qualquer eventualidade, nunca a preocupação do Governo seria tão supérflua como quando está voltada para vigiar a conservação ou o aumento da quantidade de dinheiro em um país, pois embora o dinheiro sempre constitui uma parte do capital nacional, já se mostrou que ele costuma representar apenas uma parcela pequena, e sempre a parte menos rentável do capital (RN I, 1983, p. 365).

Para Adam Smith, a riqueza de uma nação não deve ser medida por seu ouro e sua prata, mas sim pelos bens e serviços reais que põe à disposição de toda sua população. Assim, enquanto os mercantilistas propunham que a riqueza da nação se lograva mediante o controle governamental de todos os aspectos do comércio, tanto nacional, quanto no exterior, Smith sustentava que a riqueza de uma nação se lograva liberando os indivíduos de tais controles, isto é, aplicando o que ele chamou de sistema de liberdade natural. Somente nessas condições os indivíduos estariam em condições de participar das duas grandes atividades promotoras da riqueza, isto é, a divisão do trabalho e a acumulação de bens ou de capital, causas últimas do crescimento do bem-estar coletivo.

Segundo Smith, é a grande multiplicação das produções de todos os diversos ofícios – multiplicação essa decorrente da divisão do trabalho – que gera, em uma sociedade bem dirigida, aquela riqueza universal que se estende até as camadas mais baixas do povo (RN I, 1983, p. 45). Ele dizia que esse grande aumento da quantidade de trabalho que, em consequência da divisão do trabalho, o mesmo número de pessoas é capaz de realizar, é devido a três circunstâncias distintas: em primeiro lugar, devido à maior destreza existente em cada trabalhador;



em segundo, à poupança daquele tempo que, geralmente, seria costume perder ao passar de um tipo de trabalho para outro; finalmente, à invenção de um grande número de máquinas que facilitam e abreviam o trabalho, possibilitando a uma única pessoa fazer o trabalho que, de outra forma, teria que ser feito por muitas (RN I, 1983, p. 43).

Na concepção de Smith, a riqueza ou o bem-estar das nações corresponde a seu produto anual *per capita*, o qual é determinado, pela produtividade do trabalho “útil” ou “produtivo” e pela relação entre o número de trabalhadores empregados produtivamente e a população total. É nesse sentido que o interesse individual é visto como a motivação fundamental da divisão social do trabalho e da acumulação de capital.

Com efeito, em um sistema de liberdade natural, o soberano deve ocupar-se apenas de três tipos de assunto evidentes e compreensíveis para qualquer pessoa. Primeiro, a tarefa de proteger a sociedade contra a violência e a invasão de outros países independentes. Segundo, a tarefa de proteger todos os membros da sociedade da injustiça ou da opressão de todos os demais membros da mesma. Terceiro, a tarefa de reconstruir e dar manutenção a certas obras e instituições públicas que são úteis, mas incapazes de gerar lucro para os indivíduos, de sorte que ninguém tem interesse em construí-las e mantê-las, sobretudo, porque sua rentabilidade nunca lhes permitiria recuperar a inversão que ditas obras lhe implicaria (RN II, 1983, p. 173).

Por tanto, Adam Smith recomenda um mínimo de funções para o governo, e adverte o perigo dos governos demasiado poderosos. Para ele as grandes nações não empobrecem por causa da prodigalidade e erros dos seus cidadãos, mas sim pela improbidade e o mau uso dos recursos pelos governantes. Em seu entendimento, é uma grande impertinência e arrogância que reis e ministros intentem vigiar a economia dos cidadãos, sob a pretensão de angariar recursos para protegê-los.

Ademais, como essas obrigações geravam gastos irrisórios para o Estado, pode-se dizer que, no contexto do século XVIII, isto é, no período de transição para a sociedade capitalista, o modelo liberal, devido, sobretudo, à sua viabilidade prática, foi bem recebido como uma proposta de Estado alternativo ao Absolutismo.



É notório que, nesse período, intensificaram-se, não obstante sobre novos fundamentos, os debates teóricos acerca da origem, legitimidade e função precípua do governo. No século XVII, Thomas Hobbes e John Locke, cada um de acordo com sua concepção de poder político, já haviam assentado as bases daquilo que se convencionou chamar de contratualismo, isto é, teorias políticas que sustentavam a tese de que o Estado originou-se do consentimento contratual dos indivíduos.

No entanto, essas teorias políticas logo inspiram calorosas polêmicas entre seus contemporâneos. Muitos pensadores e filósofos, como David Hume, questionaram a validade empírica do contrato social uma vez que não existe de fato nenhum indício que corrobore a tese de que os homens anteriormente à vigência da sociedade civil viviam num estado natural tal como Hobbes e Locke apregoaram. Na verdade, de acordo com uma perspectiva histórica, verificam-se inúmeros casos de governos que não foram estabelecidos sob cláusulas contratuais, mas sim se originaram da usurpação e da conquista, sendo, portanto, desprovidos de consentimento popular expresso.

Para Hume, por exemplo, era inconcebível buscar a legitimidade do governo em cláusulas contratuais. Ao contrário, o governo só é legítimo na medida em que cumpre uma função útil para sociedade, ou seja, proporciona uma melhor distribuição da justiça e uma maior organização de defesa contra aqueles que, estando fora da sociedade, podem atentar contra ela.

Como se sabe, grande parte da concepção de Estado de Adam Smith foi influenciada pela célebre *History of England* de Hume, a qual foi acompanhada desde o início por Smith, que, portanto, detinha conhecimento de primeira mão das teses históricas formuladas pelo amigo e correspondente (ARTHMAR, 2013, p. 2). Já em suas *Lectures*, Adam Smith, tal como Hume, sugeria que o governo somente tem legitimidade na medida em que promove a justiça e cria, portanto, as condições propícias para o desenvolvimento da nação.

Contudo, vale lembrar que Adam Smith, em sua teoria do Estado, não se propõe a explicar as causas da origem do governo e seu fundamento de legitimidade. Sua preocupação maior consistia em resolver os problemas inerentes ao papel do Estado no processo de crescimento econômico na sociedade europeia nos últimos decênios do século XVIII. Por isso, esperar que as questões políticas e



sociais contemporâneas sejam contempladas nas reflexões desse autor é sem dúvida perpetrar um crasso anacronismo.

#### 4 O MÉTODO HISTÓRICO-LINGUÍSTICO COMO RECURSO EXPLICATIVO DO PENSAMENTO SMITHIANO

A partir de meados do século XVIII, na Escócia, a ampliação das atividades comerciais e manufatureiras, juntamente com a intensificação da divisão do trabalho e da economia monetária começava a ser recebida de forma positiva por parcela crescente da opinião letrada.

Entre o seletto grupo de intelectuais que se convencionou chamar de “Iluminismo Escocês”, dentre os quais se destacam Francis Hutcheson, David Hume, Richard Cantilon, Sir James Steuart, John Monro, intelectual de renome responsável pelo curso de Medicina em Edinburgo; James Hutton, o geólogo; MacLauren, interprete de Newton; John Playfair, William Leechman, entre outros (Taylor, 1965, p. 5), circulava o discurso segundo o qual o comércio e o conseqüente alastramento da economia monetária e da divisão do trabalho criavam um tipo de laços de dependência recíproca que era benéfico para todos, pois a interdependência dificultaria que as pessoas ou grupos dispensassem os serviços uns dos outros, de sorte que tal percepção acabaria ajudando a preservar o equilíbrio constitucional (POCOCK, 2003, p. 17).

Como foi exposto acima, nesse período, maior parte dos pensadores escoceses eram veementes críticos do mercantilismo, pois acreditavam que a expansão da manufatura e do comércio livre seriam a *conditio sine qua non* da riqueza das nações, e essa, por sua vez, a condição necessária do sucesso político e militar do país, já que só uma nação rica materialmente poderia bancar os custos exponenciais da guerra profissional moderna.

Nesse sentido, pode-se melhor compreender a obra capital de Adam Smith, se inseri-la no contexto das rápidas transformações que caracterizaram o século XVIII. Para tanto, tomar-se-á como referencial teórico a contribuição de Pocock, em seu intuito de desvendar as linguagens políticas operantes nos países de língua inglesa no século XVIII, tendo como balisa não os autores, em si mesmos, mas os





termos-chaves que constituiriam o cerne de uma determinada *langue* comum nesse período.

Em seus estudos sobre a reconstrução do pensamento político inglês, Pocock ocupou-se da análise e da reconstrução do discurso político produzido por atores históricos, como Adam Smith, que direta ou indiretamente estavam engajados na ação política de seu tempo. A reconstrução desses discursos é uma tarefa bastante complexa, pois envolve não só delimitar a época e o lugar no qual supostamente operaram, mas também estudar, nessas fronteiras, tanto os grandes autores – o que hoje chamaríamos de “clássicos” – quanto os autores menores.

Para Pocock, o exame do maior número e variedade de autores supostamente situados num mesmo contexto, por diminuto que seja o fôlego intelectual de suas obras, é decisivo para conhecer a linguagem política e econômica usadas na época. O desvendamento dessa gramática ajuda a entender por que esse ou aquele autor poderia ser considerado um clássico – por conta, por exemplo, dos *lances* mais ousados ou consistentes que vieram a realizar no interior da trama linguística em que estavam situados.

De acordo com Pocock, a linguagem que um autor emprega já está em uso (POCOCK, 2003, p. 29). No entanto, uma vez que as linguagens têm como atributos tanto a continuidade, quanto a transformação, um autor como Adam Smith pode ser considerado tanto o expropriador, tomando a linguagem de outros e usando-a para seus próprios fins, quanto o inovador que atua sobre a linguagem de maneira a induzir momentâneas ou duradouras mudanças na forma como ela é usada.

Vale lembrar que o termo linguagem deve ser entendido aqui mais no sentido retórico do que institucional, ou seja, trata-se de um modo de enunciação disponível a uma série de autores como recurso cultural. Por isso, cada contexto linguístico indica um contexto político, social ou histórico, no interior do qual o próprio autor se situa (POCOCK, 2003, p. 37). Na verdade, esse contexto linguístico se constitui de jargões profissionais de juristas, teólogos, filósofos, comerciantes etc, que foram incorporados como legítimos e, portanto, integrantes do universo do discurso político.

Conforme Pocock, todo discurso político é animado por necessidades do presente. Nesse sentido, a linguagem empregada pelos atores do século XVIII respondia a problemas específicos de seu contexto histórico (POCOCK, 2003, p.



37). De fato, como foi visto acima, já existia na época de Smith uma linguagem como recurso cultural disponível para efetuar seus atos inovativos de enunciação. Tal vez isso explica, em certa medida, o impacto de sua obra capital.

Certamente, seu maior legado repousa no fato de que, mesmo sendo um pensador situado em um contexto histórico e linguístico específicos, Adam Smith não apenas valeu-se da linguagem ou linguagens disponíveis em sua época, como também empreendeu uma inovadora *performance* no discurso político liberal, ao propor limitar a área de atuação do Estado no que diz respeito à produção da riqueza nacional.

## REFERÊNCIAS

- ARTHMAR, Rogério. Hume, Smith e as etapas da sociedade comercial. **Anais do 41º Encontro Nacional de Economia ANPEC**. Disponível em <[http://www.anpec.org.br/novosite/br/encontro-2013#AREA\\_1](http://www.anpec.org.br/novosite/br/encontro-2013#AREA_1)>. Acesso: 20 fev. 2014.
- BACON, F. **Essay. nº15, Of Seditious and Troubles** (Ed. WRIGHT).
- CERQUEIRA, Hugo E. A. da Gama. **Adam Smith e seu contexto: O Iluminismo escocês**. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2005.
- NAPOLEONI, Claudio. **Smith, Ricardo e Marx**. 6. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- HECKSCHER, Eli F. **La Epoca Mercantilista: Historia de La organización y las ideas económicas desde El final de La Edad Media hasta La Sociedade Liberal**. (Versión española de Wenceslao Roces), Fondo de Cultura Economica, México, 1943.
- HUME, David. **Ensaio morais, políticos & literários**. Rio de Janeiro: Liberty Fund: Topbooks, 2004.
- POCOCK, J. G. A.; MICELI, Sergio. **Linguagens do ideário político**. São Paulo: EDUSP, 2003.
- PETTY, William; HUME, David; PETTY, William; QUESNAY, François. **Obras económicas**. São Paulo: Abril Cultural, 1983. xvii, (Os Economistas).
- SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- TAYLOR, W. L. **Francis Hutcheson and David Hume as predecessors of Adam Smith**. Duke University press, Durham, North Carolina, 1965.
- MONTCHRÉTIEN, **Traicté de l'économie politique** (Ed. original, Rouen, 1615, tomo II).
- LOCKE, J. **Some Considerations of the Consequences of the Lowering of Interest**, etc. (in Several Papers Relating to Money, Interest and Trade, etc., Londres, 1696).



# DIREITO FUNDAMENTAL À RESPOSTA CORRETA E ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO<sup>1</sup>

FUNDAMENTAL RIGHT TO AN ADEQUATE AND CORRECT ANSWER OF THE CONSTITUTION

*Miguel do Nascimento Costa<sup>2</sup>*

## Resumo

Este ensaio tem como escopo aportar elementos para uma reflexão sobre os limites, conceitos e definições básicas a partir da teoria da resposta correta e adequada à Constituição, enquanto direito fundamental e essencial para o cidadão e para a preservação do próprio Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Resposta correta. Direito fundamental. Compreensão e aplicação do direito. Decisões judiciais

## Abstract

This essay has as objectives the description of elements to contribute to a reflection on the boundaries, concepts and definitions of the basic theory of correct and adequate response of the Constitution as a fundamental right and essential for the citizen and the preservation of their own democratic state.

**Keywords:** Correct answer. A fundamental right. Understanding and application of law. Judicial decisions.

## INTRODUÇÃO

O controle, o estudo e a análise do conteúdo das decisões judiciais, preliminar a qualquer consideração que se possa fazer, prende-se a uma necessidade do próprio Estado Democrático de Direito, especialmente, para que os

---

<sup>1</sup> Submetido em 20/12/2013, pareceres emitidos em 05/02/2014 e 17/01/2014, aprovação comunicada em 15/04/2014.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos, vinculado à linha “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”. Advogado (Direito Privado/Empresarial). Assessor Jurídico do Centro Universitário La Salle. Especialista em Processo Civil pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. Docente nos Cursos de Direito do Centro Universitário La Salle – Canoas/RS e Centro Universitário Ritter dos Reis – Canoas/RS. Professor Convidado dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da PUC-RS, Feevale-Novo Hamburgo/RS, IMED-Passo Fundo/RS, Unisc-Santa Cruz/RS, FADERGS-Porto Alegre/RS. Sócio-Diretor da Costa & Wesp Advogados Associados. E-Mail: miguel@costaewespadvogados.com.br



juízes não se tornem ou não se apresentem como verdadeiros “legisladores” (STRECK, 2010, p. 87) na aplicação do direito.

Não obstante, é preciso ter claro que o exercício deste controle sobre as decisões judiciais não desemboca em uma proibição ou na redução da atividade interpretativa do julgador, mormente por que o exercício da interpretação e consequente aplicação do direito exige a compreensão, ou, nas palavras da Gadamer (1997, p. 461) “(...) isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre aplicar.”

Com efeito, na solução dos casos que reclamam a tutela jurisdicional do Estado, o julgador não pode criar um “novo” direito (aplicando-o retroativamente ao caso concreto) e tampouco pode recorrer a soluções discricionárias ou solipsistas (a partir de critérios subjetivistas, baseados na escolha pessoal e na consciência daquele que decidirá<sup>3</sup>).

A resposta que encaminhará a solução do conflito, a partir dos elementos obtidos no caso concreto, não pode depender da vontade pessoal ou da subjetividade do julgador. É necessário superar as teses positivistas, que se sustentam a partir do paradigma discricionarieidade judicial, contexto em que a opção por uma resposta judicial correta<sup>4</sup> e adequada constitucionalmente ganha relevo e importância, principalmente, por que esta resposta correta tem o condão de afastar a discricionarieidade e a arbitrariedade no conteúdo das decisões judiciais.

<sup>3</sup> Nesse sentido, é bastante esclarecedora a análise feita por Lenio Streck: “Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionarieidade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade. Portanto, quando um jurista diz que o ‘juiz possui poder discricionário’ para resolver os ‘casos difíceis’, o que quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier...!” (STRECK, 2010, p. 98)

<sup>4</sup> Teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, o qual se utilizou da metáfora do juiz Hercules para a solução dos chamados *hard cases* ou casos difíceis. Neste aspecto, é essencial chamar atenção para o fato de que a expressão “casos difíceis”, cunhada por Dworkin, em contraposição aos “easy cases” ou casos fáceis, revela-se hermeneuticamente inadequada. Partindo da lição de Lenio Streck, sequer há como se saber com precisão se estamos diante de caso simples ou de um caso difícil. Para o mesmo autor, “já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil?”. (maiores subsídios, ver STRECK, 2009, p. 245-249)



Decidir não pode ser sinônimo de escolher, por que a escolha é sempre parcial (STRECK, 2010, p. 97). Contrariamente, a “resposta constitucionalmente correta” ou “a resposta correta para o caso concreto” (STRECK, 2009, p. 365), deve ser consistentemente justificada, contendo a reconstrução do direito (coerência e integração), doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando à lume a fundamentação jurídica que legitimará a decisão no plano do que se entende por “responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2009, p. 365-366). As reflexões sobre a tese da resposta correta<sup>5</sup>, neste compasso, partem diretamente dos estudos de Dworkin e de Gadamer que, igualmente, enfrentam a discricionariedade positivista na construção da integridade do direito (STRECK, 2010, p. 94).

Desta forma, neste texto (que trabalhará a resposta correta a partir da perspectiva de que esta é sim um direito fundamental do cidadão, essencial à preservação do Estado Democrático de Direito) se fará uma breve explanação acerca da definição de casos difíceis, a partir das concepções de Dworkin<sup>6</sup>, prosseguindo com a análise da metáfora do juiz Hércules e suas especificidades e, posteriormente, passando pela necessidade de negação à discricionariedade judicial, como forma de se alcançar uma resposta constitucionalmente correta e adequada para os chamados “casos difíceis”.

## 1 OS CASOS DIFÍCEIS NA CONCEPÇÃO DE DWORKIN

Preliminar a qualquer consideração quanto à teoria deste autor, convém chamar a atenção para a diferenciação (e não uma cisão) que o mesmo faz entre “casos fáceis” e “casos difíceis”. Segundo Dworkin, nos “casos fáceis” (por exemplo,

---

<sup>5</sup> Neste contexto, é essencial deixar claro que trabalhar com a possibilidade de se encontrar a melhor “resposta correta” não implica em descobrir-se uma única interpretação que solucione o caso concreto. Com efeito, a “resposta correta” é melhor compreendida a partir da busca pela melhor interpretação para um caso concreto, levando em consideração a integridade do direito, ou seja, todo o processo de compreensão do direito, ao longo da história institucional de uma sociedade, de modo a dar continuidade a esta história, corrigindo eventuais falhas, ao invés de criar novos direitos a partir da atividade jurisdicional.

<sup>6</sup> Embora se entenda inadequada, sob o ponto de vista hermenêutico, a diferenciação entre casos difíceis e casos fáceis, o presente texto será desenvolvido a partir das lições extraídas da obra de Dworkin que, no capítulo 4 da obra “Levando os Direitos a Sério”, trata especificamente de como sua teoria encontra soluções para os chamados casos difíceis.



quando um homem é acusado de violar uma lei que proíbe dirigir a mais de noventa quilômetros por hora) (DWORKIN, 2010, p. 08), parece correto dizer que o juiz está aplicando uma regra preexistente a um novo caso, ao passo que os “casos difíceis” são aqueles em que nenhuma regra estabelecida, tem condições de determinar uma decisão em qualquer direção (DWORKIN, 2010, p. 131).

Aqui, vale chamar a atenção para o fato de que esta diferenciação entre casos fáceis-difíceis (easy-hard cases), embora não seja hermeneuticamente adequada, é utilizada em Dworkin, não como uma cisão entre uma e outra, mas numa perspectiva de distinção entre casos fáceis e casos difíceis.<sup>7</sup> Distinguir casos simples de casos difíceis não é o mesmo que cindir casos simples de casos difíceis e essa, pode ser a diferença entre a dicotomia *hard* e *easy cases* utilizada pelo autor e a das teorias discursivo-procedurais (STRECK, 2009, p. 247).

Com efeito, para Dworkin (2010, p. 127), o positivismo jurídico frente aos “**casos difíceis**” concede ao juiz um poder que não lhe é legítimo: **a discricionariedade judicial (poder para decidir o caso de uma maneira ou de outra, a partir da sua subjetividade)**. Ao tratar sobre o poder discricionário do juiz, o autor refere que “sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos casos jurídicos (new legal rights), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão”<sup>8</sup>. Prossegue, referindo que a sua teoria não pressupõe a existência de um procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis.

Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e os juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e homens de Estado divergem sobre os direitos políticos. (DWORKIN, 2010, p. 128). A

<sup>7</sup> Conforme leciona Lenio Streck: “Dworkin trabalha com a noção de ‘casos difíceis’ a partir da crítica que elabora ao positivismo discricionário de Hart. A diferença é que Dworkin não distingue discursos de fundamentação de discursos de aplicação. Conseqüentemente, não ‘desobriga’ ou ‘desonera’ o juiz (discurso de aplicação) da elaboração dos discursos de fundamentação, que se dão previamente. É a integridade do direito e sua reconstrução que devem dar as condições para a resposta correta nos casos difíceis” (STRECK, 2009, p. 247)

<sup>8</sup> Para Dworkin, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa: “O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2010, p. 127).



teoria do direito de Dworkin, neste contexto, pode ser compreendida como uma tentativa de se garantir decisões judiciais (respostas) adequadas – dentre outros mecanismos – através da proposta superação da discricionariedade judicial, defendendo-se, para tanto, a racionalidade da decisão do juiz, ou seja, a possibilidade de se chegar a uma única decisão judicial correta para cada caso<sup>9</sup>.

O mesmo autor refere ainda que, segundo as teorias mais aceitas para a decisão, os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições e não criar um “novo” direito; e que este seria o cenário ideal, mas que por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática (DWORKIN, 2010, p. 129). As leis e as regras do direito costumeiro (*common law*) devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos.

