

# CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

---

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional



Volume 4 | Número 7 | Julho/Dezembro 2012

# 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. 4, n. 7 (jul./dez. 2012) - Curitiba: 2012  
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, 2012, vol. 4, n. 7, Jul.-Dez.**

# CONSELHO EDITORIAL

## **Editor Responsável**

### **Ilton Norberto Robl Filho**

Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Substituto 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, Mestrando 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

### **António 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, Presidente da Comissão de Ensino Jurídico 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

## **Edição**

**Karla Knih**

## **Conselho de Pareceristas da Revista do ABDCnst**

<b>Abraão Soares Dias dos Santos Gracco</b>	<b>Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira</b>	<b>Germano André Doederlein Schwartz</b>
<b>Aldo Muro Júnior</b>	<b>Daniela Rezende Oliveira</b>	<b>Gustavo Almeida Paolinelli de Castro</b>
<b>Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia</b>	<b>Delmo Mattos da Silva</b>	<b>Gustavo Rabay Guerra</b>
<b>Alexandre Hamilton Oliveira Santos</b>	<b>Demetrius Nichele Macei</b>	<b>Hamilton da Cunha Iribure Júnior</b>
<b>Alexandre Morais da Rosa</b>	<b>Eduardo Biacchi Gomes</b>	<b>Heder Carlos de Oliveira</b>
<b>Alvaro Borges de Oliveira</b>	<b>Eduardo Molan Gaban</b>	<b>Heitor de Carvalho Pagliaro</b>
<b>Alvaro de Oliveira Azevedo Neto</b>	<b>Eleonora Mesquita Ceia</b>	<b>Henrique Napoleão Alves</b>
<b>Angela Issa Haonat</b>	<b>Eliana Franco Neme</b>	<b>Henry Atique</b>
<b>Ângela Maria Cavalcanti Ramalho</b>	<b>Eliana Franco Neme</b>	<b>Jackelline Fraga Pessanha</b>
<b>Antonio Baptista Gonçalves</b>	<b>Eloi Martins Senhoras</b>	<b>Jacqueline de Souza Gomes</b>
<b>Antonio Celso Baeta Minhoto</b>	<b>Emerson Gabardo</b>	<b>Janaína Machado Sturza</b>
<b>Antonio Gomes Moreira Maués</b>	<b>Emilio Peluso Neder Meyer</b>	<b>Jean Carlos Dias</b>
<b>Carla Izolda Fiuza Costa Marshall</b>	<b>Érico Hack</b>	<b>Jorge Jose Lawand</b>
<b>Carlos Bolonha</b>	<b>Eroulths Cortiano Júnior</b>	<b>José Carlos Buzanello</b>
<b>Carlos Victor Nascimento dos Santos</b>	<b>Everton das Neves Gonçalves</b>	<b>José Francisco de Assis Dias</b>
<b>Célia Barbosa Abreu</b>	<b>Fabianne Manhães Maciel</b>	<b>José Luiz Ragazzi</b>
<b>Claudio Gonçalves Munhoz</b>	<b>Fabício de Assis Campos Vieira</b>	<b>José Renato Martins</b>
<b>Claudio Smirne Diniz</b>	<b>Fabício Ricardo de Limas Tomio</b>	<b>Josemar Sidinei Soares</b>
	<b>Fausto Santos de Moraes</b>	<b>Juliana Cordeiro Schneider</b>
	<b>Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior</b>	<b>Julio Pinheiro Faro</b>
		<b>Jussara Maria Leal de Meirelles</b>

Katiucia Boina  
Leonardo Vieira Wandelli  
Lilian Márcia Balmant  
Emerique  
Lucas Abreu Barroso  
Lucas Catib de Laurentiis  
Lucas Gonçalves da Silva  
Luciana Costa Poli  
Luciana Fernandes Berlini  
Luciene Dal Ri  
Luís Fernando Sgarbossa  
Luiz Claudio Araújo Coelho  
Luiz Eduardo Anesclar  
Luiz Ricardo Guimaraes  
Maraluce Maria Custodio  
Marcelo Lamy  
Marcelo Sant Anna Vieira  
Gmes  
Márcia Jucá Teixeira Diniz  
Márcio Pugliesi  
Marco Aurélio Marrafon  
Marcos Alves da Silva

Marcos Augusto Maliska  
Marcos Catalan  
Marcus Firmino Santiago  
Margareth Anne Leister  
Margareth Vetis Zaganelli  
Mário Ferreira Neto  
Martinho Martins Botelho  
Mateus de Oliveira Fornasier  
Micheli Pereira  
Miguel Calmon Teixeira de  
Carvalho Dantas  
Monica Bonetti Couto  
Mônica Helena Harrich Silva  
Goulart  
Murilo Melo Vale  
Nelci Lurdes Gayeski  
Meneguzzi  
Nina Tricia Disconzi  
Rodrigues  
Paulo Ricardo Schier  
Paulo Sérgio da Silva  
Rafael Silveira e Silva

Ricardo Carneiro Neves  
Júnior  
Rodrigo Fortunato Goulart  
Ronaldo Lindimar José  
Marton  
Samantha Ribeiro Meyer  
Pflug  
Sandra Sereide Ferreira da  
Silva  
Sebastião Neto Ribeiro  
Guedes  
Simone Tassinari Cardoso  
Sonia Barroso Brandão  
Soares  
Sulamita Crespo Carrilho  
Machado  
Tiago Resende Botelho  
Túlio Lima Vianna  
Túlio Lima Vianna  
Valéria Cristina Pereira  
Furlan  
Valéria Silva Galdino Cardin  
Vanessa Oliveira Batista  
Berner



# EDITORIAL

A Sétima edição da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional continua o projeto editorial de oferecer à comunidade acadêmica e ao público leitor instigantes e inovadoras análises dos mais correntes temas de direito constitucional.

Nesta edição temos em destaque dois trabalhos sobre desenvolvimento. O artigo submetido pela professora Patrícia Galvão Ferreira, pesquisadora da Cadeira Nabuco em estudos brasileiros na Universidade de Stanford, nos apresenta a construção da literatura do chamado "movimento direito e desenvolvimento" e suas ideias primordiais. Igualmente, o trabalho enviado por Adriano Martinelli aborda o regime jurídico do direito humano fundamental ao desenvolvimento.

Dois outros trabalhos apresentam interessantes perspectivas do direito ambiental. Um efetiva estudo comparado com o constitucionalismo equatoriano sob a perspectiva do direito das crianças e adolescentes ao meio ambiente sadio. O segundo aponta as interações entre o novo constitucionalismo e a efetivação das políticas públicas ambientais.

Outro importante eixo é referente à efetivação dos direitos constitucionais nas suas variadas modalidades. Temos aqui um trabalho sobre constitucionalização simbólica e direitos sociais fundamentais, reserva do possível e mínimo existencial e a proteção do trabalho na constituição de 1988.

Os últimos trabalhos tratam de interessantes temas dentro da perspectiva constitucional. Aqui temos estudos sobre a adoção internacional, sobre a imunidade tributária dos livros eletrônicos e fornecimento de medicamentos pelo Estado.

Continuamos, assim, nossa meta editorial de difusão do pensamento constitucional de ponta e o fomento ao debate acadêmico.

**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

## **A PROTEÇÃO AO TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A ADOÇÃO DO PERMISSIVO FLEXIBILIZANTE DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA NO BRASIL**

LABOR PROTECTION ON THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION AND THE ADPTION OF PERMISSIVE FLEXIBILIY ON LABOR LAW IN BRAZIL

*Cássia Cristina Moretto da Silva* .....274

## **ABRINDO FRONTEIRAS: A CONVERGÊNCIA ENTRE “DIREITO E DESENVOLVIMENTO” E GOVERNANÇA GLOBAL**

OPPENING BORDERS: THE CONVERGENCE OF "LAW AND DEVELOPMENT" AND GLOBAL GOVERNANCE

*Patrícia Galvão Ferreira* .....302

## **CONSIDERAÇÕES SOBRE NOVO CONSTITUCIONALISMO, EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS**

NOTES OVER THE NEW CONSTITUTIONALISM, AFFECTIVITY OF FUNDAMENTAL RIGHTS TO A HEALTHY ENVIRONMENT AND THE JUDICATION OF ENVIRONMENTAL PUBLIC POLICIES

*Marianna de Queiroz Gomes* .....350

## **O DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO E EQUILIBRADO COMO DIREITO DIFUSO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UM OLHAR DO NEOCONSTITUCIONALISMO SOBRE AS NOVAS INCORPORAÇÕES DA CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA**

THE RIGHT TO A HEALTHY ENVIROREMMENT AS DIFUSE RIGHT OF CHILDREN AND ADOLENCENTS: AM APROACH OF NEOCONSTITUTIONALISM OVER NEW INCORPORATIONS OF THE EQUATORIAN CONSTITUTION

*Daniela Richter / Joseane Ceolin Mariani de Andrade Pedroso* .....376

## **O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO E O SEU REGIME JURÍDICO**

THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT TO DEVELOPMENT AND ITS LEGAL STRUCTURE

*Adriano Justi Martinelli* .....401

## **ASPECTOS POLÍTICOS E SOCIAIS DA ADOÇÃO INTERNACIONAL**

SOCIAL AND POLITICAL ASPECTOS OF INTERNATIONAL ADOPTION

*Caroline Alessandra Taborda dos Santos* .....439

## **ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: ENTRE OS SENTIDOS NEGATIVO E POSITIVO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA**

JUDICIAL ACTIVISM IN MATTERS OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THE POSITIVE AND NEGATIVE SENSES OF SYMBOLIC CONSTITUTIONALISM

*Vitor Soliano* .....448



**O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO**

THE SUPPLY OF MEDICAMENTS BY THE STATE

*Robson de Vargas*.....488

**A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA E OS LIVROS ELETRÔNICOS: UMA ANÁLISE DIFERENCIADA SOBRE O TEMA**

TAX IMMUNITY AND ELECTRONIC BOOKS: A DIFFERENT ANALYSIS ON THE THEME

*Luís Henrique Bortolai / Juliane Cavalcanti Pereira*.....507

**A RESERVA DO POSSÍVEL, O MÍNIMO EXISTENCIAL E O PODER JUDICIÁRIO**

LIMITATIONS OF THE POSSIBLE, EXISTENTIAL MINIMUM AND THE JUDICIARY

*Lucas Daniel Ferreira de Souza*.....528

**REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS** .....547



# A PROTEÇÃO AO TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A ADOÇÃO DO PERMISSIVO FLEXIBILIZANTE DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA NO BRASIL<sup>1</sup>

LABOR PROTECTION ON THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION AND THE ADPTION OF PERMISSIVE FLEXIBILIY ON LABOR LAW IN BRAZIL

*Cássia Cristina Moretto da Silva<sup>2</sup>*

## Resumo

O direito do trabalho recebeu especial atenção por parte do legislador constituinte brasileiro de 1988. Observa-se que a proteção ao trabalho trata-se de uma construção histórica, seja no contexto mundial, ou no Brasil, sendo que as primeiras regras em matéria trabalhista datam do século XIX. De outra parte, não foram poucos os acontecimentos que vieram a repercutir de forma substancial no regramento trabalhista contemporâneo, tanto no seu surgimento propriamente dito como na sua configuração atual. A flexibilização das regras trabalhistas, fenômeno contemporâneo e inerente à condição pós-moderna, apresenta-se como de especial interesse à esfera laboral. Assim, o presente trabalho propõe-se a estudar o surgimento do direito do trabalho, analisar as principais regras que tem por objeto a tutela ao labor humano, bem como compreender o regramento trabalhista exposto na Constituição Federal de 1988, especialmente no que refere à adoção do permissivo constitucional à flexibilização das leis do trabalho. Para tanto, utilizou-se o método de revisão bibliográfica e legislativa, justificado pelo contexto que ensejou a inserção do elemento flexível na Constituição Federal de 1988.

**Palavras-Chave:** Direito do Trabalho. Constituição Federal de 1988. Flexibilização. Pós-modernidade.

## Abstract

Labor Law received special attention from the constitutional legislator of 1988. Labor protection is a historical construction, be it in a worldwide context, or locally in Brazil. As the first rules related to labor derive from the XIX century, on the other hand, there were many events that substantially influenced the development of the contemporary labor law, both on its emergence and on its current configuration. The easing of labor laws, a contemporary phenomenon part of the postmodern condition, is presented as being in labor's particular interest. This article aims to

<sup>1</sup> Artigo submetido em 06/12/12, pareceres de aprovação em 08/07/2013 e 10/07/2013, aprovação comunicada em 05/08/2013.

<sup>2</sup> Mestre em Cultura e Sociedade: Diálogos Interdisciplinares. E-mail: <cassiamoretto@hotmail.com>.



study the emergence of labor law, analyze its main rules that intends to protect human labor, as well as to understand the regulations exposed in the Federal Constitution of 1988, specially the ones that refer to the adoption of the constitutional permissive of labor laws. Therefore the method used is a legislative and bibliographic review, justified by the context that made the inserting of the flexible element possible in the Federal Constitution of 1988.

**Keywords:** Labor Law. Brazilian Federal Constitution of 1988. Flexibility. Post-modernism.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar o tratamento dedicado à proteção ao trabalho pelo legislador constitucional de 1988, bem como suas implicações, especialmente no que se refere à permissão da adição de práticas flexibilizadoras das condições de trabalho no Brasil.

Sabe-se que a inserção do elemento flexível nas diversas relações sociais apresenta-se como uma das características da pós-modernidade; e, também o direito de trabalho como um produto histórico, marcado pelos conflitos existentes entre os empregados e empregadores, mediados pela instituição estatal e pela atuação das entidades sindicais. Nesse contexto, a flexibilização da legislação trabalhista apresenta-se como importante tema do direito do trabalho e por isso, merecedor de uma análise detalhada.

Assim, inicia-se o presente artigo com uma pequena incursão sobre a formação histórica do direito do trabalho no mundo e no Brasil, especialmente no que se refere a sua tutela constitucional, na sequência, foca-se a configuração do trabalho na pós-modernidade, para em seguida, compreender-se a inserção do elemento flexível na esfera trabalhista, tomando-se como referencial o texto legal da Carta Magna brasileira de 1988.

### 1 O REGRAMENTO JURÍDICO DO TRABALHO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Cabe aqui destacar que o direito do trabalho tem o marco de seu surgimento nos séculos XIX e XX. Por isso, a análise engendrada nesta seção tem por finalidade situar de forma histórica e cronológica o surgimento do direito do trabalho



no contexto mundial, para, na sequência, verificar a tutela dada pelo Brasil ao trabalho. Sem objetivo de se esgotar tal temática, em face a própria complexidade da mesma, serão pontuados os principais acontecimentos históricos sociais vivenciados de forma correlacionada com o surgimento e desenvolvimento do regramento trabalhista.

Assim, embora as relações de trabalho não disponham de um marco histórico específico que denotem o momento exato de seu surgimento, sabe-se que, o homem, sempre necessitou empreender suas forças humanas para garantir sua sobrevivência.

Para Gláucia Barreto, a “origem do trabalho coincide com a origem do mundo” (BARRETO, 2008, p. 01), já que se podem visualizar as primeiras relações de trabalho nos tempos bíblicos, quando da criação do mundo, presente no livro Gênesis, Adão come do fruto proibido e recebe de Deus o trabalho como punição.

Relatos históricos apontam que as primeiras relações de trabalho durante a Antiguidade (especialmente Grécia e Roma) ocorreram com base na escravidão, momento que ao escravo não cabia nenhum direito, eis que era tratado como objeto de troca. Remonta a esse momento histórico, a origem da palavra trabalho. Tal expressão tem suas raízes na expressão latina “tripalium” - instrumento utilizado, entre os romanos, para fazer referência a um dispositivo empregado à tortura de escravos.

Mais tarde, na Idade Média, o trabalho escravo foi substituído pelo trabalho servil, momento em que o servo era obrigado a trabalhar para o senhor feudal em troca de sua subsistência e proteção pessoal.

Com o fim da Idade Média e o início da Idade Moderna, as transformações ocorridas nas relações sociais, e o desenvolvimento do mercantilismo, fomentaram-se as primeiras manifestações do trabalho livre.

Porém, foi com a Revolução Industrial, de modo especial, a partir do século XVIII e XIX, quando os meios de produção passaram a se concentrar nas unidades fabris, que o trabalho livre se desenvolveu de forma plena.



A invenção de máquinas e conseqüentemente o seu emprego em fábricas, acabou por inovar a metodologia laboral, fazendo surgir uma nova relação binomial quando o assunto é trabalho: a relação entre patrões e trabalhadores assalariados.

Como a mão de obra era farta, provinda das fontes mais diversas como camponeses empobrecidos, e também, desempregados em razão da automação, as condições de trabalho eram realmente precárias.

Homens, mulheres e crianças amanheciam e anoiteciam nas fábricas, praticamente na carência do necessário a sobrevivência, quando não em povoados aos redores destas, padecendo diuturnamente com epidemias, fome e sem condições, ainda que mínimas, de higiene e saneamento.

Delineia-se, pois, uma figura inovadora e importantíssima: o proletário, caracterizado por Amauri Mascaro Nascimento como:

[...] um trabalhador que presta serviços em jornadas que variam de 14 a 16 horas, não tem oportunidade de desenvolvimento intelectual, habita em condições subumanas, em geral nas adjacências do próprio local da atividade, tem prole numerosa e ganha salário em troca disso tudo. (NASCIMENTO, 2005, p. 12)

Para Sérgio Martins, “A Revolução Industrial acabou transformando o trabalho em emprego. Os trabalhadores, de maneira geral, passaram a trabalhar por salários. Com a mudança houve uma nova cultura a ser aprendida e uma antiga a ser desconsiderada.” (MARTINS, 2005, p. 39).

É justamente neste momento histórico que se evidencia o marco do nascimento do Direito do Trabalho, qual seja a sistematização do trabalho livre e subordinado, como bem destaca Maurício Godinho Delgado:

O Direito Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade. (DELGADO, 2007, p. 86).

Karl Korsch, (1980), em sua obra intitulada *Lutas de Classe e Direito do Trabalho* também relaciona o histórico do direito coletivo do trabalho com o citado momento histórico ao destacar:



A la época de la *constitución feudal-patriarcal del trabajo* propia de la Edad Media y de los comienzos de La Edad Moderna, en la que la mayoría de los trabajadores industriales y agrícolas carecían todavía – total ou parcialmente – de libertad, le sigue, alrededor de 1800, la época de la *constitución capitalista del trabajo*, caracterizada por la *total falta de derechos* del asalariado, personalmente libre, tanto en la empresa como en la totalidad de la economía. (KORSCH, 1980, p. 103)<sup>3</sup>

Logo, ao direito do trabalho deu-se a missão de reger a relação entre empregados e empregadores com vista a estabelecer determinadas condições básicas e obrigatórias quando se falam em relações laborais. Fruto, portanto, de uma sociedade que passou a adotar um modo de produção que necessitava de mão-de-obra humana em larga escala, na qual o Estado foi chamado a intervir de modo a assegurar aos trabalhadores determinadas condições de trabalho.

Nesse sentido, também escreve Rodrigo Carelli ao destacar: “O Direito do Trabalho nasce em um momento ímpar da história da civilização, fruto direto da alta exploração dos trabalhadores, e como meio de sustentação do *status quo*, diante das ameaças mais diretas à propriedade privada.” (CARELLI, 2011, p. 60). Nota-se em suas palavras, que não se pode ignorar que as concessões feitas aos trabalhadores vieram de certa forma a permitir que as relações de produção capitalistas, típicas do fim do século XIX e do século XX, em especial, pudessem manter-se.

Observa-se desse momento em diante, o surgimento das primeiras leis e tinham por objeto proteger o trabalho, leis que foram fruto da interferência do Estado na relação estabelecida entre patrões e empregados, na mediação da relação estabelecida entre proletários e empregadores.

Na Inglaterra publicou-se a Lei de Peel (1802) cujo escopo era proteger o trabalho daqueles que aprendiam uma profissão no âmbito dos moinhos. Limitou-se também a jornada de trabalho a 12 horas diárias, excluído o intervalo para alimentação. Estabeleceu-se o período em que a jornada de trabalho deveria se

---

<sup>3</sup> Tradução do trecho escrito por Karl Korsch: “A época da constituição do trabalho feudal-patriarcal própria da Idade Média e do início da idade Moderna, na que a maioria dos trabalhadores industriais e agrícolas ainda careciam - total ou parcialmente - da liberdade, segue-se, em torno de 1800, o momento da constituição do trabalho capitalista, caracterizada pela total falta de direito do asalariado, pessoalmente livre, tanto nas empresas como na totalidade da economia.” (KORSCH, 1980, p. 103)



desenvolver, isto é, das 06 horas às 21 horas. Passou-se a se observar a edição de regras que protegiam a educação e a higiene no ambiente de trabalho.

Na França, o labor de menores em minas foi proibido em 1813. Em 1814, proibiu-se o trabalho em domingos e feriados. Em 1839, na sequência, foram expedidas regras com o objetivo de demarcar o início da vida laboral humana, vedando-se o exercício de atividade laboral pelo menor de 09 anos de idade e limitando-se a jornada de trabalho do menor entre 09 anos e 16 anos a 10 horas diárias.

Nota-se, neste cenário, que o trabalho se configura como verdadeira mercadoria, sujeita às leis do mercado econômico de maneira que, os trabalhadores, muitas vezes, submetiam-se a condições degradantes de trabalho em busca de sua sobrevivência. Há que se mencionar ainda, que a elaboração das primeiras regras em direito do trabalho evidenciaram o nascimento da tutela jurídica do trabalho e igualmente evidenciar o surgimento do direito do trabalho.

Mas, foi com o término da Primeira Guerra Mundial, com um movimento denominado de Constitucionalismo Social, que as primeiras regras sociais passaram a ser incorporadas nas diferentes Constituições dos países. Houve a inserção nas Constituições de “[...] preceitos relativos à defesa social da pessoa, de normas de interesse social e de garantia de certos direitos fundamentais, incluindo o direito do trabalho.” (MARTINS, 2005, p. 42), conforme Sérgio Pinto Martins esclarece.

A primeira Constituição a inserir a temática da proteção ao trabalho foi a do México de 1917. Tal legislação previu a limitação da jornada de trabalho a 8 horas diárias, proibiu o trabalho de menores de 12 anos, limitou a jornada de trabalho dos menores de 16 anos a 6 horas diárias, limitou a jornada noturna a 7 horas, estabeleceu a concessão de descanso remunerado ao trabalhador e ainda previu algumas regras relacionadas à proteção à maternidade, ao salário mínimo, ao direito do trabalhador sindicalizar-se e fazer greves, à indenização no caso de dispensa, seguro social e proteção contra acidentes de trabalho.

A Constituição da República de Weimar de 1919 trouxera também regras de cunho trabalhista, nas palavras de Sérgio Pinto Martins, tal documento “[...] Disciplinava a participação dos trabalhadores nas empresas, autorizando a liberdade



de coalização dos trabalhadores; tratou, também, da representação dos trabalhadores na empresas [...]” (MARTINS, 2005, p. 42). E mais, o referido diploma legal estabeleceu o sistema de seguro social e permitiu que empregados ajudassem os empregadores a definir aspectos relativos à contratação, como a fixação de salários.

No mesmo ano, o Tratado de Versalhes previu a criação da OIT – Organização Internacional do Trabalho que passou a ter por missão salvaguardar as relações estabelecidas entre empregados e empregadores, no cenário internacional, através da edição de convenções e recomendações sobre a proteção ao labor humano.

Na Itália, teve-se a elaboração da *Carta Del Lavoro*, em 1927, onde se instituiu o sistema corporativista-fascista que serviu de base para a criação de outros sistemas semelhantes em outros países como Portugal, Espanha e o Brasil.

Conforme esclarece Sérgio Pinto Martins, nesse sistema preponderava o papel da figura estatal:

O Estado interferia nas relações entre as pessoas com o objetivo de poder moderador e organizador da sociedade. Nada escapava a vigilância do Estado, nem ao seu poder. O Estado regulava, praticamente, tudo, determinando o que seria melhor para cada um, organizando a produção nacional. [...] (MARTINS, 2005, p. 42).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, expedida em 1948, que consistiu em uma recomendação aos povos que adotassem determinadas garantias fundamentais inerentes à figura humana, previu dentre essas garantias vários preceitos de cunho trabalhista como limitação da jornada de trabalho, descanso remunerado e periódico, proteção à saúde e higiene do trabalhador, entre outros direitos.

Assim, progressivamente, durante o século XX, os países foram inserindo em seus ordenamentos jurídicos, especialmente em suas Constituições, normas de caráter trabalhistas, com o objetivo último de assegurar ao trabalhador as garantias mínimas ao exercício laboral.



## 2 A FORMAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

O Brasil, descoberto em 1500 por Portugal, vivenciou um processo de colonização marcado pela utilização da mão de obra escrava. As primeiras constituições brasileiras trataram, basicamente, do modelo estatal adotado e das formas de organização e exercício dos poderes. Por isso, o surgimento da normatização trabalhista no Brasil teve como pressuposto dois acontecimentos de suma importância: a abolição da escravatura e a proclamação da república.

A Constituição Imperial de 1824, documento no qual se notam algumas regras que tiveram por objeto a atividade laboral humana, tratou de proibir a organização de corporações de ofício proporcionando o livre exercício do trabalho.

Após esta constituição, foram promulgadas algumas leis esparsas que detinham como pano de fundo as relações laborais, como a Lei 396 e a Lei 1846 que estabeleciam algumas limitações à admissão de trabalhadores estrangeiros por empresas brasileiras. Também o Código Comercial de 1850 que procurou regular algumas situações específicas como, por exemplo, a contratação de caixeiros.

A promulgação da Lei do Ventre Livre garantiu a liberdade aos filhos de mães escravas nascidos a partir de 28/09/1871, a Lei Saraiva-Cotegipe, de 28/09/1885, conhecida como Lei dos Sexagenários, assegurou o direito à liberdade ao escravo maior de 60 anos de idade de forma parcial, pois mesmo depois de livre o escravo trabalhava por mais três anos para o seu senhor. Três anos mais tarde, em 13/05/1888, a Princesa Isabel assinou a lei que aboliu a escravatura no Brasil, mais conhecida como Lei Áurea. Essa lei é considerada por Russomano como “a lei trabalhista mais importante até hoje promulgada no Brasil.” (RUSSOMANO, 2002, p. 30). Tais leis foram de especial relevância neste contexto.

O Brasil proclamou a República em 1889. A Constituição seguinte, de 1891 previu a liberdade de associação para fins lícitos e pacíficos, cabendo intervenção policial, somente quando fosse necessária a garantia da ordem pública. Data do mesmo ano o Decreto 1.313 que objetivou regradar o trabalho de menores de 12 até 18 anos.

No ano de 1903 foram instituídos os sindicatos rurais e no de 1907 houve a edição de uma lei que versou sobre os sindicatos, de uma forma geral. Em 1916



publicou-se o Código Civil brasileiro que tratava da regulação das locações de serviços, pois até aqui não existiam normas relacionadas à regulação das prestações de serviço, de forma específica. Criaram-se na sequência: em 1917, o Departamento Nacional do Trabalho, pela Lei Maurício de Lacerda; em 1922, em São Paulo, Tribunais Rurais; em 1923, com a promulgação da Lei Eloy Chaves, as Caixas de Aposentadorias e Pensões; e, por fim, em 1927, o Código de Menores que versou sobre a proteção do menor que exercia atividades laborais.

Neste momento histórico observa-se a influência das transformações decorrentes da Primeira Guerra Mundial e da criação da Organização Internacional do Trabalho (1919) de modo a fomentar a criação de leis que versassem sobre o conteúdo trabalhista. Para Sérgio Pinto Martins um dos fatores que contribuiu para o surgimento de regras em matéria trabalhista foi o fato de que “[...] Existiam muitos imigrantes no Brasil que deram origem a movimentos operários reivindicando melhores condições de trabalho e de salários. [...]” (MARTINS, 2005, p. 43). No entanto, o autor afirma ainda que a política trabalhista no Brasil aconteceu, de forma plena, com o governo de Getúlio Vargas, na década de 1930. (MARTINS, 2005, p. 43).

Para Amauri Mascaro Nascimento notou-se na década de 30 “a expansão do direito do trabalho em nosso país, como resultado de vários fatores, dentre os quais o prosseguimento das conquistas que já foram assinadas, porém, com um novo impulso quer no campo político, quer no legislativo.” (NASCIMENTO, 2011, p. 98).

O referido autor ressalta o importante papel do governo Vargas para a própria estruturação do direito do trabalho ao afirmar:

Sem discutir os fins visados por Vargas eram de dominação ou de elevação das classes trabalhadoras, o certo é que nesse período foi estruturada a ordem jurídica trabalhista em nosso país, adquirindo fisionomia que em parte até hoje se mantém. (NASCIMENTO, 2011, p. 99)

Assim, neste período, viu-se uma intensa produção de decretos que regeram uma atividade laboral em específico ou um determinado componente da relação empregatícia. Foram decretos que versavam sobre os seguintes temas: instituição da Carteira Profissional, limitação da duração da jornada de trabalho para



os que trabalham no comércio, nas indústrias, nas farmácias, nas casas de diversões, nas casas de penhores, nos bancos e casas bancárias, nos transportes, na educação, entre outros.

Em 1932 foi expedido o decreto que dispôs sobre o trabalho feminino, em 1936 o decreto que teve por finalidade estabelecer o salário mínimo e em 1939 via decreto, mais uma vez, criou-se a Justiça do trabalho.

### **3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS PRECEITOS TRABALHISTAS NAS PRIMEIRAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

A primeira Constituição brasileira que tratou especificamente do direito do trabalho foi a de 1934. Essa versou basicamente sobre a organização dos sindicatos, o caráter nacional do trabalho, a isonomia salarial, o salário mínimo, a jornada de oito horas de trabalho, a proteção ao trabalho das mulheres e dos menores, o repouso semanal, as férias anuais remuneradas, os acidentes de trabalho, as convenções coletivas e a Justiça do Trabalho.

Sobre a mesma, Mozart Victor Russomano destaca que essa carta magna absorveu muito das Constituições que a precederam em nível mundial e buscaram incorporar preceitos trabalhistas, ao afirmar:

A Constituição de 1934, colocando-se em plano totalmente diverso da Carta de 1891, sendo essencialmente liberal, sofreu influência de todas as constituições posteriores às Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) e pôs ênfase nas normas econômico-sociais. (RUSSOMANO, 2002, p. 32).

Na sequência, teve-se a Constituição de 1937 que incorporou muito da ideologia nazista e fascista que se apresentavam em expansão na Europa, por isso viu-se o florescimento de vasta legislação trabalhista durante sua vigência que para Russomano tinham “[...] inclusive o intuito político de seduzir e aliciar as grandes massas operárias em torno do poder constituído.” (RUSSOMANO, 2002, p. 32).

Sérgio Martins esclarece, com propriedade, o sistema sindical instituído na Constituição de 1937, inspirado na *Carta Del Lavoro* de 1917 e na Constituição Polonesa ao afirmar:



[...] A Constituição de 1937 instituiu o sindicato único, imposto por lei, vinculado ao Estado, exercendo funções delegadas de poder público, podendo haver intervenção estatal em suas atribuições. Foi criado o imposto sindical, como uma forma de submissão das entidades de classe ao Estado, pois este participava do produto de sua arrecadação. (MARTINS, 2005, p. 44)

Data de 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), legislação que trouxe a reunião das disposições trabalhistas até então dispersas em decretos para um diploma legal único. Tal legislação possui suma importância pois veio definitivamente estabelecer regras concretas a serem observadas na relação estabelecida entre empregadores e empregados, estando vigente até o momento, embora tenha isso alterado em alguns aspectos de seu corpo normativo.

Sérgio Pinto Martins explica a concepção da Consolidação das Leis do Trabalho ao afirmar:

Existiam várias normas esparsas sobre os mais diversos assuntos trabalhistas. Houve a necessidade de sistematização dessas regras. Para tanto, foi editado o decreto-lei nº 5.452, de 1943, aprovando a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O objetivo da CLT foi apenas reunir as leis esparsas existentes na época, consolidando-as. Não se trata de um código, pois este pressupõe um Direito novo. Ao contrário, a CLT apenas reuniu a legislação existente à época, consolidando-a. (MARTINS, 2005, p. 44).

A CLT brasileira foi concebida em um momento onde o direito do trabalho apresentava-se fragmentado e com lacunas demasiadamente exacerbadas, pois cada profissão detinha seu regramento e havia muitos outros profissionais que ficavam à margem da legislação, sem nenhuma proteção. Por isso, a elaboração da citada legislação representou uma decisão política que para Amauri Mascaro Nascimento mostrou-se mais que a mera e “simples compilação porque, embora denominada Consolidação, a publicação acrescentou inovações, aproximando-se de um verdadeiro Código.” (NASCIMENTO, 2011: 103).

De uma breve análise do referido diploma legal, nota-se a continuidade da separação das matérias de previdência social e de acidentes de trabalho, comparadas com as demais regras e também a unificação do direito do trabalho no que se refere especialmente aos três aspectos: individual, coletivo e processual.



Amauri Mascaro Nascimento destaca, ainda, que, infelizmente a Consolidação das Leis do Trabalho não atendeu a todas as expectativas sociais e laborais, pois:

[...] o instrumento de cristalização dos direitos trabalhistas que se esperava. A mutabilidade e a dinâmica da ordem trabalhista exigiam constantes modificações legais, como fica certo pelo número de decretos, decretos-leis e leis que depois foram elaborados, alterando-a. (NASCIMENTO, 2011, p. 104).

Contudo, há que se destacar que a CLT constitui-se em um importante marco normativo do trabalho na medida em que trouxe uma maior segurança jurídica às relações de trabalho naquele momento histórico e permitiu a expansão do trabalho livre, remunerado e subordinado mediante as regras próprias e aptas a disciplinar as relações de trabalho em seus aspectos mais gerais.

A Constituição seguinte, datada do ano de 1946, por sua vez, restabeleceu o regime democrático no Brasil e rompeu com o sistema corporativo previsto na Constituição anterior. Observou-se a repetição de alguns direitos outrora concebidos aos trabalhadores, bem como, a instituição da participação dos trabalhadores nos lucros, do repouso semanal remunerado, da previsão da estabilidade e também foi assegurado ao trabalhador, o direito à greve. A Justiça do trabalho foi incorporada ao rol dos órgãos que compunham Justiça Federal.

Acrescenta Mozart Victor Russomano mais algumas inovações legislativas datadas do citado período, a saber:

[...] Nessa Linha Evolutiva três fatos merecem registro especial: a) a promulgação da Lei Orgânica da Previdência Social, com a uniformização legislativa nessa matéria e a unificação dos antigos Institutos de Aposentadoria e Pensões INPS; b) a promulgação do Estatuto do Trabalhador Rural e da legislação complementar; c) a integração do seguro contra acidentes do trabalho no sistema de Previdência Social. (RUSSOMANO, 2002, p. 33)

A partir de 1964 o Brasil passou a reformular sua política econômica, mediante a adoção de algumas metas prioritárias, que se refletiram, de forma muito acentuada, na legislação trabalhista. Houve a instituição de uma “política salarial de governo” com o objetivo de normatizar o reajuste de salários.



Foi justamente no referido momento histórico que se institui o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), através da Lei nº 5.107/1966, com a finalidade captar recursos para subsidiar o sistema habitacional, o que acabou, por si só, por se projetar de forma muito acentuada nas relações de trabalho, especialmente no que se refere às indenizações e estabilidades empregatícias.

A Constituição Federal de 1967, por sua vez, marcou o recesso do Congresso Nacional e o retorno à expedição de decretos-lei, o que veio a permitir a criação de novas leis em sede trabalhista que alteraram e melhoraram o texto da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Importante mencionar que tal postura estatal expressava o novo regime político vivenciado no Brasil naquela época, a ditadura militar.

No que se refere a este momento, é importante mencionar a edição da Lei Complementar nº 7, de 1970 que instituiu o Programa de Integração Social e da Lei nº 4.330/1964 que regulou o direito de greve previsto no corpo normativo constitucional.

Destaca-se, a publicação da Lei nº 5.859/72 que tratou, inicialmente, do trabalho dos empregados domésticos, também da Lei nº 5.889/73 que disciplinou o trabalho rural e, ainda da Lei nº 6.019/74 que por sua vez cuidou do trabalho temporário.

Mas, neste contexto, a norma constitucional contribuiu de forma mais abrangente e positiva com o regramento trabalhista e com o direito do trabalho propriamente dito foi a Constituição Federal de 1988, na medida em que, afirmou e estendeu o rol de garantias acerca das relações de trabalho, e por isso, é objeto de análise da próxima seção.

#### **4 A TUTELA AO TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Fruto de um processo de redemocratização da nação brasileira, a Constituição Federal de 1988, promulgada em cinco de outubro do mesmo ano, alterou por completo o sistema de proteção do direito do trabalho em seu viés constitucional.



Notou-se por parte do legislador constituinte uma grande preocupação em proteger o trabalho, especialmente, pelo grande número de dispositivos constitucionais reservados à matéria trabalhista na Carta Magna de 1988. Domingos Sávio Zainaghi destaca as novidades trazidas na atual constituição vigente, nos seguintes termos: [...] “As principais novidades são férias remuneradas com um terço a mais, direitos dos empregados domésticos, licença paternidade, FGTS, ampliação do prazo prescricional para a cobrança de créditos trabalhistas para cinco anos etc.” (ZAINAGHI, 2011, p. 07)

O direito do trabalho individual está regrado a partir do artigo sétimo e se estende até o artigo de número onze da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF). Na sequência, empreende-se uma análise mais acurada dos citados dispositivos constitucionais.

Iniciando-se pelo artigo sétimo cujo conteúdo objetiva estabelecer em que termos a proteção ao trabalho individual aconteceu a partir de 1988 no Brasil. Trata-se de um dispositivo bastante extenso e que tem por finalidade apresentar o rol de direitos assegurados aos trabalhadores dos quais se destacam: a equiparação em termos de direito dos trabalhadores urbanos e rurais; a proteção a relação de emprego no que se refere à despedida arbitrária; a previsão de seguro-desemprego para as situações em que esse resultar de ato involuntário; a institucionalização do Fundo de Garantia do tempo de Serviço como regime único para todos os trabalhadores; a estipulação de salário mínimo; a previsão de piso salarial; a proteção contra a diminuição dos salários, salvo negociação coletiva. Aos trabalhadores que recebem por produtividade, garante-se o direito a uma remuneração mínima; direito ao décimo terceiro salário; previsão de adicional noturno; regras de proteção ao salário em razão de sua natureza alimentar; direito à participação nos lucros e na gestão da empresa; direito ao salário-família; limitação das jornadas; previsão do repouso semanal remunerado, devendo este acontecer preferencialmente aos domingos; direito à remuneração superior pela hora-extra efetuada; direito às férias anuais, remuneradas e acrescidas de 1/3; direito à licença à gestante e licença-paternidade; proteção especial ao trabalho da mulher; aviso prévio e proporcional ao tempo de serviço; proteção à saúde; segurança e higiene do trabalho; previsão de adicional para atividades laborais de risco; direito à



aposentadoria para todos os trabalhadores; proteção à criança; reconhecimento de acordos e convenções coletivas; proteção ao trabalho em razão da automação; seguro contra acidentes de trabalho extensivo a todos os trabalhadores da organização empresarial; previsão de prazos prescricionais para ajuizamento de reclamações trabalhistas e cobrança de haveres laborais; proteção contra discriminação no que se refere ao trabalhador portador de algum tipo de deficiência; proteção contra tratamento diferenciado às diferentes modalidades de trabalho: trabalho manual, trabalho técnico e trabalho intelectual; previsão de proteção ao trabalho desenvolvido pelo menor de 18 anos; equiparação entre os trabalhadores dotados de vínculo empregatício e o trabalhador avulso; atribuição de garantias básicas ao trabalhador doméstico<sup>4</sup>.

Na sequência, no artigo oitavo da Constituição Federal de 1988, nota-se o cuidado do legislador constituinte em assegurar o direito de associação coletiva dos trabalhadores, bem como estabelecer algumas premissas para a instituição legítima dessas organizações.

Observa-se, sobretudo, que no artigo oitavo, a consagração constitucional da liberdade de associação coletiva dos trabalhadores, de forma desvinculada à autorização do Estado, vedando-se, inclusive a intervenção e a interferência estatal nessas organizações. Há também a adoção do sistema sindical único, que consiste no fato de que em uma mesma base territorial não seja possível a instituição de mais de um sindicato que busque salvaguardar os interesses de uma mesma categoria profissional. Dá-se ao sindicato a missão de defender no âmbito judicial ou no âmbito administrativo, os interesses da categoria integrada por seus sindicalizados. Há a institucionalização obrigatória da contribuição sindical, assim como o direito de liberdade de associação daqueles que pertençam a uma determinada categoria profissional, o que significa dizer, em última análise, que, nenhum trabalhador é obrigado a filiar-se a qualquer entidade sindical, mas é sim obrigado a contribuir com o custeio da mesma, mediante contribuição anual definida em assembleia. Resta estabelecida a obrigatoriedade da participação das entidades de associação

---

<sup>4</sup> Recentemente, por intermédio da Emenda Constitucional nº 72/2013, estendeu-se aos trabalhadores domésticos todos os direitos assegurados aos demais trabalhadores no âmbito constitucional.



profissional coletiva, quando da realização de negociações coletivas de trabalho. Garante-se ao filiado, ainda que aposentado, a prerrogativa de votar e ser votado nas assembleias sindicais. Por fim, assegura-se a estabilidade provisória no emprego, isto é, a proteção contra despedida arbitrária ao empregado que tornar-se dirigente sindical, seja titular ou suplente, até 01 ano após o fim de seu mandato.

No artigo nono o legislador constituinte se preocupou em garantir o direito de greve aos trabalhadores. Vê-se que por este dispositivo legal assegura ao trabalhador o direito à greve, cabendo porém a eles a responsabilidade para avaliarem aos próprios trabalhadores a oportunidade e a conveniência do exercício deste. Foi reservada, inclusive, a lei específica, o papel de regulamentar o direito de greve, também, a realização de serviços ou atividades essenciais ou atendimento de necessidades inadiáveis, bem como estabelecer punição em caso do cometimento de abusos por parte dos grevistas.

Por sua vez, o artigo décimo tem por objetivo assegurar aos trabalhadores o direito de representação em órgãos públicos colegiados, em que sejam discutidos assuntos de interesses profissionais ou previdenciários.

Por fim, o artigo onze garante aos trabalhadores que trabalhem em organizações com mais de 200 empregados a eleição de um representante que tratará dos interesses dos empregados, de forma direta.

Ainda, no que se referem aos dispositivos legais elaborados de modo a enfocar a matéria trabalhista menciona-se, que, nos artigos 111, 112 e 113 (CF, 1988) o legislador constituinte tratou da Organização da Justiça do Trabalho, bem como estabeleceu a competência dos órgãos que integram a Justiça do trabalho nos artigos 114, 115 e 116. Desses dispositivos constitucionais nota-se que compõem a Justiça do Trabalho, no Brasil: os Juízes do trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho. Assim como o Tribunal Superior do Trabalho, o qual é competente em julgar as seguintes ações: demandas advindas da relação de trabalho em geral; processos que envolvam o exercício do direito de greve; os litígios resultantes da ação das entidades coletivas que representam os trabalhadores (sindicatos); as ações resultantes da aplicação dos remédios constitucionais – mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data* – quando se referirem às questões pertinentes ao trabalho; todas as situações conflituosas que pairarem sobre os



próprios juízos trabalhistas referidos à competência desses; todas as ações envolvidas às indenizações por danos patrimoniais, ou por dano moral, em decorrência das relações de trabalho; demandas oriundas de fiscalização trabalhista; ações relativas à cobrança de contribuições sociais; enfim, todas as controvérsias originadas nas relações trabalhistas, conforme as leis vigentes.

José Afonso da Silva, explica com muita propriedade o significado do reconhecimento dos direitos trabalhistas, sob o ponto de vista de sua eficácia, no corpo normativo constituinte de 1988, ao afirmar:

São direitos dos trabalhadores os enumerados nos incisos do art. 7º além de outros que visem à melhoria de sua condição social. Temos, assim, direitos expressamente enumerados e direitos simplesmente previstos. Dos enumerados, uns são imediatamente aplicáveis, outros dependem de lei para sua efetivação prática [...] (SILVA, 2003, p. 288)

O mesmo autor destaca o caráter imperativo das referidas normas ao escrever: “As normas que os definem, com eficácia imediata ou não, importam em obrigações estatais no sentido de proporcionar aos trabalhadores os direitos assegurados e programados. Toda atuação em outro sentido infringe-as.” (SILVA, 2003, p. 288). Isso significa dizer que todos os direitos trabalhistas postos na Constituição Federal de 1988 precisam ser observados em uma relação de emprego, sob pena de ferir o ordenamento jurídico vigente.

Para Walter Ceneviva o tratamento conferido ao regramento trabalhista pelo legislador constituinte de 1988, [...] “embora extenso, está longe de ser exaustivo. Quando repete conceito incluído entre direitos e garantias individuais, quer acentuar a importância para a comunidade geral” [...]. (CENEVIVA, 2003, p. 95). Da afirmação de Ceneviva destaca-se a importância dos direitos trabalhistas enquanto direitos fundamentais assegurados constitucionalmente inerentes à condição humana.

## **5 A CONDIÇÃO PÓS-MODERNA E SUA REPERCUSSÃO NO MUNDO DO TRABALHO**

Atualmente, vive-se em uma sociedade marcada pela efemeridade das relações e pela fluidez de paradigmas, sujeita às mudanças constantes nas conjecturas relacionais e sociais, marcada pela instabilidade dos institutos sociais.



Todas essas características revelam o caráter preponderante da época vivida, chamada por muitos como: pós-moderna, e que em muito repercute no mundo do trabalho.

No entanto, existe um verdadeiro dissenso entre os autores sobre o que os termos pós-modernismo e pós-modernidade querem significar. Sobre esta dificuldade, afirma Perry Anderson: “uma vez que o moderno – estético ou histórico – é sempre em princípio o que se deve chamar de presente absoluto, ele cria uma dificuldade peculiar para a definição de qualquer período posterior, que o converteria em um passado relativo.” (Anderson, 1999, p. 20).

Alguns autores caracterizam a condição pós-moderna como o momento histórico experimentado após a queda do Muro de Berlim, nas sociedades capitalistas. Outros pensadores consideram o pós-modernismo como uma espécie de reação à sociedade moderna. Nesse sentido, David Harvey destaca, “[...] talvez só haja concordância em afirmar que o “pós-modernismo” representa alguma espécie de reação ao “modernismo” ou de afastamento dele”. (Harvey, 2000, p. 19).

Perry Anderson, ao fazer uma análise sobre o emprego da expressão condição pós-moderna, afirma que foi Jean-François Lyotard quem pioneiramente, utilizou-a, com o objetivo de identificar a situação histórica relativa às alterações da organização da vida humana, que se seguiram a modernidade. (Anderson, 1999, pp.32-33).

Veja-se como Angelo Peres caracteriza a pós-modernidade:

[...] na era pós-moderna temas como razão, sujeito, totalidade, verdade e progresso são conceitos vazios e em crise. A pós-modernidade é a era do efêmero, do fragmentário, do caótico. Na verdade é descontínua sempre enfatizando a possibilidade de lidar com a realidade através do pensamento racional (PERES, 2006, p. 02)

Angelo Peres é enfático ao destacar o caráter instável que permeia a condição pós-moderna.