Além disto, alguns casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Para essa teoria ora em análise, em alguns casos, o juiz deve criar um novo direito, todavia, ao fazê-lo, deve agir como se fosse delegado do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema. O juiz deve agir como um “poder legislativo segundo” (DWORKIN, 2010, p. 129).

Contrapondo-se à **discricionariedade** judicial (por ele combatida), Dworkin constrói sua tese da resposta correta, para o qual os **casos difíceis possuem uma única resposta correta**, enfocando a questão da discricionariedade do julgador a partir das fontes do direito. A discricionariedade judicial em um caso concreto se apresentaria quando o recurso às fontes sociais do direito fosse insuficiente, ou seja, quando o direito positivo não fosse capaz de oferecer uma solução para o caso (apresentaria uma lacuna) ou então, quando a solução fornecida se mostrasse inadequada, quando em comparação a padrões de justiça socialmente admitidos (DANTAS, 2004, p. 124). Essa matriz teórica para a solução dos casos difíceis está centrada na sua diferenciação entre princípios e regras<sup>10</sup>, pois, segundo o autor,

<sup>9</sup> Dworkin afirma que, mesmo em casos difíceis, é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir e não inventar os direitos das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização (DWORKIN, 2010, p. 430.)

<sup>10</sup> Ver a esse respeito também DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**, 2010.



quando o juiz se depara com um caso difícil ele não deve possuir discricionariedade absoluta para decidir (para “escolher”), uma vez que está vinculado a princípios.

Assim, em um caso difícil, é possível que não exista uma regra a ser aplicada, ocasião em que o juiz deve aplicar os princípios<sup>11</sup> para garantir a completude do sistema<sup>12</sup>. É importante frisar que os princípios a serem utilizados pelo julgador podem ser também aqueles não positivados, ou seja, os princípios morais, os quais, através de um processo de argumentação jurídica, ingressarão no sistema do direito (DWORKIN, 2001, p. 195). O modelo de princípios<sup>13</sup> apresentado por Dworkin para a solução dos *hard cases* visa a reduzir a incerteza e a insegurança mediante a justificação de critérios objetivos (reduzindo, também o espaço para a discricionariedade). Para tanto, a decisão judicial deve estar afinada com a sua concepção de direito como integridade (ideal político da integridade). Segundo este, “o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios” (DWORKIN, 1999, p. 291).

Nesta perspectiva, é a aceitação do direito como integridade<sup>14</sup> (que leva em conta os já mencionados princípios), que afastará a discricionariedade judicial. Isto porque o papel do julgador – na concepção do autor – é estabelecer a interpretação

<sup>11</sup> Adiante da distinção entre normas e princípios, Dworkin enfatiza uma diferenciação complementar entre argumentos de política e argumentos de princípio. Os primeiros são modelos que garantem um direito individual ou de um grupo, já os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. Na insuficiência ou inadequação das regras deve-se utilizar os princípios. (DWORKIN, 2010, p. 130).

<sup>12</sup> Para Dworkin, a completude do direito é, pelo menos, uma ideia reguladora da atividade judicial e Hércules deve resolver os casos assumindo que os princípios preenchem os vazios normativos. (RODRÍGUEZ, 1997, p. 77-78)

<sup>13</sup> Dworkin, ao combinar princípios jurídicos com o objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas um elevado número de possibilidades para a construção de respostas coerentes e adequadas à Constituição, o que confere uma “blindagem” contra a discricionariedade. (STRECK, 2010, p. 100).

<sup>14</sup> A integridade pode ser compreendida como uma espécie de ideal aceito de maneira geral e, por isso mesmo, revela-se como um compromisso de pessoas, ainda que estejam em desacordo sobre a moral política (DWORKIN, 1999, p. 255)





coerente com as regras, princípios e precedentes existentes na prática jurídica de sua comunidade e não os seus princípios de conduta pessoal<sup>15</sup>. Todavia, quando mais de uma resposta se apresentar compatível com esta tese, este mesmo julgador deve optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral e político, melhor reflita a estrutura das instituições e das decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico e o direito vigente sendo que esta seria, então, a resposta correta para o caso concreto (DWORKIN, 1999, p. 293). Em outras palavras, quando os princípios estão em conflito, o juiz deve ponderar, levando em conta a força relativa de cada um deles, devendo-se aplicar aquele que for mais adequado ao caso concreto.

Para o autor, o modelo de decisão judicial baseado em princípios<sup>16</sup> explica e justifica o papel dos julgadores no Estado Democrático de Direito, pois neste modelo as sentenças não seriam retroativas, julgando e atribuindo um novo direito a uma situação pretérita onde este não existiria (conforme um julgamento discricionário), uma vez que os princípios que as fundamentam já fazem parte do direito. Neste sentido, a decisão do juiz nada mais representa que o capítulo final da obra comum de outros protagonistas do ato criativo literário<sup>17</sup>, devendo, por óbvio, ter em conta o que eles já produziram, e isto ele o faz utilizando-se da **interpretação**, atividade esta, que evita a ruptura com o encadeamento lógico da obra (comum), produzindo o desfecho da história o melhor possível (DWORKIN, 1999, p. 166-173).

<sup>15</sup> Com efeito, a “força criativa” dos tribunais, defendida por Hart (1994, p. 335) para os casos difíceis, é refutada por Dworkin, o qual compreende que apenas o legislador está autorizado a criar o direito.

<sup>16</sup> Dworkin esclarece que frente aos **casos difíceis** aderir aos **princípios** é imperativo indispensável. Isto deve levar a integrar as decisões suportadas pelo **direito válido**, sendo que as decisões vão incorporar os suplementos políticos em segundo lugar, conformando um predicado deontológico que persegue uma resposta correta. É desde tais princípios que são construídos argumentos que servem para reconstruir normativamente, através de justificações, o direito vigente. Todas as decisões judiciais devem ser razoáveis e coerentes, este quadro só pode ser desenhado, afirma Dworkin, por um julgador que tenha Hércules como modelo (DWORKIN, 1999, p. 267-268).

<sup>17</sup> Dworkin fez uma analogia entre o processo adotado para o uso de precedência e o processo de escrever um romance em cadeia. Romance em cadeia é um livro escrito por vários autores diferentes, no qual cada autor deve dar continuidade à história escrita por aquele que o precedeu. Na analogia de Dworkin, assim como a qualidade criativa do autor é medida pela forma como ele constrói em cima de algo preexistentes, a opinião dos juízes é avaliada por meio das observações de como os argumentos são desenvolvidos a partir dos precedentes (TRIBE; DORF, 2007.)



## 2 DA METÁFORA DO JUIZ HÉRCULES<sup>18</sup> (O DIREITO COMO INTEGRIDADE<sup>19</sup>) COMO PROPOSTA PARA SUPERAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Para embasar sua teoria da resposta correta, Dworkin utiliza-se da metáfora do juiz Hércules<sup>20</sup>, o qual seria um juiz-filósofo dotado de sabedoria e paciência sobre-humanas, capaz de resolver *hard cases* por meio de uma análise completa da legislação, dos precedentes e dos princípios aplicados ao caso. Ao decidir um caso difícil, esse “juiz-filósofo” sabe que os outros juízes decidiram casos que, apesar de não guardarem as mesmas características, tratam de situações congêneres. Deve, então, considerar as decisões históricas como parte de uma longa trajetória, que ele

<sup>18</sup> A idealização da metáfora do juiz Hércules, entretanto, não encerra a teoria de Dworkin acerca da resposta correta. Duas outras ideias – “romance em cadeia” (*Cada juiz, então, é um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito, quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, na maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilo e filosofias judiciais e políticas diferentes em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia [...]; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora.* DWORKIN, 2010, p. 235-236, 283) e “comunidade de princípios” (o qual coaduna-se com o modelo das regras (no sentido de) que a comunidade política exige uma compreensão compartilhada, mas assume um ponto de vista mais generoso e abrangente da natureza de tal compreensão. Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça e processo legal, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possíveis. DWORKIN, 1999, p. 254) também servem de substrato teórico para completa compreensão da proposta deste autor.

<sup>19</sup> Em idêntico sentido ao utilizado por Rafael Tomaz de Oliveira, **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito., 2008. p. 208.

<sup>20</sup> “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filosófico poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanos, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.” (DWORKIN, 2010, p. 165).



também deve interpretar. Hércules adota o direito como integridade, uma vez que está convencido de que ele oferece tanto uma melhor adequação, quanto uma melhor justificativa da prática jurídica como um todo.

Em Dworkin, a metáfora do juiz-filósofo pressupõe que em toda decisão o julgador está “onerado” a justificar seus fundamentos num contexto que envolve um argumento de princípio (OLIVEIRA, 2008, p. 208). O contexto justificador se mostra num conjunto de princípios coerentes que justifiquem a história narrada, na forma exigida pela equidade (OLIVEIRA, 2008, p. 208). Com efeito, o autor apresenta uma teoria pragmática que parte do pressuposto de que o direito seja uma prática interpretativa, sendo ainda relevante salientar que, “no interior do ‘método’ de Hércules, há uma nítida preocupação com o resultado da decisão” (OLIVEIRA, 2008, p. 216). Desse modo, uma decisão judicial estará justificada não apenas quando respeita a equidade dos procedimentos, mas, especialmente, quando respeita a coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade<sup>21</sup>.

Habermas (1998, p. 283), com relação à metáfora de Hércules, afirma que esta teoria concilia decisões racionais do passado, reconstruindo-as a fim de que se obtenha aceitação no presente. Em outras palavras, reconcilia o direito à história. Ao analisar os precedentes, Hércules observará a existência de um fenômeno que Dworkin chama de “força gravitacional dos precedentes”<sup>22</sup>: um juiz tenderá sempre a demonstrar que sua decisão está associada a uma decisão tomada no passado por outros juízes; desse modo segue a ideia intuitiva de que deve procurar decidir casos semelhantes de maneira semelhante. Essa força gravitacional é restrita aos argumentos de princípio necessários para justificar as decisões anteriores.

É importante anotar, outrossim, que a fundamentação da decisão – proposta na teoria em análise – somente será correta na medida em que for possível perceber

---

<sup>21</sup> Tanto é assim que a metáfora de Hércules, em seu *Império do Direito*, apresenta o direito como integridade em três dimensões: nos precedentes, nas leis e na Constituição. (OLIVEIRA, 2008, p. 216.)

<sup>22</sup> A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação. Contudo, a inadequação de tal abordagem sugere uma teoria superior. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à equidade que esta em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se discutir outros casos de maneria similar no futuro. (DWORKIN, 2010, p. 176).



que ela se encontra justificada num todo coerente de princípios que pressupõem uma teoria da constituição, uma teoria da legislação e uma teoria dos precedentes, articulada na forma exigida pela equidade, tal como Dworkin descreve a partir da sua metáfora (OLIVEIRA, 2008, p. 176-177). Nesse contexto, resta evidente que a metáfora de julgador – ao tratar o direito como integridade - não somente afasta-se, como também supera as práticas discricionárias<sup>23</sup>. Nas palavras de Lenio Streck (2010, p. 99), “o juiz Hércules é apenas uma metáfora para demonstrar a superação do paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da modernidade) não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto”.

Destarte, negar a existência de uma resposta correta, conformada com a Constituição, para cada caso (“portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico, por que é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo” (STRECK, 2009, p. 364)) pode significar a aceitação da discricionariedade, algo diametralmente oposto à proposta do juiz Hércules. A admissão de diversas respostas (ou interpretações) está diretamente relacionada ao conceito de regra, que tanta “abraçar” todas as eventuais possibilidades de aplicação de forma antecipada e independente do mundo prático (STRECK, 2009, p. 364), circunstância, evidentemente inaceitável, na medida em que o direito não pode ser resumido ao conceito de regra e por que esta mesma regra não consegue “abraçar” todas as eventuais possibilidades de aplicação ao caso concreto.

Dworkin (assim como o próprio Gadamer) procurou(ram) controlar o subjetivismo e a discricionariedade. Com efeito e conforme se extrai da lição de Lenio Streck, a negação à subjetividade solipsista em Dworkin (e também em

---

<sup>23</sup> A superação da discricionariedade, no modelo do juiz Hércules responde a uma necessidade de se conceber o direito como integridade, no intuito de se alcançar respostas corretas. Lenio Streck captura esta exigência de afastamento do julgador das práticas discricionárias, ao referir que: “A decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito. Esse todo que se antecipa, esse todo que se manifesta na decisão, é aquilo que mencionamos como pré-compreensão (que não pode ser confundida, como muitas vezes acontece na doutrina brasileira, com a mera subjetividade ou pré-conceitos do intérprete). E esse ponto é fundamental! Isso por que é o modo como se compreende esse sentido do direito projetado pela comunidade política que condicionará a forma como a decisão jurídica será realizada de maneira que, somente, a partir desse pressuposto é que podemos falar em respostas corretas ou respostas adequadas” (STRECK, 2010, p. 98)



Gadamer) surge a partir da postura anti-realista (mantida por ambos), do respeito à tradição e do respeito à integridade e da coerência do direito (STRECK, 2009, p. 370). É neste cenário que o método do juiz Hércules apresenta-se adequado e coerente, na medida em que (afastando-se do solipsismo e da discricionariedade judicial) desvela a resposta hermeneuticamente correta para “aquele” caso. Esta resposta correta, propiciada pela hermenêutica deve estar justificada (visto que a fundamentação das decisões judiciais exigida na Constituição, assim o exige) no plano de uma argumentação racional (STRECK, 2009, p. 365), decorrendo daí, um dos elementos que corroboram o afastamento (com a sua superação) por parte do juiz, das práticas discricionárias e solipsistas.

### 3 DA NEGAÇÃO À DISCRICIONARIEDADE E AO SOLIPSISMO

A superação dos paradigmas da discricionariedade e do solipsismo judicial constitui-se em premissa básica para que se busque, não a única e nem a melhor, mas “aquela” resposta que seja correta, conformada e adequada à Constituição<sup>24</sup>. Com efeito, a aposta na discricionariedade (cuja matriz teórica tem origem nos discursos de Kelsen e Hart) tinha como objetivo reafirmar o modelo de regras do positivismo (STRECK, 2010, p. 89). Ora, na medida em que sempre há um déficit de previsões na regra, as posturas positivas “delegam” ao juiz uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos), além de dar azo à tese de que o direito seria/é (apenas) um conjunto de normas (regras) (STRECK, 2009, p. 364).

Para melhor compreender-se a necessidade de negação à discricionariedade judicial, convém – ao menos – identificar-se as características mais essenciais do próprio positivismo, segundo o qual (i) a existência do direito em uma sociedade depende das práticas do membros desta sociedade, (ii) a validade de uma norma independe da sua validade moral, (iii) todas as normas jurídicas abarcam todas as hipóteses de aplicação, ou seja, que nos chamados “casos

<sup>24</sup> E esta resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento ao “princípio democrático” – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca pela “verdade real”. (cf. STRECK, 2010, p. 97)



difíceis”, que não encontram solução na regra, o julgador deve recorrer à discricionariedade<sup>25</sup>, ou seja, à sua convicção pessoal e à sua subjetividade.

E é daí que exsurge a necessidade de negação à discricionariedade judicial, seja por que o direito não é (e jamais foi) somente um conjunto de regras<sup>26</sup>, seja por que o julgador não pode e não deve decidir conforme a sua consciência e subjetividade. A negação a este modelo discricionário e solipsista, portanto, remete à necessidade de se identificar a resposta correta à luz da hermenêutica, para aquele caso concreto. O positivismo (tanto em Hart ou mesmo em Kelsen) não consegue compreender que a regra não abarca todas as possíveis situações de aplicação de forma antecipada e desvinculada da realidade prática. E é por isso que, em pleno modelo do Estado Democrático de Direito, em que os princípios “resgatam o mundo prático” (STRECK, 2009, p. 168), não é possível admitir-se, por exemplo, que o Código Civil atual reintroduza cláusulas (abertas) que autorizem o julgador – a partir de sua própria consciência – a preencher lacunas ou incompletudes legais, “a partir da ‘descoberta’ de valores que estariam em uma metajuridicidade” (STRECK, 2009b, p. 169).

A importância destas reflexões residem no fato de que o Estado Democrático de Direito exige a superação do esquema “direito enquanto sistema de regras”, o que somente é possível mediante a introdução dos princípios<sup>27</sup> na interpretação e na compreensão da constituição, uma vez que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (análise do caso concreto), o que era até então negado pelo positivismo de Kelsen e de Hart (STRECK, 2009a, p. 337). Em verdade, defender que a discricionariedade seria algo inerente ao direito significa, na prática, sustentar o protagonismo judicial o que, evidentemente, não se coaduna

<sup>25</sup> Conforme Lenio Streck, para quem estas questões estão presentes no pensamento de Kelsen e de Harte, que se constituem, assim, o “ovo da serpente do positivismo contemporâneo”. (STRECK, 2009, p. 335).

<sup>26</sup> No positivismo-normativista kelseniano não há espaço para os princípios e para discussões relacionadas ao “caso concreto”, contrariamente ao que ora se advoga, onde “falar em princípios é falar em mundo prático, em faticidade e não em ‘enunciados assertóricos’” (STRECK, 2009, p. 168)

<sup>27</sup> Nesse diapasão, para Juarez Freitas “o juiz (...) exerce poder criativo, devendo lutar, dialética e transdogmáticamente, para superar, no campo da hermenêutica, toda e qualquer subserviência ao Executivo e ao Legislativo”, vale dizer, investindo na atividade interpretativa a possibilidade de resgatar os princípios constitucionais, que representam uma escolha (ideológica) de um formato político bastante claro – a democracia de direito. (FREITAS, 1989)



com a democracia, na medida em que a democracia “não se relaciona bem com a discricionariedade”<sup>28</sup>.

Com efeito, é inegável que a tradição representada pelo modelo liberal-burguês trabalhava o direito como um sistema de regras, separado da moral e da política. Os princípios (que eram os “gerais de direito” (STRECK, 2009b, p. 252)), neste modelo, tinham a função positivista de fechar o direito e de dotar um juiz de um enorme poder discricionário<sup>29</sup>. É neste contexto que Dworkin faz suas críticas ao poder discricionário que Hart atribui aos juízes para resolver casos difíceis, a partir do qual estariam aptos a “criar” um novo direito, ao invés de aplicar o direito estabelecido e preexistente (OLIVEIRA, 2008, p. 176). Nesta mesma medida, é rejeitada a concepção de que o julgador teria poderes para, também nos casos difíceis, preencher ou corrigir lacunas legislativas através do exercício da discricionariedade. O positivismo não percebe que não é possível ver efetivamente o direito, mas apenas aquilo que se fala sobre o direito (OLIVEIRA, 2008, p. 176). O positivismo ao centrar-se em seu “modelo de regras”, deixa de aplicar na interpretação jurídica os argumentos de princípios e, assim, abre espaço para a discricionariedade judicial.

Ora, na medida em que o positivismo prega a ausência de espaço para os princípios, as regras teriam que ter o condão de resolver todos os casos de forma subsuntiva-dedutiva (STRECK, 2009b, p. 169), sendo justamente esta a maior falha (ou insuficiência hermenêutica) do positivismo, ante as limitações das regras, em face a casos difíceis<sup>30</sup>. O positivismo, ao ignorar os argumentos de princípio, equivocadamente, abre espaço para a discricionariedade, na medida em que permite que o julgador – ao se deparar um com *hard case* – faça a “melhor” escolha (baseada em sua vontade e consciência subjetiva).

A admissão da discricionariedade judicial ou de “decisionismos” reflete o próprio modelo positivista, que o Estado Democrático de Direito procura superar, “exatamente pela diferença ‘genética’ entre regras e princípios” (STRECK, 2009b, p.

---

<sup>28</sup> Aliás, esta é a crítica mais veemente de Dworkin a Hart. (STRECK, 2009a, p. 348).

<sup>29</sup> Neste quadro, a introdução dos princípios na solução dos chamados casos difíceis, representa uma ruptura com o modelo positivista que considera o direito com mero sistema de regras.

<sup>30</sup> O direito seria, assim, uma mera moldura na qual os fatos serão subsumidos, como se fosse possível separar fato e direito (STRECK, 2009b, p. 169).



166). É nesse contexto, que os princípios detêm a finalidade de impedir as chamadas “múltiplas respostas”, literalmente fechando a interpretação, razão por que é equivocado afirmar que os princípios são mandatos de otimização<sup>31</sup> e de que as regras traduziriam a tese das especificidades, uma vez que tal entendimento redundaria na conclusão de que os princípios seriam cláusulas abertas, ou seja, espaço reservado à livre atuação subjetiva do juiz.

A negação à discricionariedade judicial, sob a qual se sustenta o positivismo, implica na necessidade de se lançar mão dos princípios, na solução dos conflitos (caso concreto) e na identificação da resposta correta. Com efeito, os princípios têm o condão de ir além da carga de abstração da norma, superando justamente as práticas positivistas. Ou, conforme explica Lenio Streck: “Os princípios (constitucionais) possuem um profundo enraizamento ontológico (no sentido da fenomenologia), por que essa perspectiva ontológica está voltada para o homem, para o modo de esse homem ser-no-mundo, na faticidade” (ÁVILA, 1999, p. 171).

Os princípios, portanto, conferem “espessura”<sup>32</sup> à regra, dotando-a de significatividade. E, a partir desta perspectiva, revela-se incorreta a assertiva daqueles que defendem que os princípios seriam meros “postulados” ou “mandatos de otimização”, isso seria o mesmo que afastar mundo prático ínsito aos princípios, abrindo espaço para a abstração das regras (STRECK, 2009b, p. 171). Nesse sentido, defender a possibilidade de superação dos princípios pelas regras fere o próprio espírito democrático, na medida em que se admitiria, por exemplo, que a Constituição fosse interpretada e aplicada com base em leis ordinárias.

É através dos princípios que é possível advogar a tese da resposta correta para cada caso concreto que, na solução dos “casos difíceis”<sup>33</sup>, evita a discricionariedade e o solipsismo judicial<sup>34</sup>. Isto significa afirmar que o modelo de direito sustentado no esquema de regras do positivismo está superado, não obstante

<sup>31</sup> Humberto Ávila rejeita também a ideia de princípios como mandamentos de otimização, pois, segundo ele, nem sempre os princípios devem ser realizados “na mesma medida” (ÁVILA, 1999, p. 163)

<sup>32</sup> Expressão utilizada por Lenio Streck (2009b, p. 171).