Marli Appel-Silva e Kátia Biehl destacam a alteração da subjetividade humana no contexto da pós-modernidade ao escreverem:



As mudanças nas maneiras dos sujeitos compreenderem o contexto, na pós-modernidade, transformaram os vínculos entre os sujeitos e destes com as práticas culturais, que são atividades humanas atribuídas de valores e inscritas em uma determinada sociedade (APPEL-SILVA e BIEHL, 2006, p. 02).

Para as referidas autoras, a cultura tem como pressuposto o agir humano em sociedade, de modo que, na pós-modernidade observa-se uma alteração acentuada nas relações humanas em si, repercutindo, portanto, no elemento subjetivo, inerente ao indivíduo. Para Fredric Jameson, é essencial “[...] entender o pós-modernismo não como um estilo, mas como um dominante cultural: uma concepção que dá margem à presença e à coexistência de uma série de características que, apesar de subordinadas umas as outras, são bem diferentes. (JAMESON, 1991, p. 29).

Assim, é interessante notar que a condição pós-moderna, apresenta-se marcada, notadamente pela fragmentação, pelas complexidades, efemeridades e inconstâncias, seja no aspecto individual, ou no aspecto coletivo. Mostra-se, pois, como um período que trouxe profundas alterações no pensar filosófico, artístico e cultural e também para o mundo do trabalho, na medida em que têm no individualismo, na ausência de credos, medos e na liberdade de expressão do pensamento, alguns de seus traços delineadores. Ao mesmo tempo, utiliza-se das modernas ferramentas tecnológicas para pulverizar na sociedade informações, estimular o consumo desenfreado, o que por si só, acaba por conduzir a ausência de uma identidade definida ou definitiva, do homem pós-moderno, concebido culturalmente a partir da intersubjetividade.

No que se refere à esfera laboral, sobreleva notar que, as relações de trabalho experimentaram uma situação peculiar, a inserção do aspecto flexível em sua configuração.

Para David Harvey, a flexibilização foi internalizada no âmbito das relações de trabalho objetivando propiciar a manutenção do sistema capitalista, onde a inserção de elemento flexível acabou por permitir a reorganização das estruturais laborais, sem que a premissa do lucro atrelado ao capital fosse rechaçada. (HARVEY, 2000, p.174-75)



Vários fatores influenciaram para a configuração da flexibilização laboral, desde a reestruturação dos meios produtivos, passando pelas inovações tecnológicas, que permitiram, propriamente, a mundialização da circulação de produtos e serviços.

Sobre o trabalho flexível argumentam, ainda, Marli Appel-Silva e Kátia Biehl:

[...] o trabalho flexível, por ser central na maioria da vida dos sujeitos, colocou-os sob o risco do desemprego e do fracasso profissional. Esse medo do fracasso pode redundar em uma coerção interna que se torna alienante ao sujeito quando causa a ele uma consciência fragmentada, com pensamentos que não se associam e uma compreensão simplificada do contexto. (APPEL-SILVA e BIEHL, 2006, p. 14).

O trabalhador pós-moderno, portanto, paulatinamente, é compelido ao desenvolvimento de multifuncionalidades, com vistas a permitir o atendimento dos anseios da sociedade laboral pós-moderna. Como exemplo de tal processo pode-se citar: controle da jornada de trabalho multifacetada, minimização da figura do líder, em prol do trabalho em equipe, estabelecimento de mecanismos de avaliação funcional pautados na produtividade e na diminuição dos custos de produção, achatamento de salários e rendimentos, e ainda a supervalorização das entidades empregadoras.

Tudo isso, refletiu-se no modo como o direito do trabalho passou a tratar as relações de emprego, que se deu ao legislador trabalhista a tarefa de reger as relações estabelecidas entre empregados e empregadores, com a finalidade de minimizar os conflitos entre as classes, e, principalmente, garantir condições básicas ao trabalhador que se viu inserido no contexto pós-moderno, de forma a dar-lhe maior segurança e certeza na execução de seu labor.

## **6 A ADOÇÃO DO PERMISSIVO FLEXIBILIZANTE DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

Conforme se visualiza até aqui, a Constituição Federal de 1988 tutelou a proteção ao trabalho de forma ampla, com vistas a assegurar condições mínimas de trabalho à classe trabalhadora brasileira. Por outro lado, vive-se um momento



histórico marcado fortemente pela flexibilização das relações humanas em geral e em que muito se reflete no mundo do trabalho.

Convém destacar, nesse sentido que, o legislador constituinte de 1988 acabou por internalizar essa concepção pós-moderna ligada à maleabilidade das relações quando inseriu no texto constitucional, dispositivos que permitiram a flexibilização da legislação trabalhista no Brasil, a saber:

**Art. 7º.** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

(...)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

Nota-se do texto constitucional destacado a admissão da negociação coletiva com a finalidade de fixar salários e estabelecer jornada de trabalho de forma diferenciada, respeitadas as leis em vigor sobre o assunto.

Para Glaucia Barreto trata-se de uma nova fase, na qual a autonomia da vontade de empregados e empregadores toma local de destaque, no âmbito das relações jus laborativas, local este antes ocupado pelo legislador – de forma exclusiva. Porém, com uma condição peculiar, da preservação da função tutelar do Estado com o intuito de se garantir uma proteção legal mínima (BARRETO, 2008, p. 6).

Tem-se como exemplo do processo de flexibilidade atribuída às regras do trabalho, a edição da súmula 453 do Tribunal Superior do Trabalho que assim dispõe:

Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não tem direito ao pagamento da sétima e oitava horas como extras.



Também como exemplo vale citar o inciso II da Súmula 364, igualmente do Tribunal Superior do Trabalho, que assim versa:

A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivas.

Nos dois exemplos apontados observa-se a condição de desvantagem ocupada pelo trabalhador, que em um primeiro momento se vê obrigado a estender sua jornada de trabalho em turnos de revezamento (originariamente limitadas há seis horas diárias) sem direito ao recebimento da sétima e da oitava horas com adicional de horas extras, e, no segundo exemplo, em que se visualiza a possibilidade de diminuição do percentual do adicional de periculosidade de forma proporcional à exposição do mesmo ao perigo.

O ponto central da discussão aqui proposta é a avaliação sobre em que medida a condição mais maleável admitida perante a legislação trabalhista beneficia a classe trabalhadora, pois essa surge com o intuito de afastar o rigorismo legal, tantas vezes apontado como o vilão do desemprego e da falta da oferta de novos postos de trabalho, porém, paradoxalmente, acaba por rechaçar a aplicação de direitos inerentes a condição do trabalhador, outrora assegurados.

Nesse sentido, argumenta Valdete Souza Severo: “O problema é que a flexibilização em si implica a destruição dessa estrutura rígida de direitos fundamentais protegidos por uma lógica de proibição ao retrocesso.” (SEVERO, 2008, p. 2).

Por outro lado, Maria Christina Figueira de Moraes destaca a insustentabilidade de um regramento trabalhista rígido frente às necessidades da sociedade contemporânea:

O Direito do Trabalho reclama por reformas profundas, como meio de remoção de entraves, propiciando sua vocação maior, que é a instrumentalidade das formas; a flexibilização do caráter protecionista excessivo em relação ao trabalhador; e a promoção de uma maior celeridade e justiça social, desobstruindo, inclusive, as varas trabalhistas, além de procurar minimizar e suprir as deficiências do sistema adequando-o à realidade. (MORAIS, 2008, p. 1).



Para Andréa Marin dos Santos “A flexibilização das normas trabalhistas deve ter por escopo a adequação de seus conteúdos à realidade fática das relações empregatícias, e não a mitigação de direitos trabalhistas sob o mote do “negociado sobre o legislado”. (SANTOS, 2004, p. 1).

Observa-se que a verdadeira discussão impera sobre a flexibilização trabalhista, concebida como política pública estatal engendrada, na qual objetiva-se a adequação das leis às necessidades sociais de uma economia neoliberal, de um mundo globalizado, no contexto da pós-modernidade, com a finalidade da mitigação dos conflitos entre a classe dos trabalhadores e dos empregadores.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De todo o exposto, pode-se concluir que a legislação trabalhista apresenta-se como ferramenta de intervenção pública estatal, objetivando reger o trabalho livre, subordinado e remunerado. Tudo isso, com o objetivo último de assegurar aos trabalhadores direitos básicos e inerentes a sua condição.

Embora não se possa mencionar com exatidão desde quando o homem trabalha, as primeiras regras trabalhistas somente surgiram no contexto mundial no fim do século XIX e no início do século XX, como forma de se amenizarem muitos dos conflitos estabelecidos entre a classe operária e os detentores dos modos de produção.

O Estado brasileiro produziu suas primeiras normas em matéria trabalhista especialmente a partir do ano de 1930, com o surgimento do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, durante o governo de Getúlio Vargas. Desde então, experimentou-se em terras brasileiras uma intensa produção normativa sobre esta temática, seja com o objetivo de regulamentar as profissões existentes, ou no sentido de se assegurarem garantias mínimas aos trabalhadores.

Naquele momento histórico, a legislação trabalhista visava reger de forma absoluta as relações de emprego, de modo imperativo e categórico, dessa forma não era considerado válido o exercício da autonomia da vontade das partes (Empregador X Empregado) decidirem sobre quaisquer dos direitos afetos ao exercício empregatício.



Com o fenômeno da globalização, somado à adoção de práticas neoliberais e ao aumento da taxa de desemprego, de modo especial nas últimas décadas do século XX, tem-se um novo marco nas relações de trabalho: a flexibilização da legislação trabalhista.

A flexibilização da legislação trabalhista, de uma forma geral, pode ser entendida como um processo, segundo o qual o Estado permite que as normas do trabalho sejam adaptadas às condições de trabalho presentes em uma determinada situação concreta, a partir de negociação coletiva, estabelecida entre o empregador e o sindicato da categoria profissional em que o empregado está inserido.

Caracteriza-se como uma postura adotada pelo Estado brasileiro contemporânea, na medida em que surge com o intuito maior de fomentar a geração de emprego, priorizar a manutenção de postos de trabalho, e diminuir a informalidade. Tudo isso, através da admissão da negociação coletiva sobre as condições do contrato de trabalho (alteração dos limites legais de duração da jornada de trabalho, modificação de valores salariais, entre outros).

Tem por escopo dotar as regras trabalhistas de maior adaptabilidade, de modo a rechaçar uma recorrente reclamação da classe empregadora: o excessivo rigorismo das leis do trabalho como entrave ao aumento de contratações formais.

Por tais motivos, esta postura estatal gerou imensa repercussão no mundo do trabalho, seja sobre as relações sociais estabelecidas no âmbito da classe trabalhadora, ou no aspecto jurídico, pois o princípio máximo de proteção a figura do empregado passa a ser discutido.

Em prol do pretendido aumento da proximidade e igualdade entre as partes envolvidas na relação de trabalho, e, também, da diminuição do rigorismo das leis do trabalho, passou-se a observar, de outro lado, a mitigação de várias garantias outrora concedidas aos trabalhadores.

Logo, diante do conjunto normativo existente no Brasil na atualidade, observa-se que para além de meramente tutelar interesses dos trabalhadores, existe uma preocupação recorrente em harmonizar de forma otimizada os diferentes conflitos advindos, muitas vezes, da própria relação estabelecida entre



empregadores e empregados. A admissão pelo legislador constituinte de 1988, de instrumentos aptos a possibilitar a flexibilização de determinadas condições de trabalho, desde que intermediada a negociação pela entidade coletiva que representa os trabalhadores, mostra-se como uma forma de se tentar ao menos minimizar possíveis efeitos nocivos a própria classe trabalhadora. Ao mesmo tempo, tal posicionamento estatal fortalece, até mesmo, os próprios órgãos classistas. Dentro desse processo, tais instituições acabam por se afirmar na defesa dos interesses de uma determinada categoria.

Quando a Carta Magna de 1988 condicionou a validade das negociações estabelecidas no âmbito das relações laborais, engendradas entre trabalhadores e empregadores, a mediação realizada pelo sindicato obreiro, quis também o legislador evitar possíveis conflitos judiciais e favorecer a composição coletiva.

Dentro da lógica que rege o ordenamento jurídico pátrio e pelo conjunto de princípios que lhe serve de sustentáculo, o que é negociado não pode prejudicar o conteúdo das leis, pois vigora a supremacia constitucional. Dessa forma, tudo que contraria as regras constitucionais apresenta-se como inválido.

Nesse contexto, ainda que haja o permissivo constitucional apto a possibilitar a negociação de determinadas condições de trabalho, esta negociação não ficou a cargo único e exclusivo das partes envolvidas, mas sujeita a todas as regras existentes em sede trabalhista no Brasil.

Assim, a flexibilização apresenta-se como realidade na sociedade contemporânea, consolida-se na medida em que se constitui no instrumento apto a ajustar as normas vigentes às condições sociais e econômicas experimentadas de forma direta pelos cidadãos.

Importante se faz, neste contexto, o entendimento que sob nenhum argumento a flexibilização pode ser utilizada para subtração de direitos mínimos aos trabalhadores. Por isso é fundamental o fortalecimento das entidades sindicais e a ação vigilante da justiça do trabalho, no sentido de coibir abusos e práticas ilegais sob o argumento flexibilizador.



## REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1999.

APPEL-SILVA, Marli e Biehl, Kátia. Trabalho na pós-modernidade: crenças e concepções. **Revista mal-estar e subjetividade**. Fortaleza, V. VI, nº 2, p. 518-534, set/2006. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1518-61482006000200011](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482006000200011)>. Acesso em: 01 nov. 2011.

BARRETO, Glauca. **Curso de direito do trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.

BRASIL. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de Setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2013.

BRASIL. Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM3353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM3353.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2013.

BRASIL. Lei nº 4.330, de 1º de junho de 1964. Regula o direito de greve na forma do art. 158 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1950-1969/L4330.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4330.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2013.



BRASIL. Lei nº 5.107, de 13 de dezembro de 1966. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5107.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2013.

BRASIL. Lei Complementar nº 7, de 07 de setembro de 1970. Institui o programa de Integração Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp07.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp07.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

BRASIL. Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5859.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5859.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

BRASIL. Lei nº 5.889, de 08 de junho de 1973. Estatui normas reguladoras do trabalho rural. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5889.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5889.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

BRASIL. Súmulas do TST. **Vade Mecum Saraiva**. 14. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O ministério público do trabalho na proteção do direito do trabalho. **Cad. CRH**, Salvador, BA, v. 24, n. spe1, 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-49792011000400005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792011000400005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 07 nov. 2012.

CARTONI, Daniela M.; LORENZETTI, Katiusca. A flexibilização no direito do trabalho e globalização. **Revista de Direito – Anhanguera Educacional S.A.**, Valinhos – SP, Vol. XI, n 13, Ano 2008.

CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

KORSCH, Karl. **Lutas de classes e direito do trabalho**. Tradução de Juan Luis Verma. Ed. Ariel, Espanha: 1980.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

JAMESON, Fredric. **Pós-modernismo: a lógica cultural do capitalismo tardio**. São Paulo: Ática, 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAIS, Maria Christina Filgueira de. A flexibilização trabalhista como consequência da atual conjectura econômica mundial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2005, 27 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12133>>. Acesso em: 16 jun. 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria do direito do trabalho; relações individuais e coletivas do trabalho**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.



NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria do direito do trabalho; relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PERES, Angelo. **Pós-modernidade e mercado de trabalho**. Disponível em: <[http://internativa.com.br/artigo\\_rh\\_09\\_06.html](http://internativa.com.br/artigo_rh_09_06.html)>. Acesso em: 24 jan. 2012.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

SANTOS, Andréa Marin dos. A reforma trabalhista: garantia ou mitigação de direitos?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 189, 11 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4677>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

SEVERO, Valdete Souto. O mundo do trabalho e a flexibilização. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1946, 29 out. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11903>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Curso de legislação social**: direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001.



# ABRINDO FRONTEIRAS: A CONVERGÊNCIA ENTRE “DIREITO E DESENVOLVIMENTO” E GOVERNANÇA GLOBAL<sup>1</sup>

OPPENING BORDERS: THE CONVERGENCE OF "LAW AND DEVELOPMENT" AND GLOBAL  
GOVERNANCE

*Patrícia Galvão Ferreira<sup>2</sup>*

## Resumo

Nas últimas duas décadas as teorias institucionais passaram a dominar os Estudos de Desenvolvimento. Os expoentes dessas teorias reconhecem que o desenvolvimento socioeconômico de um país depende, em menor ou maior medida, da existência de níveis mínimos de infraestrutura física, de capital financeiro e humano, e/ou de fatores geopolíticos, geográficos, históricos e culturais. Institucionalistas argumentam de forma convincente, no entanto, que investir na construção de um sólido arcabouço institucional no âmbito nacional é o modo mais eficaz – talvez até um pré-requisito – para se promover o desenvolvimento de um país<sup>3</sup>. Esse arcabouço de "boa governança", de acordo

---

<sup>1</sup> Artigo submetido em 09/07/2013, aprovação comunicada em 01/11/2013. Trabalho baseado no Capítulo 3 da tese doutoral “Breaking the Weak Governance Curse: Global Regulation and Governance Reform in Resource-Rich Developing Countries”, defendida em 2012 na Faculty of Law da Universidade de Toronto. Tradução de Rafael dos Santos-Pinto. Revisto e editado pela autora.

<sup>2</sup> Doutora em direito e desenvolvimento e estudos internacionais pela Universidade de Toronto, pesquisadora associada do Instituto de Estudos de Trabalho e Sociedade (IETS) no Rio de Janeiro, atualmente pesquisadora visitante da FGV/Direito São Paulo, ocupou a Cátedra Nabuco de Estudos Brasileiros na Universidade de Stanford de Março a Setembro de 2013. E-mail: pgalvao@iets.org.br

<sup>3</sup> Apesar de largamente utilizados na literatura acadêmica, a definição de conceitos como “governança” e “instituições” está longe de ser consensual, existindo inúmeras variações para os termos. O Banco Mundial define governança como “a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país visando o desenvolvimento, e a capacidade dos governos de planejar, formular e programar políticas e cumprir funções”. O conceito que adoto, no entanto, inclui também o poder e atividade regulatórios de atores não-estatais, especialmente quando discorro sobre governança global. Dessa forma o conceito se aproxima ao de “instituições” lato senso, definidas por Veblen como um “conjunto de normas, valores, regras e sua evolução”. (Veblen 1983). Ao longo deste artigo eu intercambio os termos governança e instituições de forma imprecisa, entendidos no seu sentido mais amplo. Para uma



com teóricos institucionalistas, seria a peça chave para facilitar e/ou garantir a concretização das diversas estratégias desejadas de desenvolvimento na área de infraestrutura, modernização econômica e cultural, etc. Esse arcabouço institucional também seria essencial para lidar com as diversas externalidades negativas e as desestruturações socioeconômicas que são também inerentes ao processo de desenvolvimento.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento; Globalização; Governança.

### Abstract

The last two decades have witnessed the elevation of institutional theories of development to the forefront of mainstream development studies. Exponents of institutional theories recognize that promoting development requires policies to improve physical infrastructure, to enhance financial and human capital, and/or to address geopolitical, geographic, historical and cultural factors. Institutionalists make a compelling case, however, that investing in the improvement of the institutional, or governance framework within developing nations is the most effective way, even a pre-requisite, to promote development. A “good governance” framework, according to institutional theorists, is key to facilitate the achievement of all development objectives, and to address negative disruptions and externalities inherent in the development process.

**Keywords:** Development; Globalization; Governance.

## INTRODUÇÃO

Nas últimas duas décadas as teorias institucionais passaram a dominar os Estudos de Desenvolvimento. Os expoentes dessas teorias reconhecem que o desenvolvimento socioeconômico de um país depende, em menor ou maior medida, da existência de níveis mínimos de infraestrutura física, de capital financeiro e humano, e/ou de fatores geopolíticos, geográficos, históricos e culturais. Institucionalistas argumentam de forma convincente, no entanto, que investir na construção de um sólido arcabouço institucional no âmbito nacional é o modo mais eficaz – talvez até um pré-requisito – para se promover o desenvolvimento de um país<sup>4</sup>. Esse arcabouço de “boa governança”, de acordo com teóricos

---

discussão sobre definições de governança veja Kaufmann & Kraay, 2007. Para uma discussão sobre definições de instituições sob uma perspectiva da ciência política veja: Lecours, 2005.

<sup>4</sup> Apesar de largamente utilizados na literatura acadêmica, a definição de conceitos como “governança” e “instituições” está longe de ser consensual, existindo inúmeras variações para os termos. O Banco Mundial define governança como “a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país visando o desenvolvimento, e a capacidade dos governos de planejar, formular e programar políticas e cumprir funções”. O conceito que adoto, no entanto, inclui também o poder e atividade regulatórios de atores não-



institucionalistas, seria a peça chave para facilitar e/ou garantir a concretização das diversas estratégias desejadas de desenvolvimento na área de infraestrutura, modernização econômica e cultural, etc. Esse arcabouço institucional também seria essencial para lidar com as diversas externalidades negativas e as desestruturações socioeconômicas que são também inerentes ao processo de desenvolvimento.

Esse consenso predominante sobre a importância de um sólido sistema nacional de governança para garantir desenvolvimento não foi seguido, no entanto, por um consenso similar sobre o que exatamente caracteriza um bom sistema de governança ou, ainda menos, sobre quais mecanismos de governança são importantes para quais indicadores de desenvolvimento. Alguns autores argumentam que esta ambiguidade teórica e conceitual é problemática a ponto de dissipar o poder elucidativo das teorias institucionais de desenvolvimento. (Lecours, 2005). A maioria dos estudiosos da área de desenvolvimento, entretanto, está engajada em uma agenda construtiva de investigações para decifrar toda uma constelação de questões que foram colocadas pelas teorias institucionais. Questões como, por exemplo, o que exatamente se quer dizer por "governança"; como e porque exatamente os países vieram a construir sistemas de governança tão distintos; como e porque exatamente sistemas de governança sofrem - ou não - alterações importantes ao longo do tempo; que mecanismos de governança importam para quais objetivos de desenvolvimento, e como; etc.<sup>5</sup>.

O fato da maior parte destas questões de pesquisa continuarem sem respostas claras na literatura institucional de desenvolvimento não impediu que nas últimas décadas houvesse uma proliferação de iniciativas para a promoção de reformas de governança nos países em desenvolvimento. Diversos programas multilaterais e bilaterais de assistência ao desenvolvimento têm dado ênfase especial a iniciativas para promover boa governança em países com um déficit institucional agudo. Este não é mais o caso do Brasil, já que inegavelmente

---

estatais, especialmente quando discorro sobre governança global. Dessa forma o conceito se aproxima ao de "instituições" lato senso, definidas por Veblen como um "conjunto de normas, valores, regras e sua evolução". (Veblen 1983). Ao longo deste artigo eu intercambio os termos governança e instituições de forma imprecisa, entendidos no seu sentido mais amplo. Para uma discussão sobre definições de governança veja Kaufmann & Kraay, 2007. Para uma discussão sobre definições de instituições sob uma perspectiva da ciência política veja: Lecours, 2005.

<sup>5</sup> Veja por exemplo Fukuyama, 2013.



construímos ao longo do tempo uma densidade institucional razoável, ainda que em muitas áreas incompleta, imperfeita e/ou vulnerável. Eu me refiro a muitos países da África, Ásia e, em menor grau, da América Latina. Essas iniciativas multilaterais e bilaterais de promoção de boa governança, majoritariamente baseadas em acordos de cooperação técnica ou na imposição de condicionalidades em programas de empréstimos e doações, se provaram pouco frutíferas. Apesar do alto valor investido o déficit institucional em diversos países em desenvolvimento permanece praticamente inalterado.

Apesar desse claro recorde negativo em melhorias institucionais, ou talvez por causa disso, recentemente um número crescente de mecanismos regulatórios globais não convencionais estão sendo criados com o objetivo de influenciar sistemas domésticos de governança. Exemplos desses mecanismos são as diversas parcerias transnacionais multissetoriais como a Iniciativa para Transparência das Indústrias Extrativas (EITI na sigla em inglês), bem como acordos de parceria para governança (VPAs na sigla em inglês) inseridos em acordos bilaterais de comércio. O desenho institucional dessas iniciativas é muito distinto de mecanismos tradicionais de regulação internacional. Atores não estatais - como organizações da sociedade civil e corporações - participam da concepção e administração desses mecanismos em pé de igualdade com Estados. A verificação da implementação dessas iniciativas também fica também a cargo de grupos multissetoriais e, frequentemente, requerem a contratação de órgãos independentes para avaliar indicadores de “compliance”.

Este movimento expansivo no cardápio de opções de mecanismos globais de regulação para influenciar sistemas domésticos de governança responde a outros fatores além da influência ideológica das teorias institucionalistas, no entanto. Para Anne-Marie Slaughter & William Burke-White (2006) e para Francis Fukuyama (2004), por exemplo, a preocupação mundial com o déficit de governança doméstica em vários países em desenvolvimento está em ascensão porque as atuais ameaças à segurança de muitos países (em especial os desenvolvidos) não estão mais limitadas ao comportamento imprevisível de Estados controlados por líderes párias (como o Iraque de Saddam Hussein ou a Coreia do Norte de Kim Jong-un), que



devem ser contidos por meio de diplomacia, uso da força militar ou mecanismos multilaterais convencionais<sup>6</sup>. As origens das principais ameaças contemporâneas à segurança são cada vez mais de ordem intra-estatal, uma vez que é o déficit agudo de governança doméstica em vários países que tem facilitado o surgimento e a proliferação de grupos terroristas e máfias de crime organizado cujas atividades facilmente cruzam fronteiras. Dessa forma somente o fortalecimento de sistemas domésticos de vigilância seriam capazes de lidar eficazmente com esses desafios.

Para estes autores novos mecanismos globais para influenciar a forma como Estados organizam seus próprios sistemas domésticos de governança estão sendo discutidos e testados para melhor lidar com as crescentes raízes domésticas dos principais problemas da ordem mundial contemporânea. Seja qual for a razão – para promover indicadores de desenvolvimento socioeconômico ou para defender a segurança nacional de ameaças originadas do déficit institucional de outros países – existe um crescente reconhecimento, para usar as palavras de Fukuyama (2004, tradução nossa), de que: "a questão de como promover melhorias de governança em Estados fracos, de como reforçar sua legitimidade democrática e de como fortalecer instituições autossustentáveis se tornou o projeto central da política internacional contemporânea".

Neste artigo argumento que apesar desta crescente diversificação de mecanismos regulatórios globais, criados para interagir e influenciar sistemas domésticos de governança em países em desenvolvimento, a pesquisa predominante nos Estudos de Desenvolvimento, e especialmente na sua subdisciplina conhecida como "Direito e Desenvolvimento" (D&D), ainda não está acompanhando esta nova realidade. A literatura de D&D tem centrado no estudo da

---

<sup>6</sup> Anne-Marie Slaughter e William Burke-White (2006), por exemplo, argumentam que enquanto o direito internacional foi originalmente construído para influenciar como os Estados se comportam em relação uns aos outros, e o direito internacional moderno passou a influenciar também a conduta dos Estados para com seus próprios cidadãos (a exemplo das normas internacionais de direitos humanos), hoje uma terceira geração de normas internacionais (tradução nossa) "procura influir ativamente não só no Direito doméstico mas também no ambiente político doméstico, buscando catalizar a ação doméstica dos governos". Slaughter e Burke-White argumentam que estas novas normas internacionais são "muito mais invasivas e, ao menos potencialmente, muito mais transformadoras" do que as normas que formam o regime internacional de direitos humanos criado pós Segunda Guerra.



dinâmica nacional das tentativas de reforma institucional,<sup>7</sup> deixando em segundo plano os efeitos de instrumentos globais – tais como mecanismos bilaterais e multilaterais e iniciativas multisetoriais transnacionais – nas dinâmicas de promoção de reformas domésticas.

Para ser precisa, a literatura de D&D não nega o papel potencial de atores externos em processos domésticos de reforma. No entanto, o foco dos estudos está em identificar quais obstáculos domésticos estão dificultando as tentativas externas de promover reformas efetivas de sistemas de governança no âmbito nacional. Existe, então, uma grande ênfase em decifrar os detalhes das estruturas e processos endógenos de reforma. Na melhor das hipóteses esta literatura tem investigado a eficácia (ou não) de métodos relacionados a mecanismos internacionais convencionais - como o uso de condicionalidades para empréstimos e doações multilaterais e bilaterais, ou o uso de sanções e/ou incentivos comerciais (financiamento direto, assistência técnica e *capacity building*) – para pressionar ou encorajar países em desenvolvimento a desencadear processos nacionais de reforma. (TREBILCOCK & DANIELS, 2008, p. 341).

Esta perspectiva que eu chamo de côncava, entretanto, ignora a possibilidade de que mecanismos regulatórios globais, em especial os não convencionais, também possam catalizar ou constranger o processo de reforma doméstica de forma muito mais complexa, e potencialmente mais eficiente, do que até agora reconhecido. Iniciativas transnacionais multisetoriais como a *Iniciativa para Transparência das Industrias Extrativas* (EITI)<sup>8</sup> ou a *Parceria para Governos Abertos* (OGP)<sup>9</sup>, por exemplo, procuram explorar uma diversa gama de métodos para influenciar processos nacionais de reforma de governança (como participação social horizontal ao Estado desde a gênese da idealização e implementação das reformas, sistemas para amplificar “peer pressure”, apoio mútuo para definir e manter padrões nacionais de transparência, incentivos de mercado, etc.) em um só mecanismo.

A literatura de D&D aparentemente ainda não está investigando em profundidade o efeito dessas novas iniciativas globais nas dinâmicas domésticas de

<sup>7</sup> Para uma análise recente e abrangente desta literatura veja: Trebilcock & Prado, 2011.

<sup>8</sup> Veja “EITI”, site: EITI. Disponível em: <<http://eiti.org>>.

<sup>9</sup> Veja “OGP”, site: OGP. Disponível em: <<http://www.ogp.org>>.



mudança institucional, mantendo o seu foco em estratégias domésticas para lidar com obstáculos domésticos a tentativas de reforma. Esta perspectiva côncava (isto é, este olhar circunscrito aos processos institucionais domésticos) não é exclusivo à literatura de D&D, mas pode também ser reconhecido na disciplina mais ampla de estudos de desenvolvimento a partir dos anos 90. Depois da segunda metade dos anos 2000, entretanto, um grupo de economistas e cientistas políticos de desenvolvimento começaram a devotar mais atenção às interações complexas entre os diversos tipos de mecanismos regulatórios globais e os processos nacionais para lidar com os déficits domésticos de governança. Na concepção desses estudiosos, os vários mecanismos globais de governança têm uma dinâmica externa própria a ser estudada, assim como devem ser estudadas as formas complexas de interação pelas quais esses mecanismos podem catalizar, influenciar ou dificultar mudanças institucionais na esfera doméstica. Para iluminar os rumos dessa nossa agenda de pesquisa, esses estudiosos do desenvolvimento estão começando a olhar para a literatura de governança global. Com pouquíssimas exceções, acadêmicos de D&D contemporâneos ainda não estão engajados nesse importante movimento para desvendar a interação dinâmica entre mecanismos regulatórios globais e processos domésticos de reforma institucional.

Eu sustento que a agenda de pesquisa de D&D sobre reformas institucionais no âmbito nacional pode se beneficiar enormemente dessas investigações nascentes sobre as interações entre os diversos tipos de mecanismos regulatórios globais e os processos de reforma de sistemas domésticos de governança. Em outras palavras, este artigo propõe que acadêmicos de D&D devem expandir a sua perspectiva sobre o processo de reforma institucional doméstico, levando em consideração os vários mecanismos endógenos e exógenos que afetam esse processo e a forma como eles interagem. Esta perspectiva expansiva deve iluminar a nova fronteira de estudos sobre reformas institucionais para desenvolvimento. Este artigo está dividido da seguinte forma. A primeira parte argumenta que a literatura de D&D tem adotado uma perspectiva predominantemente côncava, focando nos processos nacionais de reforma institucional para desenvolvimento. A segunda parte argumenta que a literatura de governança global predominante tem adotado uma perspectiva oposta, convexa apenas, considerando mecanismos regulatórios globais como ferramentas para contornar (sem necessariamente influenciar) o déficit de



governança em países em desenvolvimento. A terceira parte descreve a nascente literatura que está investigando as interações entre mecanismos globais e sistemas domésticos que sofrem de um déficit institucional agudo, e propõe que esta literatura deveria ser usada para expandir a perspectiva até então adotada pela literatura de D&D.

## 1 LITERATURA DE D&D: A PERSPECTIVA CÔNCAVA

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial muitos ideólogos, políticos e ativistas se preocupam com o abismo pronunciado – e crescente – entre indicadores de desenvolvimento de nações ricas e de nações pobres. Esforços concretos para reduzir esse abismo tem gerado muitos desafios morais, analíticos e normativos, e inspirado uma gama de investigações acadêmicas em várias disciplinas. Estas investigações acadêmicas são coletivamente conhecidas como estudos de desenvolvimento. Os estudos de desenvolvimento englobam disciplinas acadêmicas heterogêneas como economia, ciência política e direito, entre outras. Esses estudos têm influenciando uns aos outros ao longo dos anos de forma tão complexa que é muitas vezes difícil separar uma linha disciplinar da outra. Reconhecendo esta dificuldade, este artigo adotará o ponto de vista da ainda nascente subárea dos estudos de desenvolvimento conhecida como "direito e desenvolvimento" (D&D), fazendo todavia também referência à literatura mais ampla e interdisciplinar sobre desenvolvimento da qual esta faz parte.

David Trubek e Alvaro Santos (2006) dividiram a literatura de D&D em dois momentos históricos distintos, para propósitos analíticos.<sup>10</sup> No primeiro momento

---

<sup>10</sup> Se o D&D é de fato um ramo autônomo de estudos jurídicos ou somente um "movimento" é ainda amplamente debatido no meio acadêmico. Carothers (2006), e Davis & Trebilcock (2007) argumentam que existe ainda enorme ambigüidade sobre a maioria das premissas centrais que justificariam a existência de uma disciplina específica de D&D. Estão ainda em aberto questões como: 1) se as regras jurídicas exercem um efeito significativo em indicadores de desenvolvimento; 2) se é factível idealizar e prescrever marcos normativos para influenciar desenvolvimento; e 3) se é possível para acadêmicos de um determinado país identificar possíveis modelos de reforma para promover desenvolvimento em países estrangeiros. Esta terceira questão está relacionada ao fato de que foram os desafios para promover desenvolvimento no chamado Sul Global que deram origem às primeiras linhas de pesquisa sobre D&D nos Estados Unidos e depois na Europa. Thomas Carothers apelidou esse grupo de questões como "o problema do conhecimento" do D&D. Carothers (2006, tradução nossa) afirma que estas ambigüidades "tornam o direito e desenvolvimento um ramo fértil para pesquisa acadêmica", ao



eles incluem o movimento que gerou uma série de estudos pela comunidade jurídica americana nos anos 70. No segundo momento eles incluem o que ficou conhecido como o movimento de "*Rule of Law (ROL) studies*", que se iniciou nos anos 90<sup>11</sup>. Eu adotarei a divisão destes autores com o propósito de demonstrar que o D&D – genericamente falando – tem adotado uma perspectiva côncava, ignorando como mecanismos regulatórios globais afetam ou podem afetar processos de reformas institucionais domésticas com vistas a promover desenvolvimento. A única exceção foi o breve período nos anos 80 em que juristas examinaram como o direito internacional estava impactando países em desenvolvimento. Mas esse tema não é geralmente discutido por acadêmicos envolvidos especificamente com D&D, e tampouco houve uma análise da interação dos mecanismos regulatórios globais e processos internos de reforma de governança na forma que proponho neste artigo.

### 1.1 A ascensão e queda do primeiro movimento de D&D

As primeiras tentativas de institucionalizar o D&D como um campo definido de pesquisa jurídica aconteceram em universidades americanas nos anos 70. (Trubek, 2006). Na época os estudos sobre desenvolvimento econômico, impulsionados por teorias da modernização, já estavam bem estabelecidos nas faculdades de economia. Naquela década economistas de desenvolvimento acreditavam que a convergência econômica entre países pobres do Sul Global e países ocidentais industrializados era uma questão de planejamento inteligente e tempo. Os estudos focavam em quais medidas de política econômica os estados

---

contrário de negar caráter autônomo ao ramo. Trebilcock e Davis (2007) adotam a mesma posição. Mariana Prado (2010) diverge, ressaltando que o D&D não pode ainda ser considerado um ramo acadêmico, em virtude da falta de um corpo unificado mínimo de conceitos e pressupostos. O fato é que o D&D já produziu um rico manancial de estudos e que várias faculdades de direito já consideram o ramo como suficientemente estabelecido para estruturar cursos e contratar professores para trabalhar na área, incluindo no Sul Global.

<sup>11</sup> Em contraste, Heller (2003) argumenta que houve na verdade três ondas de promoção de reformas do Estado de Direito (ROL em Inglês) desde a Segunda Guerra. A primeira onda teria ocorrido nos anos 60, sob o "antigo" movimento acadêmico americano de direito e desenvolvimento. A segunda onda teria ocorrido nos anos 70 e 80, caracterizando-se pelos esforços de promover a internacionalização de padrões de direitos humanos relativos a ordem jurídica em constituições e sistemas jurídicos em todo o mundo. Finalmente, uma terceira onda englobou os esforços para construir as fundações institucionais para facilitar atividades de mercado eficientes, a partir dos anos 80.



desenvolvimentistas poderiam adotar no âmbito doméstico para efetivar esta convergência. (Trubek & Galanter, 1974)<sup>12</sup>. Em paralelo, cientistas políticos estavam conduzindo investigações sistemáticas sobre quais fatores políticos e sociais poderiam afetar o desenvolvimento social e econômico de um país. (PRADO & TREBILCOCK, 2011)<sup>13</sup>. Juristas se uniram a esse empreendimento acadêmico um pouco mais tarde, para investigar a relação específica entre sistemas legais formais e as mudanças econômicas pretendidas nos países em desenvolvimento. De acordo com Trubek e Galanter (1974), a agenda de pesquisa do D&D neste período se desenvolveu em estreita relação e colaboração com processos concretos de reformas jurídicas sendo empreendidos à época. A pesquisa acadêmica era em larga medida instrumental, com os objetivos principais de justificar e guiar as reformas jurídicas para promover desenvolvimento que já ocorriam na prática, promovidas por organizações filantrópicas privadas ou por agências multilaterais e bilaterais de desenvolvimento. (ALMOND & POWELL JR, 1966; NOVACK & LEKACHMAN, 1969). O principal desafio era identificar as "mudanças jurídicas necessárias para alcançar alguns objetivos de desenvolvimento específicos." (TRUBEK & GALANTER, 1974, p. 1074, tradução nossa). Juristas de D&D investigavam, por exemplo, que deficiências estavam inibindo o funcionamento correto das instituições jurídicas em países em desenvolvimento; bem como se e de que forma estas instituições poderiam ser reparadas ou adaptadas para funcionar de forma similar a dos países desenvolvidos. Assim como nas outras disciplinas de estudos de desenvolvimento, existia forte ênfase no papel do Estado em regulamentar a economia de mercado, direcionando-a para os fins desejados. A ideia era que o desenvolvimento de instituições jurídicas, assim como as de democracia política e social seguiria naturalmente o processo de desenvolvimento econômico. (TRUBEK, 2006, p. 75).

Havia uma convicção generalizada de que os sistemas jurídicos em países em desenvolvimento permaneciam rudimentares ou estavam engessados em

---

<sup>12</sup> Já para Duncan Kennedy (em Trubek & Santos 2006) o interesse acadêmico pela relação entre regras jurídicas e desenvolvimento tem uma história muito mais antiga, datada ao menos do século XVIII. Kennedy traça uma história intelectual detalhada dos primeiros trabalhos acadêmicos sobre a interação entre regras jurídicas e desenvolvimento.

<sup>13</sup> Prado e Trebilcock (2011) traçam um panorama da evolução das várias teorias de desenvolvimento.



formalidades legais vazias, revelando-se incapazes de promover políticas públicas com objetivos concretos. Uma área de pesquisas centrou em como apoiar o desenvolvimento do ensino jurídico na África, Ásia e América Latina, este sendo considerado o instrumento mais eficaz para propiciar a modernização dos sistemas jurídicos dos países em desenvolvimento a longo prazo. Outra área de foco era como expandir o acesso à justiça, que na época significava principalmente incluir acesso formal aos tribunais e providenciar serviços jurídicos profissionais subsidiados para os setores mais pobres da sociedade. (TRUBEK, 2006). Havia o questionamento sobre como atores externos poderiam melhor contribuir para a modernização do Direito Público, da administração pública e das profissões jurídicas em países em desenvolvimento. Os métodos propostos eram a transferência de conhecimento, programas de capacidade técnica e injeções de capital para facilitar o transplante de modelos de instituições jurídicas de países desenvolvidos para os países em desenvolvimento. O foco era portanto eminentemente em identificar como exatamente “modernizar” instituições domésticas deficientes.

Os estudos de D&D dos anos 70 foram então motivados pela mesma premissa subjacente nas teorias econômicas de modernização: a solução ideal para reduzir o abismo de desenvolvimento entre países industrializados e os demais estava em ajudar países em desenvolvimento a reformar as suas práticas e instituições legais, econômicas e sociais, aproximando-as dos modelos liberal-democráticos dos países desenvolvidos, considerados exitosos. No momento em que a sub-área de D&D começou finalmente a acumular uma massa crítica de estudos que fizesse frente ao volume acadêmico já estabelecido nas áreas de economia e ciência política do desenvolvimento, entretanto, o paradigma da modernização que havia informado as teorias dessas disciplinas já havia entrado em decadência, pelo fracasso em gerar melhorias concretas em indicadores de desenvolvimento.

A decepção com duas décadas de tentativas frustradas de pensar e promover modelos jurídicos para facilitar o desenvolvimento do Sul Global a partir principalmente de entidades acadêmicas americanas levou David Trubek e Mark Galanter a declararem a morte antecipada do projeto intelectual do D&D, em um proeminente artigo de 1974 intitulado "Acadêmicos Auto-alienados" ("Scholars in Self-Estrangement"). Para Trubek e Galanter a própria ideia de que seria possível



transplantar modelos jurídicos liberal-democráticos provenientes de países desenvolvidos para países em desenvolvimento havia sido ingênua e etnocêntrica<sup>14</sup>. Brian Tamanaha (1995), no entanto, argumenta que a extinção do primeiro movimento de D&D foi na verdade uma crise interna da academia americana. Para ele a crise surgiu essencialmente da crescente desconfiança de acadêmicos americanos em relação às credenciais democráticas do modelo liberal americano, tanto em assuntos domésticos como na política externa<sup>15</sup>.

Não há como negar, entretanto, que esta crise acadêmica americana fazia parte de uma crise ideológica de proporções mundiais. O fim do que foi considerado o primeiro movimento de D&D ocorreu no contexto de acalorados debates globais sobre neocolonialismo e sobre a necessidade de uma nova ordem econômica internacional. A ideia de que as teorias de modernização e desenvolvimento dos anos 70 eram projetos etnocêntricos, usados potencialmente por países industrializados como instrumentos para interferir em assuntos internos dos países em desenvolvimento, ecoava muito além dos círculos acadêmicos americanos. (APTER, 1987).

Tamanaha (1995) argumenta de forma convincente que esta crise ideológica do projeto acadêmico de D&D, cuja dimensão nunca foi bem estabelecida à época, não chegou a afetar a prática de assistência ao desenvolvimento em geral e a

---

<sup>14</sup> Trubek e Galanter apresentaram uma visão cínica não só dos esforços de D&D dos anos 70, mas do projeto mais amplo de tentar promover desenvolvimento em países do Sul Global. Em recente apresentação na Universidade de Toronto (Trubek, 2013) Trubek afirma que na verdade Galanter e ele tinham como verdadeiro objetivo fazer uma crítica construtiva ao projeto acadêmico de D&D, no lugar de condenar o projeto, mas admite que o foco na parte crítica foi consideravelmente maior do que a parte construtiva.

<sup>15</sup> Uma questão válida é porque em 1974 Trubek e Galanter ignoraram a possibilidade de usar as tentativas fracassadas de transplantar modelos jurídicos do ocidente para repensar que modelos poderiam ser mais adequados à realidade dos países em desenvolvimento. Os dois autores estavam convencidos que o primeiro movimento de D&D estava radicado intrinsecamente em pressupostos liberais implícitos sobre a natureza do Estado e o papel do Direito na sociedade que haviam sido desacreditados nos próprios países desenvolvidos. Em *Scholars in Self-Estrangement* Trubek e Galanter discutem estes pressupostos em detalhe. Eles basicamente concluem que: 1) não é possível presumir que qualquer Estado irá utilizar o controle e poderes coercitivos cedidos pela sociedade para avançar o bem-estar individual e coletivo; 2) a ideia de que normas jurídicas são o principal veículo utilizado pelo Estado para promover o interesse público seria uma falácia, ainda mais em países em desenvolvimento onde o aparelho estatal está frequentemente capturado por elites e o controle social é exercido primariamente por meio de normas informais. Esta análise reflete os profundos debates sobre o papel do Estado e normas jurídicas formais que ocorriam nos círculos acadêmicos da época.



assistência ao desenvolvimento de instituições jurídicas em particular. A demanda de juristas e formuladores de políticas públicas em países em desenvolvimento por projetos de cooperação com governos e acadêmicos de países desenvolvidos na área jurídica permaneceu inalterada. As Nações Unidas, fundações privadas e agências de auxílio bilateral mantiveram a oferta de projetos de assistência relacionados a direito e desenvolvimento. Na prática, portanto, o projeto de D&D sobreviveu bem às turbulentas transformações nas percepções das relações entre Estado e sociedade dessa época. Enquanto o movimento de D&D permaneceu adormecido na academia americana, o impulso para compreender as relações entre regras jurídicas e desenvolvimento começou a florescer em outras partes. Círculos acadêmicos na França e Reino Unido, bem como em países em desenvolvimento, sustentaram a área de estudos de D&D, ainda que de forma esparsa e marginalizada. (Tamanaha, 1995).

Para os efeitos deste artigo o ponto central a ser destacado é que o primeiro movimento de D&D, enquanto existiu, esteve sempre preocupado em identificar discrepâncias entre modelos jurídicos de países industrializados e sistemas domésticos em países em desenvolvimento, bem como em formas de promover convergências. É verdade que foram atores estrangeiros com experiência e recursos que promoveram grande parte dos esforços de reforma. Mas isto não altera o fato que o foco estava em mecanismos domésticos e reformas domésticas, em oposição à interação entre mecanismos internacionais e processos domésticos de reforma.

## 1.2 Breve temporada no Direito Internacional

No final da década de 1970 e durante a década de 1980, enquanto o projeto de D&D permanecia dormente na academia americana e marginalizado em outros países, a discussão sobre a relação entre regras jurídicas e desenvolvimento não desapareceu completamente dos estudos jurídicos. Estes debates foram na verdade deslocados ao campo do Direito Internacional, dentro de uma agenda de pesquisa muito diferente, claramente divorciada de preocupações com as particularidades das reformas dos sistemas jurídicos domésticos. (CARTY, 1992). Inspirados por teorias da dependência econômica e ressentidos pelo que viam como um projeto neocolonialista liberal levado a cabo por países industrializados, muitos estudiosos



provocaram uma guinada de 180 graus no foco acadêmico e político sobre a relação entre direito e desenvolvimento. No lugar de concentrar em como “modernizar” sistemas domésticos de governança em países em desenvolvimento, a academia passaria a investigar os impactos negativos causados nesses países pelos processos de colonização e perpetuados ou agravados por uma estrutura econômica e política internacional desigual.