<sup>33</sup> Não obstante a inadequada distinção entre casos fáceis e difíceis já referida neste texto.

<sup>34</sup> “A resposta não provém do discurso adjudicador (de fora); ela provém de uma co-originariedade.





ainda seja dominante no âmbito da dogmática jurídica cotidiana<sup>35</sup>. Neste contexto, revela-se bastante razoável concluir-se que a arbitrariedade, enquanto produto da discricionariedade, não será resolvida através de regras, exatamente por que a arbitrariedade e o decisionismo são consequências do positivismo que, em suas diversas roupagens, sempre abstraiu a situação concreta no ato de aplicação (STRECK, 2009a, p. 338).

Não restam dúvidas de que a negação à discricionariedade judicial é pano de fundo para o desenvolvimento de uma teoria jurídica que tenha com objetivo alcançar-se respostas corretas e adequadas à Constituição. Ora, o direito é um saber prático e sua meta é buscar condições para a concretização de direitos constitucionalmente estabelecidos e, ao mesmo tempo, evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas (STRECK, 2009a, p. 339), justamente, por que a produção democrática do direito não pode ficar “refém” da subjetividade ou da consciência pessoal dos julgadores. O caminho para isto? A partir da hermenêutica e da análise do caso concreto, identificar a resposta correta e constitucionalmente adequada para “aquele” caso (difícil ou não).

#### **4 DO DIREITO FUNDAMENTAL A RESPOSTAS/INTERPRETAÇÕES CORRETAS NO DIREITO**

Partindo da premissa básica de que existe um direito fundamental de que a Constituição e seus princípios basiladores sejam cumpridos, a existência de um direito fundamental a respostas corretas surge como decorrência direta deste pressuposto. A decisão constitucionalmente correta, nesse sentido, vem ao encontro da função transformadora do Estado Democrático de Direito que, em seu texto constitucional, institucionaliza o “ideal de vida boa” e através de seu conteúdo compromissário, aponta para a possibilidade de resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume especial relevância em países de modernidade tardia – como o Brasil – onde o chamado “estado social” não passou de uma simulação (STRECK, 2009a, p. 330).

<sup>35</sup> Sendo justamente este o desafio do jurista no dia-a-dia, seja na advocacia, seja no foro, ou seja, superar a discricionariedade e o solipsismo judicial, para combater o protagonismo judicial e as decisões arbitrárias.



Em poucas palavras, a resposta correta, adequada e conformada com a Constituição tem um grau de abrangência e fundamentação que impede a existência de decisões discricionárias ou solipsistas, sobretudo, por que exige que a decisão seja concretamente justificada, a partir da reconstrução do direito (coerência e integração), com aportes da doutrina e da jurisprudência, confrontando tradições e por que atende ao comando do art. 93, inciso IX da Constituição Federal<sup>36</sup>, o qual determina a obrigatoriedade de fundamentação das decisões, sob pena de nulidade<sup>37</sup>.

Nesta senda, a resposta correta<sup>38</sup> é aquela que pode ser confirmada na própria Constituição, decorrendo daí seu cariz de direito fundamental. E, justamente, por que a decisão (resposta correta) deve ser adequada à Constituição, é que a mesma não pode – sob pena de violação ao “princípio democrático” (STRECK, 2010, p. 97) – depender da consciência do julgador, no seu “livre convencimento”, da sua “íntima convicção”, na “livre apreciação da prova”, nas “máximas da experiência” ou na busca da “verdade real” (STRECK, 2010, p. 97), para falar apenas de alguns destes artifícios, muitas vezes utilizados para “justificar” decisões solipsistas e arbitrárias, mas que, entretanto, escondem um caráter subjetivista e discricionário, típico do paradigma positivista.

Destarte, a compreensão de que a resposta correta, conformada e adequada à Constituição é um direito fundamental, significa observar que as teorias do direito e da constituição, verdadeiramente comprometidas com a democracia e com a concretização dos direitos fundamentais, dependem de um conjunto de princípios que tenham a função de estabelecer padrões hermenêuticos para: (i)

---

<sup>36</sup> “Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (IX) - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

<sup>37</sup> Nesse sentido, Lenio Streck sugere que se compreenda o tema a partir de um dever de “fundamentação da fundamentação”, traduzido por uma radical aplicação do art. 93, IX da Constituição. Para o autor, uma decisão mal fundamentada não seria sanável nem mesmo por embargos de declaração, uma vez que esta decisão encontra-se eivada de inconstitucionalidade e, portanto, é nula de pleno direito. (STRECK, 2009b, p. 571)

<sup>38</sup> E não somente para os “casos difíceis”, mas para todas as situações e conflitos trazidos ao Poder Judiciário.



preservar a autonomia do direito; (ii) estabelecer condições para um controle da interpretação constitucional, para fins de impor limites à discricionareade judicial; (iii) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; (iv) estabelecer que a fundação das decisões é um dever fundamental dos juízes e dos tribunais; (v) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se esta resposta está ou não constitucionalmente adequada (STRECK, 2009b, p. 541-542; STRECK, 2010, p. 96-97).

E isso, é exatamente oposto à afirmação de que o juiz tem poder discricionário de resolver um *hard case*; por que tal afirmação significa dizer que, diante de várias alternativas de solução, o juiz pode optar por aquela que melhor lhe agrade (a partir de uma “escolha” pessoal e subjetiva). O juiz não pode “eleger” a solução que ele próprio entendeu a mais adequada, diferentemente, é sua responsabilidade/obrigação, à luz do art. 93, inciso IX da Constituição, motivar e fundamentar sua decisão, ou, em outras palavras, “explicitar as condições pelas quais compreendeu” (STRECK, 2009b, p. 542) as razões de fato e de direito que lhe levaram a decidir (não escolher). O dever de fundamentar as decisões judiciais, pois, é compreendido com um “dever fundamental” do juiz e um “direito fundamental” do cidadão.

A decisão, pois, jamais deve ter por base uma “escolha”, mas sim o comprometimento com algo que se antecipa (STRECK, 2010, p. 98), sendo que no caso de uma decisão judicial, o que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito, ressaltando-se que essa construção não é a soma de diversas ideias, mas sim, um todo que se apresentar como a interpretação mais adequada do direito (STRECK, 2010, p. 98).

Em outras palavras, toda decisão deve se fundar em um compromisso e esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito (com especial destaque aos princípios, como indícios formais dessa reconstrução) e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito. Não há decisão que parta do “grau zero de sentido” (STRECK, 2010, p. 98). A decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Ela se dá como um processo em



que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política.

O direito fundamental à resposta correta, portanto, vai além de compreender o direito como sendo um conjunto de regras ou de aceitar que se institucionalize “fundamentações” baseadas somente em súmulas, “repercussão geral” ou em decisões anteriores. O direito não é somente (mas também) o que o judiciário diz que é<sup>39</sup>, mas sim aquilo que se constrói a partir da hermenêutica e das especificidades e necessidades do caso concreto.

Nesse sentido, aliás, a resposta correta e conformada à Constituição terá outras implicações, como a garantia de direitos fundamentais processuais. O direito fundamental ao devido processo legal (*due process of law*) ou ao processo justo<sup>40</sup>, por exemplo, garante ao cidadão o acesso ao Poder Judiciário para que lhe seja alcançada a tutela jurisdicional adequada e esta garantia requer a apreciação de todas as circunstâncias do caso concreto, ou seja, exige uma resposta hermeneuticamente correta e adequada à Constituição.

É a partir desta perspectiva que procedimentos que visem a criar regras gerais e universalizantes (como por exemplo, a obrigatoriedade do instituto da “repercussão geral”<sup>41</sup> como condição de admissibilidade dos Recursos

<sup>39</sup> “A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis ou os fenômenos sociais, até por que os sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produtos de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado. (STRECK, 2010, p. 107)

<sup>40</sup> Destaca Luigi Paolo Comoglio que a garantia ao *justo processo* é composta por garantias mínimas (como o direito de ação e defesa, direito ao contraditório, à independência e imparcialidade do juiz, ao processo *efetivo* com *duração razoável*, entre outras) “che si compenetrano saldamente, come parte del tutto con le garanzie di protezione e di tutela dei diritti inviolabili dell'uomo”. (COMOGLIO, 2004, p. 278)

<sup>41</sup> Lei 11.418 de 2006 que introduziu no Código de Processo Civil a exigência da comprovação de “repercussão geral” para fins de admissibilidade do Recurso Extraordinário. “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.” No mesmo sentido, veja-se a redação do artigo 543-B do Código de Processo Civil, segundo o qual: “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º



Extraordinários ao Supremo Tribunal Federal) que permitam julgamentos “em massa”, devem ser encarados como verdadeiro retrocesso na busca pelo ideal de justiça preconizado pelos princípios constitucionais e pelo próprio espírito do Estado Democrático de Direito.<sup>42</sup>

A partir das considerações até o momento expeditas, é possível afirmar com toda a segurança que o direito à resposta correta e adequada à constituição é sim de caráter fundamental. Nesse sentido, do mesmo modo em que há um dever fundamental de justificar/motivar as decisões judiciais, existe também um direito fundamental à obtenção de respostas corretas/adequadas (STRECK, 2009b, p. 571). Com efeito, existe uma ligação quase que genética entre esse dever de fundamentar e esse direito fundamental à resposta correta. A relação de complementariedade entre um e outro oferece uma “blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo do texto constitucional” (STRECK, 2009b, p. 571), ou seja, a obtenção de respostas corretas no direito tem o condão de substituir qualquer pretensão discricionária por uma postura história/concreta, a partir da tradição, da coerência e da integridade do direito, com vistas a se obter a resposta hermeneuticamente adequada ao caso concreto.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo** 215.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos para uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

---

*Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.”*

<sup>42</sup> Nesse sentido, oportuna a reflexão de Lenio Streck: “O que resta ao direito? Qual o papel da doutrina? Os julgamentos se tornaram monocráticos...! Milhares de processos são ‘resolvidos’ no atacado...! Não mais discutimos *causas*, pois passamos a discutir “teses” jurídicas...! Como que a repetir a lenda do ‘leito de Procusto’, as causas são julgadas de acordo com conceitos previamente elaborados (súmulas, repercussão geral, etc...). E as ações são julgadas por ‘pilhas’.” (STRECK, 2010, p. 106).



- DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo**. São Paulo: Madras, 2004.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**. Porto Alegre: Edipucrs, 1989.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer – Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HART, H. L. A. **Ensaio sobre a teoria do direito e filosofia**. Tradução: José Garcez Ghirardi; Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão Técnica Ronaldo Macedo Porto Júnior; Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier. 2010.
- MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Florianópolis: Habitus, 2008.
- RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial**. El debate Hart – Dworkin, estudio preliminar. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogados, 2009a.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.



# ENTRE O DIREITO AO PROCESSO QUALIFICADO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL: FUNÇÕES, DISTINÇÕES E REFLEXÕES CRÍTICAS<sup>1</sup>

IN THE CROSSROADS OF THE RIGHT TO QUALIFIED ACCESS AND THE DUE PROCESS OF LAW: ENDS, DISTINCTIONS AND CRITICAL REFLECTIONS

*Guilherme Botelho<sup>2</sup>*

## Resumo

O presente artigo tem a finalidade de delimitar as funções do devido processo legal na *civil law*, a partir do questionamento da validade e necessidade de sua faceta “substantial” em um modelo jurídico que, como o brasileiro, conta com o direito ao processo como princípio constitucional síntese que melhor expressa a possibilidade de controle da razoabilidade das leis, base normativa que sempre lastreou tal possibilidade anteriormente a Constituição Federal de 1988.

**Palavras-chaves:** Direito ao processo. Devido processo legal. Controle de constitucionalidade.

## Abstract

This paper aims to delineate the ends of due process in civil law by questioning the validity and necessity of the distinction of "substantial" in a legal model that, like Brazil, ascertains the right to due process as a constitutional principle that synthesizes what best expresses the possibility control the reasonableness of laws, a normative basis that always provided the basis that possibility prior to the Federal Constitution of 1988.

**Keywords:** Right to process. Due process of law. Judicial review.

## INTRODUÇÃO

Desde a Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro possui a garantia do devido processo legal como produto de uma construção

<sup>1</sup> Submetido em 18/12/2013, pareceres emitidos em 10/05/2014 e 11/02/2014, aprovação comunicada em 15/04/2014.

<sup>2</sup> Mestre e Doutorando em Direito pela PUCRS. Pesquisador CAPES. Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em direito da Universidade Feevale. Advogado em Porto Alegre (RS). E-mail: guilherme@botelhoemelani.adv.br



conceitual que evoluiu desde 1215 na *common law*. O *dueprocess*, desde que inserido em nosso arcabouço jurídico, vem merecendo constantes reflexões de nossos juristas a fim de alcançar-se seu efetivo espaço, que, como se tentará demonstrar a seguir, não deve ser idêntico àquele obtido na família jurídica da *common law*.

## 1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Em 1215, compelido por seus barões, João Sem Terra outorga<sup>3</sup> a *Magna Charta Libertatum*. Trata-se da mais famosa notícia<sup>4</sup> que se tem de “[...] uma lei que se impõe ao próprio governante, antecipando a ideia fundamental de constitucionalismo do século XVIII.” (GRINOVER, 1973, p. 23-24) Entre suas principais garantias está a do art. 39, que utiliza pela primeira vez a expressão ‘*lawoftheland*’. A referida expressão é interpretada como a necessidade de observância das leis do país (da terra).

Trata-se de expressão que antecede diretamente a cláusula *dueprocessoflaw*, a qual apenas é utilizada pela primeira vez por Eduardo III, no estatuto de 1354. As referidas expressões podem ser vistas historicamente como sinônimos<sup>5</sup>. Na evolução do Estado Absoluto ao Estado de Direito, e na ausência de um sistema codificado, o direito ao devido processo legal (ou constitucional), “[...]”

<sup>3</sup> Como bem observa Riccardo Guastini, existem diversos procedimentos de formação de uma Constituição. Ela pode ser fruto de elaboração e aprovação de uma assembleia constituinte eleita para este fim; pode ganhar legitimidade por um referendo popular; outras vezes é fruto de um decisão unilateral do soberano. Nesse último caso, diz-se que foi outorgada, ou seja, dada generosamente (ou imposta) pelo soberano a seu povo. (GUASTINI, 2007, p. 21).

<sup>4</sup> Segundo Caenegem essas cartas solenes oferecidas pelos soberanos representam um marco na história do constitucionalismo europeu. Trata-se de pactos entre o príncipe e o seu povo, com uma mensagem fundamental ainda plena de significado, “[...] o princípio de que os governos são obrigados a actuar em conformidade com o direito e de que os súbditos (em 1215, os ‘homens livres’) são protegidos por este nas suas pessoas e nos seus bens. Por outras palavras contém a famosa noção do common Law, de que ‘ninguém por muito grande que seja, está acima do direito’ (com exceção, claro está, do Parlamento, que não é limitado por qualquer lei). [...]”. O primeiro teria surgido no norte da Espanha, no fim do século XII, porém foi a Magna Carta de João Sem-Terra que ganhou fama e teve, posteriormente, forte influência no desenvolvimento constitucional, em especial, da Inglaterra e dos Estados Unidos. (CAENEGEM, 2009, p. 106-107)

<sup>5</sup> Nesse sentido: BRAGA, 2008, p.161. A autora lembra, ainda, que no direito inglês, a limitação do *dueprocess* não limita o legislador, mas o rei: “A máxima do devido processo legal, em solo inglês, não assegurava um controle do teor de sua legislação. O *dueprocessoflaw* implicava a limitação dos poderes do rei e, não, dos parlamentares.” (BRAGA, 2008, p. 165).





com as influências do pensamento do século XVIII, transforma-se na garantia fundamental do processo inglês.” (GRINOVER, 1973, p. 26)

As colônias norte-americanas, influenciadas pela doutrina inglesa, passam a utilizar-se do *dueprocess* “[...] não só como garantia de legalidade, mas ainda como garantia de justiça, vinculante para todos os poderes do Estado.” (GRINOVER, 1973, p. 26) O *dueprocess* é acolhido constitucionalmente pela cultura estaduniense primeiramente em textos estaduais, passando posteriormente a integrar a ordem constitucional dos Estados Unidos através da Emenda V, e depois da Emenda XIV<sup>6</sup> da Constituição. A cláusula de conteúdo vago acaba por se constituir no “[...] fundamento constitucional para permitir ao Judiciário o controle do exercício do Poder Legislativo.” (GRINOVER, 1973, p. 35) A garantia constitucional equipara-se ao dever de razoabilidade das leis na restrição dos direitos e se torna o princípio-síntese da *common law*<sup>7/8</sup>. Em suma, na tradição da *commonlaw*, o *duesprocess* tem o papel de garantir a inafastabilidade da jurisdição<sup>9</sup>; é ele a base constitucional para o *judicial review*<sup>10</sup>.

Há identificação estreita, assim, com a ideia de *balancing* desenvolvida originariamente na *common law*, no intuito de coibir os excessos perpetrados no zelo da proteção aos direitos dos cidadãos no uso de suas liberdades públicas.

<sup>6</sup> Tradução livre: “Nenhum Estado privará qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem denegará, a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição, a igual proteção da lei.” As duas emendas possuem significado idêntico sendo a primeira vinculativa ao governo federal e a segunda aos governos estaduais.

<sup>7</sup> O *dueprocess* ultrapassa ao menos três estágios históricos do sistema anglo-saxão: em um primeiro momento atua como garantia de legalidade; depois, como garantia de um processo em conformidade com a ‘*common law*’; e, por fim, como verdadeira garantia da justiça. Nesse sentido: Grinover, 1975, p. 11.

<sup>8</sup> Relevante estudo sobre a dimensão do substantive *dueprocess* no direito estadunidense é encontrado em: MATTOS, 2009, p. 29-90.

<sup>9</sup> A esse respeito é válido destacar os ensinamentos de Daniel Mitidiero: “[...] no Rule of Law, seja qual for a sua vertente, há inafastabilidade da jurisdição (*judicial review*) com o emprego de um devido processo legal (*dueprocess of Law*). Agregando-se a esses dois elementos uma Constituição escrita, chega-se ao controle difuso de constitucionalidade, deferido a todos os membros do Poder Judiciário. As principais personagens convocadas para o tablado em que nasce e movimenta-se o direito, nessa vereda, são os juízes. O Rule of Law, pois, significa proteção pela via do Judiciário contra ‘qualquer exercício arbitrário de poder’.” (MITIDIERO, 2007, p. 20)

<sup>10</sup> Não por acaso o Juiz Marshall, em sua célebre decisão, fundou-se no art. VI, 2ª cláusula da Constituição Federal estadunidense de 1787, que dispunha ser a Constituição “[...] shall be the supreme Law of the land; [...]”, conforme: Cappelletti, 1984, p. 47.



Entre o direito ao processo qualificado e o devido processo...

O devido processo legal, que tem no direito estaduniense função insuperável<sup>11</sup>, no qual se constitui sob a dupla dimensão *substance* e *procedure dueprocess*, passa a ser visto por parte da doutrina de tradição romano-canônica de forma similar por forte influência de Eduardo Couture. Esse autor defende a dupla dimensão com pioneirismo no sistema codificado no ano de 1954 (COUTURE, 1954, p. 81-101), visualizando o dever da razoabilidade das normas na dimensão substancial: *odueprocess* como verdadeiro critério de constitucionalidade das leis.

Natural que a acolhida desta alta dimensão ao devido processo legal substancial levasse à conclusão de parte da doutrina (NERY JR., 2009, p. 76-81) de visualizar no devido processo legal o princípio-síntese do ordenamento jurídico processual brasileiro. Aliás, chama a atenção que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>12</sup> venha visualizando basicamente no devido processo legal a densificação dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade.

## 2 O DEVIDO AO PROCESSO E O DIREITO AO PROCESSO

Como bem pondera Humberto Ávila (1998, p. 56), é incorreta a concessão desta magnânima dimensão ao devido processo legal. O devido processo não pode ser confundido com os deveres de proporcionalidade e razoabilidade<sup>13</sup>, utilizados com a necessidade de resolver “casos de tensão” entre bens juridicamente protegidos. Na expressão de Ingo W. Sarlet “a técnica da ponderação de bens surge a partir da insuficiência da subsençãocomo técnica de aplicação do Direito quando da resolução de determinados problemas jurídico-constitucionais, em especial de casos concretos.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 210)

As razões para necessária distinção são de extremo relevo: as constituições brasileiras anteriores não previam o princípio do devido processo legal, o que jamais

<sup>11</sup> Como observa Hector Fix-Zamudio: “El conjunto de garantías constitucionales en el sistema jurídico estadounidense se depende y se concentra en el concepto del ‘due process of law, [...]’ (FIX-ZAMUDIO, 1974, p. 23).

<sup>12</sup> Adin n. 1922MC/DF, Tribunal Pleno do STF, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 24/11/2000.

<sup>13</sup> Se tratará destes deveres de forma conjunta a fim de melhor retratar a confusão doutrinária que se quer criticar. Todavia, tratam-se de deveres que possuem funções e finalidades diversas. Para quem desejar aprofundar-se sobre a distinção prática entre eles, ver, por todos: Ávila, 2009, p. 151-176.



impediu a aplicação da exigência da proporcionalidade e razoabilidade no ordenamento jurídico constitucional. A Lei Fundamental alemã também não o prevê, o que, por sua vez, também não impede o tribunal constitucional daquele país em aplicá-los com largo uso.

Aliás, chama a atenção que a ideia de proporcionalidade desenvolvida com rigor técnico na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão e que influencia várias outras Cortes Constitucionais no mundo e que vem sendo, por vezes, utilizado como faceta do devido processo legal (“substancial”) tenha origem diametralmente oposta ao *balancing* estadunidense, em que pese atualmente tenham função e uso similar<sup>14</sup>. É que, enquanto aquele se origina como técnica de repressão aos abusos estatais contra o particular, este se desenrola como meio de limitar o excesso de zelo na proteção ao direito dos particulares no uso da não intervenção estatal da cultura do *laissezfaire*.