Juristas de direito internacional, por exemplo, analisaram extensamente os esforços para institucionalizar um "direito ao desenvolvimento", considerado como uma das ferramentas principais para avançar a desejada “Nova Ordem Econômica Internacional” (*New International Economic Order* - NIEO. (DONNELLY, 1985). Muitos debates acadêmicos versaram sobre se e como normas do direito internacional e estruturas políticas internacionais herdadas da época colonial estariam afetando as possibilidades de países do Sul Global de promover seus próprios interesses tanto na esfera internacional quanto na esfera nacional. (TAMANAH, 1995). Pesquisadores de direito internacional e direito constitucional desta época também desenvolveram outro rico ramo de literatura sobre as relações entre o arcabouço nascente de padrões internacionais de direitos humanos e o desenho de sistemas constitucionais e legais em países em desenvolvimento. (GARCIA-AMADOR, 1990).

Esta pode ser considerada como a primeira instância em que estudiosos interessados em direito e desenvolvimento passaram a estudar mecanismos internacionais e transnacionais, no lugar de focar somente em estruturas institucionais domésticas. Esta agenda de pesquisa se manteve, no entanto, muito distante do caráter instrumental que caracterizou o primeiro movimento de D&D. Discussões acadêmicas sobre direitos humanos em geral, e sobre o “direito ao desenvolvimento” em particular, eram eminentemente deontológicas. Muitos trabalhos acadêmicos sobre o “direito ao desenvolvimento”, por exemplo, tinham como principal objetivo estabelecer a “extensão em que o Ocidente [durante o passado colonial] havia arruinado as estruturas políticas e econômicas das sociedades do Terceiro Mundo, e de como haviam utilizado seus sistemas jurídicos para fazê-lo”. (CARTY, 1992, p. xiii, tradução nossa). Os debates acalorados nessa época versavam sobre questões como: a) se os fatos históricos haviam gerado uma responsabilidade legal dos países desenvolvidos em reconstruir a fábrica social,



política e econômica das nações em desenvolvimento; e b) como esta responsabilidade legal de países industrializados deveria interagir ou ser balanceada com a responsabilidade atual de cada país em desenvolvimento de promover seu próprio projeto de desenvolvimento e os interesses de seus cidadãos.

Similarmente, o movimento dos direitos humanos buscou institucionalizar a responsabilidade moral dos Estados em defender e promover o bem-estar de seus próprios cidadãos em escala mundial. A investigação aprofundada sobre os obstáculos que dificultam a tradução do reconhecimento formal de direitos humanos pelos Estados em mudanças institucionais e sociais no âmbito doméstico estava em grande parte fora da agenda de pesquisa dos acadêmicos de direitos humanos da época. Havia uma expectativa de que uma vez que Estados reconhecessem formalmente os direitos humanos, seus grupos sociais e políticos iriam ser capazes de pressionar pela criação de instituições domésticas para fazer defender e respeitar esses direitos<sup>16</sup>. Como essa expectativa, na sua maior parte, não foi concretizada, a literatura de direitos humanos teria que mergulhar na investigação da lacuna entre o reconhecimento formal e a implementação prática dos padrões internacionais de direitos humanos. O foco dessa literatura, no entanto, se manteria principalmente em como os instrumentos internacionais de direitos humanos poderiam evoluir para garantir a implementação por parte dos Estados.

Além disto, as discussões acadêmicas sobre a incorporação de padrões internacionais de direitos humanos em sistemas jurídicos e políticos de países em desenvolvimento não estavam primariamente centradas no conceito de

---

<sup>16</sup> De fato estudos posteriores mostrariam que a assinatura de tratados de direitos humanos internacionais, de forma isolada, é insuficiente para reduzir significativamente o número – e a gravidade – de casos de violações de direitos humanos. Oona Hathaway, por exemplo, investigou a seriedade com que países que firmaram tratados internacionais de direitos humanos haviam implementado as normas no âmbito doméstico. Ela encontrou elementos para afirmar que o compromisso com os padrões internacionais de proteção de direitos humanos acontecia na realidade apenas quando o país possuía instituições domésticas que permitissem a atores sociais responsabilizar o governo. Quando um país não possuía ainda instituições domésticas mínimas que pudessem garantir o cumprimento dos tratados, estes eram na maior parte solenemente ignorados. Paradoxalmente, Hathaway encontrou evidências de que ao ratificar tratados internacionais de direitos humanos tais como a Convenção sobre Tortura e a Convenção de Direitos Civis e Políticos, muitos países não democráticos terminaram apresentando um aumento no índice de violações de direitos humanos. Hathaway, 2007 e Hathaway, 2002. Para uma posição mais positiva sobre o impacto dos tratados de direitos humanos veja Simmons, 2009 e Abramovich, 2009.



desenvolvimento como compreendido pelo primeiro movimento D&D. Enquanto o D&D estava preocupado com a concepção de um sistema legal funcional, o movimento de direitos humanos estava focado no indivíduo: seu objetivo principal era estabelecer a existência de direitos civis, políticos, sociais e econômicos dos cidadãos de países no Sul Global. Os mecanismos exatos pelos quais estes direitos individualmente reconhecidos seriam traduzidos nos ordenamentos constitucionais e infraconstitucionais, e em indicadores concretos de desenvolvimento socioeconômico e político esteve por muito tempo fora do foco da pesquisa de direitos humanos.

Anthony Carty (1992) também descreve uma série de discussões acadêmicas sobre a interface entre direito internacional, ordem econômica internacional e desenvolvimento que ocorreram nesta época na França, Holanda e Reino Unido, bem como em alguns círculos nos EUA. A agenda de pesquisa desta literatura incluiu temas como a influência política e econômica exacerbada de corporações multinacionais ocidentais nas instituições nacionais de países em desenvolvimento e a influência política desproporcional de países ocidentais industrializados nas estruturas econômicas internacionais. Soluções propostas incluíram tratamento preferencial a países em desenvolvimento em leis comerciais internacionais, renegociação de dívidas externas, transferência de tecnologia e mecanismos de controle internacional sobre multinacionais. Ainda que estas discussões sejam relativamente mais próximas do que eu denomino neste artigo de perspectiva expansiva, elas não avançaram a ponto de investigar como mecanismos complexos de interação entre processos institucionais internacionais e processos institucionais domésticos poderiam afetar indicadores de desenvolvimento. Esta literatura parecia assumir que a criação de: 1) novas regras internacionais de investimento e comércio em substituição as regras majoritariamente favoráveis aos países desenvolvidos; e 2) normas e institutos internacionais para limitar o poder de multinacionais, gerariam automaticamente efeitos positivos em indicadores de desenvolvimento.

Em outras palavras, a literatura de direito internacional e desenvolvimento não questionou se países em desenvolvimento necessitariam de uma série de reformas domésticas – e quais exatamente - para que pudessem se beneficiar plenamente de mudanças potenciais em normas internacionais sobre investimento e



comércio. A mesma lacuna se aplica às possíveis vantagens derivadas do reconhecimento político formal de um “direito internacional ao desenvolvimento”<sup>17</sup>. Portanto, apesar dessas literaturas – de direito internacional ao desenvolvimento e de direitos humanos internacionais – terem focado em como mecanismos externos exerciam influência sobre a capacidade doméstica de países em desenvolvimento, elas não chegaram a se aprofundar na investigação dos possíveis caminhos mais concretos pelos quais estes mecanismos poderiam permitir a transformação de sistemas jurídicos domésticos nesses países. Por essa razão essas literaturas não adotaram a perspectiva que eu discuto nesse artigo.

### 1.3 O segundo movimento de D&D<sup>18</sup>

O fim da Guerra Fria nos últimos anos da década de 1980 inaugurou um novo momento de otimismo em relação à capacidade de atores externos de identificar e promover reformas jurídicas para gerar desenvolvimento econômico em países em desenvolvimento. Entretanto, profundas transformações de economia política no plano mundial e nas principais economias desenvolvidas viriam a provocar uma mudança pronunciada no pensamento acadêmico predominante sobre desenvolvimento. Teorias e políticas neoliberais ganharam proeminência e legitimidade no Reino Unido (com Thatcher), nos EUA (com Reagan) e na Alemanha (com Kohl), enquanto o mundo se tornava cada vez mais integrado economicamente. Alguns países em desenvolvimento que haviam investido em crescimento econômico ancorado em exportação e livre-comércio, majoritariamente na Ásia Oriental, estavam claramente alcançando maior sucesso econômico do que aqueles que adotaram políticas de substituição de importação e protecionismo. Um novo consenso foi sendo formado, consenso que considerava mercados livres, investimento direto estrangeiro e privatizações como fatores chave para promover o

<sup>17</sup> Para Tamanaha (1995, p. 480, tradução nossa) ainda que “não se possa negar que os países em desenvolvimento sofrem sérias desvantagens no atual sistema econômico mundial”, a resposta a este problema não seria jurídica [N.A. estabelecendo um direito ao desenvolvimento], embora certamente o direito poderia ajudar a implementar soluções políticas que foram acordadas ou decididas por outros meios.

<sup>18</sup> David Trubek dá um nome distinto a este segundo movimento, “*Rule of law*” (ROL) ou Estado de Direito, para diferenciar do primeiro movimento de direito e desenvolvimento que ele e Galanter haviam declarado extinto em 1970. Trubek & Santos, 2006.



crescimento econômico de países em desenvolvimento. Foi nessa nova conjuntura político-econômica que o segundo movimento de D&D surgiu e floresceu.

Em 1995 John Harris, Janet Hunger e Colin M. Lewis editaram o livro "A Nova Economia Institucional e Desenvolvimento no Terceiro Mundo." Neste livro economistas, historiadores e cientistas políticos propuseram o uso de ideias de um ramo nascente da literatura de estudos econômicos, conhecido como *New Institutional Economics* (NIE), para entender como obstáculos institucionais domésticos em países em desenvolvimento estavam prejudicando esforços para promover desenvolvimento socioeconômico. O foco de estudos de desenvolvimento seria desviado do direito internacional e estruturas globais novamente para os sistemas domésticos em países em desenvolvimento, como no primeiro movimento de D&D. A agenda de pesquisa do NIE é, primordialmente, introvertida: ela privilegia análises sobre como instituições domésticas foram criadas historicamente, como elas evoluíram através do tempo e as relações de correlação e causalidade entre instituições domésticas históricas e atuais e indicadores de desenvolvimento econômico. Esta literatura, seguindo o mantra liberal de sua época, privilegiava a identificação de instituições domésticas que poderiam mais eficazmente possibilitar o bom funcionamento de uma economia de livre mercado.

A literatura de D&D que surgiu na esteira do NIE centrou-se inicialmente em auxiliar os atores internos e externos dispostos a engajar países em desenvolvimento em reformas para melhorar seus níveis de crescimento econômico, naquele contexto político e econômico mundial. Na medida em que a perspectiva institucional foi alcançando a posição dominante nos estudos de desenvolvimento, o debate político acirrado dos anos 70 e 80 sobre uma nova ordem econômica internacional foi sendo empurrado para as margens dos estudos acadêmicos.<sup>19</sup> A principal ideia das teorias de desenvolvimento inspiradas pelo NIE era a de que para promover o desenvolvimento econômico os países em desenvolvimento deveriam focar no fortalecimento de direitos de propriedade, de direitos contratuais e de garantias judiciais domésticas contra interferência estatal indiscriminada nos

---

<sup>19</sup> Em realidade uma ala crítica da academia nunca deixou de enfatizar que a neutralidade política e ideológica das teorias de desenvolvimento – afirmada ou subentendida – é um mito e deve portanto ser sempre objeto de debate. Trubek & Santos, 2006; Ziai, 2007.



mercados. Juristas foram outra vez alçados à linha de frente dos estudos que investigavam as relações entre instituições e desenvolvimento econômico. Em paralelo, juristas envolvidos na promoção de direitos humanos estavam reconhecendo que a implementação efetiva de sistemas nacionais de proteção aos direitos humanos exigiam mais do que a criação de padrões internacionais e seus mecanismos limitados para promover a incorporação pelos estados. Essa literatura passou a prestar maior atenção aos processos complexos de mudança estrutural nos sistemas domésticos de governança.

A agenda de pesquisa deste segundo movimento de D&D acompanhou de perto a agenda concreta de reformas de atores externos e internos envolvidos em reformas institucionais para desenvolvimento. Virtualmente todos os aspectos do sistema jurídico se tornaram objeto de investigações: pedagogia jurídica, administração eficiente do poder judiciário, acesso à justiça, reformas de institutos legais, independência judicial, etc. (TREBILCOCK and DANIELS, 2008). Em termos substantivos, a literatura inicialmente esteve centrada na compreensão dos vínculos entre direitos de propriedade e direitos contratuais e indicadores de desenvolvimento econômico. Na medida em que críticos passaram a denunciar de forma convincente a incapacidade do Consenso de Washington e o seu foco limitado no crescimento econômico para assegurar resultados positivos em indicadores de desenvolvimento socioeconômico em termos mais amplos, a agenda de pesquisas do D&D também foi se expandindo. Estudos sobre direitos de propriedade e contratos continuam, mas a literatura agora inclui investigações sobre como reformas judiciais podem influenciar diretamente e independentemente resultados sociais e políticos. (RITTICH, in TRUBEK & SANTOS, 2006). Também houve uma expansão gradual em direção à compreensão de como normas informais interagem com regras jurídicas formais para impactar resultados de desenvolvimento. Essa agenda mais expansiva tem aproximado o D&D de outras disciplinas que integram o campo mais amplo de estudos de desenvolvimento. (PALOMBELLA & WALKER, 2009).

Atualmente a agenda dominante de pesquisa dos estudos de desenvolvimento tem centrado em questões tais como: 1) quais são as principais instituições domésticas formais e informais, conhecidas coletivamente como sistemas de governança, que podem afetar positivamente indicadores de desenvolvimento? (KAUFMANN & KRAY, 2008; DAVIS et al, 2012; FUKUYAMA,



2013);<sup>20</sup> 2) porque e como exatamente muitos países vieram a criar sistemas de governança com disfunções crônicas? (PIERSON, 2000; MAHONEY & THELEN, 2009);<sup>21</sup> 3) quais são os obstáculos domésticos que podem inibir reformas institucionais promovidas tanto por atores externos quanto por atores internos? (KRUEGER, 1993; TREBILCOCK & DAVIS, 2007). O debate sobre como promover reformas de governança de forma efetiva está agora no palco central dos estudos de D&D. Ainda existem muitas questões em aberto neste debate, tais como: 1) reformas institucionais devem ser fins em si mesmas ou meios para determinados fins? (KLEINFELD, 2012); 2) que categoria de reformas de direito gera mais efeitos positivos no desenvolvimento socioeconômico de um país: reformas clássicas focadas no judiciário e polícia; reformas concentradas em diminuição da pobreza (GOLUB, 2003; 2009); reformas voltadas a capacitação profissional e/ou cívica (Mednicoff, 2005); ou reformas focadas em promover maior justiça social (TRUBEK & SANTOS, 2006)?

Em síntese, o novo movimento de D&D tem também, até agora, cultivado uma perspectiva côncava (ou introvertida), focando em como sistemas domésticos de governança se formam, porque eles se tornam resistentes à mudança e como melhor promover reformas de sistemas de governança que se tornaram disfuncionais. Essa literatura tem em geral se mantido alheia a investigações sobre como atuais mecanismos globais de regulação podem interagir com sistemas domésticos de governança. É possível identificar, entretanto, uma mudança recente nessa literatura. Economistas e cientistas políticos da área de desenvolvimento

---

<sup>20</sup> Uma parte significativa da nova literatura de economia institucional tem, por exemplo, se concentrado em identificar indicadores de governança que possam informar estratégias de reforma em países específicos. Esta literatura também objetiva possibilitar a análise infra-nacional da correlação e causalidade das várias dimensões de governança e indicadores de desenvolvimento. Veja Kaufmann & Kraay, 2008. Um apanhado histórico e análise crítica detalhada de indicadores de governança pode ser encontrado em Davis et al, 2012. Fukuyama lidera também, em Stanford, um amplo projeto de pesquisa sobre o que exatamente constitui boa governança com impacto em desenvolvimento, centrado nesse caso em qualidade burocrática. Veja <http://governanceproject.stanford.edu/>. Para as notas conceituais sobre este projeto de pesquisa veja Fukuyama, 2013.

<sup>21</sup> A literatura sobre institucionalismo histórico, na ciência política, tem se debruçado sobre as origens e dinâmicas de mudança institucional em sistemas políticos, buscando compreender como sistemas disfuncionais de governança são criados e como ficam “path dependent”. Pierson, 2000; Mahoney & Thelen, 2009.



estão liderando um movimento para trazer sistemas institucionais globais de volta à equação sobre desenvolvimento institucional no âmbito doméstico.

Esta tendência recente é diferente do movimento dos anos 80. Na era do auge da teoria da dependência o foco principal estava em identificar mudanças necessárias nas instituições internacionais, já que se acreditava que sem essas mudanças estruturais globais os países em desenvolvimento não teriam chances reais de melhorar substancialmente seus indicadores de desenvolvimento. Mudanças estruturais de governança no âmbito doméstico terminaram relegadas a segundo plano. Em contraste, o principal enfoque desta nova literatura de desenvolvimento está no âmbito doméstico. Novos estudos começam a investigar pela primeira vez, entretanto, como mecanismos institucionais globais podem interagir complexamente com sistemas domésticos de governança. Esses estudos questionam se alguns mecanismos externos podem, por exemplo, servir para preencher um déficit crítico de governança doméstica em determinadas áreas, ou provocar efeitos em possíveis equilíbrios de poder de forma a facilitar a implementação de reformas domésticas onde há resistência política. Isto é exatamente o que denomino aqui de perspectiva expansiva. Esta atividade recente indica que a literatura está seguindo, no meu entender, uma linha promissora de investigações, embora esta mudança não tenha ainda sido articulada de acordo com o marco analítico que eu proponho aqui.

Antes de descrever estes desenvolvimentos recentes (e ainda limitados) da literatura de desenvolvimento, entretanto, eu irei traçar um panorama da literatura de governança global, que vem tradicionalmente investigando mecanismos regulatórios internacionais e transnacionais. Esta literatura é relevante porque os desenvolvimentos recentes na literatura D&D, que exploro na secção 4, começaram a convergir com estudos recentes conduzidos pelos pesquisadores de governança global. Essa fronteira de convergência é que está a exigir a adoção da perspectiva expansiva proposta por este artigo.

## **2 A LITERATURA DE GOVERNANÇA GLOBAL: A PERSPECTIVA CONVEXA**

A prolífica literatura de Governança Global (GG), ou regulação global, engloba pesquisas em relações internacionais, ciência política e direito internacional.



Acadêmicos e pesquisadores de GG investigam porquê e como, em um mundo anárquico e sem governo centralizado, atores estatais e não-estatais decidem cooperar para formar regimes internacionais que venham a regular determinadas matérias (issue-areas). Em que medida esses atores são motivados por interesses, ideias ou poder? Pesquisadores de GG também investigam as causas e implicações das crescentes transferências de autoridade regulatória tanto do âmbito nacional para o âmbito global, quanto de mecanismos públicos para mecanismos privados e híbridos de regulação. Um panorama completo desta ampla literatura de GG está além do escopo deste artigo. É interessante, entretanto, identificar se esta literatura poderia contribuir para entender melhor o crescente uso de mecanismos globais como instrumento para influenciar reformas de sistemas domésticos de governança nos países em desenvolvimento.

Quando olhamos para a literatura de GG sob esse enfoque, algumas características se tornam imediatamente evidentes. Primeiro, um número significativo de estudos de GG analisa a criação e evolução de mecanismos regulatórios transnacionais de forma generalizada. Em sua maior parte a literatura não diferencia quando as iniciativas globais foram criadas para enfrentar problemas que escapam do poder regulatório tanto de países desenvolvidos quanto de países em desenvolvimento (e.g. mudança climática), de iniciativas globais criadas para enfrentar problemas gerados especificamente pelo déficit de governança doméstica em alguns países em desenvolvimento, mas que não afetam países desenvolvidos, ou pelo menos não na mesma medida (e.g. a “maldição dos recursos” que afeta majoritariamente países ricos em recursos naturais e pobres em governança doméstica).

Esta literatura também tende a ignorar a diferença entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento em outro aspecto: o do impacto da crescente internacionalização da autoridade regulatória em sistemas institucionais domésticos. Por exemplo, existe uma ampla literatura investigando a forma como Estados vêm buscando harmonizar seus sistemas domésticos de regulação com outras jurisdições para melhor competir no mercado global, assim como para assegurar condições de concorrência mais equitativas na economia globalizada. Essa literatura também analisa como a escolha de diferentes iniciativas para criar padrões internacionais de regulação podem desempenhar um papel importante



neste processo de convergência regulatória. (DREZNER, 2005; LEVI-FAUR, 2005; BRAITHWAITE & DRAHOS, 2000; BERNSTEIN & CASHORE, 2000). Esses ramos da literatura de GG são relevantes para a perspectiva expansiva de D&D na forma que estou propondo, na medida em que eles investigam as formas como mecanismos regulatórios globais afetam ou são afetados por sistemas de governança doméstica. Entretanto, essa literatura ainda precisa considerar as diferenças – muitas vezes marcantes – na forma em que regulações globais afetam um determinado país, dependendo do seu nível de desenvolvimento institucional doméstico. Essa diferenciação permitirá que essas discussões acadêmicas ganhem maior relevância na área de estudos de desenvolvimento.

Recentemente uma série de estudos de GG, que eu resenho na seção 3, começou a considerar o déficit institucional doméstico de países em desenvolvimento como um elemento importante de pesquisa. Alguns autores de GG, por exemplo, se baseiam em um ramo de estudos regulatórios que investigam se a existência de uma "sombra de hierarquia" estatal é necessária para assegurar a eficácia de iniciativas regulatórias globais que escapam ao modelo multilateral tradicional<sup>22</sup>. Essas iniciativas, classificadas muitas vezes como "nova governança"<sup>23</sup> se tornaram comuns nas últimas três décadas. Esta literatura de GG a que me refiro ainda mantém o foco das investigações em soluções regulatórias que estão fora do âmbito doméstico (soluções essas que podem ser públicas, privadas ou híbridas). A questão que se coloca é se e quais mecanismos regulatórios globais poderiam constituir equivalentes funcionais à sombra da hierarquia estatal em países em que essa sombra inexistente. Dessa forma esse ramo da literatura de GG observa apenas

<sup>22</sup> Não existe definição clara sobre o conceito de "sombra da hierarquia", ou "sombra estatal" ou "sombra da hierarquia estatal". Borzel e Risse (2010; 2011) argumentam que uma sombra da hierarquia existe "quando o Estado ameaça - explícita ou implicitamente - impor regras vinculantes a atores privados para alterar seus cálculos custo-benefício", levando-os a se auto-regular em prol do interesse público. Veja também Heritier e Eckert, 2008.

<sup>23</sup> Abbott e Snidal (2009), por exemplo, argumentam que atores políticos operando em um ambiente globalizado cada vez dependem mais do que eles chamam de mecanismos da "nova governança transnacional". Estes novos mecanismos de governança são caracterizados: a) pelo papel central de atores privados na criação de normas e na implementação das mesmas, com diferentes níveis de colaboração por Estados, dependendo da iniciativa; b) por basearem-se em uma expertise dispersa; c) por usar normas voluntárias. Em contraste, mecanismos da "velha governança internacional" dependem primariamente dos Estados e instituições inter-estatais para criarem e implementarem normas; se baseiam em expertise burocrática centralizada; podem (ou não) utilizar regras cogentes (mandatórias) no lugar de apenas normas voluntárias.



um dos elementos da perspectiva expansiva que proponho aqui, perspectiva essa que visa investigar todas as possíveis interações entre mecanismos regulatórios domésticos e mecanismos regulatórios globais.

Outro ramo recente da literatura de GG examina mais aprofundadamente a diferença marcante de resultados da interação de padrões globais de governança com sistemas nacionais de governança, dependendo se esta interação ocorre em países ocidentais desenvolvidos com sistemas domésticos de governança já consolidados, ou em países em desenvolvimento com capacidade institucional doméstica fraca ou inexistente. (Dubash & Morgan, 2012). Esta agenda de pesquisas emergente, conhecida como "O Estado Regulamentador no Sul [Global]" (The Regulatory State of the South), propõe investigar como as características singulares dos sistemas domésticos de governança, bem como as demandas específicas de desenvolvimento de países do Sul Global impactam (ou ao menos deveriam impactar): 1) que objetivos deveriam ser perseguidos por mecanismos de regulação global que promovem convergência regulatória ao redor do mundo; 2) que resultados pode-se esperar das interações entre determinados modelos globais de regulamentação e sistemas deficientes de governança doméstica<sup>24</sup>. Esta linha promissora de pesquisa se preocupa assim em entender como normas internacionais interagem com sistemas domésticos de governança considerados disfuncionais, ou inacabados, ou em consolidação. Porém, essa agenda de pesquisas ainda não esgota as possibilidades da perspectiva que proponho nesse artigo por duas razões. Primeiro, o foco dessa linha de pesquisa até o momento está restrito a mecanismos muito específicos de governança no âmbito doméstico: agências independentes de regulação do setor de infraestrutura. Segundo, essa linha de pesquisa não investiga especificamente se e como os vários tipos de mecanismos globais podem – e se devem – ser explorados para melhorar as chances de promover reformas em sistemas domésticos de governança, reformas que venham a impactar positivamente em indicadores de desenvolvimento. Em

---

<sup>24</sup> Esta literatura sustenta, por exemplo, que para aumentar as chances de sucesso em iniciativas de reforma em sistemas regulatórios domésticos em alguns países em desenvolvimento, processos multisetoriais de discussão e participação no processo regulatório se tornam essenciais para garantir a legitimidade e futura eficácia das normas. Dubash e Morgan, 2012.



outras palavras, a pesquisa referida tem um viés de análise histórica, não incluindo um aspecto normativo.

Em síntese, apesar da literatura de governança global ter como objeto a análise de mecanismos globais de regulamentação, a doutrina dominante ainda não inclui um estudo sistemático de como instrumentos regulatórios globais podem interagir de forma complexa com instrumentos domésticos de governança, ou afetar tentativas de promover reformas de governança no âmbito nacional. Assim, essa literatura não adotou ainda a perspectiva que eu denomino de expansiva. O objeto último de pesquisa nessa perspectiva seria o sistema doméstico de governança, mas para entender como esse sistema é formado ou transformado devemos também voltar o foco para influências externas, nesse caso os mecanismos globais de governança. No caso da governança global o foco de pesquisa está nos próprios mecanismos globais: como são criados e transformados, relegando os sistemas domésticos a segundo plano. Existe, entretanto, um pequeno número de estudos que começam a investigar mais especificamente se e como regimes transnacionais podem ajudar a preencher o déficit de governança em países em desenvolvimento. Estes estudos serão discutidos na seção 3.

## 2.1 A literatura dominante: ofuscando o déficit institucional

A década de 1990 testemunhou o início de uma mudança pronunciada na forma como vários países ocidentais industrializados formulam políticas regulatórias. Esses países passaram de uma perspectiva de regulação formulada eminentemente por órgãos e atores públicos de forma hierárquica e verticalizada (top-down), para uma perspectiva mais horizontal e híbrida, envolvendo parcerias entre atores e órgãos públicos e privados. A expectativa era a de que o Estado pudesse guiar e controlar as iniciativas privadas de forma a assegurar objetivos sociais e econômicos almejados (incluindo saúde, segurança, meio-ambiente e não discriminação), ao invés de tentar assegurar estes objetivos exclusivamente de forma direta. (ZUMBANSEN, 2004; MAJONE, 1994; BALDWIN, SCOTT & HOOD, 1998; JORDANA & LEVI-FAUR, 2005). Esse movimento passou pelo uso de mecanismos extralegais de regulação, tais como iniciativas de autorregulação por empresas ou acordos voluntários entre empresas e organizações da sociedade civil (como atesta



o crescimento de iniciativas classificadas como de “responsabilidade social corporativa”), que podem contar ou não com o aval do Estado. (SCOTT, 2005). Uma das principais características dessas formas privadas e híbridas de regulação é sua capacidade de cruzar fronteiras mais facilmente do que formas convencionais de regulação pública. Dessa forma, o movimento em direção à formas privadas e híbridas de regulação se encontra profundamente entrelaçado com o movimento que tem transferido autoridade regulatória do âmbito nacional ao global.

Setores acadêmicos de países ocidentais envolvidos com estudos regulatórios acompanharam estas tendências políticas, deslocando o foco de seus estudos. Da ênfase em entender o potencial e limitações da regulação estatal passou-se a uma investigação mais ampla incluindo "um escopo abrangente de normas e mecanismos pelos quais o controle [regulatório] é afirmado ou alcançado, mesmo que indiretamente". (SCOTT, 2005, p. 145, tradução nossa).<sup>25</sup> Um número significativo e crescente de estudos busca decifrar o "Estado regulamentador" e os "novos modelos de regulação e governança". (SALOMON, 2002; DE BURKA & SCOTT, 2006; TRUBEK & TRUBEK, 2003). Diversos estudiosos de modelos regulatórios no âmbito nacional passaram a olhar para o rico manancial de pesquisas que a disciplina de relações internacionais passou a desenvolver para entender como Estados estavam tentando solucionar problemas globais em um ambiente regulatório extremamente plural, descentralizado e mais horizontal.

No lugar de considerar tratados e costumes inter-estatais como a fonte primária e primordial de regulação global a literatura de GG começou a produzir um volume considerável de estudos sobre outros tipos de mecanismos regulatórios, que estavam em ascensão. Esses novos mecanismos, criados ou encorajados tanto por agentes estatais quanto não estatais, tendem a ser extralegais e horizontais. Os estudos de ciência política com foco em regulações no âmbito nacional passaram a denominar essa forma mais abrangente de processos regulatórios híbridos e horizontais de "governança sem governo". (GRANDE & PAULY, 2005)<sup>26</sup>. Os estudos

<sup>25</sup> Veja também a rica discussão acadêmica sob a perspectiva da "escolha de instrumento" (instrument-choice) na administração pública, que investiga quais opções regulatórias poderiam servir melhor para traduzir determinados objetivos políticos em resultados práticos em sociedades complexas. Eliadis, Hill & Howlett, 2005.

<sup>26</sup> Para mais discussões sobre “governança sem governo” veja por exemplo Rosenau & Czempiel, 1992) Pierre & Peters, “1998; Cutler, Haufler & Porter, 1999); Hall & Bierstecker, 2002.



de governança global, por outro lado, passaram a se referir a esses novos modelos de regulação como "nova governança transnacional", em contraste com a "antiga governança internacional", na qual Estados e instituições internacionais eram os únicos criadores e implementadores de normas. (ABBOTT & SNIDAL, 2009; HERITIER & LEHMKUHL, 2008; BERNSTEIN & CASHORE, 2007<sup>27</sup>; CASHORE, 2002).

Alguns ramos de estudos jurídicos também foram fortemente influenciados por estas tendências. A perspectiva do pluralismo jurídico, por exemplo, passou a ser usada como plataforma para compreender a multiplicação e crescente inter-relação entre diferentes campos de autoridade normativa tanto no âmbito nacional quanto no âmbito global<sup>28</sup>. Ramos inteiros de estudos jurídicos foram se desenvolvendo, mesmo que de forma pouco confortável, nesta intersecção entre os âmbitos nacional e global, tais como a justiça de transição (transitional justice) e o direito ambiental. Acadêmicos vêm propondo diversas metodologias, marcos ou perspectivas analíticas para melhor investigar esta teia multifacetada e complexa de iniciativas regulatórias públicas, privadas e/ou híbridas, bem como nacionais e/ou globais.

O direito transnacional, por exemplo, é proposto como uma perspectiva que permite unir as agendas independentes de pesquisa dos estudos de pluralismo jurídico no âmbito nacional e estudos sobre governança global. (GAILLARD, 2001; KOH, 2006; ALEINIKOFF, 2008; CALLIES & ZUMBANSEN, 2010;<sup>29</sup> COTERREL, 2012). O contraste *Hard law versus soft law* é proposto como um modelo para investigar as diferentes características e graus de eficiência de distintos tipos de

<sup>27</sup> Steven Berstein & Benjamin Cashore focused on private forms of regulation in the global market place, which they called "non-state market driven" (NSMD) governance mechanisms.

<sup>28</sup> De acordo com Tamanaha (2008, tradução nossa): "Nas últimas duas décadas a noção de pluralismo jurídico tem se tornado um dos principais tópicos em antropologia jurídica, sociologia jurídica, direito comparado, direito internacional e estudos sócio-jurídicos, e parece estar ganhando ainda mais popularidade". Veja também Michaels, 2009.

<sup>29</sup> Callies and Zumbansen propõem o uso do direito transnacional como metodologia para investigar a regulação global. Nas palavras dos autores (prefácio, tradução nossa) "Observamos de saída que o Direito hoje é claramente e irreversivelmente transnacional". A nova literatura de governança global visa compreender de que forma a mudança na própria natureza da regulação, e a crescente globalização dos processos de regulatórios tem desafiado antigas dicotomias tais como o direito internacional público versus o direito internacional privado; ou criado novas dicotomias tais como as iniciativas regulatórias da "antiga governança" versus iniciativas regulatórias da "nova governança".



mecanismos de regulação. (KIRTON & TREBILCOCK, 2004). A recente agenda de pesquisa conhecida como “direito administrativo global (global administrative Law/GAL)” procura examinar os fundamentos normativos de diversos tipos de regulação global. GAL tem com foco principal entender se e em que medida mecanismos regulatórios globais padecem de um déficit de *accountability* e legitimidade vis-à-vis processos regulatórios nacionais, e se princípios de direito administrativo desenvolvidos no âmbito de processos nacionais poderiam assegurar maior *accountability* e legitimidade a regulações globais<sup>30</sup>.

Vários estudiosos de sistemas regulatórios passaram a considerar a "retirada do Estado" de muitos dos espaços tradicionais de regulação como uma característica essencial dos novos sistemas de governança – tanto no âmbito nacional quanto global – criados a partir dos anos 90. (COX, 1997; STRANGE, 1996; HELD et al, 1999<sup>31</sup>). Existem várias teorias sobre o que levou à proliferação de modelos de “governança sem governo”. Por exemplo, para muitos a globalização de sistemas econômicos e de comunicação fez com que vários elementos do processo regulatório, que no passado eram debatidos e resolvidos nacionalmente, tenham "migrado para instituições internacionais ou transnacionais em áreas tão diversas quanto comércio, finanças, meio ambiente e direitos humanos". (MATTLI & WOODS, 2009, p. 1, tradução nossa). Um número considerável de estudiosos considera que os Estados nacionais perderam a capacidade efetiva para regular diversas questões com relevância nacional, porque essas questões agora cruzam facilmente as fronteiras, exigindo soluções negociadas com outros Estados e, cada vez mais, com atores não estatais.

<sup>30</sup> Em 2004 Benedict Kingsbury, Nico Krisch e Richard Stewart iniciaram um projeto de pesquisa na Universidade de Nova Iorque para investigar se e como princípios jurídicos administrativos, tais como transparência, participação, revisão, razoabilidade, responsabilidade (*accountability*), primariamente associadas a sistemas jurídicos nacionais, poderiam e deveriam ser aplicados a mecanismos globais de governança. O artigo que deu origem a esse projeto chamado de GAL (Global Administrative Law) é Kingsbury, Krisch & Stewart, 2005. Para uma bibliografia detalhada sobre a pesquisa relacionada ao GAL até 2005 veja “A Global Administrative Law Bibliography” (2005) 68:3/4 Law & Contemporary Problems 357. Para trabalhos acadêmicos mais recentes relacionados ao projeto de pesquisa GAL veja IILJ, *Institute for International Law and Justice at the New York University School of Law*, online: IILJ <<http://www.iilj.org/gal/bibliography/default.asp>>.

<sup>31</sup> Held et al 1999 fazem um apanhado dos argumentos contrastantes no que se refere a posição do Estado na regulação de um mundo globalizado.



É importante salientar, entretanto, que o papel dos Estados na formulação de regulações nacionais e globais continua a ser objeto de debates acalorados nos meios acadêmicos. Existe na verdade pelo menos três teorias distintas na literatura de governança global sobre a evolução do papel estatal no que diz respeito a regulações globais ao longo dos anos. Vários autores argumentam que atores privados têm adquirido cada vez maior dominância nos sistemas regulatórios globais, enquanto a autoridade regulatória estatal tem enfraquecido significativamente. Uma segunda teoria sustenta que Estados não têm se retirado do ambiente regulatório, mas sim transformado o caráter da sua autoridade regulatória. (Sassen, 2002, 2006; Picciotto, 2006, 2011; Levi-Faur, 2005).<sup>32</sup> Para muitos, os Estados mais fortes ainda influenciam desproporcionalmente os objetivos e destinos das principais regulações globais. (BRAITHWAITE & DRAHOS, 2000, SIMMONS, 2001)<sup>33</sup>. De acordo com essa segunda posição primeiro os EUA, seguido pela Comunidade Europeia, seriam de longe os atores com maior poder regulatório no cenário global. (DREZNER, 2007; SIMMONS, 2001; BRAITHWAITE & DRAHOS, 2000)<sup>34</sup>. Uma terceira teoria, sustentada por Walter Mattli e Ngaire Woods (2009)

<sup>32</sup> Saskia Sassen (2002, 2006) argumenta que a retirada do Estado das formas convencionais de regulação verticalizadas não constitui uma retirada completa da autoridade regulatória, nem o enfraquecimento ou impotência do Estado. Ao contrário, estaríamos presenciando uma transformação completa da forma como Estados exercem autoridade nos planos nacional e global. Sol Picciotto (2006, 2011) também argumenta que ao invés de uma retirada do Estado houve uma profunda transformação do papel de regulamentação dos Estados nas esferas pública e privada. Este processo leva a um ofuscamento das fronteiras entre regulação pública e privada. Existe crescente reconhecimento de que a nova ordem Internacional é na verdade fortemente regulada quando se leva em consideração as formas de nova governança que transcendem a regulamentação clássica inter-estatal, vertical e cogente. Veja por exemplo a literatura sobre capitalismo regulatório, inaugurada por John Braithwaite, 2008.

<sup>33</sup> John Braithwaite and Peter Drahos (2000) fazem uma ampla e detalhada descrição de estudos de caso sobre regulação da economia global ao longo de várias áreas e alegam ter encontrado evidência de que até o momento a história da regulação global é uma história de dominação por países ocidentais industrializados. Apesar de vários Estados mais frágeis e também atores não-estatais terem conseguido promover a criação de um número de mecanismos regulatórios internacionais, os resultados tem sido claramente desiguais em termos de quantidade e relevância. Esta posição é também defendida por Beth Simmons, que analisou a evolução de mecanismos globais de regulação financeira. Simmons (2001) mostra como nesta área-chave os EUA tem unilateralmente partido para o uso de regulações financeiras extraterritoriais, e subseqüentemente pressionado outros Estados fortes (especialmente os integrantes da OECD) a criar mecanismos transnacionais para encorajar ou coagir outros países a adotar regulações semelhantes.

<sup>34</sup> Braithwaite e Drahos atribuem esta influência desproporcional à capacidade superior de Estados poderosos de produzir, controlar e utilizar conhecimento, bem como sua maior capacidade de utilizar mecanismos de coação [diplomáticos, comerciais ou militares]. Daniel W Drezner, em seu



entre outros, apresenta uma análise com maior nuance. Para esses autores o grau de influência exercido por Estados fortes, por Estados mais fracos e ainda por atores não estatais sofre grande variação, dependendo da matéria ou preocupação objeto da regulação.

De acordo com esta posição mais matizada, os Estados mais fortes ainda exercem uma influência desproporcional na criação de regulações globais quando se trata de questões que envolvem alguns de seus interesses mais estratégicos, ou quando existe um desequilíbrio mais pronunciado de poder entre países negociantes, e/ou quando um Estado forte pode facilmente adotar uma regulação unilateral com alcance global e depois desconsiderar divergências ou promover convergência. Em todos os outros casos, entretanto, a influência dos Estados mais fracos, mas também de instituições internacionais e de atores não estatais na criação e na evolução de sistemas globais de regulação ganha relevância e é na verdade essencial para explicar tendências de regulação global. Acredito que a teoria de Mattli e Woods é a que melhor reflete a ampla diversidade de mecanismos regulatórios globais.

Uma deficiência marcante da literatura predominante de governança global é exatamente o fato de que suas análises não diferenciam uma regulação global que foi motivada por um problema que envolve importantes interesses estratégicos de países industrializados com maior poder no cenário global, de uma regulação global que tem como objetivo, por exemplo, resolver problemas que derivam do déficit agudo de governança doméstica em países em desenvolvimento. Por exemplo, regulações globais para lidar com a mudança climática ou com o crime transnacional organizado (que afetam interesses importantes de Estados ocidentais industrializados) são discutidas conjuntamente com regulações globais que visam reduzir casos de trabalho infantil na produção de tapetes (que ocorrem quase que

---

influente *"All Politics is Global"* (2007), também argumenta que Estados poderosos tal como os EUA e os integrantes da União Européia ainda exercem influência desproporcional na criação de regulações globais. Drezner (2007, tradução nossa) acrescenta que a "convergência [de interesses] entre os Estados mais fortes é condição necessária e suficiente para a criação de sistemas efetivos de governança global". Drezner ainda argumenta que valores e interesses de organizações internacionais e Estados mais frágeis, bem como valores e interesses de corporações transnacionais, ONGs e comunidades epistêmicas só podem ser traduzidas em mecanismos de regulação global com aceitação ou apoio dos Estados mais poderosos.



exclusivamente em países em desenvolvimento)<sup>35</sup>. Regulações globais para encorajar práticas de manejo sustentável de florestas, ou para lidar com corrupção transnacional, que são preocupações comuns tanto em países desenvolvidos quanto em países em desenvolvimento, são analisadas conjuntamente com regulações globais para evitar o comércio de diamantes oriundos de zonas de conflito, problema que afeta apenas países em desenvolvimento.

A literatura que visa construir um marco teórico para explicar processos de governança global estuda quais opções regulatórias podem melhor resolver os principais problemas sócio-econômicos contemporâneos, independentemente se eles ocorrem em países desenvolvidos ou em países em desenvolvimento. (ABBOT & SNIDAL, 2009)<sup>36</sup>. Esse enfoque generalista da literatura ofusca as singularidades de iniciativas regulatórias criadas para lidar com um problema contemporâneo que é específico a um grupo de países em desenvolvimento: o profundo déficit de governança doméstico.

Certamente existe grande diferença entre criar regulações globais para alcançar objetivos econômicos e sociais que escapam à capacidade regulatória de qualquer instituição nacional pública agindo isoladamente (independente da qualidade institucional do país), e criar regulações globais para solucionar problemas econômicos e sociais que derivam primordialmente do pronunciado déficit de governança específico a um grupo de países em desenvolvimento. No meu entender essa diferença é marcante a ponto de exigir diferentes marcos teóricos para explicar porque e como exatamente essas regulações distintas nascem e se desenvolvem, e

---

<sup>35</sup> O trabalho infantil na produção de tapetes em países do sul asiático afeta companhias ocidentais que comercializam estes tapetes apenas na medida em a pressão de consumidores e de grupos sociais organizados passa a ameaçar a reputação ou legitimidade dessas empresas. É possível ainda que algumas corporações promovam ou apoiem medidas para prevenir e combater trabalho infantil e degradante nas suas linhas de produção em países em desenvolvimento por considerações éticas, e não apenas quando motivadas pelo “business case”. Alguns setores corporativos podem genuinamente considerar que o déficit de governança doméstico em países onde eles atuam pode afetar significativamente seus interesses. A questão, no entanto, é se isso poderia ser considerado “high stakes” para países industrializados, de acordo com as teorias realistas sobre criação de regras globais em relações internacionais.

<sup>36</sup> Para Abbott e Snidal, por exemplo, a enorme quantidade de mecanismos privados ou híbridos que vêm criando novos padrões regulatórios globais em diversas áreas desde 1980 tenta preencher supostas lacunas na regulação estatal e internacional (inter-estatal), sem qualificar quando esse déficit é possivelmente estratégico (países industrializados) ou inerente aos sistemas nacionais (países pobres em governança).



para iluminar as tentativas daqueles que estejam interessados em influenciar o desenho dessas regulações.

A diferença mais óbvia diz respeito aos objetivos diretos e objetivos indiretos da regulação global. Quando um problema socioeconômico é derivado do déficit agudo de governança no âmbito doméstico, a regulação global poderá ser criada com o objetivo direto de resolver esse déficit de governança. Os benefícios socioeconômicos esperados dessa regulação global serão apenas indiretos. Essa particularidade afeta, por exemplo, as tentativas de avaliar a eficácia dessas regulações. É muito mais complexo avaliar a eficácia de uma regulação olhando-se apenas para seus resultados indiretos. Uma segunda diferença diz respeito a motivação que leva os diferentes atores, em especial os países fortes, a apoiar os vários tipos de regulação global. A teoria (realista) dominante é que países fortes não irão apoiar regulações globais que visam resolver problemas específicos de países em desenvolvimento (que os afetam apenas indiretamente). Certamente não na mesma medida em que apoiam regulações globais que afetam seus interesses estratégicos. Isto requer atenção analítica especial ao papel dos demais atores – países mais periféricos, atores não estatais, organismos internacionais – para explicar a emergência e evolução da regulação global que não afete interesses relevantes diretos de países ocidentais industrializados.

Os atuais marcos teóricos desenvolvidos pela literatura dominante de governança global não diferenciam entre esses dois tipos muito distintos de regulação, o que impede que sejam utilizados para iluminar as tentativas de criação de novas regulações globais para solucionar problemas socioeconômicos especificamente gerados pelo déficit de governança em países em desenvolvimento. O diálogo entre as literaturas de desenvolvimento e de governança global se encontra assim dificultado. Mesmo sem esse marco analítico, é possível traçar algumas observações e hipóteses iniciais sobre como a criação de regulações globais para lidar com o déficit de governança nos países em desenvolvimento vem evoluindo ao longo dos últimos anos. Até os anos 2000 vários mecanismos globais foram criados para permitir a diversos atores desviar dos sistemas domésticos disfuncionais de governança em países em desenvolvimento. Em matéria de direitos humanos e ambiental, por exemplo, houve enorme pressão social em países desenvolvidos para que as corporações multinacionais e seus países sede criassem



mecanismos para lidar diretamente com os problemas econômicos, sociais e ambientais provocados por atividades econômicas transnacionais no Sul Global.

A lógica parecia a mesma dos mecanismos de “nova governança” que ocorriam em países desenvolvidos: transfere-se a autoridade regulatória para aqueles agentes que demonstrem maior capacidade de regular determinado problema, e que tenham responsabilidade pelos efeitos da atividade a ser regulada. Na medida em que as experiências com esses mecanismos regulatórios transnacionais que basicamente desviavam dos sistemas domésticos de governança começaram a acumular, entretanto, tornou-se evidente que eles estavam demonstrando resultados muito diversos de iniciativas de “nova governança” implementadas em países ocidentais industrializados. Foram esses resultados frustrantes que levaram um ramo recente da literatura de governança global a estudar melhor esse fenômeno. Eu analiso esta literatura a seguir.

## 2.2 A literatura de vanguarda: enfrentando o desafio

Várias questões passaram a ser levantadas sobre a eficácia e a legitimidade de iniciativas de “nova governança” envolvendo países com déficits agudos de governança, o que gerou um debate central sobre possíveis pré-condições para estes mecanismos funcionarem efetivamente. Ou talvez alguns tipos de problema fossem mais amenos do que outros a este tipo de regulação. Mais relevante para os propósitos deste artigo, vários estudos empíricos comparados sobre iniciativas de “nova governança” em países da União Europeia e da Europa Oriental demonstraram que mecanismos privados ou híbridos mais horizontais tinham maior probabilidade "de serem eficazes quando havia um Estado forte na retaguarda, para garantir que atores não estatais realmente contribuam para a provisão de bens coletivos". (BORZEL & RISSE, 2010, tradução nossa). Uma parte importante da literatura sobre modelos regulatórios no âmbito nacional chegou a um consenso de que em países desenvolvidos os diversos atores públicos e privados que estão envolvidos em formas privadas e híbridas de regulação atuam sob a "sombra da



hierarquia" estatal. (SCHMITTER & STREECK, 1985; SCHARPF, 1997; RICHARDS, 2004; SCHILLEMANS, 2008)<sup>37</sup>.

Na literatura sobre GG, no entanto, a maior parte dos estudos sobre “nova governança” continuou – implicitamente - examinando a eficácia e a legitimidade das várias iniciativas híbridas ou privadas quando empregadas especificamente no contexto de um tipo de Estado: o Estado institucionalmente forte. Apenas uma minoria de autores passou a traduzir a conclusão de estudos regulatórios no âmbito nacional para a arena global, afirmando que iniciativas regulatórias supranacionais híbridas ou privadas também seriam eficazes apenas quando ancoradas por Estados soberanos com sistemas domésticos de governança eficientes. (WEISS, 1998). Somente a partir da segunda metade dos anos 2000 um grupo de acadêmicos e pesquisadores passou a investigar as implicações do uso destes modelos de governança em países carentes desta sombra da hierarquia estatal<sup>38</sup>. Em outras palavras, apenas recentemente surgiu um ramo separado da literatura de GG que reconhece o déficit de governança doméstica como uma importante variável de pesquisa, especialmente quando se busca identificar qual a melhor estratégia regulatória para atacar determinado problema econômico ou social. Esta literatura investiga se e como os vários tipos de regulação podem funcionar eficazmente em relação a países com déficits agudos de governança, onde inexiste uma sombra de hierarquia estatal considerada adequada.

Uma das principais ideias exploradas por essa literatura é o possível uso de mecanismos regulatórios externos como equivalentes funcionais dessa sombra de hierarquia estatal ausente. A questão crucial seria identificar quais tipos de

<sup>37</sup> Em 1985 Schmitter e Streeck já argumentavam (tradução nossa): "a espada de Dâmoçles da ameaça de intervenção estatal direta" é necessária para provocar auto-regulação privada ou regulação público-privada. O Estado ameaça - implícita ou explicitamente – legislar regras para atividades privadas, mudando assim os cálculos de custo-benefício das corporações, favorecendo assim a adoção de regras voluntárias mais próximas do interesse coletivo. Além disto, boa parte da literatura afirma que mecanismos de “nova governança” requerem a existência de um nível mínimo de demanda social ou incentivos de mercado para funcionar eficientemente.

<sup>38</sup> Em 2006, por exemplo, Thomas Risse e Ursula Lehmkuhl iniciaram uma linha de pesquisa na Freie Universität Berlin sobre novos modelos de governança em "areas of limited statehood", ou áreas com capacidade estatal limitada. Em 2006 Risse & Lehmkuhl publicaram um artigo especificando os marcos conceituais do projeto. A questão central do projeto foi articulada da seguinte forma (tradução nossa): "como se pode desenvolver e sustentar sistemas legítimos e eficientes de governança em áreas com capacidade estatal limitada? A idéia é identificar os desafios regulatórios que emergem nestas condições específicas."



mecanismos externos poderiam efetivamente substituir essa sombra da hierarquia em países que apresentam graus distintos de deficiência de governança. Estes estudos sobre equivalentes funcionais a sombra de hierarquia estatal formam parte de um ramo emergente de estudos de regulação global que está começando a realizar uma investigação sistemática sobre as complexas interações entre mecanismos regulatórios transnacionais e sistemas de governança domésticos em países em desenvolvimento. Eu discuto estes novos estudos a seguir.

### **3 NOVA FRONTEIRA: ESTUDOS DE DESENVOLVIMENTO ENCONTRAM ESTUDOS DE GOVERNANÇA GLOBAL**

A seriedade dos problemas socioeconômicos que são causados ou agravados pelo déficit de governança doméstica em países em desenvolvimento está por trás da demanda de produção de conhecimento acadêmico para informar tentativas de lidar com este déficit. O envolvimento de acadêmicos da área de desenvolvimento em investigações sobre se e como iniciativas globais de regulamentação podem auxiliar na solução do déficit de governança em países em desenvolvimento é bastante recente. Estes estudos começam a convergir com as investigações também recentemente iniciadas por acadêmicos envolvidos em estudos sobre governança global, que tentam entender se é possível criar ou adaptar mecanismos regulatórios globais para situações nas quais a sombra de hierarquia estatal está ausente, isto é, quando existe um déficit significativo de governança doméstica<sup>39</sup>.

Para ser clara, os autores dos estudos que eu descrevo nesta seção estão aparentemente implementando esta mudança de perspectiva analítica – passando da observação das regulações globais como mecanismos independentes, para a observação dos efeitos da interação destes mecanismos em sistemas domésticos de governança - de forma intuitiva, sem que tenha havido ainda uma discussão teórica sobre essa mudança. A meu ver o impacto desses estudos na evolução da literatura de governança global é notável, e um exemplo concreto é justamente os

<sup>39</sup> Para Borzel e Risse (2006) esta questão deve ser respondida afirmativamente: tanto mecanismos internacionais quanto normas sociais nos âmbitos local, nacional e internacional podem servir como equivalentes funcionais à sombra do Estado.



efeitos potenciais desse novo ramo da literatura para outras áreas de estudo, como os estudos de desenvolvimento. Essa nova perspectiva de investigação teórica e empírica poderá instruir os esforços de pesquisa em D&D que buscam resolver o complexo quebra-cabeças de como lidar com sistemas domésticos de governança disfuncionais ou incompletos, que parecem estar imunes ou incrivelmente resistentes a tentativas de reforma. É possível que estes estudos de GG venham a aumentar as chances de implementar reformas efetivas para diminuir o déficit de governança doméstica em alguns países em desenvolvimento, ainda que seus autores não tenham reconhecido esse potencial explicitamente.

É também importante notar que os estudos emergentes que eu descrevo brevemente nesta seção ainda são esparsos e estão sendo realizados de forma bastante independente uns dos outros. Apesar de diversos autores usarem conceitos que são similares, esses conceitos não são exatamente os mesmos. Cada autor também parece abordar o problema do déficit de governança doméstica a partir de perspectivas diferentes: alguns partem de uma perspectiva desenvolvimentista; outros de uma perspectiva ambientalista; outros ainda de uma perspectiva de segurança internacional. Finalmente estes autores não reconhecem explicitamente que eles estão se afastando do *mainstream* da pesquisa de seus campos acadêmicos respectivos. Quando alguém se propõe a identificar um grupo diverso de tendências acadêmicas emergentes como potencialmente integrando uma linha teórica singular existe o risco inevitável de generalizar ou de simplificar demasiado o objetivo de cada linha de pesquisa. Acredito, entretanto, que é importante iluminar estas novas tendências tanto nos estudos de desenvolvimento quanto nos estudos de governança global porque em conjunto eles possuem poder explicativo suficiente para nos auxiliar a compreender a recente evolução das várias estratégias para lidar com o déficit agudo de governança em alguns países em desenvolvimento.

Conforme citei acima, um grupo de acadêmicos está usando as ideias da literatura da sombra da hierarquia estatal para examinar como mecanismos regulatórios globais poderiam lidar com o déficit agudo e crônico de governança em países em desenvolvimento. Stephen Krasner (2004), um estudioso de relações internacionais, investiga o caso específico de Estados “quase falidos”, que se encontram presos a um ciclo crônico de caos político e de violência. Esses Estados



são considerados uma ameaça à segurança de outras nações, agora e/ou no futuro. Em 2004 Krasner publicou um artigo afirmando que a comunidade internacional precisa transcender princípios convencionais de direito internacional, como por exemplo o princípio da soberania estatal, e assumir a responsabilidade de promover "melhor governança doméstica em regimes mal governados, falidos e sob ocupação" (Krasner, 2004, p. 85, tradução nossa). Para Krasner, apesar de terem sua soberania internacional reconhecida por outros Estados, alguns países estão claramente falhando quando se trata de exercer a soberania doméstica de forma efetiva. Nestes casos, Krasner argumenta, mecanismos convencionais disponíveis a atores políticos estrangeiros – tais como a assistência bilateral e multilateral para promover melhorias de sistemas de governança e administração transitória (durante ocupação militar) – não são efetivas ou suficientes.

Segundo Krasner é preciso expandir o *menu* de opções regulatórias para lidar com esse déficit de governança. Ele propõe duas novas formas para lidar com o problema. No caso de Estados completamente falidos, como a Somália, ele propõe protetorados consensuais (trusteeships). Protetorados consensuais basicamente seriam o reconhecimento formal pela comunidade internacional que um país específico se encontra incapaz de exercer sua soberania jurídica internacional. Krasner admite que sensibilidades políticas tornam improvável que a comunidade internacional venha a endossar essa opção publicamente, embora ele afirme que uma espécie de trusteeship já ocorre na prática<sup>40</sup>. Uma segunda opção seria o que Krasner denomina de “soberania compartilhada”. Em suas palavras:

Soberania compartilhada envolveria o engajamento de atores externos em algumas das estruturas domésticas de governança do Estado em questão, por um período indeterminado. Tais arranjos políticos seriam legitimados por acordos assinados por autoridades nacionais reconhecidas. (KRASNER, 2004, p. 108, tradução nossa).

Ainda que o princípio da autonomia política reconhecido em relações internacionais fique comprometido, o país ainda estaria exercendo sua soberania no

---

<sup>40</sup> Segundo Krasner (2004) as principais barreiras impedindo a adoção de um tratado internacional codificando uma forma de trusteeship ou protetorado é a falta de vontade política dos países desenvolvidos, que teriam o ônus de implementá-lo, e também dos mais fracos, que correriam o risco de ser pressionados a aderir.



momento da assinatura voluntária do acordo de soberania compartilhada, e estaria livre para rescindir esse acordo a qualquer tempo. Krasner reconhece que, por razões políticas e legais, a expressão "soberania compartilhada" poderia trazer problemas, e sugere que esses arranjos sejam chamados de "parcerias". Em outras palavras, Krasner está defendendo a criação de mecanismos internacionais para servirem no âmbito doméstico como equivalentes funcionais dos sistemas de governança ausentes, por tempo indeterminado.<sup>41</sup> Krasner não explora como exatamente estes mecanismos externos poderiam interagir com sistemas de governança doméstica em estágio embrionário, ou se esses mecanismos poderiam ser intencionalmente desenhados de forma a favorecer a criação de sistemas de governança autossuficientes ao longo do tempo. Seu argumento é, naturalmente, muito polêmico e existem sérias críticas sobre os tons imperialistas de sua proposta.

Outra ideia baseada no mesmo conceito de soberania compartilhada foi introduzida pelo economista Paul Romer com seu projeto "*charter cities*" (cidades projetadas). Romer argumenta que países pobres em governança podem explorar a opção de criar novas cidades partindo do zero, em locais previamente não habitados. Os habitantes destas novas cidades aceitariam se submeter a uma série de regras de governança reunidas em uma Carta, regras cuja implementação e cumprimento seriam monitorados e controlados por autoridades externas. A visão é de que estas cidades projetadas e bem governadas atrairiam capital financeiro e humano estrangeiros, favorecendo o crescimento econômico dessa zona do país, e

---

<sup>41</sup> Nas palavras de Krasner (2004, tradução nossa): "esforços externos para influenciar estruturas de autoridade de outros estados é o desafio central da política externa contemporânea". A pesquisa de Krasner não está necessariamente focada em encontrar formas de promover melhorias em indicadores de desenvolvimento nos países fracos em governança, *per se*. O objetivo principal parece ser o de administrar os riscos à segurança global provocados por esses países que podem mais facilmente se tornar focos de terrorismo, tráfico de drogas e outras formas de crime organizado. Neste caso pode-se argumentar que países desenvolvidos influentes teriam incentivos para discutir e promover regulação global nessa área. Mas nem todos os países com déficit grave de governança são necessariamente países falidos e ninhos de terroristas e crime organizado. Uma questão diferente surge, dessa forma, no caso desses países que em princípio não oferecem ameaças a segurança global. Se os riscos são primariamente suportados pelas próprias sociedades desses países, haveria ainda incentivos suficientes para os países desenvolvidos apoiarem a criação de mecanismos globais para servir como equivalentes funcionais à sombra do Estado nestes casos?



possivelmente tendo um efeito positivo em outras áreas ao longo do tempo. (SHERIDAN, 2009; CHEONG, 2010; SUTHERLAND, 2012)<sup>42</sup>.

Em seu livro de 2009, *Wars, Guns and Votes* (Guerras, Armas e Votos), o economista de desenvolvimento Paul Collier afirma que nas últimas décadas vários países no grupo dos países em desenvolvimento mais pobres deram uma guinada marcante ao adotar sistemas formais de democracia eleitoral. Collier então pergunta porque esse grupo (que alberga "o *bottom billion*" ou o bilhão mais pobre da humanidade, para usar a expressão cunhada por Collier em seu livro anterior, de 2008) ainda não mostra indícios de que essa guinada gerou melhorias reais em indicadores de desenvolvimento político ou econômico. Collier conclui que muitas vezes as reformas políticas e econômicas adotadas por esses países após a democratização formal foram cosméticas, e eles ainda apresentam um déficit agudo de governança. O resultado dessa guinada democrática foi, contraditoriamente, um aumento da violência política, da instabilidade social e da pobreza generalizada em alguns países.

Collier argumenta que os países que albergam o *bottom billion* estão presos em uma armadilha de pobreza e violência, da qual eles não conseguirão escapar sozinhos. Ele afirma que os mecanismos existentes para promover ajuda para o desenvolvimento, mesmo focados em promover reformas de governança doméstica, também não serão capazes de ajudar esses países a escapar dessa armadilha, porque eles carecem de sistemas mínimos de segurança política e de sistemas de *accountability* governamental, que são pré-requisitos para a construção de sistemas domésticos de governança mais amplos. Collier também não acredita que os mecanismos regulatórios tradicionais são o melhor caminho para lidar com esse problema, ao menos inicialmente.

Em seu livro de 2010, *Plundered Planet* (O Planeta Saqueado) Paul Collier centra no caso de países ricos em recursos naturais porém pobres em governança. Além da armadilha da violência esses países estariam também presos em uma "maldição dos recursos". Collier explica que embora países ricos em recursos naturais precisem ainda mais de bons sistemas domésticos de governança para lidar

---

<sup>42</sup> Para informação sobre o projeto "charter cities" veja Charter Cities, online. Disponível em: <<http://www.chartercities.org/>>.



com os impactos sociais, ambientais e econômicos negativos que caracterizam as atividades extrativas, rendas expressivas da exportação de recursos abundantes podem financiar as elites autoritárias desses países sem que precisem prestar contas a sociedade, tornando ainda mais difícil a "construção das instituições [de governança] necessárias [no âmbito doméstico]". Assim como Krasner, Collier (2008, 2009, 2010) argumenta que estes casos complexos exigem uma desconstrução radical dos conceitos de soberania internacional e nacional. No caso de países que passam por violência política crônica, a proposta de Collier é fazer uso de mecanismos externos para proporcionar segurança e *accountability* mínimos, até que os países albergando o *bottom billion* possam escapar da armadilha da violência política em que se encontram presos.

Assim, Collier também propõe que mecanismos transnacionais sejam usados como equivalentes funcionais das estruturas de governança domésticas ausentes, para propiciar segurança e *accountability*, pre-requisitos para a construção de outros sistemas de governança. Em outras palavras, ele sugere que instituições domésticas disfuncionais ou ausentes sejam temporariamente substituídas. Collier não detalha, entretanto, como exatamente estes mecanismos externos de governança abririam caminho para seus equivalentes domésticos ao longo do tempo. No caso de países ricos em recursos naturais, Collier advoga a criação de uma Carta de Recursos Naturais (Natural Resources Charter), uma série de padrões internacionais de boa gestão de recursos naturais. Mas essa Carta serviria apenas como um guia voluntário para aqueles países ricos em recursos que desejem contar com cooperação técnica para melhor administrar os seus recursos.

Outros autores já estão investigando que efeitos alguns mecanismos de governança global já existentes – que são muito menos intrusivos na soberania dos países – estão provocando ou podem provocar em sistemas domésticos de governança nos países em desenvolvimento. Em um artigo de 2009 intitulado "A globalização do direito anticorrupção ajuda países em desenvolvimento?", o acadêmico de D&D Kevin Davis analisa se o emergente regime transnacional de combate a corrupção – formado por convenções internacionais, mecanismos multisetoriais e regulações extraterritoriais - estaria provocando efeitos positivos reais na redução de índices de corrupção em países em desenvolvimento. Neste artigo Davis inclui uma discussão interessante, ainda que breve, sobre se estas



normas transnacionais de combate a corrupção poderiam estar causando efeitos imprevistos e indesejáveis em sistemas domésticos de governança. Ele sugere que como em alguns casos estas normas tentam desviar ou substituir o sistema doméstico de governança elas podem estar anulando incentivos para a criação ou o fortalecimento de mecanismos domésticos para inibir a corrupção nos países em desenvolvimento. Davis afirma que ainda não existe evidência de que isso esteja efetivamente acontecendo, e uma outra possibilidade é a de que esses mecanismos tenham uma interação positiva, complementando sem anular os mecanismos de governança no âmbito doméstico.

Também em 2009 um antropologista social e pesquisador sênior no *think tank* Britânico *Overseas Development Institute (ODI)*, David Brown, realizou uma avaliação crítica da crescente prática da União Europeia de usar mecanismos de pressão tais como "Acordos Voluntários de Parceria" (Voluntary Partnership Agreements/VPAs) em seus acordos bilaterais de comércio com países ricos em madeira e pobres em governança. Para Brown (2009) os VPAs têm o objetivo claro de lidar com a questão do comércio ilícito e insustentável de madeira promovendo melhorias no sistemas de governança de florestas e madeira dos parceiros comerciais europeus menos desenvolvidos. Ao analisar se os VPAs efetivamente melhoraram essa governança, entretanto, Brown encontrou resultados mistos. Por um lado ele encontrou evidências de que VPAs têm o potencial para encorajar o desenvolvimento de padrões globais de desmatamento sustentável a longo prazo. Ele também viu potencial para o mecanismo reduzir o volume de madeira ilegal que ingressa no mercado europeu e para melhorar a transparência do setor madeireiro. Entretanto, baseado em suas análises de campo, Brown foi mais cético em relação aos impactos dos VPAs em termos de provocar melhorias concretas nos sistemas domésticos de governança em países em desenvolvimento.

Em 2011 Gilles Carbonnier, Fritz Brugger e Jana Krause, do Instituto de Estudos Internacionais e de Desenvolvimento em Genebra, avaliaram várias iniciativas multissetoriais criadas para enfrentar a maldição dos recursos e influenciar indicadores de desenvolvimento em países ricos em recursos naturais porém pobres em governança doméstica, com ênfase especial na Iniciativa de Transparência das Indústrias Extrativistas (EITI), uma iniciativa multissetorial transnacional com a participação de governos, indústria e sociedade civil. Carbonnier, Brugger & Krause



(2011) analisam os vetores de comportamento, incluindo os incentivos de mercado e regulamentações que podem influenciar as decisões de atores públicos e privados envolvidos no setor extrativo em países em desenvolvimento. Eles argumentam que a principal premissa do EITI é de que a maior participação da sociedade civil nos sistemas de governança de recursos no âmbito doméstico levaria a mudança de comportamento em países ricos em recursos e em empresas extrativas. Os autores concluem que em muitos dos casos que eles estudaram a sociedade civil ainda não era forte o suficiente para responder positivamente a estas expectativas.

Esses estudos ainda não investigam detalhadamente as possíveis interações positivas e negativas de mecanismos regulatórios globais com sistemas domésticos de governança altamente disfuncionais. Esta importante agenda de pesquisa está ainda tateando. É preciso ainda reconhecer que os efeitos dessa interação podem também ser sentidos na outra direção. Isto é, regimes domésticos de governança podem afetar ou influenciar os vários mecanismos globais de regulação. Em síntese, existe ainda um longo caminho pela frente para que possamos compreender melhor de que formas mecanismos globais interagem com sistemas domésticos de governança, e se e como podemos fazer melhor uso dos mecanismos globais para lidar com déficit agudo de governança no âmbito doméstico.

#### 4 CONCLUSÃO

Atualmente existe uma ampla constelação de mecanismos globais que podem potencialmente interagir de formas complexas com sistemas domésticos de governança em países em desenvolvimento, e que possivelmente podem ser usados como instrumentos para promover reformas de governança que venham a preencher graves lacunas ou déficits nos sistemas domésticos de alguns países. Este artigo sugere que para entender melhor como esses diversos mecanismos são criados e como evoluem, e quais seus possíveis efeitos negativos ou positivos em sistemas domésticos de governança, a literatura de D&D deveria expandir seu foco para além de mecanismos endógenos e de formas tradicionais de promover governança. A agenda de pesquisa de D&D precisa incluir questões tais como: qual tem sido a evolução de tentativas externas de se lidar com o déficit de governança



em países em desenvolvimento? Quais as premissas dos atores responsáveis pela criação desses mecanismos? Como eles interagem com sistemas de governança domésticos, na teoria e na prática? Estes estudos devem estar informados e ser conduzidos em conjunto com estudos de governança global que analisam os mesmos fenômenos por ângulos diferentes, porém complementares. Mais importante, a agenda expansiva de pesquisa de D&D deve investigar se e como exatamente estes mecanismos globais podem contribuir para melhorar os indicadores de desenvolvimento de países do sul global a longo prazo. Esta é a nova, ainda inexplorada fronteira para os estudos de D&D.

## REFERÊNCIAS

- ABBOTT , K. W. & SNIDAL, D. Strengthening international regulation through transnational new governance: overcoming the orchestration deficit. **Vand J Transnat'l L** , v. 42, n. 2, 501- 578, 2009.
- ABRAMOVICH, V. From massive violations to structural patterns: new approaches and classic tensions in the Inter-American human rights system. **Sur International Journal On Human Rights**, v. 6, n. 11, p. 7-37, Dez. 2009.
- ALEINIKOFF, A.T. Transnational spaces: norms and legitimacy. **Yale J Int'l L** v.33, n.2, p. 479-490, 2008.
- ALMOND, G. A. & POWELL JR, G. B. **Comparative politics: a developmental approach**. Boston: Little Brown, 1966.
- APTER, D. E. **Rethinking development: modernization, dependency, and postmodern politics**. Newbury Park: Sage publications, 1987.
- BALDWIN, R. SCOTT, C. & HOOD, C. (Orgs). **A reader on regulation**. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- BERNSTEIN, S. & CASHORE, B. Globalization: four paths of internationalization and domestic policy change. **Canadian Journal of Political Science**, v. 33, n. 1, p. 66-99, 2000.
- BERSTEIN, S. & CASHORE, B. Can non-state global governance be legitimate? an analytical framework. **Regulation and Governance**, v. 1, n. 4, p. 347-371, Dec. 2007.
- BORZEL, T. A. e RISSE, T. Governance without a state: can it work?, **Regulation and Governance** v. 4, n. 2, p. 113-134, Jun. 2010.
- BRAITHWAITE, J. & DRAHOS, P. **Global business regulation**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2000.
- BRAITHWAITE, J. **Regulatory capitalism: how it works, ideas for making it work better**. Cheltenham: Edward Elgar, 2008.



- BROWN, B. Building national capacity for forest governance reform: the role of institutions. In: **Anais Congresso Florestal Mundial**, Buenos Aires, Out. 2009, 1-22.
- BURKA, G. & SCOTT, J. (Orgs.) **Law and new governance in the EU and the US**. Oxford: Hart, 2006.
- CALLIES, G. & ZUMBANSEN, P. **Rough consensus and running code: a theory of transnational private law**. Oxford: Hart Publishing, 2010.
- CARBONNIER, G. BRUGGER, F. & KRAUSE, J. Global and local policy responses to the resource trap, **Global Governance**, v. 17, n. 2, p. 247-264, Abril-Jun. 2011.
- CAROTHERS, T. (Org). **Promoting the rule of law abroad: in search of knowledge**. Washington, DC: Carnegie Endowment for International Peace, 2006.
- CARTY, A. (org.) **Law and development**. New York: New York University Press, 1992.
- CASHORE, B. Legitimacy and the privatization of environmental governance: how non-state market-driven (NSMD) governance systems gain rule-making authority. **Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions**, v. 15, n.4, p. 503-529, Out. 2002.
- CHEONG, K. Charter cities – an idea whose time has come or should have gone?, **Malaysian Journal of Economic Studies**, v. 47, n. 2, p. 165-168, 2010.
- COLLIER, P. **The bottom billion: why the poorest countries are failing and what can be done about it**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- COLLIER, P. **The plundered planet: how to reconcile prosperity with nature**. London: Allen Lane, 2010.
- COLLIER, P. **Wars, guns and votes: democracy in dangerous places**. New York: Harper, 2009.
- COTERREL, R. What is transnational law, **Law & Society Inquiry**, v.37, n.2, p. 500-524, 2012.
- COX, R.W. The retreat of the State? **International Journal** v. 52, n.2, p. 366-369, 1997. Resenha do livro: STRANGE, S. The retreat of the state: the diffusion of power in the world economy. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- CUTLER, A. C., HAUFLER, V. & PORTER, T. **Private authority and international affairs**. Albany: State University of New York Press, 1999.
- DAVIS, K.E.. et al. (Orgs.) **Governance by indicators: global power through classification and rankings** (Oxford: Oxford University Press, 2012).
- DAVIS, K.E.. Does the globalization of anti-corruption law help developing countries? In: FAUNDEZ, J. & Tan, C. (Orgs.) **International economic Law, globalization and developing countries**. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.
- DONNELLY, J. In search of the unicorn: the jurisprudence and politics of the right to development. **Cal W. Intl L Journal** v.15, p. 473-509, 1985.
- DREZNER, D. A. **All politics is global: explaining international regulatory regimes**. Princeton: Princeton University Press, 2007.
- DREZNER, D. W. "Globalization, harmonization and competition: the direct pathways to policy convergence" **JEPP**, v. 12, n.5, p. 841-859, Out. 2005.



- DUBASH, N.K. & MORGAN, B. Understanding the rise of the regulatory state of the South” **Regulation and Governance** v. 6, n. 3, p. 261-281, Set. 2012.
- ELIADIS, P. M, HILL , M.M. & HOWLETT, M. **Designing government:** from instruments to governance. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2005.
- FUKUYAMA, F. **State-building:** governance and world order in the 21st century. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2004.
- FUKUYAMA, F. What is governance? Working Paper 314, **Center for Global Development Working Paper Series**, January 2013.
- GARCIA-AMADOR, F.V. **The emerging international law of development:** a new dimension of international economic law. New York: Oceana Publications, 1990.
- GOLUB, S. Beyond Rule of Law orthodoxy, Carnegie Endowment for International Peace, **Carnegie Papers Rule of Law Series**, v. 41, 2003.
- GOLUB, S. Make justice the organizing principle for the Rule of Law field, **Hague Journal on the Rule of Law**, v. 1, n. 1, p. 61-66, Marco 2009.
- GRANDE, E. & PAULY, L.W. **Complex sovereignty:** reconstituting political authority in the twenty-first century. Toronto: Toronto University Press, 2005.
- HALL R. B.& BIERSTECKER, T. J. **The emergence of private authority in global governance.** Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2002.
- HARRIS, J., HUNGER, J. & LEWIS, C.M. (Orgs.) **The New institutional economics and third world development.** London, UK: Routledge, 1995.
- HATHAWAY, O. “Do human rights treaties make a difference?” **Yale LJ** , v.111, n.8, p. 1935-2042, 2002.
- HATHAWAY, O. Why do countries commit to human rights treaties? **J Conflict Resol** v. 51, n. 4, p. 588-621, Ago. 2007.
- HELD, D. et al. **Global transformations:** politics, economics and culture. Stanford: Stanford University Press, 1999.
- HELLER, T. C. **An Immodest Postscript** IN JENSEN, E. & HELLER, T.C. (Orgs) Beyond common knowledge: empirical approaches to the Rule of Law. Stanford: Stanford University Press, 2003.
- HERITIER, A. & LEHMKUHL, D. The shadow of hierarchy and new modes of governance. **Journal of Public Policy**, Cambridge, v. 28, n. 1, p. 1-17, Abril 2008.
- HERITIER, A. e ECKERT, S. New modes of governance in the shadow of hierarchy: self-regulation by industry in Europe” **Journal of Public Policy** v. 28, n.1, p. 113-138, Marco 2008.
- JORDANA, J. & LEVI-FAUR, D. (Orgs). **The politics of regulation.** institutions and regulatory reforms for the age of governance. Cheltenham: Edward Elgar, 2005.
- KAUFMANN, D. & Kraay, A. Governance indicators: where are we, where should we be going? **World Bank Research Observer**, v. 23, n.1, p. 1-30, Marco 2008.
- KENNEDY, D. **Three globalizations of law and legal thought:** 1850-2000. em Trubek & Santos.
- KINGSBURY, B., KRISCH, N. & STEWART, R.B., The emergence of global administrative Law, **Law & Contemporary Problems** v.68, n. 3, p. 15-62, 2005.



- KIRTON, J. & TREBILCOCK, M.J. (Orgs.) **Hard choices, soft law**: voluntary standards in global trade, environment and social governance. Aldershot: Ashgate, 2004.
- KLEINFELD, R. **Advancing the Rule of Law abroad**: next generation reform. Washington, DC: Carnegie Endowment for International Peace, 2012.
- KOH, H.H., Why transnational law matters. **Penn State International Law Review**, v.24, n.4 p. 745-753, 2006.
- KRASNER, S. D. Sharing sovereignty: new institutions for collapsed and failing states, **International Security** v. 29, n. 2, p. 85-120, 2004.
- KRUEGER, A. O. **Political economy of policy reform in developing countries**. Cambridge, UK: MIT Press, 1993.
- LECOURS, A. (Org.) **New institutionalism, theory and analysis**. Toronto: University of Toronto Press, 2005.
- LEVI-FAUR, D. The global diffusion of regulatory capitalism. In: **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, 2005, v. 598, p.12-32.
- MAHONEY, J. & THELEN, K. **Explaining institutional change**: ambiguity, agency, and power. New York: Cambridge University Press, 2009.
- MAJONE, G. The rise of the regulatory state in Europe, **West European Politics** v.17, n. 3, p. 77-101, 1994.
- MATTLI, W. and WOODS, N. **The politics of global regulation**. Princeton: Princeton University Press, 2009.
- MEDNICOFF, D. Legalism sans frontieres? US Rule of Law: aid in the Arab world. Carnegie Endowment for International Peace. **Carnegie Papers Rule of Law Series** n. 61, Set. 2005.
- MICHAELS, R. Global legal pluralism, **Ann Rev Law Soc Sci** v.5, n. 259, p. 243-262, Ago. 2009.
- NOVACK, D. E. & LEKACHMAN, R. (Orgs.) **Development and society**: the dynamics of economic change. New York : St. Martin's, 1969.
- PALOMBELLA, G. & WALKER, N. (Orgs.) **Relocating the Rule of Law**. Oxford: Hart Publishing, 2009.
- PIERRE, J. & PETERS, B.G., Governance without government? rethinking public administration. **Journal of Public Administration Research and Theory** v.8, n.2, p. 223-243, 1998.
- PIERSON, P. "The limits of design: explaining institutional origins and change, **Governance**, v. 13, N. 4, 475-499, Out. 2000.
- PRADO, M.M. What is Law and Development?. **Revista Argentina de Teoria Juridica**, v. 11, n. 1, 2010.
- RICHARDS, M. **Certification in complex socio-political settings**: looking forward to the next decade. Washington, DC: Forest Trends, 2004.
- RISSE, T. & LEHMKUHL, U. Governance in areas of limited statehood: new modes of governance? **the Research Program of the Research Center (SFB) 700**, Working Paper Series, v. 1, n. 1, Dez. 2006.



- RISSE, T. (Org) **Governance without a state?:** policies and politics in areas of limited statehood. New York: Columbia University Press, 2011.
- RITTICH, K. **The future of law and development:** second generation reforms and the incorporation of the social” in TRUBEK & SANTOS, 2006.
- ROSENAU J. N. & CZEMPIEL, E. (Orgs.) **Governance without government:** order and change in world politics. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1992.
- SALOMON, L. M. (Org.) **The tools of government:** a guide to the new governance. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- SCHARPF, F. W. **Games real actors play:** actor-centered institutionalism in policy research. Boulder: Westview Press, 1997.
- SCHILLEMANS, T. Accountability in the shadow of hierarchy: the horizontal accountability of agencies, **Public Organiz Rev**, v. 8, p. 175-194, Jul. 2008.
- SCHMITTER, P. C. & STREECK, W. Community, market and the state – an association? **Eur Sociol Rev** v.1, n.2, p.119-138, Set.1985.
- SCOTT, C. Regulation in the age of governance: the rise of the post-regulatory state. In: JORDANA, J. & LEVI-FAUR, D. (Orgs), **The politics of regulation.** institutions and regulatory reforms for the age of governance. Cheltenham: Edward Elgar, 2005.
- SHERIDAN, B., The best development plan in the world originated with ... the british empire? **Newsweek**, 12 August 2009.
- SIMMONS, B. A. **Mobilizing for human rights:** international law in domestic politics. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009.
- SIMMONS, B. The international politics of harmonization: the case of capital market regulation, **International Organization** v. 55, n. 3, p. 589-620, 2001.
- SLAUGHTER, A. e BURKE-WHITE, W. The future of international law is domestic (or, the european way of law), **HARV. INT’L L. J.** v. 47, n.2, p.327-352, 2006.
- STRANGE, S. **The retreat of the state:** the diffusion of power in the world economy. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1996)
- SUTHERLAND, R. More Canada. **The Spectator** (12 May 2012).
- TAMANAH, B.Z. The lessons of law-and-development studies. **Am J Int’l L**, v. 89, n.2, p. 470-486, 1995.
- TAMANAH, B.Z. Understanding legal pluralism: past to present, local to global” **Sydney Law Review** v. 30, p. 375-411, 2008.
- TREBILCOCK, M.J. & DAVIS, K.E. The relationship between law and development: optimists versus sceptics. **Am J Comp L** v. 56, n. 4, p. 895, 2007.
- TREBILCOCK, M.J. & PRADO, M.M. **What Makes Poor Countries Poor?:** Institutional Determinants of Development. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.
- TREBILCOCK, M.J. e DANIELS, R.D. **Rule of Law reform and development:** charting the fragile path of progress. Cheltenham: Edward Elgar, 2008.
- TRUBEK D. M. & SANTOS, A. (orgs.) **New law and economic development:** a critical appraisal. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2006.



TRUBEK, D. M. & GALANTER, M. Scholars in self-estrangement: some reflections on the crisis in law and development studies in the united states” **Wis L Rev**, v. 4, p. 1062, 1974.

TRUBEK, D. M. & TRUBEK, L.G. New governance and legal regulation: complementarity, rivalry, and transformation, **Columbia Journal of European Law**, v. 13, n. 1047, p. 1-26, May 2007.

TRUBEK, D. M. The Rule of Law in development assistance: past, present and future. In: TRUBEK D. M. & SANTOS, A. (orgs.) **New law and economic development: a critical appraisal**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2006.

VEBLEN, T. (1983) **A teoria da classe ociosa**: um estudo econômico das instituições. São Paulo: Abril Cultural (Os Economistas). 1. ed., 1899

WEISS, L. **The myth of the powerless state**: governing the economy in the global era. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1998.

ZIAI, A. (Org.) **Exploring post-development**: theory and practice, problems and perspectives. Abingdon, Oxon: Routledge, 2007.

ZUMBANSEN, P. Sustaining paradox boundaries: perspectives on internal affairs in domestic and international law, resenha de CUTLER, A.C. Private power and global authority: transnational merchant law in the global political economy. **EJIL** v.15, n.1, p. 197-211, 2004.



# CONSIDERAÇÕES SOBRE NOVO CONSTITUCIONALISMO, EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS<sup>1</sup>

NOTES OVER THE NEW CONSTITUTIONALISM, AFFECTIVITY OF FUNDAMENTAL RIGHTS TO A HEALTHY ENVIRONMENT AND THE JUDICATION OF ENVIRONMENTAL PUBLIC POLICIES

*Marianna de Queiroz Gomes<sup>2</sup>*

## Resumo

Contextualiza a questão ambiental a partir do paradigma de sociedade de risco. Discorre sobre Neoconstitucionalismo, constituição dirigente e efetividade do direito fundamental ao meio ambiente sadio. Demonstra que o constitucionalismo dirigente-compromissário vincula legislador, administrador e juiz à Constituição e à concretização dos direitos ali prescritos. Analisa a viabilidade da judicialização de políticas públicas ambientais no modelo do Estado Democrático de Direito. Estuda o papel do Poder Judiciário ante uma jurisdição constitucional ambiental. Explora a contribuição do Judiciário para a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo; Judicialização de políticas públicas ambientais.

## Abstract

The paper contextualizes the environmental issue from the paradigm of the risk society. It's analysis is based on neoconstitutionalism, the directive constitution and effectiveness of the fundamental right to a healthy environment. It demonstrates that directive constitutionalism binds lawmakers, administrators and judges to the Constitution and the implementation of the rights therein prescribed. It analyzes the viability of the justiciability of environmental public policies in the democratic state model. It studies the role of the judiciary over a constitutional and environmental jurisdiction. It explores the contribution of the judiciary for the enforcement of the fundamental right to an ecologically balanced environment.

<sup>1</sup> Artigo submetido em 30/06/2013, pareceres de aprovação em 08/07/2013 e 23/07/2013, aprovação comunicada em 07/10/2013.

<sup>2</sup> Advogada. Mestranda em Direito e Ordem Constitucional pela UFC. Especialista em Processo Civil pela Unichristus. Especialista em Direito e Processo Tributário pela Universidade de Fortaleza. E-mail: <mariannaqueiroz@yahoo.com.br>.



**Keywords:** Neoconstitutionalism; Judicialization of environmental public policies.

## INTRODUÇÃO

Vivemos um momento histórico de crise ambiental. De certo, no Brasil, país da falta de água, das secas, das enchentes, dos sem-terra, das obras públicas feitas sem licenciamento ambiental, existe um grande espaço para discussão da questão ambiental. Esta é notícia todos os dias nos jornais, é tema de conferências, é (ou deveria ser) preocupação diária de nossos governantes, e ainda de um sem número de ONGs.

Nesse contexto de escasseamento de recursos ambientais e de reavaliação do nosso assim chamado “desenvolvimento econômico”, a conservação da natureza está na ordem do dia. Nossos panoramas social, político, econômico e cultural nos mostram que é urgente a mudança de comportamentos quanto ao meio ambiente. Destaque-se ainda que a contemporaneidade desenvolve um paradigma social que tem sido chamado de “sociedade de risco”, na terminologia apresentada por Ulrich Beck. A produção da riqueza não mais domina a produção dos riscos.

Por outro lado, experimentamos um momento de Neoconstitucionalismo, em que ganham importância discussões sobre a viabilidade das promessas constitucionais, da aplicabilidade dos princípios e da efetivação dos direitos fundamentais, entre eles o direito fundamental ao meio ambiente sadio, mote do trabalho. Em nosso Estado Democrático de Direito, sob a égide de uma Constituição dirigente, transformadora da realidade, ganham importância as políticas públicas ambientais, necessárias ante o texto constitucional.

Mas o que fazer quando, no nosso contexto de crise ambiental, de sociedade de risco, Executivo e Legislativo falham em implementar políticas públicas que concretizem o direito fundamental em análise? Resta o recurso ao Judiciário, terceiro poder a quem incumbe a jurisdição constitucional ambiental. Analise-se, então, a possibilidade da chamada “judicialização das políticas ambientais”. Perquirem-se doutrina e jurisprudência sobre seus fundamentos e possibilidades, ante o novo constitucionalismo brasileiro, objetivando contribuir para o debate acadêmico sobre a matéria.



Nesse sentido, pretende-se realizar uma pesquisa bibliográfica e documental, de objetivo exploratório, sobre a possibilidade de o Judiciário, por meio da judicialização das políticas públicas ambientais, efetivar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Os métodos serão monográficos quanto ao procedimento e prioritariamente dedutivos no que toca à abordagem.

## **1 A QUESTÃO AMBIENTAL, O PARADIGMA DA SOCIEDADE DE RISCO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO**

O homem é absolutamente dependente da natureza, pois não respira sem ela. Por outro lado, vivemos um contexto de superexploração da natureza, com nossa ideologia consumista, corolário de uma produção industrial cada vez maior, produto ainda de um desenvolvimento tecnológico e científico nunca antes visto. Nossas necessidades são infinitas, ao passo que os recursos naturais são escassos. Por outro ângulo, a população humana cresce em escala nunca antes experimentada (UNFPA, 2011). A brasileira, no mesmo sentido (IBGE, 2011).

Em outra visão do prisma, nossa tecnologia e ciência avançam, mas seu emprego, com os alimentos transgênicos, a energia nuclear, a construção de projetos de grande impacto ambiental, criam riscos e ameaçam a própria sociedade a quem deveriam proteger. Nosso modelo de desenvolvimento, em cuja contabilidade não costuma estar posta a variável ambiental, mostra-se matematicamente insustentável a médio e longo prazos. Não se pode esquecer ainda da desigualdade social, alimentada pelo atual modelo de desenvolvimento (SILVA-SÁNCHEZ, 2010). Está posta a questão ambiental, que não é apenas nacional, mas sim mundial.

Em verdade, a preocupação social com o meio ambiente ganha relevância na segunda metade do século passado, especialmente depois da crise do petróleo e de desastres ambientais motivados por contaminação nuclear. Nesse momento histórico, nosso padrão de desenvolvimento, calcado no ideal liberal e produto da Revolução Industrial do século XIX, começa a dar claros sinais de desgaste.

“A avaliação é a seguinte: enquanto na sociedade industrial a ‘lógica’ da produção de riqueza domina a ‘lógica’ da produção de riscos, na sociedade de risco



essa relação se inverte” (BECK, 2010, p. 9). Não se trata de um risco apocalíptico de perigo nuclear, nem simplesmente de medo. O risco é um fator a mais dentro dos processos decisórios da nossa sociedade altamente industrializada.

Para Beck (2010, p. 15), a produção social da riqueza na modernidade caminha junto de uma produção social de riscos, que são também ambientais. Constata-se que uma das principais consequências do nosso desenvolvimento científico industrial é a exposição da humanidade a riscos e a inúmeras modalidades de contaminação nunca observados anteriormente. A industrialização pós-moderna não se dissocia de um processo contínuo de criação de riscos. A questão se torna mais crítica ante a projeção de que os riscos criados hoje alcançarão gerações futuras.

“A problemática ambiental global constitui um problema fundamental de nosso tempo [...]” (SILVA-SÁNCHEZ, 2010, p. 18). Sintomática da conscientização global da segunda metade do século XX sobre a questão ambiental é a Conferência de Estocolmo. Ali, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é tratado pela primeira vez como direito fundamental do homem. Estabelece seu Princípio 01<sup>3</sup>:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.

Com a emergência da questão ambiental, decorrente da sociedade de risco em que vivemos, observado ainda o panorama ideológico e jurídico que elevam o meio ambiente a bem de primeira grandeza, a Constituição Federal de 1988 não

<sup>3</sup> Tradução disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc)>, acesso em 30 de abril de 2013. No texto original: “Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations. In this respect, policies promoting or perpetuating apartheid, racial segregation, discrimination, colonial and other forms of oppression and foreign domination stand condemned and must be eliminated.” Disponível em: <<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.Print.asp?documentid=97&articleid=1503>>, acesso em 19.06.2013.



poderia se omitir sobre a preocupação ambiental. De forma inédita em nosso constitucionalismo, o meio ambiente é ali tutelado expressamente no art. 225 como direito fundamental, apesar de não alocado geograficamente no art. 5º. É o texto da nossa Lei Maior:

Art. 225. 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.

Conforme Canotilho e Leite (2007, p. 96), podemos dizer que “Formalmente, direitos fundamentais são aqueles que, reconhecidos na Constituição ou em tratados internacionais, atribuem ao indivíduo ou a grupos de indivíduos uma garantia subjetiva ou pessoal.” Percebemos então que, formalmente, é direito fundamental aquilo que a Constituição diz ser. Mas essa definição não é bastante. Afinal, qual a essência de um direito fundamental, qual seu elemento de reconhecimento?

Na lição de José Afonso da Silva (2006, p. 178), numa definição de nuance material, no qualificativo “fundamentais” encontra-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive ou, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais ao homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

A doutrina classicamente elaborava três dimensões de direitos fundamentais. De antemão, cabe ponderar que a nomenclatura “gerações”, embora tradicionalmente usada nesse contexto, não parece ser a mais adequada, pois transmite uma ideia de que os direitos fundamentais evoluíram, e os mais novos substituiriam outros, ou teriam preferência, ou sobre os antigos, o que não acontece. Conforme melhor doutrina, os direitos fundamentais estão ligados por relação de interdependência. Não se pode gozar plenamente de um se não assegurados também os demais e, nessa ordem de ideias, tem-se preferido àquele o termo “dimensões” (SARLET, 2007, p. 54).

Fixados os aspectos terminológicos, vejamos propriamente como evoluem as dimensões de direitos fundamentais. Antecipe-se a curiosidade de frequentemente fazer-se o paralelo entre as dimensões e o lema da Revolução



Francesa: “Liberdade, igualdade e fraternidade”. Bem, por essa vereda, percebe-se que a primeira é atinente a direitos civis e políticos, relacionados ao próprio indivíduo como tal. Sua construção ocorreu como produto da Revolução Francesa, sob a égide de uma doutrina liberal, em um momento histórico em que existia a necessidade de proteger o homem do Estado, até então todo poderoso. Nesse sentido, pode-se pensar que têm o grande mérito de transformar relações de poder em relações jurídicas. Observe-se ainda ser frequente adjectivá-los como direitos negativos, pois impõem ao Estado um dever de não-intervenção em uma determinada órbita de liberdade individual. Como exemplos podemos citar o direito à vida, à liberdade, o direito de voto, a igualdade de todos ante a lei (igualdade formal).

A segunda dimensão remonta ao início do século XX, quando o liberalismo clássico começa a dar seus primeiros sinais de desgaste. Entre os fortes impactos da industrialização, com suas implicações sociais e econômicas, acirravam-se os conflitos de classes. Apenas a igualdade formal, no papel, sem efetivação prática, já não se mostrava suficiente a aplacar os anseios sociais. Exigia-se a igualdade material, com mudanças de postura do Estado, que deveria ser agora não apenas negativa, mas sim positiva. O Estado teria o dever de agir para propiciar ao indivíduo bem-estar social, com acesso a saúde, educação e lazer, por exemplo, no que se observa um agir afirmativo daquele na consecução da justiça social (SARLET, 2007, p. 56).