Outrossim, o devido processo legal, na forma como exposto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), atua com evidência apenas no plano processual, não apenas judicial, mas sempre durante e diante do processo; enquanto que “[...] os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo fora do âmbito processual, razão pela qual perde sentido o uso da expressão ‘devido processo legal substancial’ para representá-los; [...]” (ÁVILA, 1998, p. 56)

É de se recordar que, ao prometer o controle jurisdicional, resta evidente também a promessa de justiça material da decisão, já que é esta sua fonte legitimadora. Nas palavras de Pontes de Miranda: “Existem direito e pretensão à sentença, que se presume justa, porque o Estado ou os árbitros ‘prometem’ justiça. Implícita em tal promessa está a de ser favorável ao que tenha razão.” (PONTES DE MIRANDA, 1975, p. 16) Todavia, é de relevância a lembrança de Nelson Nery Jr.: “Entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas

<sup>14</sup> A esse respeito interessante texto: COHEN-ELIYA; PORAT. **American Balancing and german proportionality**: the historical origins. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/> at Staats – und Universitaetsbibliothek Hamburg>. Acesso em: 17 jan. 2013.



democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), [...]” (NERY JR., 2009, p. 52) Não por acaso que a doutrina extraiu, anteriormente a ordem constitucional vigente, do direito ao processo, a cláusula do *dueprocess*: “[...] por ser inimaginável que se garanta ao cidadão o direito ao controle jurisdicional dos atos, sem que se faça mediante o uso de instrumental apropriado, devidamente previsto no ordenamento jurídico.”<sup>15/16</sup>

E, por não ser acolhida a dimensão extraprocessual do devido processo legal, como se expressasse os deveres de proporcionalidade e razoabilidade, entende-se não ser este o princípio processual do qual todos os demais emanam. Não se justifica, portanto, a afirmativa de que “[...] bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *dueprocessoflaw* para que daí decorressem todas as consequências processuais [...]” (NERY JR., 2009, p. 77), e que é este “[...] o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies.” (NERY JR., 2009, p. 77) Aliás, chama a atenção o fato de os próprios autores que defendem a condição do devido processo legal como sobreprincípio do qual os demais emanam reconhecerem que “[...] o acesso efetivo à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição) representa o objetivo final do princípio do devido processo legal,” (MATTOS, 2004, p. 798) reconhecendo ainda que o direito ao processo não se inclui dentre os subprincípios deste<sup>17</sup>. Se o devido processo legal visa apenas a

<sup>15</sup> Cita-se a interessante passagem na íntegra: “No direito positivo brasileiro, o princípio do devido processo legal somente chegou ao texto constitucional, de modo expresso e claro, na Constituição de 1946, onde veio insculpido em seu art. 141, §4º. Se bem que, nesse texto, decorre límpido, de fato, apenas o princípio da justiciabilidade, segundo o qual nenhuma lesão ao direito, de qualquer cidadão, poderá deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário. Da garantia do controle jurisdicional, todavia, deflui tranquilamente a do devido processo legal, por ser inimaginável que se garanta ao cidadão o direito ao controle jurisdicional dos atos, sem que se faça mediante o uso de instrumental apropriado, devidamente previsto no ordenamento jurídico.” (WAMBIER, 1991, p. 59).

<sup>16</sup> No mesmo sentido Ada Pellegrini Grinover ao comentar o art. 153, §4º, da Constituição Federal de 1967, após a Emenda de 1969: “O § 4º do art. 153 liga-se diretamente, em nosso entender, à cláusula do *dueprocessoflaw* do sistema anglo-saxão e a esta deve ser associado. Representa uma garantia constitucional, cujo conteúdo é o direito ao processo.” (GRINOVER, 1973, p. 156).

<sup>17</sup> É afirmação do autor: “Como se vê, o acesso à justiça, na medida em que impõe que ‘o sistema deve ser igualmente acessível a todos’ e, além disso, ‘produzir resultados que sejam individual e socialmente justos’, revela-se, a um só tempo, como pressuposto e objetivo final do devido processo legal. Por isso, naturalmente não pode ser um dos elementos estruturais do princípio do devido processo legal, como os subprincípios da igualdade de armas, do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural, etc.” (MATTOS, 2004, p. 804)



concretizar o direito ao processo, e este possui força normativa própria, resultaria até mesmo sem finalidade o *dueprocess*.

Não bastasse tais ponderações, é de se recordar que a Constituição brasileira, como é da tradição nas constituições europeias e nas latino-americanas, adota expressamente o direito à jurisdição ou de inafastabilidade da proteção jurisdicional. Note-se que, sendo o *judicial review* a norma fundante do sistema jurídico brasileiro “[...] que assegura a revisibilidade dos atos estatais que desbordem da juridicidade constitucional[...]” (MITIDIERO, 2007, p. 25) e tendo ele sua base constitucional no art. 5º, XXXV, não há razões para uma elevação quase que sublimar do devido processo legal. Conclusão contrária pode decorrer de um mito já denominado certa feita por José Carlos Barbosa Moreira de supervalorização dos modelos estrangeiros (ou “**a galinha da vizinha é sempre mais gorda que a minha**”), caracterizado por “[...] um deslumbramento ingênuo que impele à imitação acrítica de modelos estrangeiros.” (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 07)

O direito fundamental processual síntese e que mesmo assim necessita dos demais para se potencializar é o *direito ao processo*. É nele que todos os demais atuam; mais do que isso, é ele o garantidor da própria eficácia de todos os demais direitos. Trata-se, portanto, do “[...] requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12) Daí, porque, em que pese seja correto afirmar o caráter instrumental do direito processual, é também indubitoso que entre o direito material e o processual existe uma “[...] *relação de reciprocidade*, porque as normas materiais são o substrato material das normas formais, e as normas formais consubstanciam instrumentos formais de eficácia das normas materiais.” (ÁVILA, 1998, p. 54) Em síntese, o direito se faz da soma do direito material e do direito processual havendo uma “[...] relação de retroalimentação entre ambos. Cada um é instrumento do outro e sevem ambos à regulação da vida social.” (TESHEINER, 2008, p. 192)

Portanto, se é correto afirmar que o processo é instrumento apto a fazer atuar o direito<sup>18</sup>, não é menos correto concluir que o direito substancial também se

<sup>18</sup> A esse respeito interessante a lição de Adolf Wach ainda no século XIX: “El proceso sirve a la finalidad del derecho material en la más amplia acepción de la palabra. Su finalidad no es la de



serve do processo para se constituir ou mesmo qualificar-se. De um lado, demonstra-se indispensável o direito material ao direito processual, no sentido de que este não teria razão de existir sem aquele; de outro, “[...] sem o direito processual não poderia existir um ordenamento que é caracterizado pela proibição de autotutela.” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2008, p. 94)

Ao aceitar-se que as normas processuais não detêm apenas natureza instrumental, aproxima-se também da lição de Pontes de Miranda (1975, p. 56-57), o que, por certo, é sempre companhia tranquilizadora. Por outro lado, a paralela aceitação da natureza instrumental do direito processual traz a companhia de outros tantos juristas de relevo, entre os quais, apenas a título ilustrativo, pode-se destacar Galeno Lacerda (1998, p. 23-24) e Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 177-364); mas note-se instrumental e não formal<sup>19</sup> ou secundário. Nessa perspectiva, o direito processual civil atua “[...] *frainstrumentalit  operativa ed autonomia concettuale dinorme e istitutiprocessual*[...]” (TARUFFO, 1996, p. 554), dado que não é uma ciência que tenha um fim em si mesmo, mas que tem suas instituições autônomas que se desligam do direito material para a ele dar eficácia.

A finalidade (jurídica)<sup>20</sup> do processo é a “atuação da vontade concreta do direito” (DINAMARCO, 2008. p. 250)<sup>21</sup>. Ao atuar o direito objetivo<sup>22</sup> (e, em

---

larelación jurídica que constituye el objeto del proceso; es independiente de la existencia de la relación jurídica material, porque se trata de resolver sobre la pretensión de tutela jurídica que ha sido afirmada. [...]” (WACH, 1977, p. 67).

<sup>19</sup> Vale destacar duas belas passagens de Galeno Lacerda em dois textos diversos que bem demonstram sua ênfase no caráter instrumental das normas processuais: “No momento em que se descobre a verdadeira hierarquia de interesses tutelados pelos textos de um Código, desvenda-se o sentido profundo e vital do sistema que o anima. Neste sentido, tratando-se de um Código de Processo, o interesse público superior, que o inspira e justifica, é que se preste ele a meio eficaz para definição e realização concreta do direito material. Não há outro interesse público mais alto, para o processo, do que o de cumprir sua destinação de veículo, de instrumento de integração da ordem jurídica mediante a concretização imperativa do direito material.” (LACERDA, 1983, p. 10-11).

“O paralelo se revela primário em seu simplismo sofisticado. O direito material há de regular as formas próprias que substanciam e especificam os atos jurídicos materiais, ao passo que o direito processual, como instrumento de definição e realização daquele em concreto, há de disciplinar, também, as formas que substanciam e especificam os atos jurídicos processuais. Em suma, a antítese não é direito material – direito formal, e sim, direito material – direito instrumental. Isto porque instrumento, como ente a se, possui matéria e forma próprias, independentes da matéria e da forma da realidade jurídica, dita material sobre a qual opera.” (LACERDA, 1998, p. 24).

<sup>20</sup> É que este não é o único escopo do processo, aliás, não é sequer o principal. Na correta lição de Cândido Rangel Dinamarco, é a destinação social e política do processo que mais importam. Os escopos sociais são a pacificação com justiça e a educação. De outro lado, os escopos políticos



decorrência, proteger os interesses legítimos), o processo realiza a justiça do caso concreto<sup>23/24</sup>. Com isso não se nega a atividade criativa ou reconstrutiva do juiz: é que toda a aplicação ou atuação é também interpretação. Na tônica de Eros Grau: não existe aplicação sem interpretação (GRAU, 2009, p. 35). É que o processo não é um caminho lógico para descobrimento de uma norma pré-constituída. É através da interpretação que a norma se faz aplicável e é aplicada, sendo correto afirmar com apoio nos ensinamentos de Tullio Ascarelli que legislação e a interpretação são momentos sucessivos de uma mesma experiência<sup>25</sup>. Em outras palavras “[...] a aplicação da lei não é mera interpretação reprodutiva, mas simultaneamente, produtiva e evolutiva.” (DELFINO; ROSSI, 2007, p. 455)

Exercido o direito de ação, este dá ensejo à sua antítese: o direito de defesa. O primeiro pertence exclusivamente ao autor (porque por ele exercido), o segundo ao réu. Mais do que isso, enseja também o direito à tutela jurídica; este pertencente a ambos<sup>26</sup>. O direito de agir em juízo não apenas por questão cronológica, mas em especial por ser a válvula condutora para o desenvolvimento de todos os demais

---

são constituídos pela liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento. A esse respeito ver, por todos: Dinamarco, 2008, p. 177-263.

<sup>21</sup> Ao assim afirmar-se, distanciamos-nos da ideia por vezes pregada de que o processo tem por escopo principal a tutela dos direitos subjetivos, como afirmam, v.g., Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2006, p. 240-241) e Marcelo Lima Guerra (GUERRA, 2003, p. 17-18). Nesse ponto acolhe-se a crítica de Jaime Guasp (GUASP, 1997, p. 12-13). É que se trata de uma evidente contradição, já que os direitos subjetivos são, por definição, interesses juridicamente protegidos, com o que o processo não daria às partes mais do que já têm. No mais, quem eventualmente almeja a tutela do direito é o autor não o processo (ou mesmo a jurisdição). Este visa à atuação do direito objetivo. Trata-se, portanto, de uma visão privatista do sistema: herança do praxismo que deve ser combatida.

<sup>22</sup> Para quem desejar analisar a histórica divergência entre as correntes subjetiva, objetiva e intermediária, no exame da finalidade do processo, ver: SANTOS, 1970, p. 37-38. Sobre a influência que a adesão a uma ou a outra corrente impõe na visão de vários institutos de natureza ‘bifronte’, e a incoerência apontada por Liebman quanto às escolhas do legislador italiano, ver: Liebman, 1962, p. 155-173.

<sup>23</sup> Nesse sentido: Lacerda, 1983, p. 10.

<sup>24</sup> A questão parece superada. O processo tutela direito. O direito objetivo, todavia, apenas pode provar sua eficácia quando aplicado a uma relação concreta da vida. Trata-se, portanto, de atuação do direito para que ele não apenas exista, mas se faça valer. Nesse sentido: Wach, 1977, p. 21-29.

<sup>25</sup> Ver Ascarelli, 1958, em especial, p. 856-860.

<sup>26</sup> Nesse sentido: Marinoni, 2006, p. 260-261; Mitidiero, 2005, p. 49. Ao afirmar que a tutela jurisdicional não pertence apenas ao vencedor da demanda, diverge-se de corrente processual tradicional que se afirmou a partir dos ensinamentos de Enrico Tullio Liebman. A esse respeito, veja-se: Liebman, 1984, p. 147; Yarshell, 1998, p. 28-30; Bedaque, 2007, p. 509-510.



direitos fundamentais do processo, constitui-se não apenas em instrumento de justiça social e de garantia de liberdade, como também no princípio-síntese do ordenamento jurídico processual nos países de tradição romano-canônica. **Em suma:** por se tratar do “[...] mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles”, (MARINONI, 2006, p. 205) parece mais correto concluir que é do devido processo legal que decorre do direito ao processo e não o contrário.

O direito à tutela jurídica, potencializado por todos os demais direitos informativos do processo civil, atua de forma a garantir o direito ao processo qualificado a todos os jurisdicionados. Um instrumento apto a tutelar os direitos com eficácia e eficiência, destacando que não se tratam estas de expressões sinônimas, mas complementares: “*la primera concierne a las partes, su acceso a la maquinaria de protección; el último se refiere, en cambio, a la manera en la cual esa misma maquinaria trabaja.*” (CAPPELLETTI, 1991, p. 149)

Em suma, o seu exercício traz o direito de alegar, de provar, de dispor dos recursos postos à disposição no ordenamento jurídico e o de se fazer cumprir as decisões favoráveis ao seu interesse, mas nem todos estes direitos lhe integram originariamente. O direito de provar, por exemplo, advém da garantia ao contraditório. É correto afirmar que o direito ao processo é, durante seu exercício continuado através da ação processual<sup>27</sup>, adjetivado pelos demais direitos informativos do direito processual civil a fim de compor o **processo qualificado**<sup>28</sup> prometido aos jurisdicionados e devido pelo Estado Constitucional.

Note-se que, seguindo a tradição dos países romano-canônicos, a cláusula assecuratória do direito ao processo toma as vestes da posição alocada pelo *due process* na tradição da *common law*, como verdadeiro princípio-síntese do

<sup>27</sup> A esse respeito, a lição de Daniel Mitidiero: “Exerce-se ‘ação’ processual ao longo de todo processo civil. Ao propor-se a demanda, ato concreto de ir a juízo, exerce-se ‘ação’, ao replicar-se também, ao requerer-se a admissão e a produção de provas exerce-se ‘ação’; ao recorrer-se igualmente. Enfim, exerce-se ‘ação’ quando se exercem os poderes inerentes ao formalismo processual, sendo a ‘ação’, ao fim e ao cabo, possibilidade de ir a juízo e exercer os poderes indissociáveis ao processo justo e equo, todos tendentes à obtenção de sentença, tendentes à obtenção de tutela jurisdicional. [...]” (MITIDIERO, 2005, p. 120).

<sup>28</sup> A respeito de nossa ideia sobre os contornos do processo qualificado, ver: Botelho, 2010.





ordenamento. Acaba tornando-se, assim, uma verdadeira norma de encerramento<sup>29</sup> do ordenamento jurídico-processual, na medida em que todos os demais direitos fundamentais do processo civil convergem ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal para a formação de núcleo comum e central. Daí, por que, a Corte Constitucional Espanhola acaba extraíndo do “*direito à tutela efectiva*” todos os demais direitos informativos do processo civil não expressamente positivados na Carta, como direitos implícitos integrantes deste princípio central.

Na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais caracterizam-se como elementos objetivos da comunidade, como decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, fornecendo diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Por conta disso, Pérez Luño (1995, p. 20 e ss.) aduz que os direitos fundamentais deixam de ser apenas garantias negativas dos interesses individuais, apresentando-se como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos.

Também o direito ao processo, enquanto direito fundamental, encontrará desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, nas eficácias dirigente e irradiante<sup>30</sup>. A primeira refere-se à ordem dirigida ao Estado no sentido de obrigação constante de concretização e realização dos direitos fundamentais. A segunda, por sua vez, relaciona-se aos direitos objetivos fundamentais que dão diretrizes à aplicação e à interpretação do direito infraconstitucional.

Sem dúvida, uma das mais relevantes consequências da aceitação da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é que sua irradiação não ocorre apenas nos direitos oponíveis aos poderes públicos, mas também nas relações privadas, (SARLET, 2007, p. 174) impedindo que os valores contidos nestas normas sejam lesados ou ameaçados, mesmo que por particulares.

---

<sup>29</sup> De forma diversa, neste ponto, conduzindo o devido processo legal como norma de encerramento das garantias fundamentais do processo: Mattos, 2009, p. 157.

<sup>30</sup> A expressão é utilizada por Sarlet, 2007, p. 173-174. A esse respeito dispõe J. J. Gomes Canotilho: “os efeitos irradiantes da cláusula de vinculação dos poderes públicos pelos direitos fundamentais exige, pelo menos, que se tomem a sério as várias dimensões dessa vinculação, ou seja, a sua actualidade, positividade e normatividade.” (CANOTILHO, 1993, p. 359).



Entre o direito ao processo qualificado e o devido processo...

Já na perspectiva subjetiva, o direito ao processo é considerado direito subjetivo individual, manifestando-se através de uma relação trilateral formada pelo titular, pela ação (ou omissão) exigível e pelo destinatário (o obrigado)<sup>31</sup>.

Na perspectiva subjetiva do direito fundamental, encontra-se justamente o grau de exigibilidade pelo titular do direito (seja pessoa individual, seja ente coletivo), perante o Poder Judiciário. Frise-se que essa exigibilidade é de intensidade variável, dependente de sua normatividade. Nessa perspectiva, o direito fundamental ao processo qualificado de cada cidadão como direito subjetivo, justamente encontra uma limitação enquanto constitui-se também direito objetivo de toda a comunidade<sup>32</sup>.

## CONCLUSÃO

É imprescindível que volte a refletir-se quanto as funções que o devido processo legal que vem obtendo em nossa doutrina e jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal. A sua faceta 'substancial' visivelmente extrapola o intuito do constituinte que o previu como garantia a atuar "no processo" e, mais do que isso, vem a preencher um espaço que sempre foi ocupado pelo direito ao processo insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Este princípio, que autoriza ao Poder Judiciário o exame de ameaças ou lesões a direitos e desconhecido do common law, sempre serviu como fundamento à permitir o controle de razoabilidade das leis, anteriormente ao advento da Constituição democrática que, pela primeira vez em nossa história constitucional,

<sup>31</sup> Nesse sentido é a lição de Alexy, que vale transcrever: "Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Se o titular do direito fundamental *a* tem um direito em face do Estado (*s*) a que o Estado realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, em relação a *a*, o dever de realizar *h*. Sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito." (ALEXY, 2008, p. 444)

<sup>32</sup> Similar parece ser a compreensão sobre o tema de ilustre jurista alemão: "b) Ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos que, por casa de sua atualização, são garantidos, corresponde seu significado jurídico-objetivo como elementos da ordem jurídica total da coletividade, pela qual o status do particular é organizado, delimitado e protegido, que, porém, por sua vez, primeiro pode ganhar realidade quando ela, pela atualização dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, é cumprida com vida." (HESSE, 1998, p. 240).



previu o *dues proces of law*. Evidentemente que o direito ao controle de constitucionalidade das leis não surgiu apenas em 1988 na ordem jurídica brasileira, com o que é imprescindível que busque os reais contornos do devido processo legal, não podendo ser a mera substituição de função realizada por outro princípio ainda vigente em nossa ordem constitucional.

O devido processo legal é princípio que atua mesmo dentro do processo, sendo desnecessária e contrária ao texto constitucional a tentativa de se lhe extrair funções que sempre foram preenchidas com sucesso pelo direito ao processo e pelos postulados da razoabilidade e da legalidade.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ASCARELLI, Tullio. Processo e democrazia. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Padova, ano XII, n. 3, p. 844-860, set. 1958.
- ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 163, p. 50-59, set. 1998.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 01-13.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal**. Salvador: Podivm, 2008.
- CAENEGEN, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental**. Trad. de Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 351-368.
- CAPPELLETI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.



Entre o direito ao processo qualificado e o devido processo...

- CAPPELLETTI, Mauro. Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios processales en la actualidad. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 64, p. 148-159, set. 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **American Balancing and german proportionality**: the historical origins. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/atStaats>>. und Universitaetsbibliothck Hamburg. Acesso em: 17 jan. 2013.
- COUTURE, EDUARDO J. La garanziacostituzionale del 'dovuto processo legale'. In: **Rivista di diritto processuale**. Volume IX, parte I. Padova: Cedam, p. 81-101, 1954.
- DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando. Interpretação jurídica e ideologias: o escopo da jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coord.). **Constituição, jurisdição e processo**: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. p. 429-459.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FIX-ZAMUDIO, Hector. **Constitución y proceso civil em Latinoamérica**. México: Unam, 1974.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- GUASP, Jayme. **Concepto y metodo de derecho procesal**. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 15-28.
- GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 8.
- LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. **Revisita da Ajuris**, Porto Alegre, ano 10, n. 28, p. 07-14, jul. 1983.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme processual nel codice civile. In: \_\_\_\_\_. **Problemi del processocivile**. Milano: Morano, 1962. p. 155-173.



- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.
- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O princípio do devido processo legal revisitado. **Genesis**: revista de direito processual civil, Curitiba, n. 34, p. 798-820, out./dez. 2004.
- MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e Estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Max Limond, 1970. v. 1.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- TARUFFO, Michele. L'insegnamento accademico del diritto processuale civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, ano L, n. 2, p. 551-557, giugno 1996.
- TESHEINER, José Maria Rosa. Reflexões politicamente incorretas sobre direito e processo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano 35, n. 110, p. 187-194, jun. 2008.
- WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: EJEJA, 1977. v. 1.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 63, p. 54-63, 1991.
- YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.