Após a Segunda Guerra Mundial, detectou-se que alguns grandes temas diziam respeito às necessidades coletivas, não individuais. Inviáveis seu gozo e proteção sem levar em consideração o todo social, fortalecendo-se vínculos de solidariedade. Nessa toada, os direitos fundamentais de terceira geração trazem uma importante nota distintiva: visam à proteção de interesses difusos, coletivos. Transcendem a titularidade individual, posto não se referirem apenas à tutela do homem enquanto indivíduo, mas sim à proteção de grupos humanos. Nas palavras de Bonavides (2011, p. 569), é seu destino “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. Por tal motivo, são denominados direitos de fraternidade



ou de solidariedade, e podemos citar como exemplo a paz, a autodeterminação dos povos e, com especial importância a esta obra, o meio ambiente.

É tendência ainda a discussão em torno de uma quarta geração de direitos. No cenário jurídico brasileiro, destaque-se a posição favorável do professor Paulo Bonavides, segundo a qual integrariam essa categoria os direitos à democracia (direta), informação e pluralismo, correspondendo a uma fase de institucionalização do Estado social (BONAVIDES, 2011, p. 570-571).

Do exposto, infere-se que o direito fundamental ao meio ambiente é uma construção recente, integrante de uma terceira dimensão desses direitos, conforme já tradicional classificação. Assim, resguarda-se nesse conceito jurídico um bem reputado fundamental à vida, sem o qual esta não pode se realizar plenamente. Destaca-se assim um vínculo de solidariedade social, com a tutela de um interesse difuso, transindividual, que, nas palavras de Fiorillo (2012, p. 61), pertence “a todos e a ninguém ao mesmo tempo”.

## **2 NEOCONSTITUCIONALISMO, CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS**

Como se sabe, nosso amplo rol de direitos fundamentais, a despeito da ampla proteção conferida pela Constituição Federal de 1988, carece de efetivação. Nosso Estado tem falhado na implementação de tais direitos, especialmente em se tratando do direito fundamental ao meio ambiente sadio. Perceba-se que, conforme a própria redação do art. 225, é obrigação do Estado e da coletividade a defesa e preservação de tal direito, no que emergem as questões dos deveres fundamentais para os cidadãos e da formulação e implementação de políticas públicas ambientais por parte do Estado.

Hoje, vivemos um momento no Direito que a doutrina convencionou chamar “Neoconstitucionalismo”. Nessa nova realidade, pós-positivista, não mais se vincula o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, busca a eficácia da Constituição. A norma fundamental ganha importância de centro do sistema jurídico, norma imperativa e superior, numa hierarquia não apenas formal, mas sobretudo axiológica.



Presenciamos uma fase de constitucionalização do Direito, e a Constituição tem força normativa própria. Suas normas são cogentes, não apenas meras promessas a serem realizadas por opção política em um futuro distante. A norma existe para ser realizada e pode condicionar a realidade. Pontue-se que a Constituição não representa apenas a expressão de um ser, mas também de um *dever ser*. Graças a sua pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. E ela tanto é determinada como é determinante da conjuntura social. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem até ser diferenciadas, mas não definitivamente separadas ou confundidas (HESSE, 1991, p. 15).

Sobre o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito, ensina Luis Roberto Barroso (2006, p. 17) haver razoável consenso de que foi estabelecido na Alemanha do pós-guerra. Sob a égide da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a instituição de uma ordem objetiva de valores. O ordenamento jurídico deve tutelar determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes.

Nesse passo, reaproximam-se Direito, Moral, Justiça e outros valores substantivos, revelando a importância do homem como filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico (BARROSO, 2006, p. 20). Incorporam-se valores e opções políticas aos textos constitucionais, especialmente no que diz respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais. A lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, com especial relevo, estar em consonância com seu espírito, seu caráter axiológico e os seus valores básicos.

Esse movimento tem como marco tentativa de concretização das prestações materiais prometidas, servindo como ferramenta à implantação do Estado Democrático de Direito. Nesse modelo de Estado, não basta que direitos sejam



previstos, eles devem ser materialmente garantidos. Na evolução do conceito ao modelo atual, passou-se de um Estado Legislativo de Direito, no qual o Direito se limitava à lei, a um modelo de Estado Social de Direito, não necessariamente democrático, cujo objetivo era atender às reivindicações da justiça social (BONAVIDES, 2009, p. 203-205).

O paradigma atual almeja aliar democracia (soberania popular) ao elemento básico do Estado de Direito (a lei), não mais como mero enunciado formal do legislador, mas como ato de concretização dos valores humanos, morais e éticos fundamentais consagrados na Constituição. A lei que não atende a essa exigência é inconstitucional e deve ser desprezada (CUNHA JR., 2010, p. 543).

No contexto brasileiro, o Neoconstitucionalismo emerge no cenário da Constituinte de 1988, e aí chegamos a um impasse. O legislador constituinte foi profícuo no estabelecimento de direitos fundamentais na Carta de 1988, legando aos intérpretes o compromisso de efetivá-los, transformando uma realidade que não poderia parecer mais distante da estabelecida naquele texto.

Ressalte-se ainda que nossa CF88 é dirigente, compromissária, esboçando um pacto entre Direito e transformação social. Preleciona Canotilho (1982, p. 224) que “Constituição dirigente pode ser entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem diretivas e estatuem imposições”, conceito que se aproxima do de “Constituição programática”. Nesse sentido, a Constituição deixa de ser concebida como um estatuto organizatório do Estado, definidor de competências e regulador de processos, transformando-se num verdadeiro plano global normativo do Estado e da sociedade, determinante das tarefas, dos programas e fins do Estado (TRINDADE, 2009, p. 29).

Esse conceito de constituição dirigente trazido por Canotilho, muito debatido, celebrado e também criticado, mereceu revisão na segunda edição de sua obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador* (2001, prefácio):

a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional



ao direito internacional e aos direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadanias seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição, erguendo-se à categoria de *linha Maginot* contra invasões agressivas dos direitos fundamentais.

Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas, a *linha de caminho de ferro* neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticas e sociais.

Por essa vereda, o constitucionalismo dirigente-compromissário vincula não apenas o legislador, mas também o administrador, ao elaborar políticas públicas e ao praticar atos administrativos, desconstruindo em certa medida a blindagem da discricionariedade e do mérito administrativo. Por outro lado, traz, também, o controle jurisdicional das políticas públicas e as condições de possibilidade para a implementação do Estado social e democrático de direito.

Nessa quadra da ciência jurídica, constitucionaliza-se o Direito Administrativo, com a redefinição da ideia de supremacia do interesse público (agora dividido em primário e secundário) sobre o interesse privado e a vinculação do administrador à Constituição, e não apenas à lei ordinária. Abre-se ainda a possibilidade de controle do mérito do ato administrativo, através dos princípios constitucionais gerais como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade (BARROSO, 2006, p. 36-40).

Observa-se, todavia, especialmente em países de modernidade tardia como o nosso, um abismo largo entre o que propõe a Constituição dirigente e a efetiva operacionalização do Direito Constitucional. Lênio Streck chama esse fenômeno de “solidão constitucional” (2006, p. 5). Nesse contexto, ganha relevo a jurisdição constitucional. Se Executivo e Judiciário falham em efetivar a Constituição, a missão soçobra ao Judiciário. Por essa linha, Bachof (1996, p. 10) chama atenção a uma relação tensionante entre o Direito e a política: “O juiz constitucional aplica certamente direito; mas a aplicação deste direito acarreta consigo necessariamente que aquele que a faz proceda a valorações políticas”.

Afirma Streck (2006, p. 25) que a dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas sim o ponto de estofa em que convergem as dimensões democrática, liberal e social daquilo que se pode denominar de



“essência” do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Nenhuma dessas dimensões pode ser entendida isoladamente. Propugna Streck (2006, p. 34):

[...] que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição. A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento ad hoc de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental. É o mínimo a exigir-se, pois!

Democracia hoje é sinônimo de participação política, mas também de afirmação de direitos fundamentais. Por essa vereda, é possível perceber a democracia de nosso tempo apontar para a predominância do Judiciário sobre o Legislativo. Na democracia do velho Estado de Direito, esta relacionava-se com a formulação textual das normas jurídicas pela via representativa. “Agora, os direitos fundamentais não podem ter sua determinação de sentido na atividade legiferante, visto que esta terá de atuar em consonância com os mesmos” (MAGALHÃES FILHO, 2004, p. 110).

A legislação com finalidade social (do *welfare state*) é muito diferente da legislação tradicional. O estado social é promocional, e isso gera também problemas. De um lado, o legislador, chamado a intervir em esferas sempre maiores de assunto ou atividade; de outro, o gigantismo do administrador. Nesse contexto, o Judiciário não pode simplesmente se furtar à necessidade de controlar a constitucionalidade das leis e dos atos do executivo. Os juízes, assim, tornam-se “controladores” não só da atividade civil e penal dos cidadãos, mas também dos “poderes políticos”, talvez justamente pelo crescimento destes no estado moderno (CAPPELLETTI, p. 49).

Revê-se a tradicional separação de poderes, liberal, privatista, nascida da Revolução Francesa. O equilíbrio de freios e contrapesos estabelecido no século passado não mais serve ao nosso cenário que demanda uma jurisdição constitucional.

Em verdade, o Estado tem papel de relevo na efetivação dos direitos e na implementação de valores socialmente relevantes. Desta forma, num momento histórico em que a questão ambiental ganha relevância em nossa agenda política,



faz-se premente analisar a judicialização das políticas públicas ambientais. Ora, as normas constitucionais que prescrevem o direito fundamental ao meio ecologicamente equilibrado estão longe de ser “meramente programáticas”. Vinculam a atuação legislativa, executiva e judiciária do aparato estatal (GAVIÃO FILHO, 2005).

O direito fundamental ao meio ambiente determina posições fundamentais jurídicas definitivas a fim de que o Estado atue positivamente no sentido de realizar ações fáticas. Caracteriza um direito a prestações em sentido estrito. Todos os titulares do direito fundamental ao ambiente podem exigir do Estado algo correspondente a prestações positivas ou materiais, as políticas públicas (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 17).

Não se deve interpretar a Constituição de forma dissociada de seus fundamentos e objetivos. A CF88 (artigo 225, *caput*, e art. 5º, § 2º) não só atribuiu ao direito ao meio ambiente o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, como consagrou a proteção ambiental (art. 170) como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado – Socioambiental - de Direito brasileiro (SARLET; FENSTERSEIFER, p. 13).

Desse raciocínio, o Estado, na busca de satisfação desse direito humano e fundamental, tem direito a explorar seus próprios recursos segundo políticas de meio ambiente e desenvolvimento. No reverso da moeda, tem o dever de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou controle não causem danos ao seu meio ambiente, nem aos de outros Estados (TREVIZAN, 2007, p. 56).

Na verdade, lembra João Luís Nogueira Matias (2013) que a exigência de postura mais ativa do Judiciário na efetivação de direitos é exigência do que se convencionou chamar Estado Democrático de Direito. Avançamos de um direito reprodutor de realidades a um Direito com potencialidade de transformar a sociedade. Assim, além de suas funções típicas, atribui-se ao Judiciário a função de efetivar as normas constitucionais em caso de omissão dos Poderes Legislativo e Executivo. Tem-se uma nova percepção da função desse terceiro Poder com a jurisdição constitucional.

Ao falar em controle difuso de constitucionalidade, em jurisdição constitucional, logo vem a associação com a obra de Häberle e sua proposta de



ampliação da sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Em suma, no contexto de um Estado de Direito, que se pretende democrático e social, é fundamental que a leitura da Constituição se faça em voz alta e à luz do dia, em um processo verdadeiramente público e republicano, pelos diversos atores da cena institucional – agentes políticos ou não – porque, ao fim e ao cabo, todos os membros da sociedade política fundamentam na Constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres (CANOTILHO, 1991, p. 208).

Assegurando o dissenso hermenêutico e racionalizando as divergências de interpretação em torno da Constituição, perspectivas como as de Häberle auxiliam a preservação da unidade política e mesmo da manutenção da ordem jurídica, objetivos fundamentais de toda Constituição (TRINDADE, 2008).

A Constituição promete, mas o estado não entrega. Nas democracias atuais, o balcão do Judiciário surge como solução para as frustrações dos jurisdicionados. Ingeborg Maus bem observa essa tendência, apontando um certo paternalismo na atuação do terceiro poder, o alcunhado pela autora “superego da sociedade órfã” (2000).

A aproximação entre Direito e Moral torna a Justiça a mais alta instância da moral, que escapa ao controle social. Esse tipo de conjuntura é passível da crítica de infantilização social. As expectativas sociais são depositadas no Judiciário, que aparece como “salvador da pátria”, ao invés de a sociedade procurar se organizar e buscar, ela mesma, o protagonismo no cumprimento das promessas constitucionais. Nas palavras de Maus (2000, p. 190, grifou-se):

A Justiça aparece então como uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, por isto, justa. O infantilismo da crença na Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional uma retificação de sua própria postura frente às questões que envolvem a cidadania. **Exigências de Justiça social e proteção ambiental aparecem com pouca frequência no próprio comportamento eleitoral e muito menos em processos não institucionalizados de formação de consenso, sendo transferidas tais expectativas para o critério distributivo da mais alta Corte.**

Reflita-se que esse ganho de poder do Judiciário não vem sem riscos à própria Constituição. A intervenção da justiça constitucional, a criação judicial do



direito ante o caso concreto pode ir contra a CF88. A sociedade civil, nesse processo de dirigismo constitucional, tem importante papel, numa luta que é não só jurídica, mas também política. Adverte Streck (2006, p. 40) que o grau de dirigismo e da força normativa da Constituição dependerá não somente, mas também, da atuação da sociedade civil, instando as instâncias judiciárias ao cumprimento da Constituição, mediante o uso dos diversos mecanismos institucionais (ações constitucionais, controle difuso e concentrado de constitucionalidade). E isto também implica lutas políticas.

Aponte-se que a criatividade judicial é por vezes confundida com ativismo, criação de Direito não legislado, o que acaba por trazer um cunho depreciativo à expressão “ativismo judicial”, por vezes usada como sinônimo de “judicialização da política”. Nesse ponto, cabe buscarmos uma definição para os termos “judicialização da política” e “políticas públicas”, noções fundamentais ao estudo da jurisdição constitucional.

“Judicialização da política” é termo que vem da sociologia, cunhado por Tate e Vallinder (1996), sinônimo de “politização da justiça”, e significa os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Nesse sentido, “judicializar” a política é utilizar os métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos.

O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela revisão judicial de ações legislativas e executivas, fruto da constitucionalização de direitos e de mecanismos de *checks and balances*. Já o segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (casos de tribunais e/ou juízes administrativos, como o contencioso tributário, o contencioso das agências reguladoras e autarquias de controle) e no Legislativo – com as Comissões Parlamentares de Inquérito, e.g. (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 114).

Na perspectiva constitucional, a judicialização diz respeito ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação de um determinado modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política. Por outro lado, se considerarmos tal como um processo que



põe em risco a democracia, a tendência seria agravada pelo nosso sistema híbrido de controle da constitucionalidade (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 117).

Mas o Direito não é esfera independente da política? Esclarece Bucci (2006, p. 1) que o fenômeno do direito, especialmente o público, é inteiramente permeado pelos valores e pela dinâmica da política. Para essa autora (2006, p. 6), um aspecto notável desse novo constitucionalismo é justamente a introdução da dimensão do conflito na vida institucional cotidiana. Os conflitos sociais não são negados ou mascarados pela idealização de uma liberdade individual. Ao contrário, os embates sociais por direitos ganham lugar privilegiado, nas arenas de socialização política, em especial no Poder Legislativo, mas também, de certa forma, no Poder Judiciário.

Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39) formula ainda a seguinte proposição acerca do alcance da expressão “política pública”:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Por outro lado, com a revalorização da ética e da moral, o magistrado tem maior liberdade para proferir suas decisões, com o objetivo de concretizar os princípios constitucionalmente eleitos. Inegável, então, a função nuclear do Judiciário, na concretização de direitos. Os tribunais criam jurisprudência, cultura jurídica e são observados de perto por todo o país.

Como lembra Cappelletti (p. 68), o tribunal investido da árdua tarefa de efetivar a constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo a, por vezes, enigmáticos e vagos preceitos, conceitos e valores (tarefa inegavelmente criativa). Ou, por outro caminho, pode essa corte considerar como não vinculantes justamente a parte dos textos constitucionais relativa à salvaguarda dos direitos fundamentais do homem em face do Poder Público. A longo prazo, esta segunda escolha, embora mais fácil, mostra-se dificilmente defensável. Reside aí um paradoxo, pois, ao passo



que, por exigência de nosso constitucionalismo, o juiz, por vezes, cria direito ao interpretar a lei ao caso concreto, aí também reside o ponto de maior insegurança e menor legitimidade democrática do direito jurisprudencial.

Sobre a práxis do controle judicial de políticas públicas ambientais, lembra Matias (2013, p. 73) que inovações como a responsabilização objetiva pelos danos ambientais, a imprescritibilidade do dano ambiental ou a funcionalização do direito de propriedade são instrumentos de frequente utilização para a concretização do direito em análise. Mas, como sói ocorrer diante de qualquer mudança de paradigmas, há ainda muita resistência na aceitação dos novos padrões.

Merece realce, nessa toada, a posição que o STF tem adotado em algumas decisões, no sentido da busca pelos fundamentos e limites do controle judicial de políticas públicas. Vejamos trecho do voto do Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário 410.715-5<sup>4</sup>:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário — e nas desta Suprema Corte, em especial — a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, com o adverte a doutrina, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Impende assinalar, entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e /o u coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

No acórdão do Recurso Especial 650.728/SC<sup>5</sup> (julgado em 23.10.2007, publicado em 02.10.2009), observa-se afirmação elucidativa sobre como o STJ,

<sup>4</sup> RE 410715 AgR / SP - SÃO PAULO, AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 22/11/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJ 03-02-2006.

<sup>5</sup> REsp 650728 / SC, Recurso Especial 2003/0221786-0, relator(a) Ministro Herman Benjamin (1132), órgão julgador: T2 - segunda turma, data do julgamento: 23/10/2007, data da publicação/fonte: dje 02/12/2009. Ementa: PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. NATUREZA JURÍDICA DOS MANGUEZAIS E MARISMAS. TERRENOS DE MARINHA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ATERRO ILEGAL DE LIXO. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PAPEL DO JUIZ NA IMPLEMENTAÇÃO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL. ATIVISMO JUDICIAL. MUDANÇAS CLIMÁTICAS. DESAFETAÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO JURÍDICA TÁCITA. SÚMULA



naquela ocasião, percebeu o papel do juiz na implementação da legislação ambiental: “No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional.”

Frequentemente são opostas algumas críticas ao controle judicial de políticas públicas ambientais, dentre elas: a ilegitimidade do Judiciário para apreciar tais questões, pelo fato de os juízes não terem sido eleitos via voto popular; a alegação de ofensa à separação dos poderes, pela invasão indevida de um Poder na esfera de competência de outro; a discricionariedade do Executivo na elaboração de políticas públicas; a reserva do possível.

Ilegítima é a atuação estatal em desconformidade com a Lei Maior, fundamento de validade dos atos e leis estatais. A democracia (substancial) no Estado Democrático de Direito demanda um Poder contramajoritário que possa efetivar direitos e obedecer à Constituição, se não o fazem os demais, e nisso o Judiciário ganha legitimidade democrática.

Sobre a separação de poderes, como visto, esta no atual constitucionalismo não é tão rígida como no século passado. O ideal da estrita separação de poderes teve como consequência um Judiciário débil, com um Executivo e um Legislativo não controlados. Dá-se um salto paradigmático. No Neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, com limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede a outras visões mais favoráveis ao “ativismo judicial” em defesa dos valores constitucionais (SARMENTO, 2009, p. 8).

Em verdade, o Poder é um só, do Estado, que exerce funções, típicas e atípicas, por seus órgãos, todos vinculados e compromissados com a Constituição. Importam menos a separação de poderes e as maiorias, e ganha relevância a decisão judicial de legitimidade constitucional.

Quanto à reserva do possível, devemos perceber que o orçamento é lei autorizativa; ela não faz o gasto público, mas autoriza-o. Assim, acerca da



implementação de políticas públicas, não basta a ausência da rubrica orçamentária, deve-se perquirir pela real ausência do recurso financeiro que iria arcar com o ônus daquela. Por outro lado, deve-se questionar se a real questão é a ausência do recurso financeiro ou a destinação de recursos para áreas que não deveriam ser prioritárias, como propaganda institucional do governo e verbas de gabinetes, por exemplo.

No âmbito da União, registre-se que o total de recursos destinados na lei orçamentária ao Ministério do Meio Ambiente (MMA), por exemplo, nem sempre é totalmente liquidado. Em palavras simples, o problema não é apenas “caixa”, mas também direcionamento político e organização gerencial. No ano de 2006, diga-se, o índice de execução geral do orçamento do MMA no ano ficou em apenas 54%, o que é muito pouco e rebate de forma contundente o argumento da reserva do possível (DUTRA; OLIVEIRA; PRADO, 2006).

Cabe lembrar que a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente relaciona-se de forma muito próxima ao princípio da máxima efetividade da Constituição. Ressalte-se ainda o princípio da interpretação conforme a Constituição, segundo o qual não se deve compreender a Constituição à luz da legislação infraconstitucional, mas sim as leis à luz da Constituição Federal. Postas essas duas premissas, reforça-se a aplicação direta dos dispositivos constitucionais e legais, com a possibilidade de o Poder Judiciário concretizar os preceitos que utilizam conceitos indeterminados sem aguardar por sua definição legislativa ou regulamentar.

Vale lembrar ainda que, conforme o art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, a norma constitucional que prevê o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem aplicabilidade imediata. Não se trata de mera possibilidade de governo ou exortação ao Poder Público, fato que nada contribui para a verdadeira efetivação dos direitos fundamentais. Trata-se de um direito justiciável, como tem se mostrado em ações ordinárias e ações civis públicas pelo país (BRAZ, 2006).



O assunto, todavia, não é pacífico e está em construção. Vejamos ementa de decisão do STJ (grifou-se)<sup>6</sup>:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. **IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS**. PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INUTILIDADE NO **CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**. ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL ESTRATÉGICO. 1. Cuidam os autos de Ação Ordinária movida pelo recorrente contra a União e o Ibama, com o fito de obter licença de importação de pneus usados, reputando inválidas as normas ambientais que vedam tal operação. O Tribunal de origem manteve o indeferimento do pedido de realização de prova pericial, por considerá-la desnecessária.[...] **5. Como regra, não passa de despropósito querer submeter Políticas Públicas, mais ainda as legisladas, à perícia judicial, excluída a possibilidade de exigência de Estudo Prévio de Impacto Ambiental Estratégico, quando a sua implementação e concretização demandarem a realização futura de obras ou atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, exatamente o oposto da hipótese dos autos.**

Um caso emblemático sobre o tratamento que o estado brasileiro vem dando às políticas públicas ambientais é o da BR-319. Nessa situação, percebe-se a preocupação ambiental como secundária ou até inexistente, tendo em vista a Portaria Interministerial 273/2004, firmada entre Ministério do Meio Ambiente e o Ministério dos Transportes, e a qual estabelecia como desnecessário o licenciamento ambiental para obras daquela rodovia<sup>7</sup>.

No resumo da SECEX-AM (2006, p. 31, grifou-se) sobre a continuidade de obras naquela rodovia, ante a Portaria 273/2004:

Na verdade, o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério dos Transportes, em 3 de novembro de 2004, expediram a Portaria Interministerial 273/2004,

<sup>6</sup> Data da Decisão: 15/12/2009, Data da Publicação: 04/05/2011, Processo: RESP 200901441254, RESP -RECURSO ESPECIAL – 1129785, Relator(a) ELIANA CALMON, Órgão julgador SEGUNDA TURMA, Fonte DJE DATA:04/05/2011.

<sup>7</sup> Art. 6º da Portaria Interministerial 273/2004, de 3 de novembro de 2004: “As obras de ampliação da capacidade de rodovias pavimentadas já iniciadas, especificadas no art. 2o, inciso IV da presente Portaria, que não possuem licenciamento ambiental, somente poderão ter continuidade após a celebração de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, com força de título executivo extrajudicial, nos termos do art. 5o, § 6o da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985 entre o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, nas condições e prazos estipulados nesse ajuste”. Disponível em: <[http://www.iap.pr.gov.br/arquivos/File/Legislacao\\_ambiental/Legislacao\\_federal/PORTARIAS/PORTARIA\\_INTERMINISTERIAL\\_MMA\\_DNIT\\_273\\_2004\\_OBRAS\\_RESTAURACA\\_O\\_RODOVIAS\\_DNIT\\_020609.pdf](http://www.iap.pr.gov.br/arquivos/File/Legislacao_ambiental/Legislacao_federal/PORTARIAS/PORTARIA_INTERMINISTERIAL_MMA_DNIT_273_2004_OBRAS_RESTAURACA_O_RODOVIAS_DNIT_020609.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2013.



criando o Programa Nacional de Regularização Ambiental de Rodovias Federais, com o objetivo de adequar a malha rodoviária federal pavimentada existente às normas ambientais. Assim, nas rodovias pavimentadas autorizaram-se as atividades de manutenção, conservação e restauração. Estabeleceu-se que o MT apresentaria ao MMA um levantamento da situação ambiental das rodovias pavimentadas, visando definir um cronograma para sua respectiva regularização mediante a realização de TERMOS DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC), entre o DNIT e o IBAMA. **Ou seja, para as rodovias pavimentadas onde se tratasse de conservação, restauração ou manutenção, mediante a realização do TAC, estaria dispensado o licenciamento ambiental.**

O fato é que a obra [manutenção da BR-319] não dispõe de licença ambiental válida ou mesmo o TAC. O TAC apresentado não foi assinado pelo IBAMA e, neste caso, não existe documento que resguarde o empreendimento de regularização ambiental.

Registremos, nesse passo, Ação Cautelar Preparatória de Ação Civil Pública n. 2005.32.00.004906-7<sup>8</sup>, em 12.7.2005, com pedido de liminar, ajuizada pelo que o Ministério Público Federal do Amazonas (MPF) objetivando, em resumo, impedir o início das obras de recuperação da BR-319 até que se atendessem aos requisitos exigidos pela legislação ambiental brasileira, especialmente o Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA). O juízo da 1ª Vara da Justiça Federal no Amazonas deferiu, em 28.07.2005, a liminar. A decisão foi suspensa pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (BRAZ, 2006, p. 140).

Em 28.09.2005, o MPF ajuizou a Ação Civil Pública n. 2005.32.00005731-4<sup>9</sup> contra o DNIT e as construtoras responsáveis pela restauração da rodovia BR-319, tendo como objetivo final a nulidade da licitação da obra, pela ausência estudos prévios de impacto ambiental. Como fundamento do pedido, a inconstitucionalidade da Portaria Interministerial 273/2004, que dispensaria o EIA/RIMA. A Justiça Federal do Amazonas deferiu a liminar, mas a decisão foi posteriormente suspensa pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1)<sup>10</sup>. Dentre outros argumentos, esta

<sup>8</sup> Processo: 2005.32.00.004906-7, Nova Numeração: 0004894-81.2005.4.01.3200, Classe: 183 - CAUTELAR INOMINADA, Vara: 1ª VARA FEDERAL, Juíza: JAIZA MARIA PINTO FRAXE, Data de Autuação: 12/07/2005.

<sup>9</sup> Processo: 2005.32.00.005731-4, Nova Numeração: 0005716-70.2005.4.01.3200, Classe: 65 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA, Vara: 1ª VARA FEDERAL, Juíza: JAIZA MARIA PINTO FRAXE, Data de Autuação: 29/08/2005, Distribuição: 11 - REDISTRIBUICAO POR DEPENDENCIA (21/05/2010).

<sup>10</sup> Suspensão de segurança 2005.01.00.066991-0/AM, Nova Numeração: 0000479-52.2005.4.01.0000, Autuado em: 26/10/2005, Órgão Julgador: CORTE ESPECIAL, Juiz Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE, Processo Originário: 2005.32.00.005731-4/AM (ação civil pública).



Corte alegou que o impacto ambiental já fora suportado quando da abertura da estrada na década de 70, argumento esse que não se coaduna com a proteção ambiental efetiva e com o fator de indução ao desmatamento que o asfaltamento vai trazer<sup>11</sup>.

Já num caso de exploração de recursos energéticos em área indígena<sup>12</sup>, percebe-se inclinação do TRF1 a uma tutela judicial mais efetiva do direito fundamental ao meio ambiente, referindo-se a corte ainda a um “mínimo existencial-ecológico indígena”. Nesse caso, da Apelação Cível – 2006.39.030007118, manifestou-se o TRF pela procedência da ação, para impedir o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA de praticar qualquer ato administrativo, e tornar insubsistentes aqueles já praticados, referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará. Ordenou ainda às empresas executoras do empreendimento hidrelétrico Belo Monte, em referência, a imediata paralisação das atividades de sua implementação, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), por dia de atraso no cumprimento da ordem.

Temos como parte da ementa do acórdão:

Nesse contexto de desafios das metas de desenvolvimento para todos os seres vivos, neste novo milênio, na perspectiva da Conferência das Nações Unidas - Rio+20, a **tutela jurisdicional-inibitória do risco ambiental, que deve ser praticada pelo Poder Judiciário Republicano**, como instrumento de eficácia dos princípios da precaução, da prevenção e da proibição do retrocesso ecológico, como no caso em exame, **no controle judicial de políticas públicas do meio ambiente, a garantir, inclusive, o mínimo existencial-ecológico dos povos indígenas atingidos diretamente e indiretamente em seu patrimônio de natureza material e imaterial** (CF, art. 216, caput, incisos I e II) pelo Programa de Aceleração Econômica do Poder Executivo Federal, há de resultar, assim, dos comandos normativos dos arts. 3º, incisos I a IV e 5º, caput e incisos XXXV e LXXVIII e respectivo

<sup>11</sup> Nas palavras do relator para a suspensão de segurança que possibilitou a continuidade das obras: “Resta saber se existe ou não a possibilidade de dano irreparável ao meio ambiente. A Rodovia BR-319 liga Manaus a Porto Velho e teve a construção concluída em 1977, com 877,4 quilômetros de extensão. Portanto, lesão já houve ao meio ambiente e consolidou-se com a construção da rodovia, tendo em vista o impacto causado à flora e à fauna da região para a abertura da estrada (MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, 2006, p. 109)”

<sup>12</sup> EDAC 200639030007118 EDAC - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CIVEL – 200639030007118, Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Sigla do órgão TRF1, Órgão julgador QUINTA TURMA, Fonte e-DJF1 DATA:27/08/2012 PAGINA:316, Data da Decisão, 13/08/2012, Data da Publicação 27/08/2012.



parágrafo 2º, c/c os arts. 170, incisos I a IX e 225, caput, e 231, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, em decorrência dos tratados e convenções internacionais, neste sentido, visando garantir a inviolabilidade do direito fundamental à sadia qualidade de vida, bem assim a defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em busca do desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações.

Percebe-se, assim, que a judicialização de políticas públicas ambientais é um fato, e a tendência é que nossos Tribunais mais e mais sejam instados a se manifestar sobre ações com esse teor. Todavia, as decisões tomadas nesse sentido tendem a ser tímidas e, muitas vezes, se proferidas em primeira instância, são reformadas pelos Tribunais, mais conservadores em geral quanto ao controle judicial de políticas públicas ambientais.

Aponta Matias (2013, p. 89) existir, em construção, um sistema judicial efetivo de privilégio do direito ao meio ambiente sadio e sua proteção. A marcha nesse sentido parece irreversível.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diz-se que nosso Direito Constitucional passou por uma revolução copernicana nas últimas décadas, com o primado da Carta Magna sobre as outras leis. De fato, vivemos sob a égide de uma Constituição que é o ápice do ordenamento jurídico e à qual devem obediência todos os atos normativos e materiais do Estado. Esse é ponto pacífico.

O desafio para as próximas décadas agora parece ser a efetivação dessa Constituição, engajada, que clama pela transformação social. Em tese, percebe-se a Constituição como dirigente, anui-se com sua força normativa, com a necessidade da jurisdição constitucional, com a necessidade de as políticas estatais efetivarem direitos e estarem conforme as finalidades erigidas no art. 3º. Entretanto, quando se fala, na prática, em controle de atos estatais desconformes com essa Constituição, existe um recuo.

Especificamente quanto ao objeto deste estudo, percebe-se que, na teoria, tem-se todo o embasamento legal, técnico e filosófico para que a Lei Maior seja efetivada, e concretizado o direito fundamental ao meio ambiente sadio, se não por



leis ou por atos administrativos, pela mão do Judiciário. Mas isso não acontece, ou, pelo menos, com a frequência necessária, ou com a abrangência determinada por nossa Lei Maior. Surgem barreiras políticas, econômicas, sociológicas. Separam-se validade e eficácia das normas constitucionais.

E aí se desenham alguns óbices, como a alegada separação de poderes, a discricionariedade da Administração, a reserva do possível, os quais, como demonstrado, não se mostram suficientes a obstaculizar o controle judicial de políticas públicas ambientais.

Mais importante que a separação de poderes, que a discricionariedade da Administração é a efetividade da Constituição. A reserva do possível mostra-se um obstáculo relativizável. Para fazer frente ao mastodonte Legislativo e ao leviatanesco Executivo, emerge o Judiciário, a quem incumbe, no Estado Democrático de Direito, a derradeira defesa da Constituição. O terceiro poder, todavia, ainda se mostra vacilante no contexto da jurisdição constitucional ambiental, com posturas permeadas por avanços e retrocessos. Espera-se que essa resistência na aceitação de novos padrões de jurisdição ambiental cedam com o tempo. Em nome da Constituição.

## REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. Estado de Direito e Poder Político. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, vol. LVI. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

BARROSO. Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **THEMIS: Revista da ESMEC/ Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 18-19, jul/dez. 2006. Disponível em: <[http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp-content/uploads/2008/10/themis\\_v4\\_n\\_2.pdf](http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp-content/uploads/2008/10/themis_v4_n_2.pdf)>, acesso em 19.06.2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRAZ. Sebastião Ricardo Braga. **Exigibilidade e políticas públicas na área ambiental no estado do Amazonas**. Dissertação de mestrado. Orientador: Profª Drª Clarice Seixas Duarte. Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Manaus, AM, 2006.



BRASIL. IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Órgão. **Primeiros resultados definitivos do Censo 2010**: população do Brasil é de 190.755.799 pessoas. Notícia de: 29 de abril de 2011. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=1866>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

BRASIL. SECEX/AM - Secretaria de Controle Externo/AM. Órgão Vinculado ao TCU. **Relatório Sintético do Levantamento de Auditoria/2006**: Relatório Preliminar da Unidade Técnica ainda sem Manifestação do Ministro Relator. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/orcamentouniao/loa/loa2007/ObrasIrregulares/sintetico/26782023612480013\\_0400.pdf](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/orcamentouniao/loa/loa2007/ObrasIrregulares/sintetico/26782023612480013_0400.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2013.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente e Ministério dos Transportes. **Portaria interministerial 273/2004**, de 3 de novembro de 2004. Disponível em: <[http://www.iap.pr.gov.br/arquivos/File/Legislacao\\_ambiental/Legislacao\\_federal/PORTARIAS/PORTARIA\\_INTERMINISTERIAL\\_MMA\\_DNIT\\_273\\_2004\\_OBRAS\\_RESTAURACAO\\_RODOVIAS\\_DNIT\\_020609.pdf](http://www.iap.pr.gov.br/arquivos/File/Legislacao_ambiental/Legislacao_federal/PORTARIAS/PORTARIA_INTERMINISTERIAL_MMA_DNIT_273_2004_OBRAS_RESTAURACAO_RODOVIAS_DNIT_020609.pdf)>. Acesso em 19.06.2013.

BRASIL. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. **Revista jurídica**: Brasília:, ano 1, v. 1, n. 1, fev. 2006. Irregular. Disponível em: <<http://www.transportes.gov.br/public/arquivo/arq1330961145.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed., rev. e aum. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, Jose Rubens Morato. (Org.) **Direito Constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Safe, 1991.

CUNHA JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DUTRA, Renato; OLIVEIRA, Adrilane Batista de; PRADO, Alexandre C. de Almeida. Análise do orçamento do Ministério do Meio Ambiente para o ano de 2006. **Revista Eletrônica Política Ambiental**. maio/2006. ONG Conservação Internacional (CI-Brasil) Disponível em <[http://www.conservation.org.br/publicacoes/polica\\_ambiental.php](http://www.conservation.org.br/publicacoes/polica_ambiental.php)>. Acesso em: 19 jun. 2013.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.



MACIEL, Débora Alvez; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. São Paulo, 2002, n. 57, p.113-133. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452002000200006&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000200006&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 19 jun. 2013.

MAGALHÃES FILHO. Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Mandamentos, 2004.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, nº 58, nov. de 2000, p. 183-202.

MATIAS, João Luís Nogueira. A efetivação do direito ao meio ambiente sadio – uma perspectiva jurisprudencial. In: **As águas da UNASUL na Rio +20/ Organizadores: Germana de Oliveira Moraes, William Paiva Marques Júnior, Álisson José Maia Melo**. Curitiba, PR: CRV, 2013.

ONU. **Declaração do Meio Ambiente**. Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.Print.asp?documentid=97&articleid=1503>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O Papel do Poder Judiciário Brasileiro na Tutela e Efectivação dos Direitos (e Deveres) Sócio Ambientais. In: **Direito Público Sem Fronteiras**. Coordenação: Vasco Pereira da Silva, Ingo Wolfgang Sarlet. Edição: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, junho de 2011. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/ebook\\_DP\\_completo.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ebook_DP_completo.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2013.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, ano 3, n. 9, p. 95-133. Belo Horizonte, Fórum, janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA-SÁNCHEZ, Solange S. **Cidadania Ambiental: Novos Direitos no Brasil**. São Paulo: Annablume, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. A concretização de Direitos e a validade da tese da Constituição Dirigente em países de modernidade tardia. In: **Caderno de Direito Constitucional**. Organização Maria Luiza Bernardi Fiori Schilling. Emagis, 2006. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis\\_prog\\_cursos/ccp5-lenio.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/ccp5-lenio.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (1995). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press.

TREVIZAN, Cláudio A. Bonfim. Das origens e da natureza das normas constitucionais sobre o direito fundamental ao meio ambiente. **Revista de direito**



**constitucional e internacional** / Cadernos de direito constitucional e ciências políticas. Ano 2007, vol. 15, n. 60, mês JUL/SET, p. 35-64.

TRINDADE, André Karam. Constituição Dirigente e Vinculação do Administrador: Breves Considerações Acerca do Papel dos Tribunais na Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais. **EOS**: Revista Jurídica da Faculdade de Direito, Curitiba, n. 4, p. 26-63, 2008. Jul-dez. Disponível em: <[http://www.dombosco.com.br/faculdade/revista\\_direito/4edicao.php](http://www.dombosco.com.br/faculdade/revista_direito/4edicao.php)>. Acesso em: 19 jun. 2013.

UNFPA - FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório sobre a situação da população mundial**, 2011. Disponível em: <[http://www.unfpa.org.br/novo/index.php?option=com\\_content&view=article&id=795](http://www.unfpa.org.br/novo/index.php?option=com_content&view=article&id=795)>. Acesso em: 26 ago. 2012.



# **O DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO E EQUILIBRADO COMO DIREITO DIFUSO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UM OLHAR DO NEOCONSTITUCIONALISMO SOBRE AS NOVAS INCORPORAÇÕES DA CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA<sup>1</sup>**

THE RIGHT TO A HEALTHY ENVIRONMENT AS DIFUSE RIGHT OF CHILDREN AND  
ADOLESCENTS: AN APPROACH OF NEOCONSTITUTIONALISM OVER NEW  
INCORPORATIONS OF THE EQUATORIAN CONSTITUTION

*Daniela Richter*<sup>2</sup>

*Joseane Ceolin Mariani de Andrade Pedroso*<sup>3</sup>

## **Resumo**

O presente trabalho analisa no contexto do constitucionalismo, se o direito difuso das crianças e adolescentes ao meio ambiente sustentável é concretizado no direito pátrio e no direito equatoriano. Objetiva descrever sobre o constitucionalismo contemporâneo e seus ciclos na América Latina, e nesse contexto, resgata aspectos conceituais sobre o direito de crianças e adolescentes conviverem em um meio ambiente saudável, abordando a doutrina da proteção integral e sua positivação no Brasil para, ao final, buscar um diálogo entre o ordenamento brasileiro e equatoriano no que tange a concretização da proteção integral quanto ao direito ao meio ambiente sustentável. Assim, para a realização do trabalho, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo, partindo-se do paradigma constitucional brasileiro para se chegar no tratamento conferido às crianças e adolescentes na Constituição Equatoriana, bem como o método de procedimento comparativo, selecionando-se os artigos das duas constituições em análise para ao fim responder qual das duas responde de maneira mais adequada à proteção integral de crianças e adolescentes.

<sup>1</sup> Artigo submetido em 02/06/2013, pareceres de aprovação em 15/07/2013 e 26/09/2013, aprovação comunicada em 07/10/2013.

<sup>2</sup> Advogada, Professora de Direito Civil, Constitucional e de Direito da Criança e do Adolescente do Centro Universitário Franciscano-UNIFRA, da Faculdade Metodista de Santa Maria- FAMES, Especialista em Direito Constitucional, Mestre em Direito, Doutoranda pela Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC, integrante do grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, do Curso de Direito da UNIFRA e do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais de Criança e Adolescente – NEJUSCA – da UFSC. Endereço eletrônico: danielarichter@ibest.com.br

<sup>3</sup> Advogada. Professora de Direito Civil e Direito Processual Civil do centro Universitário Franciscano-UNIFRA, da Faculdade Metodista de Santa Maria-FAMES, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria-UFSM. Endereço eletrônico: joseanemariani@yahoo.com.br



**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo; proteção integral; direitos difusos e coletivos; direito à sustentabilidade; criança e adolescente.

### Abstract

This paper examines the context of constitutionalism, the diffuse right of children and adolescents to sustainable environments is embodied in parental rights and Ecuadorian law. The paper aims to describe the contemporary constitutionalism and its cycles in Latin America, and in this context, rescue conceptual aspects of the right of children and adolescents living together in a healthy environment, addressing the doctrine of integral protection and its positiveness in Brazil for at the end, seek a dialogue between the Brazilian and Ecuadorian planning regarding the achievement of full protection to the right to a sustainable environment. Thus, to carry out the work, it will use the method of deductive approach, starting from the Brazilian constitutional paradigm to entake the treatment given to children and adolescents in the Ecuadorian Constitution, as well as the method of comparative procedure, selecting if the articles of the two constitutions in order to respond to analyze which one responds more adequately to the full protection of children and adolescents.

**Keywords:** Neoconstitutionalism; full protection; diffuse and collective rights; the right to sustainability; children and adolescents.

## INTRODUÇÃO

Hodiernamente, tema de grande destaque é o debate das questões ambientais e de sua conseqüente sustentabilidade, já que na atual conjuntura econômica, em meio ao mundo globalizado isto se apresenta como um desafio a ser enfrentado por todos. Desta maneira, torna-se salutar a necessidade de implementação de uma cultura preventiva e preservacionista para garantir o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado as presentes e futuras gerações como reza a Carta Maior no verdadeiro desdobramento do direito à paz.

Pensando nisso, o estudo ora apresentado analisa dentro do contexto de um neoconstitucionalismo, se o direito difuso de crianças e adolescentes a tal meio ambiente é possível de concretização no direito brasileiro e, no direito equatoriano, a tal ponto de se comparar os dois institutos buscando, igualmente, averiguar qual deles concretiza de maneira integralizada a proteção integral estendida a crianças e adolescentes.

Para tanto, num primeiro momento, objetiva-se delinear os aspectos conceituais sobre o direito de crianças e adolescentes conviverem em um ambiente



saudável e, a conseqüente caracterização como novos direitos de terceira dimensão, enquadrado na categoria jurídica de direitos difusos ou coletivos, para depois abordar-se a questão da doutrina da proteção integral e a positivação jurídica do direito brasileiro.

Ao final, pretende-se realizar um possível diálogo entre os dois ordenamentos jurídicos citados acima – Brasil e Equador - comentados no objetivo da exposição do paradigma do desenvolvimento humano e sustentável de crianças e adolescentes.

Assim, para a realização do trabalho, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo, partindo-se do paradigma normativo inaugurado pelos artigos 225 e 227 da Carta Constitucional Brasileira que, segundo o primeiro, elege o direito humano como direito fundamental das presentes e futuras gerações enquanto que o último consagra a doutrina da proteção integral como princípio que deve nortear o tratamento conferido a Crianças e adolescentes, bem como dos artigos 14, 26, 30, 32 e 71 da Constituição Equatoriana a fim de entender e desenvolver o direito de *sumak kawsay*, ou seja, do direito à vida em sua plenitude. Para dar conta da segunda parte do artigo empregar-se-á o método de procedimento comparativo, selecionando-se os artigos das duas constituições em análise para ao fim responder qual das duas responde de maneira mais adequada à proteção integral de crianças e adolescentes.

É o que se passa a mencionar.

## **1 O NEOCONSTITUCIONALISMO E OS VALORES AXIOLÓGICOS DAS CONSTITUIÇÕES**

Pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 foi o grande marco para instauração do novo modelo constitucionalista no Brasil, ou seja, do constitucionalismo contemporâneo. Tal fato se deve ao caráter axiológico desta Constituição. Nas palavras de Barroso (2007, p. 10) a referida Constituição foi o ponto culminante de processo de restauração do Estado Democrático de Direito e superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista de exercício de poder, timbrada na intolerância e na violência. Lembre-se, aqui, a frase dita por



Konrad Hesse “a essência constitucional encontra suporte na sua vigência” (HESSE, 1991, p. 26).

A este passo, a ideia de Estado Democrático de Direito elencada no art. 1º da Carta Magna Brasileira, traz conceitos que são próximos, mas não devem ser confundidos, que são constitucionalismo e a democracia. Constitucionalismo, em essência, significa limitação do poder e supremacia da lei, já democracia traduz-se em soberania popular e governo da maioria.

Rememore-se, portanto, que o constitucionalismo contemporâneo surge como um instrumento de concretização dos valores, normas e direitos fundamentais trazidos pela Carta Magna de 1988. Deste modo, há elevação do indivíduo para com o encontro de questões ligadas a solidariedade e responsabilidade para com o Estado para a realização destes preceitos constitucionais. Novamente pode-se citar Hesse (1991, p.26) que afirma que a Constituição é capaz de transformar a sociedade, mas, ao mesmo tempo, tem que ser lida a partir dessa sociedade, ou seja, de sua realidade. Aí se constata sua força normativa.

Portanto, nesse limiar da evolução do constitucionalismo contemporâneo tem-se o neoconstitucionalismo, que de uma forma bem sucinta vai se preocupar com a eficácia das normas constitucionais. Assim, Dimoulis e Duarte (2008, p. 435) tentam encontrar um conceito para que o neoconstitucionalismo possa ser definido

infelizmente, não existe ainda uma precisão conceitual para a terminologia neoconstitucionalismo. Esse neologismo nasceu pela necessidade de exprimir algumas qualificações que não poderiam ser devidamente explicadas pelas conceituações vigentes no constitucionalismo avançado ou paradigma argumentativo. (DIMOULIS; DUARTE, 2008, p. 435)

A princípio pode-se destacar o sentido do prefixo “neo” que presume considerar algo que é novo ou que ainda não foi desvendado, que está em desenvolvimento, determinando certo avanço em relação ao estado anterior. Tal é a premissa do neoconstitucionalismo, ou seja, visualizar o constitucionalismo contemporâneo, ou como prefere expor Tavares (2007, p.4) trata-se de um “constitucionalismo do por vir”.