# JURISDIÇÃO E(M) CRISE: UM RETRATO DA AMÉRICA LATINA, BRASIL E EUROPA<sup>1</sup>

JURISDICTION IN CRISIS: A PICTURE OF LATIN AMERICA, BRAZIL AND EUROPE

*Bruno Anunciação das Chagas<sup>2</sup>*

## Resumo

O presente ensaio realiza um estudo acerca da jurisdição civil no Brasil, buscando comparações com a América Latina e a Europa, a partir de dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), *Commission Européenne Pour l'Efficacité de la Justice* (CEPEJ) – *European Commission For The Efficiency Of Justice* –, *World Bank* e *Centro de Estudios de Justicia de las Américas* (CEJA), tendo a finalidade de demonstrar uma crise de acesso à Justiça, cuja solução reside na fomentação de técnicas extraprocessuais de resolução de litígios e na promoção da conciliação/mediação judicial, como as experiências americana, inglesa e alemã sugerem.

**Palavras-chave:** Jurisdição. Crise. Acesso à Justiça. Conciliação. Mediação.

## Abstract

This paper conducts a study about the civil jurisdiction in Brazil, seeking comparisons with Latin America and Europe, from data of the National Council of Justice (CNJ), Institute of Applied Economic Research (IPEA), *Commission Européenne Pour l'Efficacité de la Justice* (CEPEJ) – *European Commission for The Efficiency of Justice* – *World Bank* and *Centro de Estudios de Justicia de las Americas* (CEJA), and aims to demonstrate a crisis of access to justice, whose solution lies in fostering the extra-procedural techniques of dispute resolution and promoting judicial conciliation/mediation, as the american, english and german experiences suggest.

**Keywords:** Jurisdiction. Crisis. Access to Justice. Conciliation. Mediation.

<sup>1</sup> Submetido em 20/12/2013, pareceres emitidos em 19/01/2014 e 19/03/2014, aprovação comunicada em 15/05/2014.

<sup>2</sup> Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). E-mail: <adv.brunochagas@gmail.com>.



## 1 A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ: UMA BREVE INTRODUÇÃO

Em 5 de outubro de 1988 foi promulgado um dos textos normativos mais avançados no que diz respeito à tutela dos direitos humanos de uma sociedade, isto é, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

A Constituição Cidadã rompeu de uma vez por todas com o mais tenebroso período da história brasileira – a ditadura militar (1964-1985) – e com tantos outros anos de uma sociedade marcada pela antidemocracia e maculada por uma, então, crescente desigualdade social e concentração do poder nas mãos de poucos e – o pior – para poucos.

Indubitavelmente, a Carta Magna brasileira representa um dos maiores avanços já alcançados no que tange à democracia no Brasil, pois reconhece a predominância dos direitos humanos nas relações interpessoais, erguendo a dignidade da pessoa humana ao patamar de princípio fundamental da República Federativa brasileira, o acesso à justiça a direito e garantia de todos os cidadãos, dentre tantas outras inovações abarcadas pela Lei Maior.

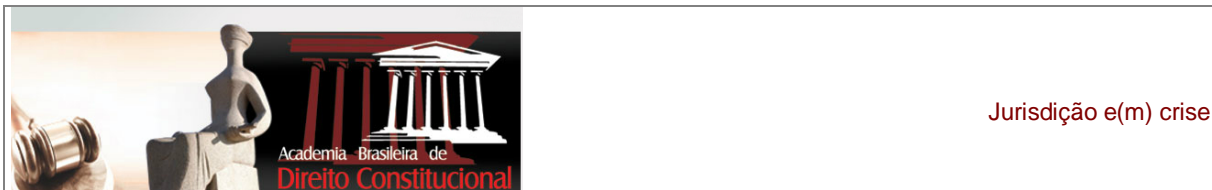
Nos últimos anos, contudo, tem-se percebido que o Poder Judiciário não tem conseguido (cor)responder com provimentos judiciais à quantidade de demandas que lhe são propostas, colocando em xeque sua capacidade de dirimir controvérsias e a própria Carta Constitucional.

Neste âmbito, o presente ensaio pretende realizar um estudo comparado da jurisdição civil na América Latina, Brasil e Europa, com o escopo de verificar quais as possíveis soluções para o problema.

## 2 JURISDIÇÃO E(M) CRISE

### 2.1 Origem e conceito de jurisdição

Oh, Deus meu! Que encanto! Era o primeiro som de voz humana, que não a minha, que estava a ouvir depois de vinte e tantos anos!  
Quando deixamos a gruta, não mais havia sinal dos selvagens, de modo que fomos para casa, subindo a paliçada por uni (sic) cipó, porque a escada ficara para o lado de dentro.



Meu escravo ficou deslumbrado. Logo, comecei a falar-lhe, e ele, aplicadamente, foi aprendendo. A primeira palavra que lhe ensinei foi o nome que lhe dei: Sexta-Feira (DEFOE, 2000, p. 58).

Certamente, a origem da jurisdição se coaduna com a origem da sociedade, haja vista que só haveria necessidade de dizer o direito de/a alguém se existir, no mínimo, duas pessoas cobiçando algo em comum. Em outras palavras, só existe Direito em uma sociedade (ainda que pequena), o que coaduna com o brocardo latino *ubi jus ibi societas*.

Para Robinson Crusóé, o Direito começou a existir naquela ilha no exato momento em que encontrou o personagem Sexta-Feira. Antes daquela ocasião, não existia o Direito naquela terra insulada, porque, se este existe para regular as relações interpessoais (controle social), não haveria necessidade de sua existência quando Robinson ainda estava solitário na ilhota, pois poderia ter tudo o que quisesse sem qualquer resistência à pretensão por parte de outrem.

Ao existir sociedade, passa-se a haver conflitos (de interesses) e, portanto, a necessidade de se criar regramentos para regular a vida em comunidade. Com o surgimento do(s) direito(s), a “jurisdição”, que, etimologicamente (ÁVILA, 1972, p. 117), quer dizer o ato de dizer (*dicere*) o direito (*juris*), ganha foco.

Segundo a concepção exegética do termo, qualquer um que dissesse (quem tem) o Direito exerceria a jurisdição. Nota-se, desta forma, que este critério de jurisdição não vigora mais nos dias atuais, pois, com o fortalecimento do Estado, este tomou para si o poder de dizer quem possui o direito em determinado litígio e o *dicere* somente pode ser exercido através de alguém que tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz (princípio da investidura) (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2010, p. 155). Trata-se, portanto, de um monopólio estatal. Contudo, nem sempre foi assim.

## 2.2 Fases da jurisdição

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 27) relatam que nas fases primitivas da civilização dos povos, “inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas





dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares”. Não havia, portanto, um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares).

Destarte, nesta sociedade primitiva quem pretendesse alguma coisa que outrem se opusesse haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. A esse estágio germinativo da jurisdição a doutrina denominou de autotutela (ou autodefesa).

Quando se tratava de reprimir atos criminosos se fazia em regime de vingança privada, fazendo-se justiça de maneira parcial e com sua própria força, cultura infelizmente perdurada residualmente até a presente data pelos conhecidos atos de linchamento.

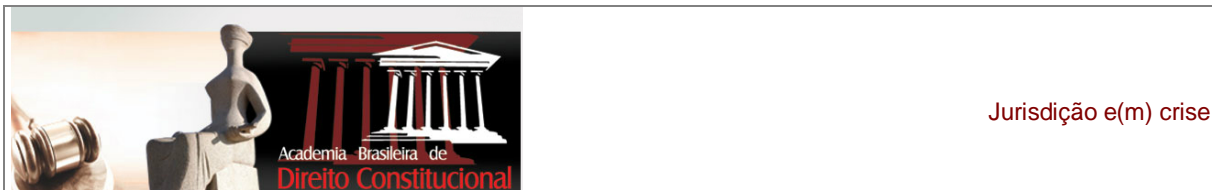
Ainda na sociedade primitiva, além da autotutela, outra solução possível seria através da autocomposição que poderia se dá através de três formas: a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) transação (concessões recíprocas).

Todavia, quando a autocomposição não lograva em êxito, a autotutela não se mostrou, com o tempo, meio adequado para dirimir controvérsias, uma vez que a virilidade não é algo eterno e quem tinha poder no hoje poderia não ter no amanhã.

Assim, pouco a pouco, os indivíduos foram notando os males de um sistema de resolução parcial dos seus conflitos e passaram a escolher pessoas de sua confiança mútua e imparciais para resolver as insatisfações, os quais ficaram conhecidos como árbitros.

A função arbitral, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados.

Em verdade, os regimes de resoluções de conflitos da sociedade primitiva eram bastante falhos. Na autotutela, por exemplo, aquele que impõe ao adversário uma solução não cogita de apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência de um direito, satisfazendo-se tão somente pela força, realizando,



através desta forma, sua pretensão. Ao passo que na autocomposição e na arbitragem, ocorria o inverso, isto é, limitava-se a fixar a existência ou inexistência de um direito, restando o cumprimento da decisão dependendo da imposição de solução violenta e parcial (autotutela).

Neste contexto histórico narrado, imprescindível seria a criação de um ente hábil a proferir uma decisão imparcial e que fosse imposto às partes o seu cumprimento.

Sendo assim, mais tarde, à medida que o Estado foi se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares mediante a invasão de sua antes indiscriminada esfera da liberdade, nasceu, também gradativamente, a sua tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos, consolidando-se como o ente esperado pela sociedade para se incumbir da árdua tarefa de dizer o direito e impor o cumprimento de suas decisões.

Hoje, pela jurisdição, os juízes agem em substituição às partes, que não podendo fazer justiça com as próprias mãos (por vedação estatal à autodefesa), não tem outro meio de agir, senão a possibilidade de fazer agir, mediante provocação ao exercício da função jurisdicional monopolizada pelo Estado, a qual, pelo fato de ser exercido através de processo, pode ser conceituada como “instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado” (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2010, p. 29).

É claro que a evolução da jurisdição não se deu de maneira linear, límpida e nítida. A história das instituições faz-se com marchas e contramarchas, entrecortada, frequentemente, de retrocessos e estagnações, de modo que o progresso da *juris dicere*, descrito acima, constitui apenas uma análise macroscópica da tendência no sentido de chegar ao Estado todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas.

Nos dias de hoje, a doutrina (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2010, p. 30) entende que jurisdição pode ser conceituada como a “capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões” às disputas das pessoas. Assim, atribuem-se ao papel da jurisdição as teorias de Chiovenda (1969, p. 50), que sustenta a função de atuar a vontade concreta da lei, e de Carnelutti (2004, p. 371), o qual aduz que o juiz cria a norma individual para o caso concreto – relacionada com



a tese da “justa composição da lide” – que, mesmo após aproximadamente cem anos, ainda são os ensinamentos mais aceitos na doutrina pátria (MARINONI, 2012, p. 21).

Fundamentando no preceito carnelutiano<sup>3</sup> de que, ao se acabar a lide (inclusive, pela força), tem-se a volta da paz social, Grinover (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2010, p. 30) esteia que o escopo magno da jurisdição é pacificação social<sup>4</sup>. E talvez a crise da jurisdição esteja pautada na utopia de que o processo é o meio apto à persecução daquele fim, conforme se demonstrará estaticamente a seguir.

### 2.3 Dados de uma crise: comparação entre América Latina, Brasil e Europa

Sabe-se que a tutela jurisdicional, enquanto imposição da vontade estatal em substituição à cobiça das partes, necessita de um meio propício para ser gerada, entregue e capaz a impor a observância dos ditames legais aplicados ao caso concreto. E este instrumento é o processo.

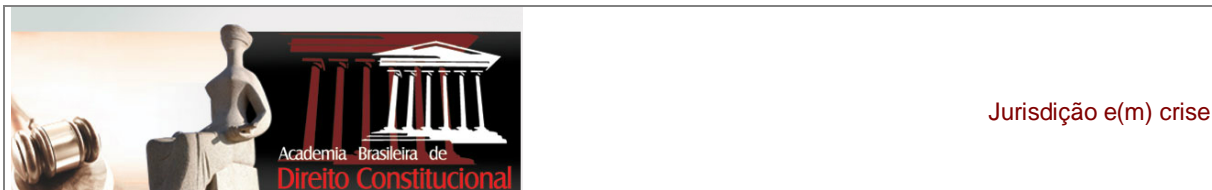
Diz-se que processo “é um instrumento a serviço do direito material” (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2010, p. 46)<sup>5</sup> e, apesar de não possuir fim em si mesmo (pois é meio pelo qual se obtém a prestação jurisdicional), não se pode olvidar que possui uma finalidade: garantir aos litigantes o direito de ação e exceção

---

<sup>3</sup> Para Carnelutti, a lide é um fenômeno metajurídico e, ao se acabar com ela (podendo-se, inclusive, resolver pela força) tem-se a volta à paz social, daí o processo ter este escopo de busca da paz social, constituindo a composição do litígio não “um fim em si mesmo, e sim um meio para a proveitosa convivência social. E esta eficácia sua pode se explicar de dois modos: enquanto a composição se extinga, dentro do possível, a aversão entre os litigantes, que contém um gene anti-social e, enquanto, por meio do exemplo, induza a outros litigantes à composição espontânea de conflitos análogos”. (CARNELUTTI, 2004, p. 371)

<sup>4</sup> Contrapondo este entendimento, faz-se mister transcrever a brilhante lição de Marinoni: “No atual estágio dos nossos estudos, parece não ser adequado concluir que a jurisdição se caracteriza pelo fim da pacificação social. É preciso, antes de tudo, analisar de que forma esse fim é obtido, ou melhor, verificar a legitimidade do poder de resolução dos conflitos e das decisões destinadas a regulá-los. Sem isso estaríamos aceitando que todo poder direcionado à pacificação social é um poder jurisdicional e, assim, para dizer o mínimo, igualizando a jurisdição do Estado legislativo com a jurisdição do Estado contemporâneo”. (MARINONI, 2012, p. 112).

<sup>5</sup> Dinamarco (2009, p. 177-258) complementa o entendimento de Grinover, apontando que o processo tem escopos sociais (paz social), políticos (poder/controlado social) e jurídicos (tutela de pessoas, e não de direitos).



(defesa) de maneira igualitária e regrada (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2010, p. 87-88), assegurando, desta forma, o acesso à justiça.

Mas que justiça é esta? Trata-se de acesso a uma justiça formal (eliminação simbólica do conflito, por meio de uma decisão judicial que, de maneira mágica, põe termo ao litígio) ou à justiça material (eliminação real do conflito, por meio da solução que satisfaça os litigantes)?

Pode-se afirmar que a jurisdição não tem logrado êxito em sua finalidade, tendo um motivo bastante simples para tal frustração: o processo (judicial) não possui a dita natureza pacificadora.

O processo é necessariamente formal<sup>6</sup> (muito embora aqueles que o operam não devam ser formalistas), porque as suas formas constituem o modo pelo qual as partes têm a garantia de legalidade e imparcialidade no exercício da jurisdição (princípio da legalidade, devido processo legal: art. 5º, LIV, da CRFB/88).

No processo, as partes têm o direito de participar pedindo, requerendo, respondendo, impugnando, provando, recorrendo e etc. Trata-se das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88), incluindo-se, também, o direito das partes ao diálogo com o juiz, sendo este obrigado a participar mais ou menos intensamente do processo, decidindo sobre pedidos e requerimentos das partes, tomando iniciativa da prova em certa medida e fundamentando suas decisões (art. 93, IX, da CRFB/88).

Tudo toma tempo e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora, pois a permanência de situações indefinidas constitui fator de angústia e infelicidade pessoal.

Ao lado da duração do processo (que compromete tanto o processo – e direito – penal, civil e trabalhista), o seu custo constitui outro óbice à plenitude do cumprimento da função pacificadora através dele.

---

<sup>6</sup> O processo necessita ser formal, pois esta é a maneira de “delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais” (OLIVEIRA, 2012, p. 02). Nesse sentido, a teoria da instrumentalidade do processo liderada por Dinamarco (2009) e consubstanciada (genericamente) no art. 244 do Código de Processo Civil precisa ser reinterpretada pelo formalismo-valorativo de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (OLIVEIRA, 2012, p. 02), segundo o qual não se pode desconsiderar totalmente a forma quando esta constitui garantia de um processo justo e democrático.



O processo civil tem se mostrado um instrumento<sup>7</sup> caro, seja pela necessidade de antecipar custas ao Estado (os preparos), seja pelos honorários advocatícios, seja pelo custo às vezes bastante elevado das perícias. Tudo isso, como é perceptível à primeira vista, concorre para estreitar o canal de acesso à justiça através do processo.

Dados do relatório da “Justiça em Números” (BRASIL, 2010), referente ao ano judiciário de 2009, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ajudam a responder a pergunta.

Utilizando-se somente a Justiça Estadual como parâmetro, segundo o estudo citado, analisando o ano de 2009, o Brasil possuía 6,2 (seis vírgula dois) magistrados por 100.000 (cem mil) habitantes. (BRASIL, 2012, p. 185). Enquanto a média dos países europeus, por exemplo, é de 21,6 (vinte e um vírgula seis) magistrados por 100.000 (cem mil) habitantes (FRANÇA, 2012, p. 176).

A quantidade de magistrados por 100.000 (cem mil) habitantes, no Brasil, está abaixo da média da América Latina que anota 08 (oito) juízes pela mesma quantidade de pessoas (WORLD BANK, 2011. p. 27).

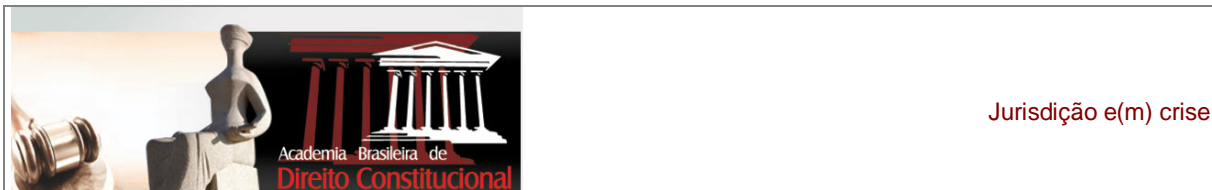
A partir deste dado, pode-se dizer que, enquanto na Europa há 01 (um) juiz para 4.629 (quatro mil, seiscentos e vinte e nove) pessoas, aproximadamente, no Brasil, 01 (um) juiz estadual presta jurisdição a 16.129 (onze mil e quatrocentos e noventa e quatro) pessoas, aproximadamente.

No quesito litigiosidade geral, a proporção de casos novos por habitantes alcança numerário alarmante. O estudo do CNJ aponta que, só na Justiça Estadual, em 2010, foram gerados 8.641 (oito mil, seiscentos e quarenta e um) casos novos por 100.000 (cem mil) habitantes.

Na Europa, a quantidade de casos novos por 100.000 (cem mil) habitantes é, em média, 2.738 (dois mil, setecentos e trinta e oito) (FRANÇA, 2012, p. 178), na

---

<sup>7</sup> O termo utilizado não guarda relação com a teoria da instrumentalidade do processo de Dinamarco (2009), pois o processo civil se encontra em estágio mais avançado, qual seja o formalismo-valorativo que não despreza (totalmente) a forma por entender ser garantia de um processo constitucional, o chamado neoprocessualismo (CAMBI, 2011). Sabe-se, porém, que o processo ordena a jurisdição, ditando como se proceder para a formação da tutela jurisdicional. Nesse sentido, a palavra empregada tem condão de representar o trâmite de toda essa ação.



América Latina, a média é de 4.810 (quatro mil, setecentos e trinta e oito) (CHILE, 2010, p. 44).

Conjugando estes dados (a quantidade de juízes e de casos novos pelo mesmo número de pessoas – cem mil habitante), pode-se concluir que, na Europa, têm-se mais magistrados (21,6) para julgar menos casos novos (2.738).

No estudo do CNJ, examinou-se, de maneira geral, que, no ano de 2011, tramitaram um total de 90 (noventa) milhões de processos no Poder Judiciário, sendo que, deste quantitativo, 71% (setenta e um por cento) – 63 (sessenta e três) milhões – já estavam pendentes desde o início do ano e os 26 (vinte e seis) milhões restantes ingressaram durante o ano (BRASIL, 2012, p. 448).

Com efeito, o Poder Judiciário pátrio começou o ano de 2011 com 63.301.897 (sessenta e três milhões, trezentos e um mil e oitocentos e noventa sete) processos e findou o ano com 63.515.726 (sessenta e três mil, quinhentos e quinze mil e setecentos e vinte e seis) demandas, ou seja, terminou com 213.829 (duzentos e treze mil e oitocentos e vinte e nove) processos a mais do que quando começou (BRASIL, 2012, p. 450).

Assim, a quantidade de processos baixados, a qual foi recorde, não acompanhou a quantidade de novos casos ingressados no Poder Judiciário no ano de 2011, comprovando que a litigiosidade da população ainda é crescente, o que deixou a taxa de congestionamento alcançar 71,2% (setenta e um vírgula dois por cento) em dados totais do Poder Judiciário.

Destarte, sob o enfoque organizacional, demonstrou-se que o processo civil está longe de satisfazer os usuários da Justiça brasileira, contudo interessante ainda é verificar se o processo é viável sobre o prisma econômico e temporal.

Segundo estudo do CNJ, cada caso novo, na Justiça Estadual, custa, em média, a quantia de R\$ 1.346,00 (um mil trezentos e quarenta e seis reais) (BRASIL, 2012, p. 20) ao Erário.

Em novel levantamento do CNJ, datada agosto de 2013, relata-se que o tempo de solução do litígio, nos Juizados Especiais Federais e suas Turmas Recursais, não excedem 03 (três) anos, ao passo que na Justiça do Trabalho, os julgamentos, em cada instância, não superam 04 (quatro) anos, em média (BRASIL,



2013). Nos tribunais estaduais, a duração sobe para 05 (cinco) anos em cada grau de jurisdição (EUZÉBIO, 2013, p. 01).

Na Europa, um processo em 1º (primeiro) grau é concluído no tempo médio de 287 (duzentos e oitenta e sete) dias – ou seja, 09 (nove) meses, aproximadamente –, caso o processo seja litigioso, e 122 (cento e vinte e dois) dias quando não é litigioso – isto é, 04 (quatro) meses, aproximadamente (FRANÇA, 2012, p. 184).

No contexto brasileiro, o fator preponderante para a falta de êxito do Poder Judiciário em solucionar os casos que lhes são propostos é, sem dúvidas, a alta taxa de litigiosidade<sup>8</sup>.