Em suma, nas palavras de Barroso



o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2009, p. 40)

Assim, conforme a doutrina pode-se dizer que o neoconstitucionalismo foi propulsionado por diversos aspectos, como a falência do padrão normativo que foi desenvolvido no século XVIII, baseado na supremacia do parlamento, na influência da globalização, na pós-modernidade, na superação do positivismo clássico, na centralidade dos direitos fundamentais, na diferenciação qualitativa entre princípios e regras e na revalorização do Direito.

Para Suzana Pozzolo (1998, p. 234) o neoconstitucionalismo apresenta peculiares características, como a adoção de uma noção específica de Constituição juntamente com técnicas interpretativas denominadas ponderação ou balanceamento e também com a consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à teoria do Direito.

Ademais, enfatizam Dimoulis e Duarte (2008) que o modelo normativo do neoconstitucionalismo não é o descritivo ou o prescritivo, mas sim o axiológico. No constitucionalismo clássico a diferença entre normas constitucionais e infraconstitucionais era apenas de grau; no neoconstitucionalismo, a diferença também é axiológica. A Constituição é considerada como “valor em si”.

Nessa senda, quanto à expansão do neoconstitucionalismo pode ser aferir que “o neoconstitucionalismo não postula o surgimento de um judicial *power*, os marcos normativos devem ser obedecidos pelos poderes estatais”. Ocorre que, em países como o Brasil “o ativismo judicial pode ser admitido quando houver a premência da realização de direitos fundamentais, assegurando a densidade suficiente, estabelecida de forma conjunta pela seara política e pela seara jurídica”, enquanto que “o caráter ideológico do constitucionalismo clássico era apenas o de limitar o poder, dentro do delineamento estabelecido pela separação de poderes,



enquanto que o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais” (DIMOULIS; DUARTE, 2008, p. 435).

Ressalte-se, que Moreira faz uma distinção entre dois momentos do neoconstitucionalismo, o teórico, embasado pela teoria de Direito e o neoconstitucionalismo total. Em suas palavras:

o neoconstitucionalismo teórico estabelece que o Direito Constitucional é o centro do ordenamento e da teoria do Direito, em que os outros campos jurídicos são todos constitucionalizados. Parte da conexão entre direito e moral, embora tal medida não seja um consenso entre seus adeptos. Trabalha seu principal elementos, os princípios constitucionais, estabelecidos e a serem preenchidos pela interpretação jurídica que integra o Direito, e o Estado é visto como Estado ponderador. Enfoca uma teoria dos princípios positivados, essencial para o desenvolvimento do modelo, os quais atuam diretamente em todo o sistema, principalmente pela leitura da constitucionalização do Direito. (MOREIRA, 2008, p. 52)

Por outro lado, o mesmo autor diz que “o neoconstitucionalismo total faz a união entre o direito constitucional e a filosofia do direito, em que os dois estudos ocupam o ponto máximo, regendo conjuntamente o ordenamento”. Aliás, ele “aceita as premissas conquistadas no neoconstitucionalismo teórico como ponto de partida. Diz-se antipositivista e quer chegar ainda a ser também vetor da filosofia do direito aplicada e da filosofia política do Estado, um completo e novo paradigma”. Ainda, para ele o referido modelo “faz a conexão necessária entre o direito e a moral por via dos princípios e insere a política na relação e todos os seus efeitos”, trabalhando “o Direito em um sistema de regras e princípios, estes agindo pela pretensão de correção e o ponto de vista é o do participante interno, ativo e moral. Ensina o Direito como ele pode ser, com aberturas” (MOREIRA, 2008, p. 52).

Em análise peculiar, Moreira explica ainda que, para o neoconstitucionalismo ser alcançado, alguns pressupostos oriundos da afirmação do constitucionalismo devem estar necessariamente presentes. Sem eles jamais se poderia falar em Estado Constitucional de Direito. Deste modo, para ele

são sete as condições para que se possa verificar a constitucionalização do Direito. As três primeiras são condições que chamamos de pressupostos, são de natureza formal, a saber: uma constituição rígida, a presença de uma jurisdição constitucional e a força vinculante da Constituição. As outras condições são de natureza material, a aplicação direta das normas constitucionais, a sobreinterpretação, a interpretação conforme a



Constituição e a influência da mesma sobre as relações políticas.  
(MOREIRA, 2008, p. 73)

Portanto, “esse rol pode ser percebido como integrador de elementos comuns ao neoconstitucionalismo, que utiliza todos eles. Podem ainda ser incluídos outros, mas aqueles que realmente são antecedentes e por isso pressupostos na melhor acepção da palavra” (MOREIRA, 2008, p. 73).

Por fim, nas palavras de Cambi (2009, p.136) pode-se concluir que “o neoconstitucionalismo é a teoria que abrange e explica essa linha comum de pensar o direito contemporâneo”. E, neste sentido, pode-se “enfrentar o estudo do neoconstitucionalismo como um novo paradigma do Direito”, já que ele “enxerga o direito como ele pode ser: transformador. Mais do que a superação de uma metodologia jurídica – o que já seria uma grande proposta – o neoconstitucionalismo muda a forma de pensar, pois pretende superar o debate entre positivistas e jusnaturalistas, lançando mão de uma nova teoria para o direito, tomando como ponto central a Constituição”. Dito de outro modo passa-se de “um direito em que as normas ditam o que fazer para um direito em que os princípios indicam o que se pode fazer”, já que

a diferença entre o pensamento formalista e o pensamento neoconstitucionalista é que, o segundo, consegue alcançar as transformações práticas dentro do sistema jurídico, neste ponto se afasta por completo de qualquer tese jusnaturalista, pois não sai do sistema nem defende valores universais. (CAMBI, 2009, p. 136)

Por fim, pode-se dizer então que as duas constituições objeto deste estudo, no afã de se adequar as novas conquistas constitucionais acrescentaram valores axiológicos ao seu texto. Antes de analisá-los especificamente cabe, por fim, acrescentar os atuais estágios do constitucionalismo latino americano, para após continuar o desdobramento proposto do tema.

Assim, um primeiro ciclo multicultural, vai ser enquadrado de 1982-1988 e vai introduzir o conceito de diversidade cultural, do reconhecimento da configuração multicultural da sociedade e alguns direitos específicos para os povos indígenas. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2013)



Alguns países como Canadá (1982), por exemplo, reconhece sua herança multicultural e os “direitos aborígenes”, enquanto que a Guatemala (1985), Nicarágua (1987) e Brasil (1988) reconhecem a “conformação multicultural da nação ou Estado, o direito à identidade cultural e novos direitos indígenas” (FAJARDO, 2006).

Especificamente quanto ao Brasil têm-se dois artigos incorporando os direitos indígenas e outros dois tratando de direitos das comunidades quilombolas (neste último ponto, com muitas disputas judiciais para seu reconhecimento, exemplificativamente a luta dos proprietários contra os remanescentes de quilombos de São Miguel e dos Martimianios- Restinga Seca-RS).

Já o segundo período de reformas, o constitucionalismo pluricultural está compreendido entre 1989-2005, marcando a internacionalização da Convenção 169-OIT, que revisa a Convenção 107 e adota um amplo leque de direitos indígenas, exemplificativamente o caso da língua, da educação bilíngue, das formas de participação etc<sup>4</sup>. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2013)

Pode-se ainda, citar um último ciclo, o do constitucionalismo plurinacional, que vai de 2006-2009 e traz nessa seara as Constituições boliviana e equatoriana, no contexto da discussão sobre os direitos dos povos indígenas e, pois, fundado em dispositivos para “refundação do Estado”, reconhecimento de indígenas como nações/povos originários e nacionalidades e, portanto, como “sujeitos políticos coletivos com direito a definir seu próprio destino, governar-se em autonomias e participar nos novos pactos de Estado”. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2013)

Realizados os apontamentos sobre o atual estágio do direito constitucional brasileiro e dos ciclos do constitucionalismo, passa-se a delinear sobre o direito da criança e do adolescente e o direito ambiental serem enquadrados nesse contexto como novos direitos, direitos de fraternidade e, conseqüentemente de terceira

---

<sup>4</sup> A jurisdição indígena é reconhecida na Constituição colombiana de 1991 e depois pelo Peru (1993), Bolívia(1994-2003), Equador (1998) e Venezuela(1999); Paraguai (1992) e México(1992-2001),por sua vez, reconhecem pluralismo jurídico e direito indígena. Argentina altera, em 1994, o texto original da Constituição de 1853, admitindo a preexistência de direitos indígenas, assegurando-lhes direitos específicos, mas deixando ao Congresso a competência para regulação em matéria indígena. Ver Ramírez, 2008.



dimensão, já que o último ciclo, em especial será retomado adiante na questão específica da incorporação do *suma kawsay* ao texto constitucional equatoriano<sup>5</sup>.

## 2 A PROTEÇÃO INTEGRAL ESTENDIDA A CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O DIREITO DIFUSO DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE: DESCRIÇÕES LEGAIS NO BRASIL

Inicialmente, cumpre rememorar que as crianças ao longo da história foram tratadas como objetos, sem direitos e, que com a promulgação da Convenção da ONU de 1989, introduziu-se a teoria da proteção integral. Esta teoria tem a sua culminância e consagração na referida Convenção, que tem entre seus sustentáculos o interesse maior da criança, sendo um documento que “expressa de forma clara, sem subterfúgios, a responsabilidade de todos com o futuro” (VERONESE, 1999, p. 101).

No âmbito interno, a proteção integral está estabelecida na Carta Magna, em seu art. 227, *caput*, onde todos esses direitos especiais da criança e do adolescente<sup>6</sup> devem ser garantidos pela família, pelo Estado e pela sociedade.

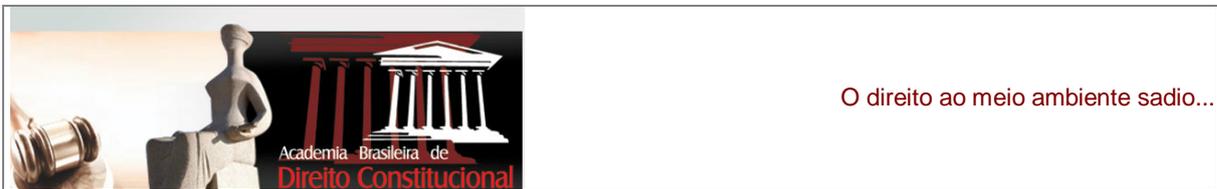
Esclarece Veronese e Silveira que

são eles que irão proteger e promover o desenvolvimento integral da criança e do adolescente, devendo cada qual cumprir seu dever, desempenhar os seus papéis, objetivando assegurar a efetividade e o respeito aos direitos da criança e do adolescente. (VERONESE; SILVEIRA, 2011, p. 34)

É inevitável, pois, tal referência aos entes responsáveis, já que também é reafirmada no art. 4º do ECA. E mais, o parágrafo único deste artigo fala acerca da prioridade absoluta que deve ser ostentada a estes sujeitos. No entanto, conforme o entendimento da autora acima mencionada trata-se de caráter não exaustivo “e sim

<sup>5</sup> Reitera-se aqui que se partirá do pressuposto de que as demais dimensões de direitos fundamentais já são de conhecimento comum, analisando-se especificamente os direitos de terceira dimensão pelos limites permeados a este trabalho.

<sup>6</sup> Nessa seara, convém lembrar que a emenda 65/2010, estendeu tal proteção também ao jovem e que o projeto de Lei 27/2007 que dispõe sobre a criação do Estatuto da Juventude está em tramitação na Câmara dos Deputados e foi apensado ao Projeto 4529/2004, cuja finalidade primordial é estabelecer políticas públicas para este novo segmento que vai de 15 a 29 anos.



meramente exemplificativo, pois não preveem todas as situações de preferência”. (VERONESE; SILVEIRA, 2011, p. 34).

Para Liberati, a Doutrina de Proteção Integral:

É baseada nos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral. É diferenciada porque impõe uma distinção entre o tratamento que se deve dar à maioridade e à minoridade. Por serem pessoas em desenvolvimento, as crianças e os adolescentes são considerados absolutamente incapazes no campo civil. (LIBERATI, 1991, p. 2)

Alerte-se de que não se tem como limitadamente conceituar essa prioridade, pois “é sua condição peculiar de desenvolvimento e sua conseqüente fragilidade físico-psíquica” que garantem os direitos a este grupo, “seja com relação ao atendimento de suas necessidades, seja no tocante à formulação de políticas públicas” (VERONESE; SILVEIRA, 2011, p. 34).

Já Fonseca (2011, p. 19) expõe a mesma prioridade sob o aspecto da responsabilidade, momento em que diz que ela

vincula a família, os administradores, os governantes em geral, os legisladores em suas esferas de competência, os magistrados da Infância e da Juventude, os membros do Ministério Público, os Conselhos Tutelares, bem como as demais autoridades e organizações, em virtude dos riscos a que constantemente estão submetidas crianças e adolescentes. (FONSECA, 2011, p.19)

Referido autor ainda complementa dizendo que esta prioridade de proteção dá-se pela necessidade de cuidados especiais que seus destinatários necessitam, “isso em decorrência da fragilidade com que se relacionam no meio social e o status de pessoas em desenvolvimento” (FONSECA, 2011, p. 19).

Nesse íterim, o Estado confere às crianças e adolescentes tratamento especial e diferenciado, objetivando sua proteção integral. Esse conceito de proteção resulta no reconhecimento e promoção de direitos, sem violá-los e nem restringi-los, podendo ser um meio coercitivo da intervenção estatal. Exemplo disso é justamente o caso da Ação Civil Pública, que por menção específica do art. 201, V,



do ECA, tem cabimento para a defesa de direitos difusos e coletivos relativos à infância e à adolescência.

Para explicar esta proteção judicial, Ischida diz que se costuma “dividir os interesses individuais e interesses metaindividuais”, os primeiros se referem a pessoas determinadas, enquanto que os últimos “atingem um grupo de pessoas” (2010, p. 453). Ainda na sua visão

Os interesses individuais podem ser estritamente individuais e também os individuais homogêneos que possuem uma origem comum. Já os interesses metaindividuais são divididos em coletivos quando pertencentes a uma categoria determinada de pessoas e os interesses difusos pertencentes a uma categoria indeterminável de pessoas. (ISCHIDA, 2010, p. 453)

O artigo 208 do ECA trata dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos da criança e do adolescente a ser defendidos, em especial, pelo representante do Ministério Público. Para fins deste artigo, dar-se-á ênfase aos direitos difusos. Segundo Veronese (1997) os direitos difusos possuem origem no direito romano, mas foi somente a partir dos anos 60-70 que se começou a preocupação científica com os mesmos. Tal mudança de paradigma está profundamente ligada a complexidade das sociedades hodiernas, na qual “as atividades econômicas e sociais podem atingir prejudicialmente um grande número de pessoas, lesando direitos e interesses, não só do indivíduo, considerado como ente isolado, mas de grupos, classes”. (VERONESE, 1997, p. 69)

Para Fiorillo (2003, p. 6-7), o direito difuso apresenta-se “como um direito transindividual, tendo um objeto indivisível, titularidade indeterminada e interligada por circunstâncias de fato”, ou seja, são aqueles que “transcendem o indivíduo, ultrapassando o limite da esfera de direitos e obrigações de cunho individual”. Possuem natureza indivisível, pois “ao mesmo tempo a todos pertence, mas ninguém especificamente o possui” e, deste modo, não possui um titular determinado, são pessoas que estão “interligadas por uma situação fática”, mas “inexiste uma relação jurídica” entre eles.

Ressalte-se que essa categoria de direitos tem sido cada vez mais importante e de caráter imprescindível no contexto das sociedades pluralistas e multiculturais e de difícil caracterização, haja vista que alguns autores os tratam



como sinônimos. No entanto, Vigoritti (*apud* Veronese, p. 71) menciona que apesar dos direitos coletivos e difusos possuírem o mesmo conteúdo de agrupamento de interesses é possível diferenciá-los. Em suas palavras

[...] enquanto o interesse coletivo caracteriza-se por ser organizado e coordenado, o difuso constituía-se numa fase de formação do interesse coletivo, portanto, sem sistematização; mas, de qualquer forma, estava este último inserido no processo de agregação de interesses. (VERONESE, p. 71)

Portanto, verifica-se que os direitos difusos são marcados pela característica da indeterminação do sujeito e abstratividade, ultrapassando a esfera individual. Dentre os mais debatidos na sociedade contemporânea, cita-se o direito ao meio ambiente, de extrema importância para fins deste trabalho. A Constituição brasileira de 1988 reconheceu o meio ambiente como sendo um interesse difuso, ou seja: interesse que pertence a todos os homens, independentemente do grupo, órgão ou associação a que pertença. “Prova disso é o local de inserção das normas atinentes ao meio ambiente na Constituição da República: “Título VIII – Da Ordem Social (arts. 193 a 232). Ora. Se importa à ordem social, é coletivo” (MORAES, 2001, p. 15).

Além de ser um direito difuso acredita-se ferrenhamente que o direito ao meio ambiente se constitui em um Direito Humano e Fundamental de terceira dimensão. Trata-se de direito individual e coletivo, porque a vivência em um local agradável ambientalmente sempre estará vinculada ao princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, especialmente em relação ao fato do meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida estar preconizados no *caput* do artigo 225 da CF, como direitos de todos, das presentes e futuras gerações o que será explorado adiante. Antunes (2012, p. 21) reforça essa afirmativa dizendo que “o direito ao desfrute de um ambiente sadio é uma condição para o exercício da dignidade humana”.

Neste passo, nos limites que permeiam este trabalho, é preciso que se caracterize o dever de respeito e, a necessidade de ações sustentáveis, para após, fazer-se a relação de que a proteção integral pode ser um meio concretizador daqueles objetivos (frise-se: caminhar para o desenvolvimento de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e assegurá-los às presentes e futuras gerações), pois o



próprio art. 7º do ECA exige o fomento de políticas sociais públicas que “permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” como um direito comum de toda criança e adolescente e, para este objetivo, perpassa-se por aquele.

Cabe acrescentar com Milaré (2007, p. 61), que a sociedade atual convive com três metas indispensáveis: “a conciliação entre o desenvolvimento integral, a preservação do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida”, o que pode ser traduzido nas condições necessárias para um desenvolvimento de um ambiente sustentável. No entanto, para o tão sonhado meio é preciso abarcar vários ramos do saber, não apenas o direito e sim a economia, a cultura, a política, o campo sociológico, tecnológico, etc., ou seja, é de difícil conceituação o que seja o tal “desenvolvimento sustentável” apesar de sua presença constante na mídia.

#### Completa o autor

melhor do que falar em desenvolvimento sustentável – que é um processo – é preferível insistir na sustentabilidade, que é um atributo necessário a ser respeitado no tratamento dos recursos ambientais, em especial dos recursos naturais. (MILARÉ, 2007, p. 68)

O paradigma da sustentabilidade está em constante processo de construção e, infelizmente, a “vida sustentável carece de princípios que a sustentem” (MILARÉ, 2007, p. 72). Para ele, “viver de forma sustentável implica aceitar a imprescindível busca de harmonia com as outras pessoas e com a natureza, no contexto do direito natural e do direito positivo” (MILARÉ, 2007, p. 74).

Diante do permanente desafio, sendo o direito ao meio ambiente claramente regrado por diretrizes da Constituição Federal e da legislação ordinária, é confiado ao Estado tarefas de controle e fiscalização, onde se verifica a conformação de um direito subjetivo público em face desse mesmo Estado ou, no mínimo, de um interesse difuso a que crianças e adolescentes tenham pela proteção integral a eles ostentada o direito de convivência em um meio ecologicamente equilibrado e sustentável.

Frise-se, conforme Ayala que



Em uma perspectiva de interdependência, que também é aquela que orienta a compreensão do conteúdo do próprio direito fundamental ao meio ambiente, e do princípio da livre iniciativa (do modo como este se encontra protegido pela Constituição brasileira), as liberdades econômicas somente têm o seu exercício viabilizado sob o condicionamento de imperativos ecológicos, ao mesmo tempo em que a proteção do meio ambiente somente tem sua justificativa se esta também puder ser integrada com um dos pressupostos que viabilizam a existência humana, e de todas as demais formas de vida. (AYALA, 2011, p. 8)

Trata-se, pois, de uma gestão de desenvolvimento sustentável a ser protagonizada pelo comprometimento do poder público e pela completude do direito de crianças e adolescentes, podendo eles próprios participar deste processo salvaguardando os seus próprios direitos. O processo de mudança é um caminho longo e requer interdisciplinaridade, pois no mundo sustentável, nada pode ser praticado em apartado, é preciso um diálogo permanente entre as pessoas de uma sociedade e, aqui, quer-se demonstrar a viabilidade do direito da criança e do adolescente, em especial da atuação do Ministério Público juntamente com os principais atores da concretização da proteção integral ser capazes de desenvolver um mundo sustentável que ratifique a condição de direitos das presentes gerações.

Não se pode esquecer que a realidade que se apresenta é que a economia ambiental está “assentada na política e, por intermédio dela se realiza. Por isso, um caminho a ser apresentado para a reconciliação da economia com a natureza localiza-se longe da monetarização do ambiente e é dependente da modificação vinculada a práticas políticas” (DERANI, p. 125-126).

Quanto ao aspecto da proteção integral é indubitável que ela por proteger e promover a corresponsabilidade de família, Estado e sociedade no que tange aos direitos dos infanto-adolescentes é parte integrante da luta pela efetivação de padrões sustentáveis, para, inclusive, poder concretizar os demais direitos<sup>7</sup>.

Tais assertivas reforçam a renomada teoria de Bobbio (1992, p. 1), que expressa sobre a estrutura jurídica dos direitos fundamentais de que se deve

<sup>7</sup> Rememore-se o artigo 5º e 15, do ECA, exemplificativamente: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”. “Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.



distinguir entre “um direito que se tem” do “direito que se gostaria de ter”. Assim, segundo ele “no primeiro caso investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e deveres, se há uma norma válida que a reconheça e qual é essa norma”, enquanto que na segunda situação ele tenta “buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer um número maior de pessoas [...] a reconhecê-lo” (BOBBIO, 1992, p. 15).

Deste modo, tal direito necessita de características que podem emanar dos direitos civis e políticos, como também dos direitos econômicos, sociais e culturais para chegar à sadia qualidade de vida, tudo após a análise da previsão legal e da tentativa do seu reconhecimento, como dito. Ressalte-se, outrossim, que tanto o direito ambiental quanto o direito da criança e do adolescente são direitos de terceira dimensão e são aqueles designados como os “de direitos dos povos”, de “cooperação”, de “fraternidade” e até mesmo de “direitos humanos morais e espirituais”. Ademais, eles surgiram “como resposta à dominação cultural e como reação ao alarmante grau de exploração, não mais da classe trabalhadora dos países industrializados, mas das nações em desenvolvimento por aquelas desenvolvidas” e dos quadros de extrema injustiça do ambiente dessas nações (LEITE, 2004, p. 293).

#### Diante do contexto salutar as palavras de Ayala

O art. 225, caput, da CF/1988 também define um direito fundamental ao meio ambiente como um dos instrumentos que poderia viabilizar esta realidade adicional para o conceito de existência digna, comprometida com um projeto de justiça que não se restringe ao tempo, e que se tem sua definição sujeita à revisão permanente das demandas condicionadas por padrões intergeracionais de justiça.

Sob essa configuração de ordem constitucional esboçada na experiência nacional, o valor solidariedade, e o objetivo dignidade de vida integram-se neste momento, como partes de um *projeto de sociedade*, de um *modelo de organização do poder* e, sobretudo, como um dos fundamentos de uma *República ecologicamente sensível*. (AYALA, 2011, p. 7)

Especificamente, então se está diante de um Direito Fundamental e Humano, como afirmado alhures, tal qual o direito à vida, à liberdade, pois assegurado nas principais declarações ao nível internacional e subscrito pela Carta Magna, em momento posterior. Resguarda-se, aqui, atenção especial a Convenção dos Direitos da Criança da ONU, de 1989 – ponto fulcral da ligação dos temas da



presente pesquisa – de que em seu artigo 29, item 1, letra “e”, houve previsão expressa da necessidade de “imbuir na criança o respeito ao meio ambiente” e, em seu artigo 24, 2, “c” previu que a criança tem direito de gozar do melhor padrão de saúde possível, com o dever dos estados-membros de erradicar as doenças e o comprometimento na aplicação de “tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental”. (ORGANIZAÇÃO, 1989), o que sem dúvida corrobora a necessidade de um padrão de vida sustentável e com o direito que os infantes têm de conviver em ambientes livres de tratamentos desumanos, seja pela completude da proteção integral estendida a eles, seja pelas previsões legais acima mencionadas.

Portanto, quer-se instaurar um clima de fraternidade na sociedade, onde todos possam lutar pela concretização da proteção integral e da preservação ambiental por meio de atitudes sustentáveis, pois se acredita no sopesamento dos direitos envolvidos, em especial pelo aspecto antropocentrismo dos direitos citados. Fraternidade, pois, como conceito jurídico, como valor maior do que um respeito ao Direito, mas como forma de “solidariedade que interpela diretamente o comportamento individual e o responsabiliza pela sorte do(s) irmão(s) (BRITO, 2013, p. 175)

A fraternidade revela-se como

valor com condição de possibilidade comum para todas as formas de Sociedade nos diferentes campos de atuação da atividade humana, em uma verdadeira resposta da conjugação de unidade que anseia a humanidade e que foi sinalizada pela trilogia: *Liberté, égalité, fraternité*. (SILVA, 2011, p. 141)

No plano ideal da existência humana, pois, é necessário uma reconstrução da fraternidade “que parte da compreensão de que o movimento circular de interdependência mútua entre os três princípios se dará a partir da vivência no contexto das relações humanas”, o que acarreta “compromissos novos e adequados para a resolução de problemas que envolvem bem-estar dos outros, que, direta e indiretamente, por consequência, acabam preservando o próprio bem”. (SILVA,



2011, p. 141-142) Este é um dos desafios do processo de desenvolvimento sustentável.

Enfim, retomando o aspecto sob o ponto de vista da Constituição Brasileira de 1988, tem-se que mencionar ainda o § 1º do supracitado artigo que traz a imposição ao Poder Público de ações com o desígnio de asseverar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ressalte-se que há um vasto campo de regulamentação infraconstitucional a respeito. Exemplificativamente, pode-se citar o Código Florestal e a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9605/1998).

Realizados os apontamentos sobre a contextualização geral do direito ambiental como direito humano e fundamental no Brasil, e demonstrada a aproximação do direito ambiental com a proteção integral ostentada às crianças e adolescentes como direitos fundamentais das presentes e futuras gerações, cumpre fazer o comparativo com o direito de *sumak kawsay* incorporado na Constituição do Equador, tendo em vista que o desdobramento dos dois temas levarão a médio e, longo prazo, ao desenvolvimento do direito à paz entre as nações.

### **3 O ORDENAMENTO JURÍDICO EQUATORIANO: UMA ANÁLISE DA NOVA CONSTITUIÇÃO DE 2008 E O DIREITO DE *SUMAK KAWSAY***

Inicialmente cumpre salientar que se fará um conceito do termo *sumak kawsay*, para somente após tratar-se do conjunto de direitos estendidos na Constituição de 2008 do Equador que representa uma nova fase do constitucionalismo hodierno.

Assim, tem-se que *sumak kawsay* descreve um antigo modo de viver em harmonia no seio das comunidades indígenas, da sua vivência entre as pessoas e, em especial, desse contato com a natureza. Numa tradução literal significa “vida boa” ou “boa vida”. Mas o seu sentido é muito mais profundo do que parece a primeira vista, eis que na América do Sul este sentido está embutido nos valores culturais e éticos dos povos, principalmente dos indígenas e, tem sido considerado como uma forma de viver em harmonia no seio da comunidade e do seu contato com a natureza, como dito. (PACHAMAMA, 2013)



Ressalte-se que a Constituição do Equador de 2008, foi a primeira Constituição a incorporar os direitos de natureza em seu corpo legal, o que vai além do reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado às presentes e futuras gerações asseguradas pela CRFB/88.

Neste ínterim, cita-se o fato de que a Constituição Equatoriana inova trazendo direitos em sete categorias. De acordo com Baldi *apud* Santamaría (2011)

um catálogo de direitos que rompe tanto com o geracional (civis e políticos; econômicos, sociais e culturais; terceira geração) quanto o eurocentrado. Isto fica mais evidente no caso do Equador (título II, arts. 10 a 83) que reconhece sete categorias de direitos: do “buen vivir”; de pessoas e grupos de atenção prioritária (velhos, jovens, gestantes, pessoas com deficiência, privadas de liberdade, usuários e consumidores, mobilidade humana, enfermidades catastróficas); de comunidades, povos e nações; de participação; de liberdade; da natureza; de proteção; além de um apartado de responsabilidades. Mas pode ser visto no caso boliviano com a introdução de direitos das nações indígenas e um catálogo de deveres constitucionais (arts. 30 a 32 e 108). (SANTAMARIA, 2011)

Portanto, este novo ciclo constitucional equatoriano se embasa no protagonismo indígena, se sobrepondo, inclusive sobre o direito/dever dos juízes de paz, o que se pode facilmente aferir no artigo 189 da Constituição da nação citada.

Neste contexto, Santos (2011, p. 15) destaca que Bolívia e Equador foram justamente os dois países latinoamericanos que passaram por maiores transformações constitucionais,

[...] protagonizadas por los movimientos indígenas y por otros movimientos y organizaciones sociales y populares. No es de extrañar, por tanto, que las constituciones de ambos países contengan embriones de una transformación paradigmática del derecho y el Estado modernos, hasta el punto de resultar legítimo hablar de un proceso de refundación política, social, económica y cultural. El reconocimiento de la existencia y legitimidad de la justicia indígena que, para remitirnos al periodo posterior a la independencia, venía de décadas atrás, adquiere un nuevo significado político. (SANTOS, 2011, p.15)

Portanto, não se trata de uma mera intenção política, mas de uma política capaz de terminar com a visão descolonizadora e anticapitalista, que seja capaz de romper com o círculo eurocentrista de ditames de direitos, representando uma



“demostración viva y realista de las posibilidades creadas por la plurinacionalidad” (SANTOS, 2011, p. 17).

No que tange especificamente ao tema do presente artigo, analisar-se-á apenas aqueles dispositivos que contribuam para os direitos de natureza e ao direito da criança e do adolescente.

Deste modo, o segundo capítulo da Constituição Equatoriana comenta os “*Derechos del buen vivir*”, dos artigos 12 a 34, englobando direitos elementares à água, à soberania da alimentação, ao meio ambiente sadio que seja capaz de assegurar, de modo equilibrado, o “*bem viver*” e, portanto, o direito de “*suma kawsay*”, a sustentabilidade, o direito à informação e a comunicação, a cultura e a ciência, a educação, ao habitat seguro e saudável, à saúde, à seguridade social e o direito ao trabalho.

Adiante, prevê, a exemplo do que já assegurou a Constituição Brasileira (art. 227), o mesmo direito à proteção integral e ao princípio do melhor interesse às crianças e adolescentes em seus artigos 44-46.

Especificamente, no artigo 71, trata dos direitos de natureza e do reconhecimento do *Pacha Mama*<sup>8</sup>. Pode-se citar ademais, o fato da soberania energética não se fazer em detrimento da soberania alimentar e do fomento da economia solidária e social (art. 281.1), bem como da proibição de cultivos e sementes transgênicos (art. 401).

Assim, apresentados os principais artigos, passa-se aos devidos comentários relativos à relevância dessas modificações do nível constitucional Equatoriano.

Pode-se afirmar que um grande êxito das constituições do novo constitucionalismo da América Latina é a preocupação com a questão da

---

<sup>8</sup> Art. 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y El mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunicadad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a La autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a lós colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.



descolonização e da importância dos direitos humanos, como dito anteriormente. Isso fica claro, no caso do Equador, quando revela que a educação é uma “condição indispensável para o *buen vivir*” (art. 26) e, que ela deve ser guiada pelo respeito aos direitos humanos, ao meio ambiente e a democracia, sendo intercultural, incluyente e diversa, impulsionando a igualdade de gênero e a paz (art. 27). Ao mesmo tempo, fica assegurado o direito a aprender em sua própria língua e ambiente cultural (art. 29), devendo o Estado promover o diálogo intercultural em suas múltiplas dimensões (art. 28).

#### Nas palavras de Prada

Asumir el vivir bien como un objetivo estatal y de gestión gubernamental, como se ha hecho en las Constituciones de Bolivia y Ecuador, es un acto profundamente descolonizador pues, por un lado, reconoce que la fuente de vivencia de este concepto nos viene desde la cosmovisión indígena, e inspira y recrea otro sentido de convivencia plurinacional para convertirse en el rumbo que orienta nuestra convivencia social, económica, política y cultural. (PRADA, 2011, p. 231)

Destaque-se a visão inversa desse povo. Enquanto todos tendiam a separar os direitos da natureza, eles se preocuparam em mantê-los unidos e a desenvolvê-los em conjunto. Veja-se nas palavras de Simbaña

Para ellos, alcanzar niveles altos de civilización necesariamente tiene que estar ligado a la naturaleza, porque no es posible entenderse fuera de ella: sociedad y naturaleza son una totalidad. Por lo tanto, concebirse “parte de” no es sinónimo de barbarie, al contrario. Este es el caso de los pueblos originarios de América; para estos pueblos Abya Ayala no era un continente rico en recursos naturales, sino una “tierra de abundante vida”; la naturaleza no era un recurso, sino la Pachamama, la “madre” de todo lo existente. (SIMBAÑA, 2011, p. 221)

Assim, o direito de *sumak kawsay* é um grande exemplo de direito construído historicamente pelos povos indígenas que representa esta ligação revelada acima, ou seja, um direito pautado na harmonia e no equilíbrio com a natureza, pois a vida humana não pode ser concebida sem uma adequação ao *pacha mama*. “Por lo tanto garantizar el buen vivir de la sociedad, implica considerar a la Naturaleza como “sujeto”. (SIMBANÃ, p. 222)



Frise-se que “*el sumak kawsay, como sistema, del brazo de los derechos de la Naturaleza, exige una reorganización y nuevos enfoques en el modelo político-económico, lo que transformaría a su vez no solo a la sociedad, sino y sobre todo al Estado*”. (SIMBANÁ, p. 223)

Portanto, o ideal de bem viver é uma nova perspectiva para encarar o futuro, ou seja, uma nova forma de pensar em desenvolvimento econômico, político e social, revelando-se como uma verdadeira crítica aos ideais capitalistas, ou seja, um direito integral. Optar por uma ideologia de bem viver é optar por resguardar direitos às presentes e futuras gerações, ponto esse que se aproxima com a Constituição Brasileira, mas está de forma bem mais tímida por assegurar apenas que o “direito ao meio ambiente sadio e equilibrado deve ser resguardado às presentes e futuras gerações”. Andou bem a Constituição equatoriana ao ampliar o reconhecimento e o significado do bem viver e da mãe natureza e da resignificação do caráter intercultural e interdisciplinar do Estado que precisa pautar-se num conceito de economia plural e anticapitalista.

Assim, para Prada

Decir que el vivir bien es un modelo civilizatorio y cultural alternativo al capitalismo y a la modernidad es mostrar plenamente el carácter de un proyecto que contiene la irradiación de voluntades colectivas, de perspectivas políticas, que apunta a las transformaciones institucionales, económicas, políticas, culturales. (PRADA, 2011, p. 253-254)

Portanto, resta o dever de transformar tais desejos em realidade, para que o novo projeto político do Equador não passe de uma mera ilusão, de que a Constituição Equatoriana enquanto Carta Política, seja capaz de conceber uma política de Estado compatível com este momento de transição pluralista, sendo capaz de efetivar as condições interculturais e reconstrutivas desse novo pluralismo.

Desta maneira, a vista do exposto e, cientes dessa importância, ocupar-se-á, a partir de agora, sobre a relação dos direitos de bem viver com o direito da criança e do adolescente como meio de desenvolvimento desta sustentabilidade às presentes e futuras gerações, ou seja, acredita-se que o Equador, com tais inserções na sua Carta política, pode, veementemente, por meio de políticas públicas fomentar em primeiro plano a melhoria de vida de crianças e adolescentes,



para num segundo momento, empreender transformações sociais a partir de sua consciência e de sua atuação de preocupações com um mundo sustentável incutindo nelas o objetivo da Convenção dos direitos da Criança da ONU, onde se imbuía já em 1989, a necessidade do respeito ao meio ambiente.

É, pois, pela via do desenvolvimento de políticas públicas que se partirá para a tentativa de concretização da educação ambiental e de um direito sustentável. Por conseguinte, pode-se dizer que a estrutura legal-constitucional do Equador vincula não só o administrador a produzir políticas que respeitem o resguardo dos direitos ambientais como ainda o legislador e o julgador, que ao atuarem, no exercício de suas funções de Poderes de Estado não podem contrariar os preceitos a que estas normas se destinam, sob o risco de criarem-se normas inconstitucionais e de interpretações contrárias à constituição.

Deste modo, afirma-se que para o direito humano-fundamental ao meio ambiente equilibrado poder ser realizado, seja no Brasil, seja no Equador, é necessário uma visão humanística, tal qual a proteção integral ostentada às crianças e adolescentes, ou o direito de *sumak kawsay*, pois eles devem estar no centro das preocupações daquele direito. Por fim, através de novas posturas sociais, política, econômica, filosófica e ética, que se poderá assegurar a existência da educação ambiental capaz de preservar os direitos das presentes e futuras gerações e, em longo prazo, ser capaz de desenvolver atitudes que levem ao direito à paz.

## CONCLUSÃO

Inicialmente, cumpre salientar que muitos pontos poderão ter ficado em aberto, mas que apenas se arrazoou aqueles mais importantes para o desdobramento do tema. A discussão sobre o direito ambiental não pode fugir da contextualização da teoria e prática do constitucionalismo contemporâneo, já que os novos direitos vêm sofrendo o impacto de aglutinação dos problemas essenciais e corriqueiros das condições de vida aceleradas pela expansão do capitalismo. Tal situação estimula e determina o esforço de se propor novos instrumentos jurídicos, novas políticas públicas, mais flexíveis, mais ágeis, capazes de regular essas novas transformações.



No presente caso, demonstrou-se a caracterização do modelo constitucional atual, enquadrando-o no neoconstitucionalismo. Foram demonstradas suas características e preocupações, bem como os ciclos do constitucionalismo, dos quais se retirou dois exemplos de Constituições para análise, qual seja, a do Brasil e a do Equador, no que tange a promoção e desenvolvimento do direito e promoção de sustentabilidade ambiental.

Após, descreveu-se a relação entre o direito ambiental e a categorização do direito de crianças e adolescentes como direitos humanos e fundamentais, cotejando a necessidade da preservação ambiental e da garantia dos direitos às presentes e futuras gerações como meio necessário à concretização dos pilares da teoria da proteção integral.

Não há como negar que a Constituição Federal de 1988 traz a noção de uma cidadania solidária, ou seja, corresponsável pela definição de que o Estado, por meio da apresentação dos serviços e políticas públicas sejam necessários, com vistas ao atendimento dos interesses da sociedade, em especial: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, CRFB).

Ao final, demonstraram-se os artigos da Constituição Equatoriana sobre o desenvolvimento do direito de bem viver e, portanto, do *sumak kausay*. Por conseguinte, pode-se dizer que a estrutura legal-constitucional do Equador vincula os três poderes a execução de um direito ambiental e com vistas de sustentabilidade, como meio de promoção e reconhecimento da interação com os direitos de natureza. Isto é, além da preocupação ambiental, este Estado, preocupou-se em fomentar o processo de descolonialismo e do antimovimento capitalista.

Portanto, diante do exposto, os direitos das duas nações, devem ser compreendidos como elementos de reconhecida imprescindibilidade relacional, ou seja, como elemento presente (fundante) nas relações, seja na relação com o outro singularmente considerado, seja na relação com o outro em termos institucionais, pois por meio da proteção integral e do direito integralizado ao *sumak kauwsay* é



possível viabilizar o sonho de muitos: uma sociedade fomentada e fomentadora da cultura fraterna, da cultura da não violência e num ambiente de bem viver, sadio e equilibrado.

## REFERÊNCIAS

AYALA, Patryck de Araújo. Direito ambiental de segunda geração e o princípio de sustentabilidade na política nacional do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 63, p. 103, Jul.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**, nº 9, mar./abr./maio de 2007.

BRITO, Rafaela Silva. Os princípios da fraternidade e da solidariedade como vetores na aplicabilidade do direito ambiental. In: CURY, M; CERQUEIRA, M. do R. F; PIERRE, L A. A; FULAN, V. (Orgs.). **Fraternidade como categoria jurídica**. São Paulo: Cidade Nova, 2013. p. 169-180.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto. **Teoria do direito neoconstitucional**. São Paulo: Método, 2008.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. **El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización**. Disponível em: <<http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/seminario-pluralismo-juridico-e-multiculturalismo-material-remetido-pelos-expositores>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. **Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino**. Disponível em: <[www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf](http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf)>. Acesso em: 03 mar. de 2013.

FONSECA, Antonio César Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991,

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **O Estatuto da Criança e do Adolescente: Comentários**. Brasília: Instituto Brasileiro de Pedagogia, 1991.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas. 2001, p. 15



Daniela Richter e Joseane Ceolin Mariani de Andrade Pedrosa

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008,

PACHAMAMA. Disponível em: <<http://www.pachamama.org>>. Acesso em: 5 maio 2013.

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional**. Doxa: 21-II, 1998.

RAMÍREZ, Silvina. Derechos de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales. In: GARGARELLA, Roberto. **Teoría y crítica del Derecho Constitucional**. Tomo II. Derechos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 912-932.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **Los derechos y sus garantías: ensayos críticos**. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, B. de S.; JIMENEZ, A. G. (Orgs.). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador**. Quito: Rosa Luxemburg, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direito da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**.



# O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO E O SEU REGIME JURÍDICO<sup>1</sup>

THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT TO DEVELOPMENT AND ITS LEGAL STRUCTURE

*Adriano Justi Martinelli<sup>2</sup>*

## Resumo

No presente estudo buscou-se pesquisar mais a fundo o direito humano e fundamental ao desenvolvimento, e para tanto partiu-se da diferenciação terminológica entre direitos do homem, direitos fundamentais e direitos humanos. Após, analisou-se o regime jurídico dos direitos humanos, buscando-se situar o direito ao desenvolvimento dentro deste. Ato contínuo, passou-se a investigar a forma como o direito ao desenvolvimento é tratado dentro da órbita interna do Estado Brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito; desenvolvimento; regime jurídico.

## Abstract

The present study sought to research more deeply the human and fundamental right to development, and with that objective, started with the main difference between rights of man, fundamental rights and human rights. After that, it analyzed the legal regime of human rights, seeking to situate the right of development therewithin. Immediately thereafter, it moved to investigate how the right of development is treated within the Brazilian State.

**Keywords:** Law; development; legal regime.

## 1 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE AS TERMINOLOGIAS: DIREITOS DO HOMEM, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS (E AS SUAS RESPECTIVAS CARACTERÍSTICAS)

Em breves palavras, por direitos do homem, se entende os direitos de conotação jus-naturalista, que não são positivados, mas cuja existência conhecia-se

<sup>1</sup> Artigo submetido em 15/10/2012, pareceres de aprovação em 08/07/2013 e 30/09/2013, aprovação comunicada em 07/10/2013.

<sup>2</sup> Advogado da Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB), pós graduado em Direito e Processo Civil pela Universidade Católica Don Bosco (UCDB) e pós graduado em Direito Constitucional pela UNISUL/IDP. Agradecemos aos Professores Dra. Priscila da Mata Cavalcante e Dr. Robério Nunes dos Anjos Filho, pela gentileza e auxílio na elaboração desta pesquisa. E-mail: [adrianojusti@gmail.com](mailto:adrianojusti@gmail.com)



independentemente de uma fonte escrita. Dentre eles podemos exemplificar o direito à vida e o direito à segurança.

Com o passar dos anos, à medida que o ser humano foi evoluindo e se desenvolvendo, houve a necessidade de corporificar tais direitos, de modo que, sua observância passasse a ser obrigatória dentre os demais integrantes de uma dada sociedade, momento em que surgiram os direitos fundamentais, precipuamente, como forma de controle às arbitrariedades do Estado. Os direitos subjetivos traduzem a ideia de direitos naturais constitucionalizados, ou seja, estabelecidos em um documento escrito.

Por fim, quando essas normas deixam a jurisdição doméstica e ascendem ao patamar internacional, ao ocorrer esse desligamento do plano interno para o plano internacional, elas passam a receber o nome de direitos humanos.

Assim, tem-se uma conotação de direitos esculpidos em tratados e convenções internacionais específicas, que podem integrar tanto o sistema global (este consiste no plano da Organização das Nações Unidas – ONU), quanto o regional (composto pelos sistemas americano, europeu e africano<sup>3</sup>).

Dentro da ótica da teoria geral dos direitos humanos a doutrina mais balizada já se deitou sobre o tema e identificou as seguintes características<sup>4</sup> das liberdades públicas: a) historicidade; b) universalidade; c) essencialidade; d) irrenunciabilidade; e) inalterabilidade; f) inexauribilidade; g) vedação ao retrocesso; h) imprescritibilidade; i) interdependência; j) indivisibilidade; l) interrelacionalidade; m) inerência e n) transnacionalidade.

<sup>3</sup> Flávia Piovesan nos informa que já há um incipiente sistema árabe, bem como, também já existe a proposta para criação de um sistema regional asiático. (PIOVESAN, 2010, p. 65-81).

<sup>4</sup> Cite-se as características que são mais apresentadas pela doutrina. Neste sentido, Mazzuoli, 2007, p. 675. Ademais, algumas dessas características podem ser encontradas no artigo 5º da Declaração de Viena de 1948. Ressalte-se, também que as características da **inerência** e da **transnacionalidade**, foram abordadas por Carlos Weiss in WEIS, Carlos. *Os direitos humanos e os interesses transindividuais*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/congresso/Tese3.doc>>. Acesso em: 24 ago. 2011.



## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO E A SUA LOCALIZAÇÃO DENTRO DA TEORIA DAS GERAÇÕES (OU DIMENSÕES) DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 Aspectos introdutórios e divergências doutrinárias quanto à aceitação da Teoria das Gerações (Dimensões) dos Direitos Fundamentais

É impossível falar-se na evolução dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões sem sequer tocar o nome de seu idealizador: *Karel Vasak*<sup>5</sup>.

*Vasak*<sup>6</sup> pontuou esta teoria em 2 oportunidades: em 1977 e em 1979. Na primeira oportunidade o fez por meio do texto<sup>7</sup> “*Human rights: A thirty-year struggle: the Sustained Efforts to give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*”. No entanto, dois anos depois expôs a tese em aula inaugural perante o Instituto Internacional de Direitos Humanos em Estrasburgo (França), onde *Vasak* relacionou os lemas da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) aos direitos humanos, de modo que, os direitos de 1º geração (ou dimensão), quais sejam, os direitos civis e políticos, estariam relacionados com a liberdade; os de 2ª geração (ou dimensão) seriam os direitos sociais, econômicos e culturais estando estes adstritos à igualdade e por fim, ocupando a 3ª geração (ou dimensão), ter-se-iam os direitos difusos que se vinculariam com a fraternidade.

Vale o registro de que Antônio Augusto Cançado Trindade (1993, p. 223) critica severamente essa tese defendida por *Vasak*. Para Cançado Trindade não há como fazer essa correlação entre os lemas da Revolução Francesa e o surgimento linear e cronológico dos direitos fundamentais.