O Brasil tem conseguido baixar a quantidade de processos que entram (casos novos), mas a necessidade de se analisar fatos e provas para o julgamento de cada caso torna impossível diminuir o estoque processual dos tribunais, restando hoje ao Poder Judiciário a tarefa de não permitir que o número de processos estocados aumente.

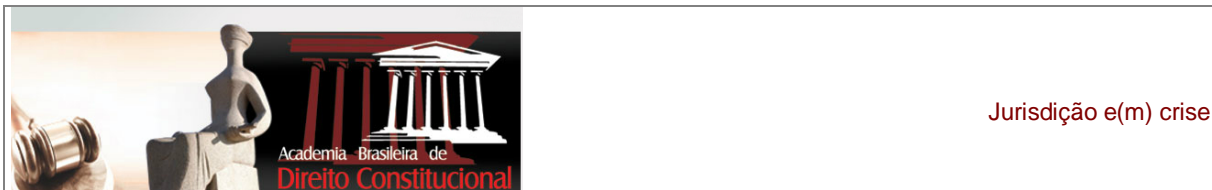
*Mutatis mutandis*, a Justiça (como um todo) não tem conseguido diminuir a quantidade de processos das escrivanihas, ocasionando um verdadeiro ciclo interminável: a morosidade.

Em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2011), veiculada em 31 de março de 2011, através do Comunicado nº 83 do Ipea, foi-se assinalado que um processo de execução fiscal possui o tempo médio total de tramitação de 8 (oito) anos, 2 (dois) meses e 9 (nove) dias e possui um custo médio de R\$ 4.368,00 (quatro mil, trezentos e sessenta e oito reais), ou seja, R\$ 1,58 (um real e cinquenta e oito centavos) por dia de tramitação.

A necessidade de se analisar fatos e provas para o julgamento de cada caso, torna humanamente impossível suprir tal demanda, restando hoje ao Poder Judiciário a infinda tarefa de enxugar gelo, realizando uma justiça apenas formal,

---

<sup>8</sup> Esta inferência é possível de ser feita na medida em que a população cresceu 1% (um por cento) em 2011, ao passo que a quantidade de casos novos aumentou em 7% (sete por cento) em relação ao mesmo período. (cf. BRASIL, 2012, p. 140)



haja vista que, como já dizia Rui Barbosa (1999, p. 40) no discurso de saudação aos novos advogados da Faculdade de Direito de São Paulo: “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Por este motivo, Jorge Ferraz Neto (2008, p. 44), verificando que as palavras de Barbosa se deram em 1921, assevera que a justiça brasileira não passa por uma crise, pois “crise continuada não é crise, mas mal crônico que precisa ser erradicado”.

A história da jurisdição demonstra que esta foi desenvolvida por uma questão de necessidade. O único meio de extirpar a autotutela era através de um instrumento que tivesse caráter substitutivo aos interesses das partes para que se fosse possível alcançar a imparcialidade e pudesse, concomitantemente, impor forçosamente o seu cumprimento para defesa (muitas vezes) de direitos fundamentais e humanos. Esta função foi se incorporando ao Estado ao passo que este ente foi se fortalecimento no decorrer do tempo.

Como dito em linhas pretéritas, “o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora” (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2010, p. 32) e a sensação de injustiça constitui fator de angústia e infelicidade pessoal, gerando um ciclo vicioso e interminável.

Para quebrar esse ciclo seria necessário suprir a demanda e para que se possa fazer isto muitos pensam, até mesmo os próprios magistrados, que o caminho mais correto seria aumentar o contingente de juízes, bem como aumentar o corpo de funcionários, melhorando, outrossim, as estruturas já existentes, todavia este raciocínio, que à *prima facie* seria o mais lógico, não se mostra como o mais viável.

No levantamento do Conselho Nacional de Justiça é descrito que, durante o ano de 2010, as despesas totais da Justiça Estadual somaram o montante de aproximadamente R\$ 23,9 bilhões, o que equivale a 0,65% (sessenta e cinco por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, 5% (cinco por cento) do gasto público dos Estados e a R\$ 123,57 (cento e vinte e três reais e cinquenta e sete centavos) ao ano, por habitante (BRASIL, 2012, p. 15).

Constatou-se, também, que o gasto com recursos humanos (incluindo-se aí as despesas com remuneração, proventos e pensão; benefícios e encargos; com





terceirizados e estagiários, bem como com outras despesas indenizatórias indiretas relacionadas ao tema) em relação à despesa total da Justiça Estadual, atinge o percentual de 86,5% (oitenta e seis vírgula cinco por cento).

A sondagem do CNJ verificou que, na Justiça Estadual, 01 (um) magistrado custa, aproximadamente, R\$ 2.000.323,00 (dois milhões e trezentos e vinte e três reais) ao Erário.

A receita obtida pelos Tribunais Estaduais não ajuda a resolver o impasse, pois, de acordo com o CNJ, aquela cobre apenas 34,6% (trinta e quatro vírgula seis por cento) da despesa total da Justiça Estadual.

Dito de outro modo, não é possível aumentar o contingente de servidores dos Tribunais Estaduais devido à vedação contida no art. 20, II, b, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/00)<sup>9</sup>.

Considerando os importantes elementos trazidos pelos estudos do CNJ, além de oneroso para as partes litigantes (adiantamento de custas processuais, depósitos recursais, pagamento de honorários advocatícios e periciais, dentre outras despesas), o processo (e a máquina Judiciária) se mostra igualmente dispendioso ao Estado, refletindo no bolso do contribuinte, o qual tem que pagar os seus impostos, a fim custear o Poder Público.

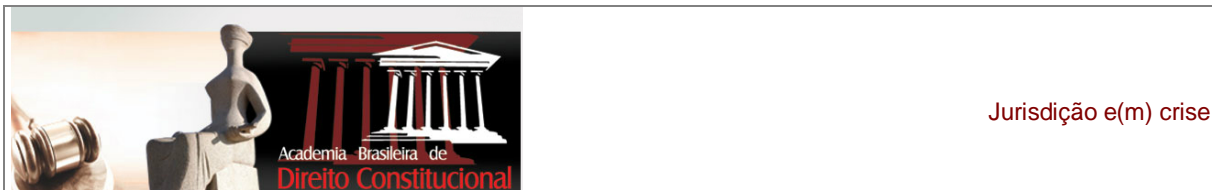
Em cores nítidas, percebe-se o processo não foi concebido para pacificar ninguém, pelo menos não da maneira que é conduzido nos dias de hoje. Basta notar que naquele sempre haverá uma parte vencedora e outra perdedora (ou vencida).

Certamente, o caminho a ser trilhado para quebrar esse ciclo de maneira menos onerosa e mais coerente não é aumentando a quantidade de servidores do Poder Judiciário (incluindo-se magistrados e serventuários), mas trabalhando o problema pela raiz, isto é, pela causa dele.

Deve-se, portanto, buscar constantemente a diminuição da litigiosidade na população, através de uma atuação mais próxima à sociedade, por meio de um trabalho de conscientização, com o escopo de que realmente haja uma pacificação

---

<sup>9</sup> A referida legislação não permite que o Poder Judiciário Estadual utilize mais de 6% (seis por cento) da receita líquida do Estado para o pagamento de pessoal.



social entre seus membros, uma verdadeira cultura de paz, como forma de enaltecimento e demonstração da cidadania.

## **2.4 Soluções adotadas no direito estrangeiro**

### **2.4.1 Estados Unidos da América (EUA)**

Nos anos de 1970 e 1980, assevera Davis, houve um surto de processos judiciais nos EUA: “Nossas cortes estavam abarrotadas. Evidentemente, todos os países do mundo, seja o Brasil, o Egito ou a China, estavam enfrentando o mesmo problema com seus tribunais”.

No território estadunidense, os casos levavam mais de 05 (cinco) anos para serem resolvidos pela Corte Judicial, em primeira instância. Além disso, os juízes, advogados e principalmente, os litigantes estavam ficando cada vez mais frustrados com a demora na resolução de suas disputas.

Conseqüentemente, a confiança no sistema judicial começou a perecer. A resposta mais rápida para esse problema foi construir mais salas de audiência e contratar mais juízes, mas o Congresso e as legislaturas nos Estados Unidos vetaram tal pensamento.

Portanto, nos EUA, no que diz respeito à resolução do problema dos atrasos, a reforma foi desenvolvida originalmente pelos próprios juízes e advogados. Inicialmente, eles não contaram com a legislatura para resolver o problema.

Em grande parte, a solução baseou-se no chamado “gerenciamento de casos”, o qual, na realidade, é algo muito simples e foi o ponto crucial para resolver, dentro da esfera do Poder Judiciário, os problemas com atrasos enfrentados pelos Estados Unidos.

Em poucas palavras, significa que o juiz controla sua sala de audiência e resolve os casos que lhe são apresentados. O magistrado, então, estabelece uma agenda rígida de quando as ações devem ser resolvidas; força os litigantes a trocar informações fatuais e a identificar questões legais fundamentais; preside as conferências de gerenciamento de casos, nas quais os litigantes devem se apresentar e relatar ao julgador onde se encontram no caso e como cumpririam os



prazos; finalmente, e mais importante, o juiz de gerenciamento de casos nos EUA – e isso se aplica tanto nas cortes estaduais como federais – exige que os litigantes usem algum meio “alternativo”<sup>10</sup> de resolução de litígios que são os *ADRs*, cujo significado é *Alternative Dispute Resolution*<sup>11</sup>.

P. Davis afirma que a modalidade mais aceita de *ADR* em quase todo o país é uma forma de mediação, podendo-se considerar como o resultado de um gerenciamento de caso, pois quando o juiz assume o controle deste e diz, geralmente no início do processo, “Litigantes, vocês têm de escolher um *ADR*. Eu não posso forçá-los a resolver o caso, mas vocês devem empregar algum meio alternativo de resolução de litígios” (DELGADO, 2003, p. 28), o mecanismo escolhido pela grande maioria dos conflitantes nos Estados Unidos é a mediação.

Edward explica que mediação, nos EUA, é um esforço de procurar resolver os litígios por meio de consenso mútuo entre os litigantes, os quais têm de concordar – no sentido de discricionariedade – em, assim, resolvê-lo.

A forma mais importante e mais eficiente de mediação nos Estados Unidos é a mediação com determinação judicial, em que o juiz articula: “Você mediará seu caso, é preciso mediá-lo” (DELGADO, 2003, p. 29). É aí que o gerenciamento de casos, mencionado anteriormente, é mais eficiente.

Finalmente, têm-se as chamadas “conferências de conciliação”, em que um juiz da corte, que não esteja envolvido no caso, conduz a mediação, sendo esta uma regra fundamental no direito estadunidense: o juiz que decidirá o mérito, não deve ser o mediador. Esse tipo de mediação está previsto no sistema judicial. É confidencial – assim como todas as outras mediações. Ao juiz da Corte – que julgará o mérito – só interessa saber se a mediação teve êxito ou não, não precisando de nenhuma informação além desta<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Há quem critique a difundida ideia trazida pela expressão “meio de resolução ‘alternativo’ de conflitos”, porque a autocomposição veio, historicamente, antes da heterocomposição de litígios. Assim, o meio “alternativo” de resolução de controvérsias seria a jurisdição, pois o regime de solução consensual é anterior àquela. Outra crítica que se faz ao emprego do vocábulo diz respeito ao fato de que as soluções consensuais dos conflitos (os quais são conhecidas como meios alternativos), na realidade, devem ser partes integrantes do Poder Judiciário, não podendo ser dissociadas deste. Neste sentido, cf. sales, 2003, p. 49-62 e 161-179.

<sup>11</sup> Pode ser traduzido como “Resolução Alternativa para a Disputa” (tradução livre).

<sup>12</sup> O motivo para tal regramento é para que os diálogos da mediação não sejam levados em consideração pelo magistrado que julgará o mérito da causa, o qual deve se ater tão somente ao



Para concluir as considerações acerca das *ADRs* americanas, torna-se imperioso salientar que a mediação privada nos EUA – em que os mediadores são, na maioria, juízes aposentados – é um setor que está em acentuado crescimento, existindo inclusive empresas independentes como, por exemplo, a *Judicial, Arbitration & Mediation and ADR Services – JAMS*<sup>13</sup> –, a maior organização privada de mediação dos Estados Unidos e provavelmente a mais conhecida<sup>14</sup>.

No ano 2000, a supracitada organização possuía 400 (quatrocentos) especialistas em *ADR*, a maior parte deles juízes aposentados que lidaram com mais de 20.000 (vinte mil) casos de *ADR* apenas naquele ano.

Por fim, os mediadores privados podem ser juízes aposentados ou promotores experientes que se especializaram em mediação. Normalmente, quando se opta por um mediador privado, os litigantes dividem os custos, que geralmente são alocados entre as partes.

O fator contrário à mediação privada nos EUA diz respeito ao fato de que ela se evidenciou muito cara, existindo alguns mediadores, cujas habilidades são tão bem conceituadas que, em casos mais complexos, seus honorários chegam a US\$ 800,00 (oitocentos dólares) por hora, mostrando-se uma profissão bastante lucrativa.

Da vasta gama de *ADRs* existentes nos Estados Unidos, mas principalmente a partir da mediação, observou-se que os benefícios naquele país são inerentes a todos os sistemas judiciais, independente de serem *civil law* ou *common law*, consuetudinário ou não, motivo pelo qual Davis acredita ser uma verdade universal.

A mediação no direito estadunidense se comprovou ser um método rápido naquela cultura, pois, com ela, casos que levariam anos para serem resolvidos conseguiram ser solucionados em um relativo curto período de tempo.

A título exemplificativo, dados fornecidos por Davis (p. 32-33) apontam que: a) na corte federal do norte da Califórnia, 90% (noventa por cento) dos casos são resolvidos antes do julgamento. A maioria deles por meio de algum tipo de

---

que está contido no bojo processual, caso não seja obtida a autocomposição, a fim de que a imparcialidade do julgador não seja maculada.

<sup>13</sup> Sigla em inglês para Serviço de Administração e Mediação Judicial.

<sup>14</sup> Para saber um pouco mais, recomenda-se a visitação do sítio virtual do JAMS. Disponível em: <<http://www.jamsadr.com/>> Acesso em: 3 out. 2012.



mediação; b) na Corte Superior de San Diego, uma corte estadual no sul da Califórnia, 95% (noventa e cinco por cento) dos casos são resolvidos por mediação antes do julgamento; c) mediadores privados como o JAMS informam que 90% (noventa por cento) de seus casos são resolvidos por meio de mediação.

Faz-se mister imaginar o efeito da reforma que o gerenciamento de casos fez nos Estados Unidos. Interessante salientar dois levantamentos importantes sobre esta estatística: uma, obviamente, é a alta taxa de resolução, de eficácia da mediação; a segunda é que as estatísticas são muito semelhantes – 90% (noventa por cento), ou até mais, de sucesso.

No norte da Califórnia, tinha-se um atraso de 05 (cinco) anos antes de se instituir o gerenciamento de casos e a *ADR* obrigatória (mediação com determinação judicial). No ano de 2001, o tempo de resolução de um caso naquela região caiu de 05 (cinco) anos para 07 (sete) meses.

Por fim, com intuito de complementar a reforma implementada no sistema de justiça americano, as universidades, como *Harvard Law School*, instituíram em suas estruturas físicas, em convênio com o Poder Judiciário americano, clínicas de conciliação, mediação e arbitragem. No caso da universidade de Harvard, por exemplo, esse programa foi denominado *Program On Negotiation*, na sigla americana *PON*<sup>15</sup>, tendo sido esta integração uma das razões do sucesso da reforma na justiça estadunidense.

#### 2.4.2 Inglaterra

Neil Andrews (2012, p. 53) assevera que o código processual de 1998, as Regras de Processo Civil [*CPR* (1998)], também conhecidas por Reformas Woolf, concedeu aos juízes “abrangentes poderes, de forma a administrar o desenvolvimento do procedimento das ações civis, especialmente as grandes”.

Antes de 1998, o Código Processual Civil inglês evitava que o juiz administrasse o processo na fase anterior às audiências (*pre-trial*), embora o

---

<sup>15</sup> Para mais informações, recomenda-se visita ao sítio virtual da universidade. Disponível em: <<http://www.pon.harvard.edu/>>. Acesso em: 3 out. 2012.



gerenciamento de casos tenha surgido antes das reformas Woolf, como uma “técnica conveniente e necessária, principalmente junto à *Commercial Court*, que era parte da *High Court*” (ANDREWS, 2012, p. 53). Em verdade, as CPR objetivou mudar a cultura dos litígios perante tribunais ingleses, pois “saiu de um estilo antagônico [de processo] para um *ethos* mais cooperativo” (ANDREWS, 2012, p. 53).

As reformas Woolf, segundo relata Andrews, têm basicamente seis pilares: a) quase todas as ações civis inglesas, de primeira instância, são julgadas por juízes singulares. Sem o apoio de outros juízes nem de um júri civil (o julgamento por júri em casos cíveis é, agora, restrito a ações por responsabilidade civil, difamação, ação judicial mal-intencionada e prisão ilegal); b) grandes ações judiciais envolvem uma passagem segmentada por meio de várias fases e remédios intermediários e de pré-litígio; c) rígido sistema de pagamento de custas processuais pelo perdedor (*cost-shifting system*); d) controle da classe advocatícia através de especialistas para lidar com magistrados (*barristers*) e especialistas para lidar com as partes (*solicitors*); e) conscientização de que um acordo é sempre melhor que uma sentença, por isso raramente, na Inglaterra, os processos terminam desta forma; f) a necessidade de uma permissão da *Court* para recorrer à instância superior (ANDREWS, 2012, p. 55-56 e 92).

Apesar de Andrews classificar o código processual civil inglês em posição intermediária entre o robusto sistema americano e o tradicional sistema dos países da *Civil Law*, em que tudo se passa, predominantemente, perante o Judiciário, o sistema britânico não abandonou o caráter adversarial do processo.

O gerenciamento de caso das CPR – que necessita de um envolvimento judicial ativo do magistrado – não implica em participação excessiva por parte dos juízes durante o curso das provas, pois, segundo a *Court of Appeal*<sup>16</sup>, seria errado um juiz “arrogar-se uma função quase inquisitória”, dado que isto é algo “totalmente contrário ao sistema adversarial” (ANDREWS, 2012, p. 60).

Em outras palavras, no direito inglês, vige o princípio dispositivo, diferentemente do que tem ocorrido nas mudanças processuais brasileiras, em que o

<sup>16</sup> *Southwark London Borough Council v. Maamefowaa Kofiadu* [2006] EWCA Civ 281, em [148].



juiz tem ganhado mais autonomia no decorrer do processo civil, inclusive para gerenciamento das provas<sup>17</sup> (princípio inquisitivo).<sup>18</sup>

Até as *CPR* entrarem em vigor, os processos ingleses se baseavam no *adversarial principle*, ou seja, no “princípio do controle das partes”<sup>19</sup>. Depois das *CPR*, há muito menos espaço para que as partes controlem o desenvolvimento do caso, pois os tribunais passaram a ter expressivos poderes e deveres sobre a gestão de casos.

O papel do tribunal não se limita a orientar as atividades das partes na fase do *pre-trial* e a obter delas um espírito de cooperação processual. É possível que a corte também ameace, corrija e, em certa medida, puna as partes<sup>20</sup>.

Andrews (2012, p. 111), arremata que

A gestão de processos tem três funções principais: a de incentivar as partes a buscar a mediação, quando for o caso; em segundo lugar, a de evitar que a ação caminhe de forma muito demorada e ineficiente; e, finalmente, a de garantir que recursos judiciais sejam distribuídos proporcionalmente, conforme exigido pelo ‘Objetivo Preponderante’, na seção 1 das *CPR*. Isto exige que o juiz e as partes considerem a existência de outras demandas concorrentes, de outros litigantes que também buscam o acesso aos juízes, tidos como ‘escassos’ os recursos dos tribunais.

As *CPR* alistam várias espécies de condutas que correspondem à função de administrar os processos/procedimentos/casos. O elenco não pretende ser exauriente. Juízes, especialmente da primeira instância, têm as seguintes responsabilidades quanto a esta atividade de gestão: (a) cooperação e acordo: incentivar a cooperação entre as partes; auxiliar as partes a encontrarem um termo comum visando ao acordo do processo, parcial ou integralmente; incentivar a busca de meios alternativos de resolução de conflitos; se necessário, suspender a ação, de forma a permitir a busca por tais negociações ou discussões; b) determinar a relevância e prioridades: ajudar a identificar as questões do respectivo caso; decidir

<sup>17</sup> Como exemplo, têm-se a prescrição que pode ser declarada *ex officio* pelo juiz (art. 219, § 6º, do Código de Processo Civil) e as provas *ex officio* como as presentes nos arts. 342, 382, 418, 437, 440, todos do mesmo *Codex*.

<sup>18</sup> Nesse sentido, cf. DIDIER JÚNIOR, 2006, p. 263-337; GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2010, p. 71.

<sup>19</sup> A parte e seus advogados controlavam inteiramente a fase do *pre-trial*.

<sup>20</sup> As principais sanções são: a) pagamento de custas “adversas”; b) suspensões (de atividades) do processo; c) rejeição parcial ou total da acusação ou da defesa.



a ordem à qual estas questões devem submeter-se, para que se chegue a uma solução; decidir quais temas demandam um julgamento completo e quais podem ser julgados sumariamente; c) julgar sumariamente: decidir se uma audiência sumária deve ser iniciada; ou caso a ação ou defesa devam ser dispensadas por não apresentarem chances de sucesso; ou não admitir uma ação por causa de uma questão preliminar; excluir questões indenizatórias; d) manter o estímulo: estipular cronogramas e controlar o progresso das ações de outras formas; orientar corretamente, de modo a levar a ação para julgamento da melhor maneira e o mais rapidamente possível; e) regular gastos: decidir se uma das fases propostas na ação é economicamente viável ou não, considerar o volume da ação.

Lord Woolf, ao decidir o caso *Biguzzi v. Rank Leisure plc* [1999] 1 WLR 1926, 1934 F, CA, asseverou que “nos juízes deve ser depositada a confiança necessária para que exerçam a sua discricionariedade de forma justa... As [Appeal courts] não devem interferir, a não ser que os juízes possam via a utilizar seus poderes de forma contrária aos princípios relevantes” (ANDREWS, 2012, p. 112-113). A parte precisa obter autorização para recorrer de decisão proferida na atividade de gerir o procedimento, o que não é simples no direito inglês<sup>21</sup>.