Dentre os diversos argumentos utilizados por Cançado Trindade (1993) para criticar essa teoria pensada por *Karel Vasak*, o mencionado autor afirma que “(...)

<sup>5</sup> Karel Vasak também escreveu um artigo analisando o direito ao desenvolvimento, tendo sido o mesmo publicado no “Correio da Unesco” (ESPIELL, Hector Gross. El Derecho al Desarrollo como un Derecho Humano. in *Revista de Estudios Internacionales*, n.1, janeiro-março de 1980, p. 41-60).

<sup>6</sup> Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado\\_bob.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2011.

<sup>7</sup> MORALES, Patricia. UNESCO's Philosophy of “intellectual and moral solidarity” in attaining peace. Disponível em: <<http://www.onlineunesco.org/UNESCO%27s%20Philosophy.html>>. Acesso em: 14 ago. 2011.



essa tese das gerações de direitos não tem nenhum fundamento jurídico, nem na realidade”. Ele afirma que o direito à vida, por exemplo, é um direito com respaldo em todas as gerações, já que é um direito civil, político, econômico-social e cultural. Cançado Trindade também leciona que no aspecto histórico essa divisão não possui correlação fática no que diz respeito ao direito internacional, uma vez que, “(...). No plano internacional, os direitos que apareceram primeiro foram os econômicos e os sociais. As primeiras convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) anteriores às Nações Unidas surgiram nos anos 20 e 30”.

E assim critica severamente Cançado Trindade (1993):

Somente uma visão atomizada ou fragmentada do universo dos direitos humanos pode conduzir à aceitação da teoria das “gerações de direitos”. Seu aparente poder de persuasão muito deve a comentários apressados e descuidados somados à indolência mental com que conta para propagar-se. Ainda que à primeira vista atraente para fins didáticos, tal teoria, do ponto de vista da ciência do direito, em nada é convincente, e não resiste a um exame mais cuidadoso da matéria. Os riscos desta visão atomizada, da fantasia das “gerações de direitos”, são manifestos. Quantos governos, a pretexto de buscarem a realização progressiva de certos direitos econômicos e sociais em futuro indeterminado, violaram sistematicamente os direitos civis e políticos (...).

No entanto, as críticas à teoria desenvolvida por *Vasak*, em que pese o respeitável posicionamento de Cançado Trindade, não prejudicam a importância propedêutica das gerações ou dimensões dos direitos humanos.

Sem prejuízo da existência da dupla terminologia (gerações e dimensões) adotar-se-á o termo “dimensões”, apenas a título pedagógico, mesmo entendendo, como Cançado Trindade, que a história é pendular, logo, não há razão para separar os direitos fundamentais em períodos históricos de forma estática, pois fazer isso significa afirmar que no período da 3ª dimensão não temos direitos de 1ª dimensão, fato que se revela completamente inadmissível.

## 2.2 A localização do Direito Fundamental ao desenvolvimento dentro da Teoria das Dimensões de Direitos Fundamentais

Superada essa divergência existente a respeito da teoria das dimensões de direitos, é certo que a doutrina situa o direito ao desenvolvimento dentro da 3ª dimensão.



Seguindo a linha doutrinária de *Karel Vasak*, como lecionam Paulo Bonavides (2009, p. 569)<sup>8</sup> e outros autores, o direito fundamental ao desenvolvimento está inserido dentro da 3ª dimensão, junto com outros direitos, dentre os quais, destacam-se: direito ao meio ambiente, à propriedade, à conservação do patrimônio histórico e cultural etc.

### 3 O CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO<sup>9</sup> E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Foi Keba Mbaye, Chefe de Justiça (Ministro da Justiça, Ministro da Corte Suprema) do Senegal, quem cunhou pela primeira vez, em 1972, o conceito de direito ao desenvolvimento humano<sup>10</sup>.

O estudo do direito ao desenvolvimento exige a menção à dignidade da pessoa humana e esta foi extraída diretamente do pensamento de *Immanuel Kant*.

Ora, o direito ao desenvolvimento é um meio para que a dignidade seja assegurada e respeitada.

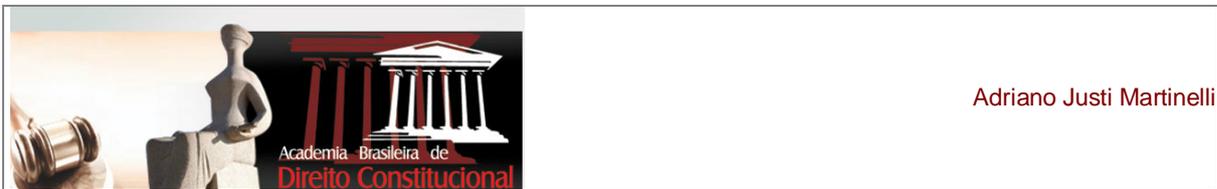
Dentro do contexto da dignidade da pessoa humana e do direito ao desenvolvimento tem-se, também, o mínimo existencial deve ser citado, já que possui relevância direta, e somente com o desenvolvimento é que alcança-se a concretização do mínimo existencial.

Feitas essas pontuações, passa-se a analisar a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento<sup>11</sup> de 1986, que logo em seu preâmbulo assim dispõe:

<sup>8</sup> Neste sentido também: Sarlet, 1998, p. 51; Mendes, 2008, p. 234.

<sup>9</sup> O dicionário Michaelis assim define o termo desenvolvimento: **1** Ato ou efeito de desenvolver. **2** Crescimento ou expansão gradual. **3** Passagem gradual de um estágio inferior a um estágio mais aperfeiçoado. **4** Adiantamento, progresso. **5** Extensão, prolongamento, amplitude. **6** *Mús* Elaboração de um tema, motivo ou idéia musicais por modificações rítmicas, melódicas ou harmônicas. **7** *Mús* Parte em que tal elaboração ocorre. **8** *Mat* Expressão de uma função qualquer na forma de uma série. **9** *Mat* Transformação de uma expressão em outra equivalente, mais extensa, porém mais acessível ao cálculo. *D. direito, Biol*: desenvolvimento sem metamorfose. *Sin*: *desenvolvimento*. Dicionário Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=desenvolvimento>>. Acesso em 15 ago. 2011.

<sup>10</sup> PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel\\_messias\\_peixinho.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf)>. Acesso em: 24 ago. 2011. Ainda sobre o tema, consultar Espiell, 1980, p. 41-60.



(...) é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes;

O desenvolvimento pode ser social, humano, econômico, científico, ambiental etc enfim, todas as áreas do conhecimento humano admitem o desenvolvimento.

O glossário do relatório de desenvolvimento humano 2000, realizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento<sup>12</sup> assim conceitua o desenvolvimento humano:

O desenvolvimento humano é o processo de alargamento das escolhas das pessoas, através da expansão das funções e capacidades humanas. Deste modo, o desenvolvimento humano também reflete os resultados nestas funções e capacidades. Representa um processo, bem como um fim.  
(...) Em última análise, o desenvolvimento humano é o desenvolvimento das pessoas, para as pessoas e pelas pessoas.

Da doutrina estrangeira, pode-se destacar os ensinamentos de Hector Gros Spiell (1980, p. 41-60), que assim leciona sobre o tema:

Este derecho al desarrollo fue inicialmente pensado como un derecho en el ámbito internacional, en cuanto derecho de las comunidades políticas, de los Estados y de los pueblos sometidos a una dominación colonial y extranjera.

A respeito do desenvolvimento econômico é importante traz-se à baila as ilações de Orlando Gomes (1961, p. 19)<sup>13</sup> “(...) o desenvolvimento econômico é condicionado por crenças substantivas e adjetivas de uma comunidade. É um

<sup>11</sup> Adotada pela Resolução nº 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 dez. 1986. (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993. p. 194).

<sup>12</sup> PNUD. Disponível em: <[http://www.pnud.org.br/hdr/hdr2000/docs/Glossario\\_de\\_DDHH.pdf](http://www.pnud.org.br/hdr/hdr2000/docs/Glossario_de_DDHH.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2011.

<sup>13</sup> A respeito do pensamento de Orlando Gomes remete-se ao seguinte texto: CAVALCANTE, Priscila da Mata. O sistema internacional de cooperação ao Desenvolvimento: uma reflexão acerca das políticas de ajuste estrutural e a transição da assistência técnico-financeira à cooperação humana. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/priscila\\_da\\_mata\\_cavalcante2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/priscila_da_mata_cavalcante2.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2011.



processo que ocorre dentro de condições institucionais que conduzem à transformação estrutural da sociedade (...).”

Fernando Antonio Amaral Cardia (2005, p. 54) assim analisa o desenvolvimento sob o ponto de vista econômico: “constitui um crescimento da produção de bens e recursos endógeno (baseado em fatores internos) e sustentado (com vistas à preservação dos recursos).”

Ana Paula Ornellas Mauriel<sup>14</sup> cita o conceito de desenvolvimento cunhado por Werneck Vianna e Bartholo Jr, que assim tratam o assunto:

(...) desenvolvimento é uma noção moderna, que passa a freqüentar o vocabulário dos pensadores após profundas mudanças operadas no Ocidente, com a expansão das atividades mercantis e, sobretudo, com o advento da indústria. Pois foi, então, que o próprio sentido de mudança pode ser mais fortemente percebido, na medida em que o ritmo da vida se acelerou, e o mundo deixou de ser apreendido como estático. A idéia de provisoriedade se tornou visível.

Arjun Sengupta<sup>15</sup> analisa o direito fundamental ao desenvolvimento da seguinte maneira:

Em primeiro lugar, há um direito humano que é “inalienável”, o que quer dizer que não pode ser negociado. Depois, há um processo de “desenvolvimento econômico, social, cultural e político”, que é reconhecido como um processo no qual “todos os direitos humanos e liberdades fundamentais podem ser plenamente realizados”. O direito ao desenvolvimento é um direito humano, em virtude do qual “cada pessoa humana e todos os povos têm o direito de participar, contribuir e gozar” desse processo de desenvolvimento.

Ivanilda Figueiredo<sup>16</sup> assim proclama o direito ao desenvolvimento:

---

<sup>14</sup> Vianna, Werneck; Bartholo Jr. *Apud* Mauriel, Ana Paula Ornellas. Desenvolvimento humano e proteção social em um contexto de crescente interdependência. Coleção relações internacionais e globalização.

<sup>15</sup> SENGUPTA, Arjun. O Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano. Disponível em: <[http://ww1.psd.org.br/opartido/ltv/revista/revista\\_02/p7292\\_o\\_direito.pdf](http://ww1.psd.org.br/opartido/ltv/revista/revista_02/p7292_o_direito.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2011.

<sup>16</sup> FIGUEIREDO, Ivanilda. Algumas considerações sobre o direito fundamental ao desenvolvimento humano e o projeto de lei de responsabilidade fiscal e social. Disponível em: <[http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Figueiredo\\_n32.pdf](http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Figueiredo_n32.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2011.



(...) o direito ao desenvolvimento traduz-se direito de todo indivíduo desenvolver, plenamente, sua capacidade de agente e que a capacidade de agente é a competência obtida por cada um para escolher de modo formal e materialmente livre o modo de vida que mais lhe agrada. A majoração dessa capacidade gera um aumento da liberdade por o indivíduo estar desfrutando de direitos essenciais e sendo chamado a tomar a sua parcela de responsabilidade por si e por sua comunidade. Portanto, ao desfrutar do direito ao desenvolvimento os cidadãos incrementam a democracia.

Importa neste mister diferenciar duas terminologias que podem induzir o leitor ao erro: o DIREITO DO DESENVOLVIMENTO e o DIREITO AO DESENVOLVIMENTO. Para tanto, nos valem das lições de Cançado Trindade (1993, p. 175):

Importa ter em mente a distinção entre “direito internacional do desenvolvimento (“international law of development”/“droit international du développement”), e o “direito ao desenvolvimento” (“right to development”/“droit au développement”), como um direito como proclamado na Declaração de 1986. O primeiro, com seus vários componentes (direito à autodeterminação econômica, soberania permanente sobre a riqueza e os recursos naturais, princípios do tratamento não-recíproco e preferencial para os países em desenvolvimento e da igualdade participatória dos países em desenvolvimento nas relações internacionais e nos benefícios da ciência e tecnologia), emerge um sistema normativo internacional objetivo a regular as relações entre Estados juridicamente iguais mas economicamente desiguais e visando a transformação destas relações com base na cooperação internacional (Carta das Nações Unidas, artigos 55-56) e em considerações de equidade, de modo a remediar os desequilíbrios econômicos entre os Estados e a proporcionar a todos os Estados – particularmente os países em desenvolvimento. O segundo, como sustentado pela Declaração de 1986, e inspirado em disposições de direitos humanos tais como o artigo 28 da Declaração Universal de 1948 e o artigo 1º de ambos os Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, afigura-se como um direito humano subjetivo, englobando exigências da pessoa humana e dos povos que devem ser respeitadas.

No dizer de Fernando Antonio Amaral Cardia (2005, p. 59), a doutrina divergiu a respeito da natureza do direito do desenvolvimento, questionando-se a sua inclusão dentro do Direito Internacional Econômico, no entanto, para este autor, a pertinência reside em saber que este tema busca a “separação das disparidades de desenvolvimento dos Estados”.

Em síntese, o direito do desenvolvimento está relacionado com o Direito Internacional Econômico. Já o direito ao desenvolvimento, este, como analisaremos de forma mais detida abaixo, é um direito humano e fundamental.



Flavia Piovesan (2010, p. 65-81) também identifica, com base na doutrina de Allan Rosas, 3 (três) dimensões centrais para o direito ao desenvolvimento: a) Justiça social; b) Participação e *accountability* e c) Programas e políticas nacionais e cooperação internacional.

O conceito de desenvolvimento passa por diversos ramos do conhecimento humano, possuindo aspectos sociológico, econômico e jurídico.

É pertinente aqui fazer um recorte e afirmar que o direito ao desenvolvimento está também diretamente ligado à ciência criminal. Certamente o leitor questionará essa nossa assertiva já que o presente estudo não se destina ao estudo do direito penal.

Entende-se importante, fazer essa ligação do direito ao desenvolvimento com a coculpabilidade e aqui nos arrisca-se, ainda que superficialmente, ao estudo deste tema.

O conceito de coculpabilidade foi cunhado por Eugenio Raúl Zaffaroni (2006, p. 525) que assim o ensina, *verbis*:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade - por melhor que organizada seja - nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas possibilidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com estas no momento da reprovação da culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma "coculpabilidade", com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de co-culpabilidade é uma idéia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat (ver n. 118) e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo o Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66.

A coculpabilidade<sup>17</sup> (ou vulnerabilidade como preferem alguns doutrinadores) nada mais é do que a codivisão da responsabilidade por parte do

<sup>17</sup> Atualmente, a coculpabilidade já foi inclusive reconhecida pelo legislador infraconstitucional, como se verifica no artigo 19, inciso IV da Lei Federal nº 11.343/2006, bem como, pela jurisprudência, a qual a título de exemplo, cita-se: "(...)7- **Possibilidade de**, para o caso concreto, uma solução mais benéfica para o acusado, no reconhecimento da vulnerabilidade do mesmo, morador de rua, que não completou os estudos, vivendo à margem da sociedade, catando lixo para sobreviver,



agente que delinuiu e do Estado que não preparou o agente para integrar a sociedade.

Ora, se o Estado dá efetividade ao direito ao desenvolvimento por meio de políticas públicas de modo que a dignidade humana dos administrados seja respeitada, tem-se como consequência o engrandecimento do ser humano e a sua inclusão no meio social, conferindo-lhe então mais oportunidades e mais autodeterminação, de modo que, este mesmo administrado não poderá então alegar uma pretensa “hipossuficiência culpante” ou, vulnerabilidade, no momento de sua conduta delitiva, pois a sua autodeterminação terá sido preenchida pelo agir estatal.

Como citado acima, Zaffaroni ensina que é possível que alguns homens possuam menos oportunidades e isso é inerente em um sistema capitalista, mas o papel de um Estado do Bem Estar Social Democrático de Direito<sup>18</sup> é justamente minorar as desigualdades e isso certamente pode ser alcançado à medida que o direito ao desenvolvimento é concretizado.

Analisando a conexão do pensamento econômico de Amartya Sen com o princípio da coculpabilidade, Eduardo Luiz Santos Cabette (2008, p. 9-10) faz um paralelo entre a ética e o direito penal, e assim assevera:

(...). E quem sabe, algum dia, em uma sociedade realmente desenvolvida, em que imperem a liberdade e a igualdade não somente formais, mas materiais, se possa atribuir a cada um a responsabilidade única e integral por suas escolhas e condutas.

Assim, temos que o direito ao desenvolvimento possui uma ampla gama de reflexos, repercutindo no aspecto social e sociológico, humano, ambiental, econômico e até mesmo, criminal.

---

acatando a sugestão, tanto do Ministério Público Federal local quanto da Procuradoria Regional, **no reconhecimento da coculpabilidade do Estado, no dizer da doutrina garantista para reduzir-lhe a pena. (...)**”. BRASIL, TRF5 - ACR - Apelação Criminal – 7868 – Relator Desembargador Federal Hélio Sílvio Ourem Campos - Primeira Turma - DJE - Data: 25/02/2011. (grifos nossos)

<sup>18</sup> Em que pese as recentes alterações na CF/88, realizadas no governo de Fernando Henrique Cardoso e que visaram implementar nuances de um neoliberalismo, pensamos que a CF/88 ainda consegue manter essa característica de sermos um *Welfare State* – Estado do Bem Estar Social. Neste sentido NASCIMENTO, Samuel Pontes do. **Do Estado mínimo ao Estado regulador. Uma visão do Direito Econômico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1968, 20 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11990>>. Acesso em: 22 set. 2011



#### 4 PREVISÕES NORMATIVAS DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NA ORDEM INTERNACIONAL

Em sede de proteção internacional aos direitos humanos, dentre os diplomas existentes, merecem destaque: a) Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; b) a Declaração sobre o direito ao desenvolvimento de 1986; c) Declaração de Viena de 1993; d) Declaração do Milênio de 2000; e) Declaração e Programa de Ação de Durban em 2002<sup>19</sup> e f) Convenção Europeia de direitos humanos<sup>20</sup>.

A primeira documentação internacional que conteve o direito ao desenvolvimento é a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, documento que foi originado da Assembleia da ONU, cuja importância, para os direitos humanos dispensa apresentação, *verbis*:

##### Artigo XXII

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

(...)

##### Artigo XXV

1. Toda pessoa 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 dos meios de subsistência fora de seu controle.

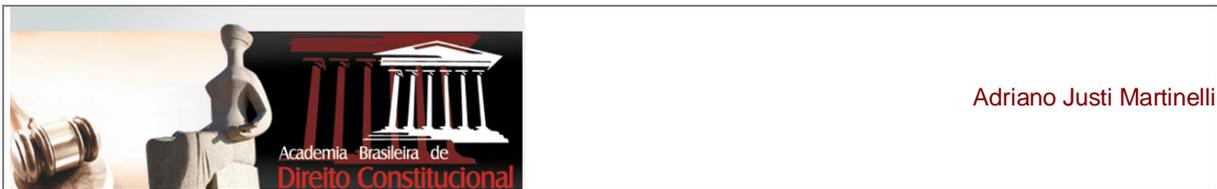
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

O direito ao desenvolvimento é reconhecido inclusive no *primeiro considerando* da Declaração específica sobre o direito ao desenvolvimento:

Reconhecendo que o **desenvolvimento** é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação

<sup>19</sup> Estes dois últimos diplomas internacionais foram apontados por Barbosa; Pedro Henrique Batista. Comércio internacional, direitos humanos e direito ao desenvolvimento: o acesso universal aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil. Disponível em: <[http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Barbosa\\_n32.pdf](http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Barbosa_n32.pdf)> Acesso em: 08 ago. 2011.

<sup>20</sup> Disponível em: <<http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 01 set. 2011.



ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes;" (grifos nossos)

Além de o termo *desenvolvimento* ser mencionado em outras passagens do preâmbulo da Declaração sobre o direito ao desenvolvimento, o seu artigo 1º traz o conceito normativo de desenvolvimento:

Artigo 1

1. **O direito ao desenvolvimento** é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos de autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável de soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais. (grifos nossos).

Como dito acima, a Declaração de Viena de 1993 também regulamenta o direito humano ao desenvolvimento:

10. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma **o direito ao desenvolvimento**, conforme estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, como um direito universal e inalienável e parte integrante dos direitos humanos fundamentais. (grifos nossos)

Portanto, abordou-se os principais diplomas internacionais que positivam expressamente o direito fundamental ao desenvolvimento.

## 5 A ESTRUTURA DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO

O Prof. Hector Gros Espiell (1980, p. 53), em seu texto "El derecho al desarrollo", analisa a estrutura do direito ao desenvolvimento e identifica: a) os sujeitos ativos (seus titulares); b) seus sujeitos passivos (obrigados ao



cumprimento), mas o faz primeiro sob um prisma coletivo e depois sob um prisma individual<sup>21</sup> e por fim, analisa o objeto.

Desta feita, segundo as lições do Prof. Espiell (1980, p. 52), seriam titulares coletivos do direito ao desenvolvimento “(...) todos los Estados, pero especial y particularmente a los países en vías de desarrollo y a los pueblos que luchan por su libre determinación contra una dominación colonial y extranjera (...)”.

Mas o Prof. Hector (ESPIELL, 1980, p. 52) também analisa este direito sob o viés individual, e nesta esfera ele identifica como titulares:

(...) los individuos, partiendo de la base de que, según la fórmula empleada por la Convención Interamericana de Derechos Humanos (...). Esta afirmación implica la necesidad, evidente por lo demás, de reconocer el derecho al desarrollo, en principio, a todo ser humano sin discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, ideología o nacionalidad.

No que tange aos obrigados a assegurar este direito, em um âmbito coletivo, identifica o Prof. Hector (ESPIELL, 1980, p. 53) como sujeitos passivos “(...) el Estado y las entidades colectivas de las que dependen, a su vez, los otros entes colectivos titulares del derecho al desarrollo”.

E sob o ponto de vista individual, o autor (ESPIELL, 1980, p. 53) aponta como coobrigados “(...) de las personas colectivas o entes públicos competentes y de la Comunidad Internacional”.

O prof. Hector (ESPIELL, 1980, p. 55) ainda aborda 3 pontos **quanto objeto** do direito ao desenvolvimento. Em um primeiro momento ele o faz como um direito coletivo que condiciona o direito individual e vice-versa. Em um segundo lugar, ele afirma que se funda na premissa de que todo homem possui o direito da uma vida livre e digna dentro da Comunidade e isso gera o direito ao desenvolvimento aos indivíduos, como decorrência do direito da dignidade da pessoa humana. E por fim, em uma terceira ponderação Espiell afirma que o direito ao desenvolvimento não

<sup>21</sup> Nesse mesmo sentido, Cançado Trindade (1993, p. 174) afirma que “(...) e, como contrapartida do direito ao desenvolvimento, as responsabilidades recaem também sobre os seres humanos, individual e coletivamente (comunidades, associações, grupos). Os sujeitos passivos do direito ao desenvolvimento são assim os que arcam com tais responsabilidades, com ênfase nas obrigações atribuídas pela Declaração aos Estados, individual e coletivamente (a coletividade dos Estados).”



pode ser identificado como sinônimo de crescimento econômico, mas sim, um conceito que “traz uma ideia múltipla e complexa a respeito do progresso econômico, social, cultural e político com um objetivo final de justiça, realizado de maneira harmônica e equilibrada entre os diferentes elementos”.

## 6 DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL

O histórico constitucionalista brasileiro passou por momentos de percalços, avanços e retrocessos, assim como a história em geral, uma vez que, é sabido que a história é cíclica e pendular e não retilínea.

Nos últimos trinta anos, o Brasil viu se encerrar um período ditatorial, para se inaugurar um Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988, também chamada de constituição cidadã, assim o é, em virtude do extenso e não exauriente rol de direitos e garantias fundamentais asseguradas aos brasileiros (natos e naturalizados) assim como aos estrangeiros (que aqui residem ou que de passagem estejam, segundo entendimento do STF).

A presença dos direitos fundamentais já fica demarcada desde a leitura do preâmbulo da constituição:

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

Como se pode constatar o próprio preâmbulo da Constituição já exalta que a Assembleia Nacional Constituinte pretendeu instituir um Estado Democrático destinado a assegurar direitos fundamentais de todas as dimensões. Ademais,



quando o constituinte se valeu do termo DESENVOLVIMENTO, o fez no sentido de DESENVOLVIMENTO HUMANO<sup>22</sup>.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já firmou entendimento de que o preâmbulo não é norma passível de funcionar como parâmetro no controle de constitucionalidade, mas pode facilmente ser utilizado como fonte hermenêutica logo, o termo DESENVOLVIMENTO pode e deve ser interpretado em consonância com todos os demais dispositivos da Constituição, dentre os quais pode-se destacar: artigo 1º, incisos I, II, III, IV e V; artigo 3º incisos I, II, III e IV, artigo 5º e seus incisos; mais adiante, o regime do sistema tributário e financeiro, pois, somente com um sistema tributário equalizado e correto é que se permite que se faça uma justiça fiscal, de modo que se observe o princípio da capacidade contributiva. Também é importante citar o artigo 219, que estabelece que o mercado interno é patrimônio nacional, porque gera renda necessária para o desenvolvimento humano.

Ora, este direito subjetivo pode ser visto sob diversos aspectos, como já dito acima, dentre eles o ambiental, econômico, sociológico etc.

Dentro do aspecto do direito ambiental, vige o princípio do desenvolvimento sustentável. O artigo 225, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), possui relação direta com o desenvolvimento humano, uma vez que, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, por ser regido pela intergeracionalidade, deve ser preservado pelas presentes gerações, para os credores presentes e futuros, o que implica exigir que o desenvolvimento humano não seja buscado a qualquer custo.

Com relação ao direito ao desenvolvimento é possível encontrar os trabalhos realizados pela ONU, mais especificamente os relatórios de desenvolvimento humano que têm como parâmetros comparativos: a saúde (por meio da expectativa de vida); a educação (por meio da taxa de alfabetização), a renda (por meio da fixação da renda per capita).

Importante também relacionar o desenvolvimento econômico com a RENDA.

O desenvolvimento previsto no preâmbulo da constituição é o desenvolvimento nacional, assim, logo no início do texto da Magna Carta Federal<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Esses pensamentos relativos ao direito fundamental ao desenvolvimento humano no ordenamento jurídico pátrio também foram mencionados pelo Dr. Robério Nunes dos Anjos Filho em aulas ministradas no curso Federal Concursos nos meses de maio, junho, julho e agosto de 2011.

<sup>23</sup> Expressão utilizada pelo Ministro Carlos Ayres Brito, em seu voto proferido nos autos da ADI 3510.



(artigo 3º) traçam-se os objetivos da República Federativa do Brasil, e dentre eles, pode-se encontrar o DESENVOLVIMENTO HUMANO.

No entanto, é certo que não se pode falar em desenvolvimento humano quando se tem concentração de renda, logo, é necessário que ocorra um processo de desconcentração de renda, para podermos alcançar este objetivo da república. O legislador constituinte cunhou o artigo 219 da CF/88<sup>24</sup>, justamente visando esta finalidade.

Ora, se este comando estabelece que o mercado interno é patrimônio nacional, quando os fatores reais de poder<sup>25</sup> estabeleceram esta norma, certamente o fizeram sob o fundamento de que é o mercado interno que gera renda necessária para o desenvolvimento humano, pois somente com a produção de divisas e créditos é que se torna possível a implementação de políticas públicas, com vistas a se construir uma sociedade livre, justa etc.

Não basta ao Estado respeitar os direitos de primeira dimensão conferindo as chamadas “liberdades”, mas é necessário implementar efetivamente os direitos econômicos, sociais e culturais, e isso se conclui da característica da indivisibilidade dos direitos humanos, de modo que, não adianta ser conferida liberdade de ir e vir ao cidadão se este não tem o mínimo de condição financeira para prover suas necessidades diárias.

## **7 OS COMANDOS CONSTITUCIONAIS QUE FUNDAMENTAM O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO**

Diante do até aqui exposto, não pairam dúvidas de que o direito ao desenvolvimento é um direito humano. Ocorre que, também é necessário pontuar-se que este também é um direito fundamental, haja vista a diferenciação que a doutrina faz entre estas terminologias (vide capítulo 1 deste trabalho).

---

<sup>24</sup> Art. 219, CF/88. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

<sup>25</sup> A expressão “fatores reais de poder” foi cunhada por Ferdinand Lassale em sua obra “ Que é uma Constituição”. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicaol.html>>. Acesso em: 26 out. 2011.



Neste sentido, conjugando diversos dispositivos da Constituição, dentre eles, o preâmbulo, também devemos nos ater à leitura de outros comandos tais quais: artigo 1º e incisos; artigo 3º e incisos; artigo 5º e incisos; artigo 21, incisos IX e XX; artigo 43 cabeça; artigo 48 inciso IV; artigo 151 e incisos; artigo 170 e incisos; artigo 174 cabeça; artigo 180 cabeça; artigo 182; artigo 192; artigo 218 e todo o capítulo do desenvolvimento nacional.

Após a leitura detida de todos estes comandos, pode-se concluir pela existência do direito fundamental ao desenvolvimento no ordenamento jurídico pátrio.

A doutrina elenca diversas variáveis no que tange às classificações das Constituições, e dentre estas classificações, mais especificamente, quanto ao conteúdo, a CF/88 é analítica, ou seja, longa e prolixa, mas que aborda diversos direitos e não poderia ser diferente no que tange ao direito ao desenvolvimento.

É importante pontuar que o desenvolvimento (visando assim atingir os objetivos da república) não pode ser buscado de forma predatória, já que, em sendo um direito fundamental, também deve respeitar os direitos da população que estejam nesse mesmo nível de importância.

8) Do regime jurídico aplicável ao direito humano e fundamental ao desenvolvimento

### **7.1 Da posição hierárquica ocupada pelos Tratados de Direitos Humanos frente aos ordenamentos jurídicos internos e internacionais**

Como afirmado acima, o direito ao desenvolvimento possui um duplo espectro de proteção, eis que se trata de: a) direito humano com proteção em diversos tratados internacionais e; b) direito fundamental com ampla positivação constitucional.

Deve-se observar que o direito ao desenvolvimento possui 2 (dois) níveis de proteção, interno e internacional, no entanto, há um embate doutrinário quanto à posição ocupada pelos tratados de direitos humanos frente ao ordenamento jurídico como um todo.



Em sua obra Flávia Piovesan (2006)<sup>26</sup> afirma existirem quatro correntes a respeito da hierarquia dos tratados de proteção de direitos humanos: “a) hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) hierarquia constitucional; c) hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) paridade hierárquica entre tratado e lei *federal*”.

Para Celso Albuquerque de Mello<sup>27</sup>, os tratados internacionais são superiores à Constituição. Aqui entende-se, contudo, que os tratados internacionais estão em posição superior à Constituição, apenas se tratarem de direitos humanos.

Pensa-se dessa forma, já que, tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio *pro homine*, não há dúvida de que os tratados que estabelecem direitos humanos estão eivados de alta densidade axiológica, e essa característica é diametralmente oposta a outros tipos de tratados. Logo, os demais tratados, certamente não podem ascender ao mesmo nível hierárquico que primeiros.

Portanto, aqui faz-se mister a citação dos ensinamentos de Celso Albuquerque de Mello (2003), que desenvolveu uma série de argumentos para defender sua tese. Ele parte do fundamento de “(...) a noção de soberania não é absoluta, mas sim um conceito jurídico indeterminado e que varia de acordo com a época histórica”.

No entanto, para se definir qual corrente doutrinária será adotada é relevante ter conhecimento das teorias que explicam as relações existentes entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

---

<sup>26</sup> E continua Piovesan ao afirmar que seguem o entendimento da supraconstitucionalidade Agustín Gordillo, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros. Marcelo Neves (2009) também aborda a questão das constituições supranacionais e analisa outras concepções e terminologias. Importante também trazer os ensinamentos de Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes, que **separam os tratados de direitos humanos em centrífugos** (aqueles que regem as relações jurídicas dos Estados ou dos indivíduos com a chamada jurisdição global. São centrífugos porque saem do seu centro) e **centrípetas** (aqueles que cuidam das relações dos indivíduos ou do Estado no plano doméstico), de modo que, para ambos, os tratados centrífugos possuem natureza supraconstitucional e os centrífugos possuem status constitucional. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? Disponível em: <<http://sare.unianhanguera.edu.br/index.php/rdire/article/viewPDFInterstitial/895/625>>. Acesso em: 01 set. 2011.

<sup>27</sup> O autor afirma categoricamente que “(...) a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional”. (MELLO, 2003, p. 25)



Assim, passa-se a citá-las: a) teoria dualista e b) teoria monista, sendo que, segundo Valério de Oliveira Mazzuoli (2007, p. 60-66), o monismo pode ser b.1) monista internacionalista ou b.2) monista nacionalista. E mais, o autor afirma existir uma terceira corrente mista denominada de *corrente coordenadora* ou *conciliatória*, segundo a qual se defende “(...) a coordenação de ambos os sistemas a partir de normas superiores a ambos, a exemplo das regras do Direito Natural. Esta posição conciliatória não encontrou guarida nem nas normas e tampouco na jurisprudência (...)”.

E neste ponto Mello (2003) analisando criticamente a corrente dualista (que pregava o prevalecimento da norma posterior, ou seja, aplicava-se o que se chama de critério cronológico, de modo que, a norma posterior revogaria a anterior, independentemente desta ser um tratado ou uma norma interna), afirma que “(...) Jean Bodin ao formular a teoria da soberania afirmou que ela tinha o direito natural e o direito das gentes acima delas”.

E continua (MELLO, 2003, p. 22) ao defender que:

Dualismo não significa mais hoje que o DI incorporado fique igualado ao direito interno. Na verdade, quer dizer que o DIP precisa ser incorporado ao direito interno, mas não que o direito interno posterior possa revogar uma norma do DIP internalizada.

Em síntese, pode-se sistematizar os argumentos de Mello da seguinte forma:

- a) Não existe soberania absoluta, de modo que o direito natural e o direito das gentes estão acima do direito interno;
- b) A Corte de Justiça da Comunidade Europeia tem afirmado que o direito comunitário é uma nova ordem jurídica em que ocorre a limitação da soberania dos Estados;
- c) Kelsen já determinava que a norma fundamental era do DIP;
- d) Não é possível que uma norma de direito internacional internalizada possa ser substituída por uma norma de direito interno que seja somente posterior (adoção do critério cronológico);
- e) Em uma época de globalização, isso acarreta uma importância muito grande ao DIP;
- f) O Estado não existe sem que esteja inserido em um contexto internacional, eis que, a noção de Estado depende da existência de uma sociedade internacional, no entanto, para que haja Estado é necessário que haja uma Constituição, mas a recíproca é verdadeira e a Constituição também depende da sociedade internacional, logo, o DIP está acima do DI.



Inicialmente, o STF entendeu que os tratados de direitos humanos celebrados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 e que não tenham sido recebidos pelo Brasil seguindo o regime do artigo 5º, § 2º, CF/88 possuíam natureza jurídica supralegal.

O STF, em um primeiro momento pensou desta forma, no entanto, em seu voto proferido no HC nº 87855 (com julgamento já concluído) o Ministro Celso de Mello (revendo sua posição), parece ter ido além da posição de supralegalidade defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, e deixou consignado que para ele os tratados de direitos humanos possuem natureza CONSTITUCIONAL, mesmo aqueles assinados antes da EC 45/2004.

Assim, alguns ministros passaram a defender a tese que, mesmo antes da EC nº 45/2004 os tratados de direitos humanos já poderiam ter natureza constitucional, embora a posição vencedora tenha sido a da SUPRALEGALIDADE. Mas não termina aí.

O Ministro Joaquim Barbosa (vide ADI 3937) também reconheceu no mínimo um status supralegal a estes tratados. Portanto, se eles possuem no mínimo este status, nada impediria sua hierarquia constitucional.

O reforço a essa tese veio com a Súmula Vinculante (SV) nº 25, contendo o seguinte teor: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

O artigo 7º, § 7º, do Pacto de San José estabelece o princípio de que ninguém deve ser detido por dívidas. A norma estabelecida neste tratado não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar, de forma que, pelo texto do pacto somente seria possível a prisão para inadimplemento alimentar. O Pacto, porém, é de 1969.

Posterior, e confrontando com o tratado, tem-se a CF/88 (artigo 5º, LXVII) que estabelece a prisão civil por dívida para dois casos: depositário infiel e devedor de alimentos.



A leitura mais detida da SV nº 25 nos remete à conclusão de que houve o prevailecimento de um tratado à norma do texto constitucional<sup>28</sup> e aí pode-se constatar a SUPRACONSTITUCIONALIDADE dos tratados de direitos humanos<sup>29</sup> frente à Constituição, conforme defendido acima.

## **7.2 Do regime jurídico quanto à eficácia e à aplicabilidade do direito ao desenvolvimento e a sua forma de tutela**

Neste tópico pretendemos analisar o regime jurídico quanto à eficácia e à aplicabilidade do direito ao desenvolvimento nas searas internacional e interna. Para tanto, visando instigar o leitor, fizemos um fluxograma inicial que segue abaixo, de modo que procuraremos desenvolver estas ideias a seguir.

---

<sup>28</sup> Quem fez toda essa digressão desenvolvida nos últimos 8 parágrafos incluindo o que citou o julgado de nº 87855 foi o professor e procurador regional da república Dr. Robério Nunes dos Anjos Filho em aulas ministradas no curso Federal Concursos nos meses de maio, junho, julho e agosto de 2011.

<sup>29</sup> Elival da Silva Ramos defende posição diversa no sentido de que “(...) não é possível haver dois regimes jurídicos distintos aplicáveis aos tratados internacionais, sob o prisma do procedimento e efeitos de sua incorporação ao ordenamento interno, emprestando-se tratamento privilegiado aos tratados sobre direitos humanos. Por mais intencionados que sejam, esquecem-se os festejados defensores dessa dicotomia que o primado dos direitos fundamentais da pessoa humana não prescinde dos instrumentos básicos do Estado de Direito e do funcionamento democrático das instituições estatais (...)”. (RAMOS, 2009. p. 188).





Na seara internacional, a principal indagação que se coloca é a seguinte: havendo omissão ou desrespeito de um Estado a um direito humano (e nesse caso especificamente ao direito ao desenvolvimento) como seria possível assegurar-se a aplicação deste direito?

Já afirmou-se anteriormente, que o direito ao desenvolvimento é um direito coletivo de 3ª dimensão, que representa assim a fraternidade.

Em sede do sistema global especificamente para a proteção dos direitos humanos, tem-se como principais diplomas a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que é composta dos Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos (1966) e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dos seus respectivos protocolos facultativos, e de outras Convenções, dentre os quais, citam-se as Convenções Internacionais Sobre Todas as Formas de Discriminação Racial; Sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher; Contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes etc.

Para a tutela dos direitos humanos, o sistema global dispõe da Corte Internacional de Justiça. Esta Corte possui previsão no artigo 66 da Convenção de Viena e foi regulamentada pelo Estatuto desta mesma Corte, que no artigo 38 estabelece sua competência material, e esta pode ser contenciosa ou consultiva.

Já no sistema regional, deve-se destacar a existência de três sistemáticas: americana, africana e europeia. Somente a sistemática americana será objeto estudo.

#### **a) Sistemática Americana de proteção dos direitos humanos**

É sabido que, recentemente, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (também chamada de Pacto de San José da Costa Rica) foi internalizada no direito interno pelo decreto nº 678/1992.

A Convenção Interamericana trouxe dentro da sua sistemática de tutela os seguintes órgãos de proteção: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (estabelecida nos artigos 33, 1º; 34 e seguintes) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (estabelecida nos artigos 33, 2º; 52 e seguintes).



O sistema de peticionamento perante a Corte Interamericana foi regulamentado pelo Pacto de San Salvador, e este dispõe que será objeto de análise perante aquela instituição, somente as violações ao direito sindical e à educação, nos termos dos seguintes comandos:

Artigo 19, 6. Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no **artigo 13**, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

#### Artigo 8 - Direitos sindicais

##### 1. Os Estados Partes garantirão:

a. O direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses. Como projeção desse direito, os Estados Partes permitirão aos sindicatos formar federações e confederações nacionais e associar-se às já existentes, bem como formar organizações sindicais internacionais e associar-se à de sua escolha. Os Estados Partes também permitirão que os sindicatos, federações e confederações funcionem livremente;

##### Artigo 13

##### Direito à educação

1. Toda pessoa tem direito à educação.

2. Os Estados Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm, também, em que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz.

3. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação:

a. O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente;

b. O ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;

c. O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;

d. Deve-se promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau;



e. Deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental.

4. De acordo com a legislação interna dos Estados Partes, os pais terão direito a escolher o tipo de educação a ser dada aos seus filhos, desde que esteja de acordo com os princípios enunciados acima.

5. Nada do disposto neste Protocolo poderá ser interpretado como restrição da liberdade dos particulares e entidades de estabelecer e dirigir instituições de ensino, de acordo com a legislação interna dos Estados Partes.

Assim, seguindo esta regra, o direito ao desenvolvimento não poderia ser questionado perante a Corte Interamericana.

No entanto, já existe jurisprudência deste mesmo órgão do sistema interamericano, dando interpretação ampliativa, de modo em que efetuou-se a análise de direitos sociais<sup>30</sup>.

Portanto, partindo da premissa da interrelacionalidade e indivisibilidade<sup>31</sup> dos direitos humanos, a Corte Interamericana vem reconhecendo os direitos sociais

---

<sup>30</sup> Aqui é importante citar-se dois precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Primeiro cita-se o caso Albán Cornejo e outros contra o Estado-parte do Equador**, trata-se de suposta negligência médica em hospital particular, em que a vítima deu entrada no hospital com suposto quadro de meningite bacteriana, vindo assim a ser medicada, inobstante a isso, culminou em óbito no dia seguinte, provavelmente em decorrência do medicamento prescrito. Ocorre que, segundo relata o julgado, o Poder Judiciário do Equador reconheceu a prescrição da ação penal em de um dos responsáveis, sendo que quanto ao outro médico, a ação penal estava, à época, ainda em trâmite. Neste julgado a Corte julgou ser parcial a responsabilidade do Estado e decidiu o caso com fundamento na **proteção à integridade física** (em virtude da omissão estatal, mas em detrimento do direito à vida, por entender que a responsabilidade por essa violação deveria ser movida em outra via responsabilizatória), à **liberdade de pensamento e de expressão** (para assegurar à família o direito de saber o conteúdo do laudo médico), à **proteção da família e à obrigação de respeito aos direitos contidos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos**. (Corte Interamericana de Direitos humanos. Denúncia nº 12.406. Laura Albán Cornejo e Equador. 22. set. 2007). Em **segundo lugar**, insta mencionar o caso **Villagran Morales contra o Estado-parte da Guatemala** (*Street Children case*, 1999), em que este Estado foi condenado pela Corte, em virtude da impunidade relativa à morte de 5 (cinco) crianças, brutalmente torturadas e assassinadas por policiais nacionais da Guatemala, tendo sido reconhecida a lesão aos artigos 4º da Convenção (**direito à vida**); 5º, incisos 1 e 2 (**direito à integridade física**); 19 (**direitos da criança**) e 8º combinado com o artigo 25 (**garantias judiciais**), além de violações ao Tratado de Proibir e Punir a Tortura. (Corte Interamericana de Direitos humanos. Denúncia nº 11.383. Anstrum Villagrán Morales e outros e República da Guatemala. 19. nov. 1999). Nestes dois julgados **reconheceu-se a existência de lesão a direitos sociais diversos daqueles que a Corte Interamericana, em tese, teria competência para apreciar**, quais sejam, o direito sindical e direito à educação. Disponíveis em: <<http://www.corteidh.or.cr/expedientes.cfm>>. Acesso em: 6 out. 2011.

<sup>31</sup> Vide tópico 1 do presente trabalho.



como possíveis objetos de análise, embora o Protocolo de San Salvador tenha sido mais restritivo.

**Entende-se aqui um ponto fulcral de questionamento: diante das características dos direitos humanos da interrelacionalidade e indivisibilidade, seria possível que a Corte Interamericana de Direitos Humanos também possa analisar questionamentos relativos ao descumprimento por parte dos Estados-parte de direitos coletivos (dentre eles o próprio direito humano ao desenvolvimento)?**

Ousa-se responder afirmativamente.

Tomando por base as jurisprudenciais mencionadas anteriormente (julgado de nº 87855; comentado pelo Dr. Robério Nunes dos Anjos Filho em aulas ministradas no curso Federal Concursos nos meses de maio, junho, julho e agosto de 2011), pode-se argumentar que, o direito ao desenvolvimento possui total relação com os direitos estabelecidos no Protocolo de San Salvador, uma vez que, a implementação de políticas públicas educacionais certamente são um fim para que se alcance o desenvolvimento humano e por consequência seja assim atingida a dignidade da pessoa.

Como exemplo, pode-se mencionar a implementação de políticas públicas de criação de quadras poliesportivas, já que, dentro de um contexto educacional, é possível se possibilitar o desenvolvimento humano daqueles que buscam esse tipo de inclusão, fazendo assim com que a sua dignidade seja preenchida.

O presente caso, encontra-se diante do que a professora Flávia Piovesan<sup>32</sup> chamou de “*aplicação do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, especialmente para a proteção de grupos socialmente vulneráveis*”.

Ora, as classes menos favorecidas são grupos socialmente vulneráveis, assim, é certo que a análise da omissão do poder público quanto ao respeito do direito ao desenvolvimento como corolário para que se alcance a potencialidade dessas pessoas e por consequência, seja completada a dignidade humana de cada

---

<sup>32</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais: proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/arquivos/00000122-reid-5-05-flavia.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2011.



uma dessas pessoas, nos parece que seria possível essa técnica da “*aplicação do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, especialmente para a proteção de grupos socialmente vulneráveis*” no entanto, para que seja feita a aplicação progressiva de DIREITOS COLETIVOS. A própria Defensoria Pública pode provocar a Corte para que esta seja instada a se manifestar sobre o tema. Neste sentido, a Lei Complementar nº 80/94 estabelece expressamente:

Art. 4º, LC 80/1994. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos;

O art. 4º, inciso VI, da LC 80/94 alterado pela LC 132/2009 é expresso em assegurar tal legitimidade.

Desta feita, o espectro de proteção aos direitos humanos no cenário internacional tem como sustentação tanto a Corte Internacional de Justiça quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e quanto a isso, é importante destacar a legitimidade da defensoria pública para perante a segunda.

### **7.2.2 A eficácia e forma de proteção dos direitos fundamentais em seara interna**

Em sede de proteção interna, o direito ao desenvolvimento possui natureza de direito fundamental, e se ampara em diversos comandos da CF/88.