As *Appellate Courts* têm por princípio respeitar as decisões proferidas pelos juízes na gestão de procedimentos, a não ser que estas estejam efetivamente erradas, como nos casos *Thomson v. O'Connor* [2005] EWCA Civ 1533 de [17] a [19], per Brooke LJ e *Three Rivers DC v. Bank of England* [2005] EWCA Civ 889. (ANDREWS, 2012, p. 113).

A consequência das CPR, em números, foi a drástica redução (e constante queda) das ações dentro do Poder Judiciário inglês. A título exemplificativo, em 2010, a *UK Supreme Court* recebeu da *Court of Appeal* apenas 68 recursos (INGLATERRA, 2010), enquanto o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu, no mesmo período, 109.681 (cento e nove mil, seiscentas e oitenta e uma) decisões, das quais 11.333 (onze mil e trezentas e trinta e três) foram colegiadas<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> A decisão relativa à permissão para recorrer exige a consideração quanto a “se a questão é significativa o suficiente para justificar os custos de um recurso”, “se as consequências processuais do recurso (por ex. perda do prazo para a respectiva audiência) excedem a significância da decisão de gestão de procedimento”, e se “seria mais conveniente determinar a questão durante ou depois da audiência”. (ANDREWS, 2012, p. 113)

<sup>22</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>>. Acesso em: 12 nov. 2013.





No comparativo dos anos 2009/2010, as *County Courts* inglesas receberam 14% (quatorze por cento) de processos a menos em 2010, mostrando que as *CPR* têm cumprido o seu papel (INGLATERRA, 2010).

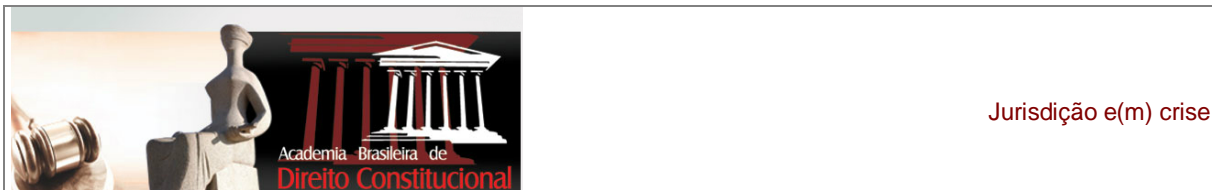
### 2.4.3 Alemanha

O Poder Legislativo Alemão, após inúmeras reformas no Código de Processo Civil, criou uma audiência extrajudicial ao início do procedimento ordinário, modificando assim a sistematização dos processos judiciais. O legislador buscou introduzir medidas que diminuíssem o espaço de tempo entre o início da demanda e a sentença definitiva.

Com isso, o Modelo de Stuttgart de Fritz Baur, em 1967, com grande êxito na República Federal da Alemanha, têm como característica fundamental o “estado quimicamente puro” (WATANABE, 2008, p. 08) da utilização dos princípios da oralidade e da imediatividade. Nesse modelo, o juiz tem o controle do processo, devendo se informar quanto aos pontos principais do conflito, ordenando o comparecimento pessoal das partes, para que haja, assim, contato direto entre elas e o juiz.

Em 2001 houve uma reforma no código processual civil alemão no qual inseriu-se a audiência *Güteverhandlung* (WEGEN; GACK, 2006, p. 08-10), que significa “boa negociação”, tornando-a obrigatória em todos os casos cíveis de primeira instância. Basicamente a *Güteverhandlung* é uma audiência extrajudicial, conduzida por um juiz togado, na qual se houver um acordo nascerá um título executivo judicial dotado de exigibilidade, porém se infrutífera tal audiência, converte-se o procedimento extrajudicial em judicial. Neste segundo procedimento o juiz é diverso, pois o que fora discutido na *Güteverhandlung* não poderá ser utilizado como prova na instrução do processo, evitando assim que as partes deixem de expor suas opiniões.

Os resultados foram que, em 88% (oitenta e oito por cento) dos casos, os litigantes saíram satisfeitos com a conciliação e os principais motivos para isto foi a resolução rápida da disputa (70% - setenta por cento), a prevenção de processos cansativos (53% - cinquenta e três por cento) e a concordância com a solução



alcançada (41% - quarenta e um por cento). E 48% (quarenta e oito por cento) dos litigantes aduziram que a composição amigável só foi possível devido à mediação (WATANABE, 2008, p. 09).

### 3 SOLUÇÕES PARA O CASO BRASILEIRO

A forma como a conciliação e a mediação são aplicadas no ordenamento jurídico pátrio pode – e deve – ser modificada, utilizando-se métodos mais adequados – a partir do estudo do direito estrangeiro e respeitando a cultura brasileira – para que as partes possam ter maior participação na solução de seu litígio, quando levado ao Poder Judiciário ou não, o que sobrelevaria a cidadania a patamar jamais alcançado na história brasileira.

No afã de solucionar a crise jurisdicional brasileira, reservou-se este título para expor as possíveis e viáveis soluções para o problema.

#### 3.1 Uma reforma no ensino jurídico

As ADRs americanas conseguiram solucionar algo em torno de 90% (noventa por cento) dos litígios antes que o Poder Judiciário pudesse proferir qualquer julgamento.

Questiona-se: Os litígios estadunidenses são diferentes dos brasileiros? Não. Nos EUA, as pessoas têm problemas envolvendo direito de família, responsabilidade civil, direito comercial, dentre outros, assim como no Brasil. Daí, indaga-se: por que, então, no direito brasileiro, o regime de autocomposição não tem mostrado resultados semelhantes aos constatados no estrangeiro?

Um juiz, por exemplo, é bacharel em Direito e, na grade curricular das universidades, em regra, não há qualquer formação voltada à resolução consensual de conflitos em sua vida acadêmica. Os graduandos de Direito são talhados para futuros confrontos de teses jurídicas nos Tribunais brasileiros. São preparados para postular<sup>23</sup>, para expor razões. E isto é demasiadamente intrigante.

---

<sup>23</sup> Os romanos denominavam a atividade do advogado no processo com o verbo *postular*. O brilhante jurista italiano Francesco Carnelutti (2009, p. 36) afirma que significado deste verbo é



Sobre este ponto específico, Carnelutti (2009, p. 53), com brilhantismo, destaca, *in verbis*:

O juiz, quando julga, estabelece quem tem razão; isto quer dizer: de que lado está a razão. Razão que é, e não pode ser mais que uma, a verdade; também, neste sentido, são equivalentes razão e verdade. Porém, como se explica, então, se a razão é uma só, que precisamente no processo, cada uma das partes expõe suas razões? As que o Ministério Público e o defensor expõem, quando discutem, são as razões pelas quais o primeiro pede a condenação e o segundo a absolvição. Como se concilia a unidade da razão com a pluralidade de razões? Como pode ocorrer que, de quem termina por não razão, dele possa dizer que expôs suas razões?

A verdade é que, socorrendo-se de novo da comparação, a razão se decompõe nas razões como a luz se decompõe nas cores e o silêncio nos sons. Do mesmo que não podemos enxergar toda a luz nem gozar de todo o silêncio, assim tampouco podemos nos apoderar de toda a razão. As razões são aquela fração de verdade que, a cada um de nós, parece ter nos alcançado. Quanto mais razões se exponham, tanto mais será possível que, juntando-as, alguém se aproxime da verdade.

Mediar é isso: juntar as razões (igualando razão e verdade) de cada uma das partes interessadas, a fim de que, por elas, seja encontrada a verdade e haja uma resolução do conflito de maneira justa, o que, certamente, pacificá-las-ia. Contudo, o advogado não raciocina desta forma.

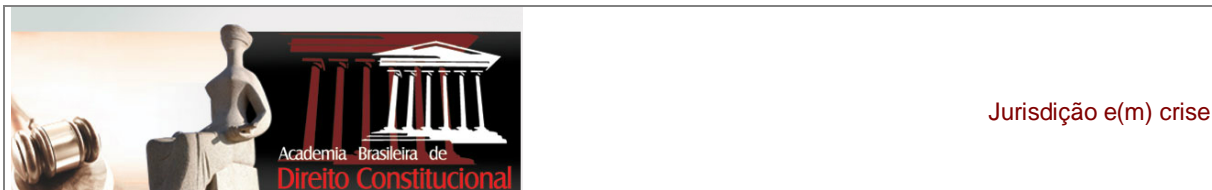
O advogado, que tem este termo proveniente do latim *advocatus, vocatus ad*, cujo significado é chamado a socorrer, ouvindo o seu cliente, pensa em como ganhar a causa através do direito material ou processual. Raramente há o pensamento, por parte do defensor, no sentido de pacificar as partes, exceto quando a causa está completamente perdida, situação em que, mesmo assim, não poucos patronos utilizam-se do processo para fins protelatórios.

Destarte, a primeira reforma necessária para que seja possível descongestionar o Poder Judiciário é uma mudança no ensino jurídico do Brasil, incluindo uma cadeira para a disciplina “regime de autocomposição e meios ‘alternativos’ de resolução de conflitos<sup>24</sup>”, ou seja, um estudo voltado ao ensino da

---

“pedir o aquilo que tem direito a ter”, o que agrava o peso do pedir, pois não deveria haver necessidade de pedir aquilo que há direito a ter, concluindo-se a necessidade de o próprio juízo a outrem, ainda quando tudo permitia crer que não haja razão para atribuir a outro uma maior capacidade.

<sup>24</sup> Apesar do termo “alternativo” não ser a palavra mais apropriada para designar o real significado do regime de autocomposição, é a expressão mais difundida no mundo jurídico nacional e



arbitragem e processo arbitral, mediação e conciliação, como formas de resolução efetiva e viável de conflitos, estudando-se seus respectivos princípios, diferenças e formas de aplicação.

O ensino desta disciplina faria com que os acadêmicos de Direito, ao ouvir os fatos contados por uma das partes, não fizessem um julgamento prévio de suas atitudes, mas simplesmente as tentasse compreender, até porque esta é a raiz da advocacia. Nesta esteira, Carnelutti (2009, p. 33) salienta:

Assim, as causas civis, mas sobretudo as causas penais, são fenômenos de inimizade. A inimizade ocasiona um sofrimento ou, ao menos, um dano com certos males, os quais, ainda mais quando não são descobertos pela dor, minam o organismo; por isso, da inimizade surge a necessidade da amizade; a dialética da vida é assim. A forma elementar da ajuda, para quem se encontra em guerra, é a aliança. O conceito da aliança é a raiz da advocacia.

O advogado deve se colocar na pele destes desgraçados para compreender sua terrível solidão e, com isto, sua necessidade de companhia. Companheiro, de *cum pane*, é aquele que parte conosco o pão. O companheiro se situa no mesmo plano daquele a quem faz companhia. A necessidade do cliente, especialmente do imputado, é esta: a de alguém que se coloque junto a ele, no último degrau da escala. (2009, p. 43)

A essência, a dificuldade, a nobreza da advocacia é esta: situar-se no último degrau da escala, junto ao imputado e o acadêmico de Direito deve aprender primeiro a ouvir e compreender a parte, sem realizar julgamentos prévios sobre quem tem razão ou não, sem pensar em teses jurídicas ou diplomas legais, sem refutar argumentações. Daí a importância da disciplina.

Ainda na reforma do ensino jurídico brasileiro, interessantíssimo seria a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania<sup>25</sup> ou Clínicas de Mediação<sup>26</sup> para funcionar em conjunto com o Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) das universidades, a fim de que fosse possível realizar conciliações e mediações extraprocessuais e pré-processuais nas próprias instituições acadêmicas, podendo as estruturas físicas das universidades serem utilizadas como extensões dos Tribunais, permitindo um acesso mais fácil dos jurisdicionados aos locais de

---

internacional. Citem-se como exemplos as nomenclaturas usadas pelo direito comparado: ADR, RAL ou RAC, em que a letra "A" dessas siglas faz menção ao vocábulo "alternativa".

<sup>25</sup> Nome dado pelo CNJ com base na Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010.

<sup>26</sup> Nomenclatura usada pela Universidade de Harvard (*Harvard Law School*).



audiência, uma vez que as mediações e conciliações judiciais poderiam ser realizadas lá.

A criação de uma disciplina voltada ao estudo do regime de autocomposição de conflitos e a implementação de um convênio entre as universidades e os Tribunais<sup>27</sup> seriam grandes passos para uma mudança de mentalidade na maneira de solucionar os litígios, facilitando a resolução do conflito de forma mais próxima da sociedade, uma vez que a audiência poderia ser realizada em sítio mais próximo ao domicílio das partes interessadas e, muitas vezes, mais perto do local ou objeto da lide, fazendo com que a sensação de pacificação social seja (melhor) experimentada pela população.

### 3.1.1 Desfazendo a cultura da sentença

A interpretação de justiça no direito grego se consubstanciava na figura do juiz. Com efeito, Aristóteles dizia que *“ir al juez, disse, es ir a la justicia; porque él os representa la justicia viva y personificada”* (COUTURE, 1979, p. 70).

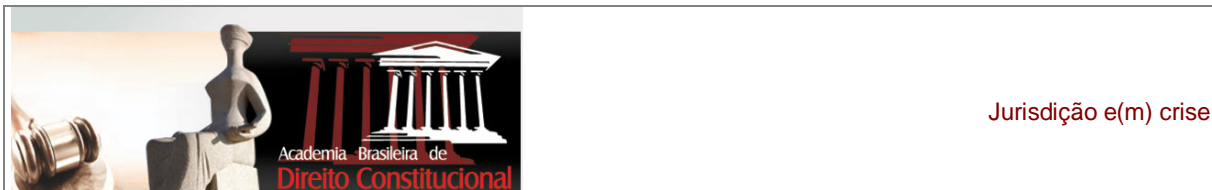
Longe de ser um puro pensamento de filosofia jurídica, a lei, no direito grego, era dirigida aos juízes, e não aos cidadãos. A sentença era vista como um veredicto. As leis eram objeto de prova, como qualquer outro fato jurídico, e inclinavam a balança da justiça a favor de quem podia provar sua existência (COUTURE, 1979, p. 70).

O veredito do pretor, no direito romano, era, portanto, uma norma, por isso que Monstesquieu caracteriza o juiz como *“la boca que pronuncia las palabras de la ley”* (COUTURE, 1979, p. 71).

Esta noção de que o magistrado é quem detém a palavras da lei (ou da verdade) forma parte da toda uma concepção política do direito que, por várias condutas, está projetada nos nossos dias.

A feição narcisista dos juízes e de suas decisões está impregnada no pensamento da sociedade brasileira. As pessoas preferem ir ao Poder Judiciário

<sup>27</sup> Tal convênio, nos EUA, foi realizado na Universidade de Harvard, por exemplo, desde 1980.



para ajuizar demandas que duram, em média, 05 (cinco) anos para ser julgadas em 1ª (primeira) instância (EUZÉBIO, 2010, p. 01) do que procurar um árbitro para dirimir a controvérsia.

É imperiosamente necessária uma mudança paradigmática. Precisa-se desmitificar a figura do juiz como um deus jurídico, pois outras pessoas podem ter uma resposta para resolver a controvérsia.

### **3.2 Uma modificação no procedimento adotado: o Novo Código de Processo Civil**

O sistema processual civil brasileiro prevê que o juiz da causa presidirá a audiência preliminar (de conciliação) e tentará conciliar as partes e, em não sendo isto possível, serão fixados os pontos controvertidos para a produção probatória.

O direito brasileiro não se preocupou com o fato das partes poderem se sentir intimidadas para tentarem uma conciliação com a presença de um juiz que julgará a causa no futuro<sup>28</sup>.

Nessa esteira, de bom grado seria uma mudança legislativa para que sistema processual brasileiro escolhesse a forma americana de proceder, retirando o juiz sentenciante da audiência conciliatória.

É com este sentido que o novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, e Projeto de Lei 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal) (BRASIL, 2013) pretende legalizar a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2013, p. 2) que, além de institucionalizar a conciliação e a mediação de maneira uniforme no Poder Judiciário brasileiro, o maior avanço será a retirada da figura do juiz sentenciante da audiência autocompositória<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> É uma questão lógica. Ora, se a parte propõe um acordo é porque, em um jogo de probabilidade, entende que possa vir a perder mais caso aguarde o desfecho do processo. Desta forma, caso o juiz que julgará a lide presida a audiência (e ouça uma proposta conciliatória) poderá pensar que quem a fez procedeu assim porque sabe que pode não ter razão em seu pleito. Por isso, a presença do juiz sentenciante na referida audiência pode ser uma fator intimidatório na tentativa de autocomposição.

<sup>29</sup> Com o Projeto, ela passa a ser presidida pelo conciliador e mediador, onde houver, privilegiando a confidencialidade do ato e a imparcialidade do magistrado.



Importante seria, no Brasil, a promulgação de uma lei para disciplinar o gerenciamento de caso, a fim de não macular o devido processo legal e o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (impossibilidade de negativa de prestação jurisdicional).

#### 4 CONCLUSÃO

Dados da América Latina e Europa mostram que o Poder Judiciário brasileiro está muito aquém em relação àquelas regiões no que diz respeito à quantidade e qualidade da prestação jurisdicional.

Deve-se implementar (o quanto antes) políticas públicas tendentes a viabilizar o uso da conciliação e mediação intra e extraprocessual, com o escopo de permitir um verdadeiro acesso à Justiça aos cidadãos desta nação, os quais são violados cotidianamente por cada dia/mês/ano que seus processos judiciais se arrastam em nossas Cortes pátrias.

Uma reforma legislativa no Código de Processo Civil para instituir o gerenciamento de caso e retirar o juiz sentenciante da audiência conciliatória pode ser um início para a solução do problema brasileiro de crise jurisdicional.

#### REFERÊNCIAS

- ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil**: Formas Judiciais e Alternativas de Resolução de Conflitos na Inglaterra. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ÁVILA, Fernando Bastos de. **Pequena Enciclopédia de Moral e Civismo**. Rio de Janeiro: Fundação Nacional de Material Escolar, 1972.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº 6.025/05 e 8.046/10, ambos do Senado Federal)**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/substitutivo-adotado-para-publicacao-final-nova-autenticacao-1>>. Acesso em: 13 set. 2013.



- BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Justiça em Números**. 7. ed. Brasília, 2010. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel\\_justica\\_numeros\\_2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2013.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Justiça em Números**. 8. ed. Brasília: [s.n], 2012. Disponível em: <[https://docs.google.com/uc?export=download&confirm=no\\_antivirus&id=0BxR2dZ\\_NKZKSR1o0VE9rUDhVTU0](https://docs.google.com/uc?export=download&confirm=no_antivirus&id=0BxR2dZ_NKZKSR1o0VE9rUDhVTU0)>. Acesso em: 11 set. 2013.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Metas Nacionais do Poder Judiciário 2013**. Brasília: [s.n.], 2013. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/Metas%20prioritarias%202013\\_11-09-2013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/Metas%20prioritarias%202013_11-09-2013.pdf)>. Acesso em 13 set. 2013.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, alterada pela Emenda nº 1, de 31 de janeiro de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico/Conselho Nacional de Justiça**, nº 219/2010, de 01/12/2010, p.2-14 e republicada no DJE/CNJ nº 39/2011, de 01/03/2011, Brasília, DF, p. 2-15.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Pillares, 2009.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. 1 v.
- CHILE. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro. **VII Seminario de Gestión Judicial “La inversión en justicia”**. Santiago: CEJA-JSCA, 2010. Disponível em: <[http://www.cejamericas.org/librosvirtuales/libro\\_VIISeminariodeGestionJudicial/index.html](http://www.cejamericas.org/librosvirtuales/libro_VIISeminariodeGestionJudicial/index.html)>. Acesso em: 12 set. 2013
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. 2 v.
- COUTURE, Eduardo Juan. **Estudios de Derecho Procesal Civil: La Constitución y el Proceso Civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1979. 1 v.
- DEFOE, Daniel. **Robinson Crusoe**. [S.l.]: Virtual Books, 2000. Disponível em: <<http://www.virtualbooks.com.br/v2/ebooks/pdf/00855.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2012.
- DELGADO, José *et al.* **Mediação: Um Projeto inovador**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: JusPODIVM, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- EUZÉBIO, Gilson Luiz. Judiciário já recebeu mais de 9 milhões de novos processos neste ano. **Portal CNJ**, Brasília, 11 set. 2013. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26252:metas-judiciario-ja-recebeu-mais-de-9-milhoes-de-novos-processos-neste-ano>>. Acesso em 13 set. 2013.





FERRAZ NETO, Jorge. **Curso de Prático de Arbitragem e Processo Arbitral**. Fortaleza: ABC Editora, 2008.

FRANÇA. Commission Européenne Pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ) – European Commission For The Efficiency Of Justice –. Conseil de l'Europe – Concil of Europe. **European Judicial Systems**: Edition 2012 (2010 data) Efficiency and quality of justice. Strasbourg: CEPEJ, 2012. disponível em <[http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2012/Rapport\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2012/Rapport_en.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

INGLATERRA. Ministry of Justice. **Judicial and Courts Statistics**. 2010. Disponível em:

<[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/217516/judicial-court-stats.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/217516/judicial-court-stats.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2013.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ipea). **Comunicado nº 83**. Brasília, mar. 2011. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331\\_comunicadoipea83.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf)>. Acesso em: 17 out. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo**. Disponível em: <<http://alvarodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2012/09/Formalismo-valorativo-no-Confronto-com-o-Formalismo-Excessivo.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2013.

SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). **Estudos Sobre Mediação e Arbitragem**. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Atlas, 2008.

WEGEN, Gerhard; GACK, Christine. Mediation in pending civil proceedings in germany: practical experiences to strengthen mediatory elements in pending court proceedings. **IBA Mediation Committee Newsletter**, 2006. Disponível em: <<http://www.jonlang.com/pdf/Mediation%20December.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2013.

WORLD BANK. **Improving The Performance of Justice Institutions**. Colombia: The World Bank, 2011. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTECA/Resources/librojusticialNG-cian.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2013.



# REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS

A Revista ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (ISSN 2177-8256, disponível em <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), com periodicidade semestral, está recebendo artigos, resenhas e ensaios inéditos em português, inglês e espanhol para a publicação do seu oitavo e nono números até **20 de Dezembro**, de acordo com as informações abaixo.

Cordialmente,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsável ([ilton@abdconst.com.br](mailto:ilton@abdconst.com.br))

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente ([rafael@abdconst.com.br](mailto:rafael@abdconst.com.br))

La Revista ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (ISSN 2177-8256, disponible en <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), con periodicidad semestral, está recibiendo artículos, reseñas y ensayos inéditos en portugués, inglés y español para la publicación de sus octavo y nonos número hasta **20 de Diciembre**, de acuerdo con las informaciones que se mencionan más abajo.

Un cordial saludo,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsable ([ilton@abdconst.com.br](mailto:ilton@abdconst.com.br))

Rafael dos Santos Pinto - Editor Asistente ([rafael@abdconst.com.br](mailto:rafael@abdconst.com.br))

The Law Journal ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (ISSN 2177-8256, available at <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), published every semester, is receiving original articles, reviews and essays in Portuguese, English and Spanish to



be published in its eighth and ninth editions until **December 20th**, according to the information below.

Cordially,

Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto – Assistant Editor (rafael@abdconst.com.br)

**Português - Linha Editorial:** o periódico científico ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** publica artigos, resenhas e ensaios inéditos nos âmbitos da teoria e da dogmática jurídica, privilegiando a perspectiva transdisciplinar e comparada, assim como de outros saberes, sobre Constituição, Economia e Desenvolvimento.

**Missão:** A missão da *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* é incentivar a produção de estudos das relações jurídico-constitucionais com a prática e o pensamento econômicos a partir da perspectiva democrática e da efetivação dos direitos fundamentais. Ainda, visa fomentar as discussões acadêmicas sobre o desenvolvimento econômico, jurídico, humano e social e uma leitura crítica da Escola *Law and Economics*.

**Avaliação dos Artigos:** Os artigos, resenhas e ensaios são analisados pelo Editor Responsável, primeiramente, para verificar a pertinência com a linha editorial da Revista. Posteriormente, é feito o *Double blind peer review*, ou seja, os trabalhos científicos são remetidos a dois professores-pesquisadores doutores, sem a identificação dos autores, para a devida avaliação de forma e de conteúdo. Quando houver um parecer pela aprovação e outro pela reprovação do artigo, poderá haver a submissão a terceiro parecerista para desempate, depois de exame pelo Editor Encarregado. Após a análise pelos pareceristas, o Editor Responsável informará aos autores o parecer negativo pela publicação ou requererá as alterações sugeridas pelos pareceristas. Neste caso, os autores deverão realizar as modificações, a



partir das alterações feitas, o Editor Responsável emitirá a opinião pela publicação ou não do texto. Em cada número poderão ser publicados até dois trabalhos (20% do total) de autores convidados, selecionados pelo Editor Responsável, de autoria de pesquisadores estrangeiros ou nacionais de grande renome com especial pertinência temática com a revista.

**Envio dos Trabalhos Científicos:** todos os artigos, resenhas e ensaios deverão ser enviados para o Editor Responsável da **Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Ilton Norberto Robl Filho e Editor assistente Rafael dos Santos Pinto, no endereço eletrônico **trabalhosabdconst@googlegroups.com**.

O email deve obrigatoriamente conter nome completo e dados para contato do autor. Deve ser enviado o trabalho em versão aberta (. doc e similares) bem como acompanhar os termos de cessão assinados disponível em: <http://www.abdconst.com.br/editais.php>

**Cessão de Direitos Autorais e Termo de Responsabilidade:** Os autores, ao submeterem seus trabalhos, aceitam plenamente o conteúdo do termo de cessão de direitos autorais, obrigando-se a assinar a via disponível no site, o que implica na transferência integral e não-onerosa dos direitos patrimoniais de seu trabalho à Revista. Os autores também assinarão termo de responsabilidade em relação ao conteúdo do trabalho e atestam que o trabalho submetido é inédito e não foi veiculado em outro periódico e que foram tomadas todas as precauções e procedimentos éticos cabíveis no curso da pesquisa.

**Identificação dos autores:** Os autores devem se identificar inscrevendo seu nome completo logo abaixo do título do artigo. Cada nome deve ocupar uma linha e possuir nota de rodapé com a qualificação completa do autor. A qualificação do autor deve obrigatoriamente conter: o vínculo institucional (instituição, cidade e estado) do autor e dados para contato (preferencialmente e-mail). Caso a pesquisa



tenha sido realizada com financiamento de instituição pública ou privada, o vínculo deve ser indicado na última linha da qualificação.

**Principais Normas Editoriais de Formatação:** os trabalhos serão redigidos em português, espanhol ou inglês e digitados em processador de texto Word.

Fonte para o corpo do texto: Times New Roman tamanho 13;

Fonte para as notas de rodapé e citações longas de mais de 3 linhas: Times New Roman tamanho 11;

Entrelinhamento para o corpo do texto: 1,5;

Entrelinhamento para as notas de rodapé e citações longas: 1,0;

Preferência ao uso da terceira pessoa do singular;

Estilo utilizado nas palavras estrangeiras: itálico;

Estilo utilizado para destacar palavras do próprio texto: negrito;

Número de páginas: no mínimo 10 e no máximo 30 páginas, justificado e com páginas não numeradas, podendo a juízo do Editor Responsável ser publicado artigo com mais de 30 páginas.

**Normas Editoriais de Estrutura do Texto:** os artigos, resenhas e ensaios deverão conter os elementos abaixo:

**Cabeçalho:** título, subtítulo, nome do(s) autor(es) – o número máximo de autores é três;

**Título:** deve ser claro e objetivo, podendo ser complementado por um subtítulo separado por dois pontos, em fonte maiúscula e minúscula, em negrito e centralizado;

**Nome do(s) autor(es):** indicação por extenso depois do título, alinhado à esquerda;

**Créditos:** qualificação e endereço eletrônico do(s) autor(es), em nota de rodapé;



**Resumo:** síntese do conteúdo do artigo de 100 a 250 palavras, incluindo tabelas e gráficos, em voz ativa e na terceira pessoa do singular e localizado antes do texto (ABNT – NBR 6028); expressar na primeira frase do resumo o assunto tratado, situando no tempo e no espaço; dar preferência ao uso da terceira pessoa do singular; ressaltar os objetivos, métodos, resultados e as conclusões do trabalho;

**Resumo em outra língua:** nos textos em português e espanhol, será apresentado um resumo em inglês. O Editor Responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução do resumo, título e palavras-chave, bem como a correção gramatical e ortográfica;

**Palavras-chave:** até 5 (cinco) palavras significativas que expressem o conteúdo do artigo, escritas em negrito, alinhamento à esquerda, separados por ponto e vírgula ou ponto;

**Palavras-chave em outra língua:** nos textos em português e espanhol, serão apresentadas palavras-chave em inglês.

**Sumário:** informação das seções que compõem o artigo, numeradas progressivamente em algarismo arábico;

**Texto do artigo:** deverá apresentar como partes uma introdução, desenvolvimento e conclusão, antecedida pelo resumo, resumo em outra língua (português e espanhol), palavras-chave e palavras-chave em outra língua (português e espanhol);

**Citação, notas de rodapé e referências bibliográficas:** deve-se seguir a ABNT – NBR 10520. As referências bibliográficas completas devem ser apresentadas no final do texto;

**Anexo:** material complementar ao texto, incluído ao final apenas quando indispensável;

**Tabelas ou gráficos:** devem ser adotadas as “normas de apresentação tabular” publicadas pelo IBGE. O corpo editorial pode alterar a estrutura formal do texto para adequá-lo às regras editoriais da Revista.



**Conselho Editorial:** Editor Responsável Ilton Norberto Robl Filho (Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Professor Adjunto da UFPR e da UPF, Vice-Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR, Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR, Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR).

Membros do Conselho Editorial: Antonio Carlos Wolkmer (Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC), Antônio José Avelãs Nunes (Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor *Honoris Causa* da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra), Eroulths Cortiano Junior (Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR e Doutor em Direito pela UFPR), Fábio Nusdeo (Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP), Marco Aurélio Marrafon (Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR), Marcos Augusto Maliska (Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR), Marcus Firmino Santiago (Professor do Instituto Brasileiro de Direito Público), Mariana Mota Prado (Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale) e Ricardo Lobo Torres (Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF).

**Español - Línea Editorial:** la publicación periódica científica ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** edita artículos, reseñas y ensayos inéditos en los ámbitos de la teoría y de la dogmática jurídica, privilegiándose la perspectiva transdisciplinar, así como de otros saberes relacionados con la Constitución, Economía y el Desarrollo.

**Misión:** La misión de *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* es incentivar la



producción de estudios en torno de las relaciones jurídico-constitucionales con la práctica y el pensamiento económicos desde la perspectiva democrática y de la efectividad de los derechos fundamentales. Asimismo, fomenta los debates académicos sobre el desarrollo económico, jurídico, humano y social y a una lectura crítica de la Escuela *Law and Economics*.

**Evaluación de los Artículos:** Los artículos, reseñas y ensayos son analizados primeramente por el Editor Responsable para verificarse la adecuación del trabajo a la línea editorial de la Revista. Posteriormente se realiza una evaluación *blind peer review* que consiste en la remisión de dichos trabajos científicos a dos profesores-investigadores doctores, sin que conste la identificación de los autores, para someterlos a la revisión de la forma y del contenido. Cuando ocurrir un parecer por la aprobación y otro por la reprobación del trabajo, podrá haber sumisión a tercer parecerista para desempate, después de examen por lo editor jefe. Tras el análisis de los evaluadores, el editor jefe les informará a los autores el parecer negativo para la publicación o les solicitará los cambios sugeridos por los evaluadores. En este caso, los autores habrán de realizar las rectificaciones pertinentes y lo editor jefe emitirá una opinión para la publicación o no del texto. En cada volumen podrán ser publicados dos trabajos (20% del total) de autores invitados, seleccionados por lo editor jefe, escritos por investigadores extranjeros o nacionales de gran renombre con especial pertinencia de tema con la Revista.

**Envío de los Trabajos Científicos:** todos los artículos, reseñas y ensayos deberán ser enviados al Editor Responsable de la ***Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional***, Ilton Norberto Robl Filho y Editor Asistente Rafael dos Santos Pinto, por correo electrónico a la siguiente dirección ***trabalhosabdconst@googlegroups.com***, acompañados 1) de una autorización expresa para su publicación, divulgación y comercialización en la editora indicada por ABDCONST; y 2) de una declaración de responsabilidad del autor sobre la autoría de la obra y su aceptación a las reglas y a los plazos editoriales, afirmándose expresamente el carácter inédito del trabajo.





**Transferencia de derechos de autor y declaración de responsabilidad:**

Los autores deben obligatoriamente someter conjuntamente con sus trabajos termo de transferencia de derechos de autor, que implica en la transferencia gratuita de los derechos patrimoniales de su trabajo a la Revista. Los autores también someterán declaración de responsabilidad registrando que lo trabajo es inédito y no fue publicado en otro periódico, que no existe conflicto de intereses del autor con lo tema abordado o la pesquisa y que fueran tomadas todas las precauciones y procedimientos éticos pertinentes a la realización de la pesquisa.

**Identificación de los autores.** Los autores deben identificarse por su nombre completo abajo del título del artigo. Cada nombro debe ocupar una línea y contener referencia con la cualificación completa del autor. La cualificación del autor debe obligatoriamente contener: la afiliación completa de todos los autores (instituto de ensino, ciudad, estado y país) y dados para contacto (endereço, teléfono o e-mail). Caso la pesquisa tenga realizádose con financiamiento o ayuda de alguna institución pública o privada, lo vínculo debe ser informado en la última línea de la cualificación.

**Principales Normas Editoriales y su Formato:** los trabajos deberán estar redactados en portugués, español o inglés y digitalizados en procesador de texto Word.

Fuente para el cuerpo del texto: Times New Roman tamaño 13;

Fuente para las notas a pie de página y para las citas textuales, cuando sean superiores a 3 líneas: Times New Roman tamaño 11;

Interlineado para el cuerpo del texto: 1,5;

Interlineado para las notas a pie de página y citas textuales largas: 1,0;

Se da preferencia al uso de la tercera persona del singular;

Estilo de fuente para palabras extranjeras: cursiva;



Estilo de fuente para destacar las palabras dentro del propio texto: **negrita**;

Número de páginas: no inferior a 10 y no superior a 30 páginas, justificado y con páginas no enumeradas, el artículo cuya extensión supere las 30 páginas podrá ser publicado si el Editor Responsable lo juzga conveniente.

**Normas Editoriales para la Estructura del Texto:** los artículos, reseñas y ensayos deberán contener los siguientes elementos:

Encabezado: título, subtítulo, nombre del autor o autores – el número de autores no deberá exceder de tres;

Título: debe ser claro y objetivo y puede ser complementado por un subtítulo separado por dos puntos, en fuente mayúscula y minúscula, en **negrita** y centralizado;

Nombre del autor o autores: completo después del título, alineado a la izquierda;

Créditos: cualificación académica y dirección de correo electrónico del autor o autores que hayan sido informados debajo del nombre;

Resumen: síntesis del contenido del artículo de entre 100 a 250 palabras, incluyendo tablas y gráficos, en voz activa y en tercera persona del singular y colocado antes del texto (ABNT – NBR 6028); se deberá expresar en la primera frase del resumen el asunto de que se trata, situándolo en el tiempo y en el espacio; dársele preferencia al uso de la tercera persona del singular y resaltar los objetivos, métodos, resultados y las conclusiones del trabajo;

Resumen en otro idioma: los textos redactados en portugués y en español, deberán presentarse acompañados de un resumen en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el Editor Responsable se encargará, en caso de que no lo hagan ellos, de providenciar la traducción del resumen en portugués;

Palabras-clave: hasta 5 (cinco) palabras significativas que expresen el contenido del artículo, escritas en **negrita**, alineadas a la izquierda, separadas por punto y coma o punto;



Palabras-clave en otro idioma: los textos en portugués y español, vendrán acompañados de las palabras-clave en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el editor responsable se encargará de providenciar, en caso de que no lo hagan, la correspondiente traducción de las palabras-clave en portugués;

Sumario: la información de las secciones que componen el artículo, deberán ir numeradas en guarismo arábigo por orden de aparición en el texto;

Texto del artículo: tendrá que presentar como partes: una introducción, el desarrollo y la conclusión, antecedida por el resumen, resumen en otro idioma (portugués y español), palabras-clave y palabras-clave en otro idioma (portugués y español);

Citas, notas a pie de página y referencias bibliográficas: ABNT – NBR 10520. Las referencias bibliográficas completas se deberán colocar al final del texto;

Anexo: material complementario al texto se incluirá al final apenas cuando sea indispensable;

Tablas o gráficos: los datos deben adoptar las “normas de presentación tabular” publicadas por el IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística). El editor puede cambiar la estructura formal del texto para adecúalo a las reglas editoriales de la Revista.

**Consejo Editorial:** Editor Responsable Ilton Norberto Robl Filho. Coordinador de Investigación y de los Grupos de Estudio Nacionales en la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor de la Licenciatura en Derecho de la UFPR, Abogado Miembro de la Comisión de Enseñanza Jurídica de la OAB/PR (Colegio de Abogados de Brasil/ Paraná), Doctor, con grado de Maestría y Licenciado en Derecho por la UFPR (*Universidade Federal do Paraná*).

Miembros del Consejo Editorial: Antonio Carlos Wolkmer. Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la UFSC (*Universidade Federal de Santa Catarina*) y Doctor en Derecho por la UFSC. António José Avelãs Nunes. Profesor Catedrático de la *Faculdade de Direito de Coimbra*, Doctor *Honoris Causa* por la UFPR y Doctor en Derecho por la *Faculdade de Direito de Coimbra*. Eroulths



Cortiano Junior. Profesor del Programa de Posgrado y de la Licenciatura en Derecho de la UFPR y Doctor en Derecho por la UFPR. Fábio Nusdeo. Profesor Titular de la *Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP (Universidade de São Paulo)* y Doctor en Economía por la USP. Marco Aurélio Marrafon. Presidente de la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Derecho por la UFPR. Marcos Augusto Maliska. Profesor del Curso de Maestría en Derecho de la Unibrasil y Doctor en Derecho por la UFPR. Marcus Firmino Santiago es Profesor en el Instituto Brasileiro de Direito Público y Doctor en Derecho por la UGF (*Universidade Gama Filho*). Mariana Mota Prado es Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto y Doctora en Derecho por la Universidad de Yale. Ricardo Lobo Torres. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Filosofía por la UGF (*Universidade Gama Filho*).

**English - Editorial line:** the Law Journal *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* publishes unpublished articles, reviews and essays within the ambit of law theory and dogmatism, especially with the transdisciplinary perspective, as well as other knowledge areas, about Constitution, Economics and Development.

**Mission:** The mission of *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* is to encourage the production of studies on constitutional law relations with the economical practice and thinking, from the democratic perspective and the stating of fundamental rights. Yet, it motivates academic discussions on economic, law, human and social development and a critical reading of the School of Law and Economics.

**Evaluation of Articles:** Articles, reviews and essays are firstly analyzed by the Chief Editor to verify if they are pertinent to the Law Journal editorial line. Then,



they are sent for blind peer review – scientific works are sent to two PhD professors-researchers, with no author identification, to evaluate structure and content. If one professor suggests publication and the other rejects the paper, a third professor may be called on for a final decision, after the examination of the Chief Editor. After the professors' analysis, the chief editor will inform the authors of negative opinions or will require suggested changes. In this case, authors shall make the necessary adjustments and the Chief Editor will decide over the publication of the text. Each edition may contain at least two papers (20% of the total) written by invited authors, selected by the Chief Editor, written by international and nationally renowned authors with special thematic relevance to the Journal.

**Sending Scientific Papers:** Every article, review and essay should be sent to Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor - and Rafael dos Santos Pinto - Assistant Editor of *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* – to the email [trabalhosabdconst@googlegroups.com](mailto:trabalhosabdconst@googlegroups.com), along with 1) an express authorization for publishing, promotion and commercialization by a press indicated by ABDCONST, and 2) the author's declaration of responsibility about text authorship and submission to editorial rules and deadlines, expressing the unpublished nature of the work.

**Transfer of copyright and declaration of responsibility:** Authors must submit along with their papers a term of copyright transfer, transferring without cost the patrimonial rights of his work to this journal. The authors must also sign a declaration of responsibility stating that the submitted paper is unpublished and was not approved for publishing in other journals and that there is no conflict of interests of the author over the research theme or procedures, and that all ethical precautions were taken in the course of the research.

**Identification of the authors:** Authors must identify themselves by their complete name inscribed under the title of the paper. Each name must take up one line and contain a reference with the institutional affiliation of the author. The



institutional affiliation of the author must contain: complete institutional description of the all authors (university, city, state and country) as well as contact information (address, telephone or e-mail). If the research was financed by any private or public institutions the disclosure must be made in the last line of the author's affiliation.

**Main Editorial Rules for Formatting:** Works must be written in Portuguese, Spanish or English in a Microsoft Word document.

- Main text font: Times New Roman, size 13
- Font for footnotes and long quotations (more than 3 lines): Times New Roman, size 11
- Main text line spacing: 1.5
- Footnotes and long quotations line spacing: 1.0
- Preferably written in third person singular
- Foreign words style: italics
- Text highlighted words style: bold
- Number of pages: minimum of 10 and maximum of 30 pages, justified text with un-numbered pages; Chief Editor may publish articles with more than 30 pages.

**Editorial Rules for Text Structure:** Articles, reviews and essays should have the following parts:

- Heading: title, subtitle, name of the author(s) – maximum of three authors
- Title: It should be clear and objective, and it may be complemented by a subtitle separated by colon, in upper and lower case, in bold and center aligned
- Name of the author(s): indicated after the title, left aligned
- Credits: qualifications and authors' emails below the names
- Abstract: synopsis of the article contents from 100 to 250 words, including tables and graphics, in active voice and third person singular, before the text (ABNT – NBR 6028); it should express the subject in the first sentence of the abstract,



determining time and space; preferably written in third person singular; it should highlight objectives, methods, results and conclusions of the work

- Abstract in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be an abstract in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the abstract translation to Portuguese – if authors do not send it

- Key-words: up to 5 (five) significant words that express the content of the article, written in bold, left aligned, separated by semicolon or dot

- Key-words in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be key-words in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the key-words translation to Portuguese – if authors do not send it

- Summary: information about the article sections, progressively numbered in Arabic numerals

- Article text: it should present an introduction, main text and conclusion – after the abstract, abstract in other language (Portuguese and Spanish), key-words and key-words in other languages (Portuguese and Spanish)

- Quotations, footnotes and bibliographic references: ABNT – NBR 10520. Complete bibliographic references should be presented at the end of the text

- Appendix: material to complement the text, included at the end if necessary

- Tables or graphics: refer to "*normas de apresentação tabular*" (tabular presentation rules), published by IBGE.

- The Editor may change the formal structure of the text to harmonize it to the editorial rules of the Journal.

**Editorial Council:** Chief Editor Ilton Norberto Robl Filho, Professor of the Graduation in Law at UFPR, Lawyer Member of the Law Education Commission at OAB/PR, PhD, Master and Bachelor in Law from UFPR).

Editorial Council Members: Antonio Carlos Wolkmer (Professor of the Post-Graduation Program in Law at UFSC and PhD in Law from UFSC), António José Avelãs Nunes (Full Professor at Coimbra Faculty of Law, PhD *Honoris Causa* from



UFPR and PhD in Law from Coimbra Faculty of Law), Eroulths Cortiano Junior (Professor of the Program of Post-Graduation and Graduation in Law at UFPR, and PhD in Law from UFPR), Fábio Nusdeo (Full Professor at Largo São Francisco Faculty of Law – USP and PhD in Economics from USP), Marco Aurélio Marrafon (President of the Brazilian Academy of Constitutional Law, Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Law from UFPR), Marcos Augusto Maliska (Professor of the Master course in Law at Unibrasil and PhD in Law from UFPR), Marcus Firmino Santiago (Professor of Law at Instituto Brasileiro de Direito Público and PhD in Law from UGF), Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho), Mariana Mota Prado (Professor of Law at Toronto University and PhD in Law from Yale University) and Ricardo Lobo Torres (Full Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Philosophy from UGF).



Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST  
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar  
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR  
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167  
E-mail: [abdconst@abdconst.com.br](mailto:abdconst@abdconst.com.br)  
Editoração e Design Gráfico: Karla Knihs – [karla.kariny@gmail.com](mailto:karla.kariny@gmail.com)