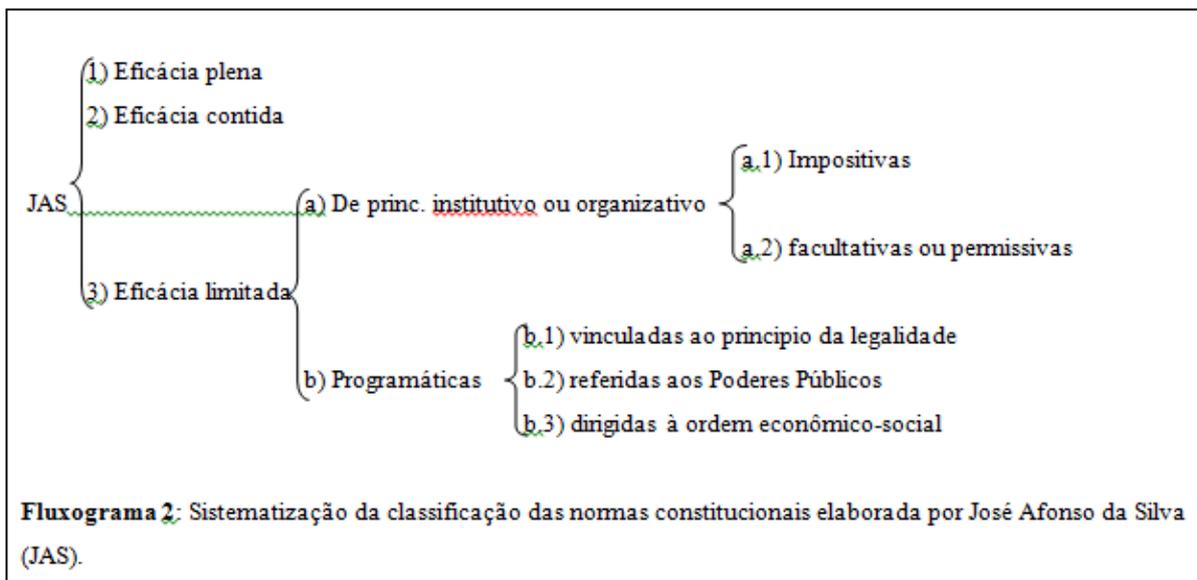
Assim, resta investigar, seguindo a clássica orientação de José Afonso da Silva, se este direito fundamental seria uma norma constitucional de eficácia plena, contida ou limitada.

Entende-se que o direito ao desenvolvimento é uma norma de eficácia limitada, e segundo José Afonso da Silva (2003, p. 147)<sup>33</sup>, estas se dividem em normas de princípio institutivo e ou normas programáticas.

<sup>33</sup> Adotamos a classificação feita por José Afonso da Silva, mas aproveitamos o ensejo para ressaltar que existem outras formas classificatórias elaboradas pela doutrina, dentre elas, a formulada por Luis Roberto Barroso que também reconhece a existência de normas

Descendo a fundo nos ensinamentos de José Afonso da Silva, pode-se ver que ele ainda identifica uma nova subdivisão para as normas programáticas: a) normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade; b) normas programáticas referidas aos Poderes Públicos e c) normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social.

Visando facilitar a compreensão quanto à classificação construída por José Afonso da Silva, elaborou-se o fluxograma abaixo:



Por ser o direito a uma norma constitucional limitada programática, ele se classifica como uma norma programática destinada aos poderes públicos, já que, dentro delas, José Afonso da Silva insere, os já citados, artigos 21, inciso X e 218, da CF.

constitucionais programáticas (mas com características diversas das pensadas por José Afonso), dentre aquelas que integram a classificação criada por ele, e prossegue distinguindo quanto à existência de normas constitucionais de organização e das normas constitucionais definidoras de direitos (BARROSO, 2009, p. 196). Já Maria Helena Diniz as classifica da seguinte forma: eficácia absoluta ou supereficazes; eficácia plena; eficácia relativa restringível e com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa (*apud* LENZA, p. 141). Também é importante citarmos a doutrina tradicional que classifica as normas em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis.



Feita a distinção, é certo que a CF/88 é dirigente, e, por isso, elenca um rico rol de direitos e garantias fundamentais.

Identificado esse primeiro ponto, ou seja, o fato do direito ao desenvolvimento se caracterizar como norma limitada programática referida ao poder público, e com olho nas lições de José Afonso da Silva (2003, p. 164), passa-se a analisar, as características das normas programáticas, seguindo a doutrina deste jurista, que de forma sintética assim as caracteriza:

- a) Normas que estabelecem um dever para o legislador ordinário;
- b) Normas que condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;
- c) Informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;
- d) Possuem sentido teleológico para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- e) Condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;
- f) Criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem.

Primeiramente, é importante ressaltar que, o artigo 5º, § 1º, CF/88, estabelece o seguinte regime jurídico para as normas constitucionais fundamentais: elas possuem uma presunção relativa de aplicabilidade imediata e plena eficácia.

Neste ponto se faz necessário se distinguir eficácia de aplicabilidade, e para tanto, nos valeremos das preciosas lições de Carlos Maximiliano (*apud* SILVA, 2006, p. 51):

(...). Aplicabilidade exprime uma possibilidade de aplicação. Esta consiste na atuação concreta da norma, 'no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano'.

Mais à frente em sua obra, José Afonso (SILVA, 2003, p. 60) afirma que “uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz” e conclui que “eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos”, mas as distingue da seguinte forma: “a eficácia se relaciona com a potencialidade e a aplicabilidade está relacionada à realizabilidade”.



Ocorre que José Afonso (SILVA, 2003, p. 65) vai além e nos ensina que a eficácia pode ser: a) social e b) jurídica.

Porém, por mais referendada que seja a doutrina de José Afonso da Silva, não é possível investigar este tema com base em somente uma obra e ao consultar-se os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 208), descobre-se que o autor aponta o dissenso doutrinário a respeito dos seguintes termos: vigência, validade, existência e eficácia, mas no que tange à noção de existência e de validade da norma o autor (SARLET, 1998, p. 209) “opta por identificar a noção de existência com a de vigência da norma (se aproximando do entendimento de Meirelles Teixeira e de José Afonso da Silva)”, apontando a ressalva de que “a vigência não se confunde com a validade” e neste ponto ele se curva aos ensinamentos de Luis Roberto Barroso”, eis que, Barroso (SARLET, 1998, p. 208) entende que a validade é a “conformação do ato normativo aos requisitos estabelecidos no ordenamento quanto à competência, forma, licitude e a possibilidade de seu objeto”.

Assim prossegue Sarlet (1998, p. 210)<sup>34</sup>:

Do que até agora foi exposto, deduz-se que as noções de aplicabilidade e eficácia jurídica podem ser consideradas na verdade, as duas faces da mesma moeda, na medida em que uma norma somente será eficaz (no sentido jurídico) por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade. Assim, sempre que dizemos referencia ao termo ‘eficácia jurídica’, fá-lo-emos abrangendo a noção de aplicabilidade que lhe é inerente e dele não pode ser dissociada.

Ingo Sarlet (1998, p. 265) ao tratar a respeito das normas programáticas afirma que no seu entender “(...) as normas constitucionais de cunho programático” podem ser “(...) normas programa, normas-tarefa, normas-fim, imposições legiferantes (...)”.

Sarlet (1998, p. 265) entende que as normas programáticas “também são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político (...)”.

<sup>34</sup> Sobre o tema, Sarlet ainda pontua a doutrina divergente de Eros Roberto Grau, e para tanto, direcionamos o leitor à consulta da pagina 211 da já citada obra.



Em sua obra Ingo afirmando fundamentação em doutrina majoritária, lista as eficácias que as normas programáticas definidoras de direitos fundamentais possuem:

- a) Acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental e, por via de consequência, sua desaplicação, independentemente de sua declaração de inconstitucionalidade (...).
- b) Contém imposições que vinculam o legislador, no sentido que este não apenas está obrigado a concretizar os programas, tarefas, fins e ordens, mas também que o legislador, ao cumprir seu desiderato, não pode afastar-se dos parâmetros preestabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações (...).
- c) (...) impõe a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais, isto é, caso contrários ao sentido dos princípios e regras contidos nas normas que os consagram.
- d) Os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e normas infraconstitucionais), já que contém princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica, resultando, ainda neste contexto, no condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário (...).
- e) Os direitos fundamentais a prestações – mesmo os que reclamam uma *interpositio legislatoris* – geram sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva, tomando-se esta, consoante assinado alhures, em um sentido amplo, e não restrita à concepção de direito subjetivo individual a determinada prestação estatal (...).

É importante também trazer-se à baila as lições de Maria Helena Diniz, cuja classificação quanto às normas constitucionais já fora citadas na nota de rodapé nº 52, e esta já foi, inclusive, objeto de citação em julgado do STF<sup>35</sup>, ao analisar as normas não auto-aplicáveis (classificação adotada pela doutrina clássica e qual já fora mencionada acima, vide nota 41), citou a doutrina do efeito paralisante das normas constitucionais, de modo que, transcreve-se abaixo este ensinamento:

2.4 Aliás, no tocante ao caráter da norma constitucional em exame, cumpre consignar que o fato de não ser auto-aplicável, ou seja, de não poder produzir efeitos positivos, enquanto não regulamentada, não significa que produza efeitos negativos até a complementação legislativa. A Administração Pública, ao exonerar a servidora por tal fundamento, acabou conferindo efeitos negativos ao texto constitucional. As normas não-auto-aplicáveis outorgam direitos ao indivíduo, porém postergam sua eficácia

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **211301**. Estado do Rio Grande do Sul e Vania Maria Dias de Freitas.



plena a regramento infraconstitucional posterior. Tal característica da norma, contudo, não lhe retira a eficácia relativa, isto é, a Lei Maior garante relativamente o direito. É bem verdade que tal circunstância implica ausência de efeitos positivos. Porém, confere efeitos concretos que inibem a aplicação de normas contrárias ao direito relativamente conferido. É o que a doutrina denomina de **eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis com o texto constitucional**. Nesse sentido, vale transcrever os comentários inseridos na obra de Alexandre de Moraes (Direito Constitucional, 6. ed., pág. 40), ao narrar a nova classificação das normas constitucionais, proposta por Maria Helena Diniz:

Novamente vale-se dos ensinamentos de Ingo Sarlet (1998, p. 235-248) que assevera o fato do artigo 5º, §1º, CF/88, trazer em si uma “PRESUNÇÃO RELATIVA de que são normas de eficácia plena ou no máximo contidas e não de que são normas de eficácia limitada”. Ocorre que, em sendo uma presunção relativa, deve-se reconhecer que existem exceções, e diante das hipóteses excepcionais, desde que fundamentadamente, o Estado pode não atribuir-lhe eficácia imediata.

Inobstante a isso, o constituinte trouxe no texto da CF/88 dois instrumentos destinados a sanar as omissões inconstitucionais: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO) e b) Mandado de Injunção (MI).

Por conseguinte, apesar do art. 5º, §1º, CF/88, falar que a eficácia é imediata, em casos extremos, a eficácia não é imediata, o que demanda um agir do legislador. No entanto, essas são situações extremas, de modo que, sempre que possível deve-se dar aplicação imediata a tais normas.

Assim, transcrevemos suas lições a respeito do tema:

(...) Para além disso (e justamente por este motivo), cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de **gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata** das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá ser necessariamente fundamentada 88, presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais, que, como visto, nem por isso deixarão de ser imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, na medida em que não reclamarem uma *interpositio legislatoris*, além de gerarem - em qualquer hipótese - uma eficácia em grau mínimo. Isto significa, em última análise, que no concernente aos direitos fundamentais a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de princípio geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto. (grifos inseridos pelo autor)

E continua o professor:



(...) aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, **outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade,** um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição (...) (grifos nossos)

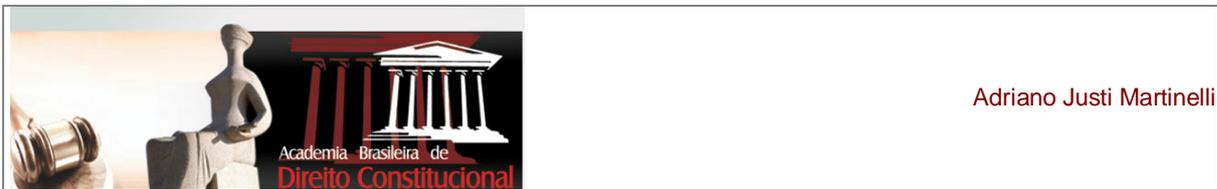
Por fim, Ingo Sarlet menciona inclusive posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito:

(...) Em que pese a argumentação vitoriosa, conduzida pelo culto voto do Relator, Ministro Celso de Mello, entendemos ser questionável, o ponto de vista adotado, já que, inexistindo, no caso, qualquer obstáculo (como a inexistência de recursos, a necessidade de implementar programas sociais ou econômicos, etc.), a não ser a remissão expressa ao legislador, não haveria justificativa idônea a afastar a presunção da aplicabilidade imediata e plenitude eficaz consagrada no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição. E justamente neste particular - do que dá conta o exemplo referido - que a posição ora sustentada se afasta (no sentido de ir além) das concepções mais tímidas a respeito da aplicabilidade imediata das normas que versam sobre direitos fundamentais, sem recair no extremo oposto, isto é, na desconsideração da existência – ainda que em caráter excepcional – de hipóteses em que não há como dispensar uma concretização pelo legislador.

Outrossim, o direito ao desenvolvimento é uma norma programática que possui ao menos uma eficácia mínima, reside justamente no efeito paralisante, qual seja, de declarar a inconstitucionalidade de qualquer que com ela venha a conflitar, em qualquer espécie de controle de constitucionalidade.

O regime jurídico no âmbito constitucional dos direitos fundamentais não se resume somente ao artigo 5º, §1º, CF/88, assim, é importante também asseverar que em sendo o direito ao desenvolvimento um direito fundamental, esta norma constitucional **TAMBÉM SERVE COMO PRECEITO FUNDAMENTAL**<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal pode ser constatado na ementa da ADPF-MC 33: (...). Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade. Densidade normativa ou significado específico dos princípios fundamentais. (...) 9. Cautelar confirmada. (ADPF 33 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2003, DJ 06-08-2004 PP-00020 EMENT VOL-02158-01 PP-00001).



Além do controle concentrado de constitucionalidade, há que se ponderar que no ordenamento jurídico pátrio, os direitos fundamentais (e isso também se aplica ao direito ao desenvolvimento), podem ser tutelados de duas outras formas: a) por meio das ações coletivas (em sentido amplo), tendo em vista a existência de um microsistema de tutela coletiva<sup>37</sup>, ou b) por meio das ações individuais.

Em síntese, o direito ao desenvolvimento, por **se tratar de direito humano**, possui status SUPRACONSTITUCIONAL, e **em sede de direito interno**, em decorrência do seu status constitucional, é NORMA FUNDAMENTAL que goza de presunção relativa de aplicabilidade imediata e de plena eficácia.

## 8 DA RECENTE ALTERAÇÃO DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93: APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO?

Recentemente, ocorreu a alteração da Lei Federal nº 8.666/93, diploma normativo federal que trata das licitações públicas, de modo que o seu artigo 3º foi alterado pela Lei Federal nº 12.349/2010, passando a dispor da seguinte redação:

**Art. 3º, Lei 8666/93.** A licitação destina-se a garantir a **observância do princípio constitucional** da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração **e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (grifos nossos)

O artigo 3º, em sua redação original trazia como finalidades da licitação, segundo a doutrina: a) selecionar a melhor proposta para o poder público e b) dar atendimento ao princípio da impessoalidade, para que qualquer um que preencha os requisitos possa contratar com o poder público.

<sup>37</sup> O microsistema processual e material de tutela coletiva existente no ordenamento brasileiro é composto de diversos diplomas normativos, dentre os quais pode-se destacar: Lei da Ação popular (Lei Federal nº 4.717/65); Lei Federal nº 6938/81; Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347/85); Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90); Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90); Estatuto do Idoso (Lei Federal nº 10.741/2003); dentre outros comandos normativos.



No entanto, a mencionada alteração realizada em 2010 teve o condão de incluir também dentre as finalidades a de “promover o desenvolvimento nacional sustentável”.

Esse desenvolvimento nacional sustentável é aferível nos parágrafos 5º e seguinte do art. 3º alterado pela lei 12.349/2010.

Denis Borges Barbosa<sup>38</sup>, em artigo analisando a nova lei afirma, com base no item 6 da exposição de motivos do executivo, que:

Embora a Lei 12.349/2010 não defina normativamente qual “desenvolvimento” seria o objeto do estímulo do poder de compra do estado, parece claro que o desenvolvimento econômico e, em particular, tecnológico seria um de suas vertentes principais.

Desta forma, o ordenamento jurídico pátrio, em que pese as críticas que já se formam ou que venham a ser construídas, é certo que, partindo-se da presunção de constitucionalidade das normas, tem-se mais um diploma (a exemplo de outros, tal qual, o Estatuto da Cidade, plasmado na Lei Federal nº 10.257/2001), que certamente será de grande valia (desde que, aplicado corretamente) para impulsionar o desenvolvimento brasileiro,

## CONCLUSÃO

O direito humano e fundamental ao desenvolvimento possui múltiplas frentes de irradiação podendo abranger os aspectos sociais, econômicos e humanos.

Como analisado, o direito ao desenvolvimento pode ser objeto de tutela tanto em seara internacional quanto interna, e isso reforça a sua importância.

Demonstrou-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem permitindo a análise de direitos sociais, e em decorrência da intergeracionalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, concluiu-se pela possibilidade do direito ao desenvolvimento também poder ser submetido a esta Corte.

---

<sup>38</sup> BARBOSA, Denis Borges. Licitação como instrumento de incentivo à Inovação: o impacto da Lei 12.349/2010. Disponível em: <[http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/poder\\_compra\\_licitacao\\_instrumento\\_incentivo\\_inovacao.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/poder_compra_licitacao_instrumento_incentivo_inovacao.pdf)>. Acesso em: 01 de set. 2011.



Ademais, com lastro em amplo conteúdo doutrinário, pode-se concluir que em âmbito interno, o direito ao desenvolvimento, por se tratar de direito fundamental é uma norma que possibilita o efeito paralisante perante outras normas e dentre outros efeitos, possibilita inclusive a sua adoção como preceito fundamental em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Identificou-se no ordenamento pátrio recente comando normativo que é apontado pela doutrina como positivação do direito ao desenvolvimento.

Por fim, citou-se entendimento doutrinário que indica os principais desafios para o direito ao desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AMARAL JUNIOR, Alberto (Org.). **Direito internacional e desenvolvimento**. São Paulo: Manole, 2005.

BARBOSA, Denis Borges. **Licitação como instrumento de incentivo à Inovação: o impacto da Lei 12.349/2010**. Disponível em: <[http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/poder\\_compra/licitacao\\_instrumento\\_incentivo\\_inovacao.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/poder_compra/licitacao_instrumento_incentivo_inovacao.pdf)>. Acesso em: 01 de set. 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Sociedade, desenvolvimento e liberdade: conectando o pensamento econômico de Amartya Sen com o princípio jurídico-penal da co-culpabilidade. **IBCCRIM**, ano 15, n 184, p. 9-10, mar. 2008.

CAVALCANTE, Priscila. **O sistema internacional de cooperação ao Desenvolvimento: uma reflexão acerca das políticas de ajuste estrutural e a transição da assistência técnico-financeira à cooperação humana**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/priscila\\_da\\_mata\\_cavalcante2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/priscila_da_mata_cavalcante2.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2011.

ESPIELL, Hector Gross. El Derecho al Desarrollo como un Derecho Humano. **Revista de Estudios Internacionales**, Número 1, janeiro-Março de 1980.

FIGUEIREDO, Ivanilda. **Algumas considerações sobre o direito fundamental ao desenvolvimento humano e o projeto de lei de responsabilidade fiscal e social**. Disponível em: <[http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Figueiredo\\_n32.pdf](http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Figueiredo_n32.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2011.



GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais:** valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? Disponível em: <<http://sare.unianhanguera.edu.br/index.php/rdire/article/viewPDFInterstitial/895/625>>. Acesso em: 01 set. 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Método.

MAURIEL, Ana Paula Ornellas. **Desenvolvimento humano e proteção social em um contexto de crescente interdependência**. Coleção relações internacionais e globalização.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 2. ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

MELLO, Celso Albuquerque. O § 2º do art. 5º da constituição federal. *In: Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORALES, Patricia. UNESCO's Philosophy of "intellectual and moral solidarity" in attaining peace. Disponível em: <<http://www.onlineunesco.org/UNESCO%27s%20Philosophy.html>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Do Estado mínimo ao Estado regulador. Uma visão do Direito Econômico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1968, 20 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11990>>. Acesso em: 22 set. 2011.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. **Direito ao desenvolvimento como direito fundamental**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel\\_messias\\_peixinho.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf)>. Acesso em: 24 ago. 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, Vol.14, n.16 (2010).

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais: proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. **Revista Internacional Direito e Cidadania**. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/arquivos/00000122-reid-5-05-flavia.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2011.

PIOVESAN, Flávia. **II Colóquio Internacional de direitos humanos**, São Paulo, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SENGUPTA, Arjun. **O Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano**. Disponível em: <[http://ww1.psd.org.br/opartido/ltv/revista/revista\\_02/p7292\\_o\\_direito.pdf](http://ww1.psd.org.br/opartido/ltv/revista/revista_02/p7292_o_direito.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2011



SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos e os interesses transindividuais**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/congresso/Tese3.doc>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



# ASPECTOS POLÍTICOS E SOCIAIS DA ADOÇÃO INTERNACIONAL<sup>1</sup>

## SOCIAL AND POLITICAL ASPECTOS OF INTERNATIONAL ADOPTION

*Caroline Alessandra Taborda dos Santos<sup>2</sup>*

### Resumo

O presente trabalho teve como objetivo abordar os aspectos políticos e sociais que norteiam a adoção internacional. Para tanto, foram realizados estudos jurídicos e sociais por meio de consulta a jurisprudências, doutrinas e leis, além de pesquisa de campo: entrevista com colaboradores e fundadores do CEJA/PR. O presente estudo resultou na análise de como os organismos sociais podem interferir no resultado prático das adoções internacionais.

**Palavras-chave:** Adoção. Internacional. Sociedade. SSI. CEJA/PR.

### Abstract

The paper had as its objective the approach of social and political aspects that surround international adoption. As such, it analyses legal and social studies by means of consultation of jurisprudence, doctrines and laws, as well as field studies: interviews with participants and founders of CEJA/PR. The present study resulted in the analysis of how social organisms may interfere in the practical outcome of international adoptions.

**Keywords:** Adoption. International. Society. SSI. CEJA/PR

## INTRODUÇÃO

A arte e a cultura rompem fronteiras, pondo os Estados em contínuo intercâmbio. Para a manutenção das bases criadas, o Estado terá sempre a necessidade de ampliar e intensificar as suas relações com os demais sujeitos do Direito Internacional.

Neste diapasão é que o presente estudo pretende mostrar que a adoção internacional repercute não apenas na família adotante, mas também numa

<sup>1</sup> Artigo submetido em 29/05/2013, pareceres de aprovação em 30/07/2013 e 02/08/2013, aprovação comunicada em 07/10/2013.

<sup>2</sup> Advogada, bacharel em Direito pela PUC/PR, Pós-graduada pela EMAP/PR. E-mail: <caroline.taborda@hotmail.com>.



conscientização social de sua finalidade, seu reflexo na sociedade em que vivemos e na qual desejamos viver.

E, para o melhor desempenho deste instituto, entram em cena os organismos de regulação e proteção, como é o caso do Serviço Social Internacional e das Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção.

Ainda, será apresentado o quadro de adoções internacionais no Estado do Paraná entre os anos de 2005 a 2010, como resultado da atuação social e política, além da jurídica, no instituto da Adoção Internacional.

## **1 ASPECTOS POLÍTICOS E SOCIAIS DA ADOÇÃO INTERNACIONAL**

O Direito é visto como um produto da sociedade, em consequência, a sociedade é tanto um fenômeno jurídico, como também social. Celso Mello em um trecho do Capítulo I – A Sociedade Internacional, do Curso de Direito Internacional, disserta sobre o Direito como um produto da sociedade:

A sociedade internacional dos nossos dias é completamente diversa da do século anterior em virtude de um fator principal: os Estados compreenderam que existem certos problemas que não podem ser resolvidos por eles sem a colaboração dos demais membros da sociedade internacional. (...) Os direitos do homem se internacionalizam. As organizações internacionais, especialmente as de aspecto social, visam satisfazer as suas necessidades. (...) Estes são os principais entes que atuam na vida internacional, mas, ao lado deles, forças culturais, econômicas e religiosas influem ou influenciaram a sociedade internacional.

As forças culturais se manifestam pela realização de acordos culturais entre os Estados, na criação de organismos internacionais destinados à cultura e aproximação entre os Estados (MELLO, 2004, p. 53).

Neste aspecto social do direito, devemos também observar o conteúdo social da adoção, além de sua definição no mundo jurídico. Para o doutrinador Paulo Nader, o conteúdo social da adoção não é superado por nenhum instituto jurídico:

Mais do que uma relação jurídica, constitui um elo de afetividade, que visa a substituir, por ato de vontade, o geneticamente formado pela natureza. Sob o ângulo moral, a adoção apresenta um componente especial, nem sempre presente na procriação: a paternidade desejada. Qualquer que seja a motivação íntima, a adoção deve ser um ato de amor, propósito de envolver o novo ente familiar com igual carinho e atenção dispensados ao filho cosanguíneo. (NADER, 2006, p. 373)



Ao tratar, especificamente, da adoção internacional, vislumbrando os fenômenos sociais, no início do século XX foi possível constatar a movimentação de crianças, principalmente entre países do Primeiro e do Terceiro Mundo, em que a alta taxa de desenvolvimento cumulada com a baixa taxa de natalidade e, a alta taxa de natalidade somada com a baixa taxa de desenvolvimento, unidas trouxeram como resultado a adoção entre esses países.

No entendimento de Jane Prestes (1998, p. 32) este movimento foi decorrente de dois fenômenos:

O primeiro refere-se a países europeus, ou mesmo aos Estados Unidos da América ou Canadá, onde existem programas amplos de planejamento familiar, os abortos são legalizados e as mães solteiras não entregam seus filhos em adoção, face à existência por parte da sociedade e mesmo da legislação de maior aceitação e proteção a ambos. O segundo fenômeno envolve crianças e/ou adolescentes abandonados, com deficiência ou outros impedimentos, que necessitam de uma inserção familiar, mas que face às questões sociais e legais, e mesmo culturais, não se encontram incluídas nos projetos de adoção de pessoas nacionais.

Neste aspecto, importante é o papel exercido pelo Serviço Social Internacional - SSI, objetivando uma melhora na proteção social e legal das partes envolvidas em adoção internacional. Desde a sua fundação em 1921, sem fins políticos-partidários e como Agência Social, intervém nos supracitados fenômenos social que circundam países envolvidos em adoção, assegurando a colaboração e coordenando as agências de adoção (PRESTES, 1998, p. 32-33).

Os esforços do Serviço Social Internacional e da União Mundial de Proteção à Infância, na proteção e prevenção de consequências danosas, colaboraram para o Seminário Europeu sobre Adoção entre países (Seminário de Leysin), realizado em Leysin, Suíça, em maio de 1960, promovido pelo Escritório Técnico da ONU e Governo Suíço (PRESTES, 1998, p. 33). Neste Seminário a problemática da adoção entre países foi estudada com enfoque no aspecto social e cultural, onde foram estabelecidos princípios básicos que estão inseridos nos documentos internacionais que regulam a adoção. Os esforços do Serviço Social Internacional também estiveram presentes na Convenção de Haia, objetivando uma proteção social às crianças a ser realizados através de maior atuação das autoridades públicas e de organizações qualificadas.



Além do retrato histórico da busca por qualidade e eficácia de medidas protetoras da adoção internacional, observar o país de origem da criança, assim como o de destino para obter informações detalhadas no processo de seleção de família, acompanhamento e supervisão no período do estágio probatório (dois anos) e a validade da adoção entre os países, são importantes detalhes a serem exauridos.

O contato e a troca de informações entre as agências de adoção, assim como o conhecimento dos antecedentes, além dos fatores ambientais e sócio-culturais são de suma importância para a seleção da criança e da família.

Nesta seara, comprometidos com o desenvolvimento das crianças e adolescentes como cidadãos e preservando sua dignidade, cuida da inserção social, seja no Brasil como no estrangeiro e evidenciando, assim, sua proteção, estão as atuais Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção – CEJA, que contam com a colaboração de psicólogos e assistentes sociais.

Seguindo a linha programática do Serviço Social Internacional, Jane Prestes Coordenadora técnico-administrativa e assistente social da CEJA/PR explica que a CEJA Paraná intervém na adoção dialogando com pessoas internacionais que requerem sua inscrição, orientando os representantes das agências conveniadas, de forma a refletir sobre as expectativas evidenciadas, dando uma visão realista; exame minucioso dos relatórios técnicos e da documentação apresentada pelos países de origem dos candidatos a pais adotivos, emitindo os respectivos pareceres; estudo aprofundado não só da legislação, mas dos aspectos sócio-culturais e das motivações étnicas e sociais, objetivando os convênios a serem firmados com entidades internacionais; o cadastramento de crianças e candidatos a adotar em um sistema central e unificado, a preparação individual e documental de crianças adotáveis, com histórico de vivência institucional em Obras Particulares, abrangendo o diagnóstico bio-psico-social e a elaboração de laudos, do histórico da vivência das crianças inclusive institucional, preparando um dossiê da criança em que conecta três planos da formação do processo de identidade: Psicológico, Psicossocial e Psico-Histórico (PRESTES, 1998, p. 38).

O enfoque social das entidades de adoção, nos termos de Jane Prestes (1998, p. 39), se constitui:



em procedimentos metódicos de um processo de ajuda psicossocial, desenvolvido num diálogo, a partir do qual ocorrem transformações inerentes às experiências humanas. O processamento de transformação pela intervenção social intenciona provocar mudanças no crescimento e desenvolvimento da pessoa, grupos ou comunidades que se traduzem em modificações no *movimento do serão-mais-ser*.

Participa do aspecto social da adoção não só os parâmetros para que ela ocorra de forma a satisfazer os interesses do menor abandonado e dos pais adotante, sem desvios de finalidade, mas principalmente analisar o bem estar familiar da infância a fim de prevenir abandonos. A inadequada educação de crianças e adolescentes decorre, muitas vezes, de problemas econômicos, que necessitam de intervenção das autoridades nacionais e internacionais, com o objetivo de propiciar programas de proteção à mãe e à criança (PRESTES, 1998, p. 39).

Ainda, conforme entendimento de Paulo Nader (2006, p. 374), “é fundamental a organização de mecanismos de proteção e estímulos ao desenvolvimento saudável de menores, sob pena de comprometimento da paz social”.

Luiz Carlos Barros Figueiredo salienta que a adoção não é um ato caritativo, nem resolve as mazelas sociais de países; a adoção é dar a possibilidade de dar uma família a quem não a tem. Além de que não se busca melhor criança para a família e sim, a melhor família para a criança (FIGUEIREDO, 1998, p. 19).

E além de atender os interesses particulares, como a carência afetiva dos pais e proporcionar uma família substituta ao destituído do poder familiar, para Paulo Nader, a adoção atende também os interesses da própria sociedade “pois crianças e adolescentes desamparados, sem uma lar que lhes proporcione ambiente e condições indispensáveis ao crescimento físico e moral, é um problema a desafiar a solidariedade coletiva.” (NADER, 2006, p. 374).

O desejo pela maternidade, sucumbida por motivos genéticos ou externos, assim como o uso de menores estrangeiros para o trabalho barato, são motivos, dentre os mais variados, que trazem à história da humanidade um terrível capítulo recheado de infrações aos direitos humanos de crianças e, muitas vezes, de seus familiares.



Não obstante a tutela aos direitos humanos, que são direitos fundamentais do ser humano e encontram-se enumerados na Declaração Universal de 1948, abrangentes de Direitos civis e políticos, Direitos econômicos, sociais e culturais, e os Direitos de solidariedade (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, p. 462)<sup>3</sup>, foi necessário um reconhecimento político e social de uma proteção especial, principalmente da criança, a fim de combater, ou ao menos restringir ao máximo, práticas delituosas.

Desta feita, observados os fatores políticos e sociais que norteiam a adoção internacional, vejamos a realidade da adoção internacional dentro do Estado do Paraná.

## 2 CASOS DE ADOÇÃO INTERNACIONAL NO PARANÁ DURANTE OS ANOS DE 2005-2010

Após a criação e instalações das CEJA's, a partir do ano de 1989, foi possível realizar além dos cadastros de pretensos adotantes e de menores prontos para a adoção, o armazenamento dos dados referentes à vida pregressas desses menores. Este banco de dados é de suma importância para que o adotado, querendo, possa exercer seu “direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos (art. 48, ECA).

Assim, uma vez que todas as adoções são registradas é possível ter conhecimento do número de adoções realizadas por Comarca, bem como a quantidade total de crianças adotadas no exterior e ainda, quantas adoções foram realizadas sendo levados grupos de irmão.

No Estado do Paraná, desde a instalação da CEJA, em 1989, até o ano de 2010 foram realizadas 970 adoções internacionais, envolvendo 1.528 crianças, sendo que 192 dessas adoções foram realizadas durante o período de 2005 até 2010, proporcionando nova família a 402 crianças e adolescentes. Os países

<sup>3</sup> Explica o referido autor que os direitos de solidariedade seriam, por exemplo, o direito do homem a ambiente sadio e, ao citar René Cassin (Les droits de l'homme, RDCADI, 1974, t.140, p.321-332), salienta que “a tese de que a proteção dos direitos humanos deveria ser ampliada, a fim de incluir o direito a meio ambiente sadio, isto é, livre de poluição, com o correspondente direito à água e ar puros”.



adotantes neste lapso temporal são Itália, França, Estados Unidos da América, Canadá, Luxemburgo, Holanda, Espanha e Alemanha. E dentre eles, o país que mais realizou adoções foi a Itália com 100 adoções e levando 186 crianças, destacando que as adoções foram realizadas anualmente.

Em contrapartida, os países que menos adotaram foram Luxemburgo e Espanha, que realizaram apenas uma adoção, envolvendo uma única criança, realizadas, respectivamente nos anos de 2006 e 2009.

Delimitando a pesquisa entre os anos de 2005 e 2010, na Comarca de Curitiba/PR, vislumbra-se que foram adotadas 124 crianças, em 63 procedimentos de adoção realizados. Neste período o número de grupos de irmãos adotados em conjunto foi de 28 em 2005, 27 em 2006, 25 em 2007, 26 em 2008, 13 em 2009 e de apenas 10 em 2010.

Outro dado a ser observado é a faixa etária das crianças/adolescentes adotados nos últimos cinco anos no Paraná. Entre zero e três anos de idade foram adotadas 54 crianças, entre quatro e sete anos foram 133 adotados, entre oito e onze anos foram 179 adotados, entre doze e quinze anos foram 44 adotados e apenas quatro adoções realizadas com crianças maiores de quinze anos.

A Itália, além de se destacar como o país que mais adota no Brasil, destaca-se por adotar anualmente. Nas estatísticas do CEJA/PR este país se mostra atuante e, no ano de 2011, realizou a adoção conjunta de três diferentes famílias que juntas adotaram um grupo com cinco irmãos. Os irmãos com idade entre cinco e dezesseis anos estavam em abrigo desde 2004 e cadastrados para a adoção internacional desde 2007. As famílias provenientes de Milão assumiram o compromisso de manter contato entre os irmãos e selou o novo vínculo familiar com as palavras do Corregedor-Geral de Justiça, o desembargador Noeval de Quadros<sup>4</sup>:

Paternidade e maternidade são uma missão. Vocês estão levando estas crianças com responsabilidade muito grande de fazer deles cidadãos úteis à sociedade. Temos certeza de que eles terão todas as condições de se desenvolver e darão a vocês momentos de muita alegria. Haverá momentos difíceis, é claro, mas as compensações serão infinitamente maiores. A justiça confia que estamos entregando essas crianças em boas mãos.

<sup>4</sup> CEJA conclui adoção de cinco irmãos por três casais italianos. Notícia disponível no site do TJ/PR: Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/web/guest/home>>. Acesso em: 31 maio 2011.



A adoção internacional não trata apenas de estrangeiros pretensos a adotar nacionais. A adoção realizada por brasileiros residentes no exterior também é internacional e requer o cadastro no organismo do domicílio de quem pretende adotar e, posteriormente, nas autoridades brasileiras. Não preenchendo tais requisitos torna-se impossível a adoção, como ocorreu no ano de 2007 em São José dos Pinhais, vejamos o acórdão<sup>5</sup>:

Agravo de instrumento - ação de adoção e destituição de patrio poder - pretensos adotantes de nacionalidade brasileira porém residentes no exterior - pedido de deslocamento do adolescente adotado a país estrangeiro - configuração de adoção internacional - norma prevista na convenção relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional recepcionada por decreto legislativo e presidencial - necessidade de habilitação dos requerentes à adoção junto a ceja (comissão estadual judiciária de adoção) - decisão mantida - recurso desprovido.

(TJPR - 12ª C.Cível - AI 0362862-2 - Foro Regional de São José dos Pinhais da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Clayton Camargo - Unânime - J. 04.04.2007).

A diminuição no número de adoções realizadas ao passar anos decorre das dificuldades encontradas pelas instituições responsáveis por adoções internacionais em nosso país.

### 3 CONCLUSÃO

A adoção não repercute apenas na família envolvida. Seus reflexos podem ser observados em toda uma sociedade e é por isso que o Serviço Social Internacional – SSI intervém nos fenômenos sociais que envolvem os países no processo de adoção, visando proteger e prevenir consequências danosas. As Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção, presentes em cada estado da Federação Brasileira, realizam estudos bio-psico-sociais, que demonstram a viabilidade da adoção para as famílias que desejam ser formadas, visualizando as possibilidades pessoais, sociais e psicológicas dos indivíduos.

<sup>5</sup> Agravo De Instrumento Nº 362.862-2 Do Foro Regional De São José Dos Pinhais Da Comarca Da Região Metropolitana De Curitiba - Vara Infância, Juventude, Família E Anexos. Disponível em: <[www.tj.pr.gov.br](http://www.tj.pr.gov.br)>., Acesso em: 31 maio 2011.



Da análise dos casos de adoção no Paraná, além do depoimento dos responsáveis pela adoção internacional no Estado do Paraná, mostram que o Brasil, pela vasta regulamentação, acaba por se excluir do âmbito internacional. A facilidade de adotar em outros países faz com que inúmeras crianças e adolescentes cresçam e se desenvolvam em abrigos, onde uma mãe é mãe de todos.

Por outro lado, atualmente é possível constatar a inexistência de casos de desvio de finalidade da adoção, diferentemente do que ocorrera nos anos 80, quando crianças, principalmente recém-nascidos, eram postos à venda como se mercadorias fossem.

## REFERÊNCIAS

MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PRESTES, Jane Pereira. **Comissão Estadual Judiciária de Adoção: Intervenção técnica em múltiplos aspectos**. Infância e Cidadania. São Paulo: Scrinium, 1998.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos Barros. **Adoções Internacionais: Convenções Internacionais**. Infância e Cidadania. São Paulo: Scrinium, 1998.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba, **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva.



# ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: ENTRE OS SENTIDOS NEGATIVO E POSITIVO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA<sup>1</sup>

JUDICIAL ACTIVISM IN MATTERS OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THE POSITIVE AND NEGATIVE SENSES OF SYMBOLIC CONSTITUTIONALISM

Vitor Soliano<sup>2</sup>

## Resumo

O presente artigo pretende relacionar três ideias fundamentais da teoria constitucional contemporânea: a Constitucionalização Simbólica, o Ativismo Judicial e o Neoconstitucionalismo, mormente em matéria de direitos fundamentais sociais. Defende-se que a hipertrofia da função simbólica da Constituição de 1988 ocasionou a abertura da doutrina constitucional para o Neoconstitucionalismo e, junto a ele, modelos teóricos ingênuos e irresponsáveis, promotores do que podemos chamar de Ativismo Judicial. Aponta para a judicialização irresponsável dos direitos sociais como local privilegiado de observação deste fenômeno. Conclui afirmando que o Ativismo em matéria de direitos sociais causa hipertrofia política no Poder Judiciário, corrompendo os sistemas sociais e prejudicando o funcionamento adequado da democracia. Aponta, contudo, para um caminho possível/necessário para a judicialização responsável dos direitos sociais.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial; Direitos Sociais; Neoconstitucionalismo; Constitucionalização Simbólica.

## Abstract

This article seeks to relate three key ideas of contemporary constitutional theory: the Symbolic Constitutionalization, the Judicial Activism and neoconstitutionalism, especially in the field of fundamental social rights. It is argued that hypertrophy of the symbolic function of the 1988 Constitution led to the opening of the constitutional doctrine to neoconstitutionalism and, with it, naive and irresponsible theoretical models promoters of what we call Judicial Activism. Points to the irresponsible judicialization of social rights as a privileged spot of observation of this phenomenon. Concludes that Judicial Activism in social rights causes a hypertrophy on Judiciary Power, corrupting the social systems and misleading the

<sup>1</sup> Artigo submetido em 29/05/2013, pareceres de aprovação em 30/07/2013 e 02/08/2013, aprovação comunicada em 07/10/2013.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA) com bolsa financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Especialista em Direito Público pelo JusPodivm/Faculdade Baiana de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS. Advogado.



function of democracy. Points, however, to a path possible/necessary for responsible judicialization of social rights.

**Keywords:** Judicial Activism; Social Rights; Neoconstitutionalism; Symbolic Constitutionalisation.

## INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 colocou uma série de questões novas ao constitucionalismo brasileiro. Dentre elas deve-se destacar a progressiva judicialização da política e, principalmente, o Ativismo Judicial. Nos últimos anos, portanto, esta temática até então estranha às preocupações dos constitucionalistas brasileiros passou a ser assunto fundamental.

Luis Roberto Barroso (2011, p. 276-278) faz uma conhecida distinção entre os dois termos. Para o autor a judicialização é uma consequência inevitável do modelo de Constituição e de Estado adotado pelo Brasil em 1988. Trata-se da transferência, para o Poder Judiciário, de diversas questões antes afeitas às instâncias políticas. Afirma que a redemocratização, a constitucionalização abrangente e o sistema de controle de constitucionalidade adotado por nós impulsionam para esse fenômeno.

O Ativismo, em outro giro, estaria relacionado a uma escolha, uma forma de interpretar e aplicar a Constituição. Estaria marcado pela aplicação direta do Texto Magno, pela declaração de inconstitucionalidade de leis com base em critérios pouco rígidos e pela “imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”. (BARROSO, 2011, p. 279)

Parece incontroverso dizer que só é possível falar em Ativismo Judicial no Brasil a partir da Constituição Cidadã<sup>3</sup>. Até então a atuação do Poder Judiciário na defesa e concretização das normas constitucionais era altamente reduzida. Só a partir daí é que conceitos como *Supremocracia* passam a fazer sentido (VIEIRA, 2008, p. 441-464).

A obra monográfica produzida no Brasil mais importante sobre o tema certamente é o livro de Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos* (2010). Não obstante não concordarmos com alguns de seus

<sup>3</sup> Nesse sentido Streck, 2010, p. 23-24.



pressupostos teóricos, conforme ficará claro ao final, parece imprescindível trazer a conceituação de Ativismo Judicial do autor:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. [...] da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (RAMOS, 2010, p. 116-117, destaque do original).

E em outra passagem:

por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes (RAMOS, 2010, p. 129).

Embora a intenção deste trabalho não seja apresentar uma resposta ou uma contra-argumentação à obra de Elival da Silva Ramos, parece que esta conceituação, embora aparentemente correta, é incompleta. A proposta é demonstrar que a delimitação conceitual de Ativismo Judicial possui um fundo muito mais teórico do que empírico ou visível e intimamente ligado com o momento da decisão judicial<sup>4</sup>. Trata-se, assim, de se perquirir por uma conceituação mais complexa.

A busca pela delimitação conceitual do Ativismo Judicial ou pela caracterização de uma postura judicante ativista deve perpassar por três questões: abandono de concepções metodológicas ingênuas ou ultrapassadas; adequação às opções feitas ao longo da história e à atual feição do constitucionalismo e; consciência do quadro institucional e normativo desenhado pelo ordenamento pátrio. O foco do presente estudo são as duas primeiras questões.

<sup>4</sup> Importante dizer que o referido autor não ignora a questão teórica e hermenêutica de fundo. Contudo, parece não considerá-la a mais importante.



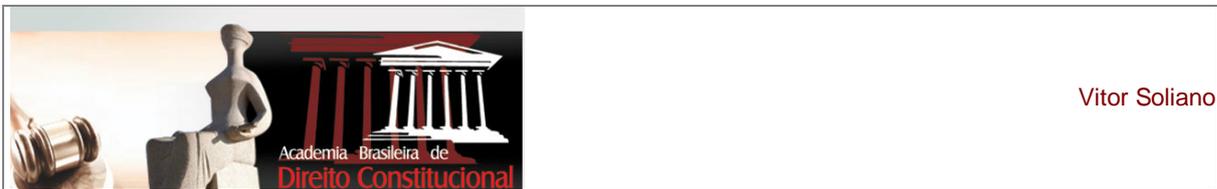
O objetivo do presente estudo é analisar a questão do Ativismo Judicial relacionando-a com a Constitucionalização simbólica e com o neoconstitucionalismo. Como ficará claro nos itens que seguem, o sentido negativo da primeira e o segundo são os responsáveis pelo surgimento do Ativismo Judicial no Brasil. Tal fato é especialmente relevante e visível quando o assunto é a proteção dos direitos fundamentais sociais.

Relevante deixar claro, desde o início, que o texto assenta como premissas a inevitabilidade da criatividade judicial (LINHARES; SILVESTRE, 2011, p. 213-234) assumindo o termo Ativismo Judicial em sentido negativo. Não há Ativismo Judicial positivo (TEIXEIRA, 2012, p. 37-58).

## 1 **NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL E DIREITOS SOCIAIS**

Os eventos da Segunda Guerra Mundial marcaram profundamente o Direito, o constitucionalismo e o próprio Estado, promovendo uma sensível alteração na forma como encaramos esses três elementos. Até meados da segunda metade do século XX a Constituição era entendida basicamente como uma carta política, destinada à organização e limitação dos poderes ou, no máximo, delimitadora de *programas* sociais a serem implementados pelos poderes representativos – sem exigibilidade judicial, pois – o que no Brasil não passou de um simulacro (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2010, p. 81-90). A normatividade que ensejava algum controle de constitucionalidade limitava-se a uma atuação negativa (CARNEIRO, 2011, p. 162). O Estado, a despeito de sua sensível alteração (de absentista para promovedor), ainda podia ser tido mais como um Estado legislativo e menos como Estado constitucional.

A partir do marco representado pelo Segundo Pós-Guerra as normas constitucionais passam a ser dotadas de imperatividade, característica atribuída a todas as normas jurídicas e cujo descumprimento possibilita a deflagração de mecanismos próprios para garantir a sua observância (BARROSO, 2010, p. 262). Konrad Hesse, em obra fundamental sobre o tema, ensina que a Constituição e sua pretensão de eficácia procuram “imprimir ordem e conformação à realidade social” (HESSE, 1991, p. 15). Ou seja, a Constituição não pode ser entendida como uma



carta de recomendações<sup>5</sup>. Seus preceitos exigem cumprimento mesmo quando da ausência de regra (produzida pelo legislador infraconstitucional) regulamentadora.

Nesse espeque podemos dizer, com Marcelo Neves (2009, p. 295), que a

*Constituição apresenta-se como a instância básica de autofundamentação normativa do Estado como organização político-jurídica territorial. Enquanto critério básico de autocompreensão da ordem jurídica estatal, a Constituição não deve ser posta de lado pelos intérpretes-aplicadores do ordenamento constitucional, ou melhor, por aqueles incumbidos de concretizá-lo como ordem com força normativa, especialmente pelos juízes e tribunais constitucionais. Nesse sentido, ela constitui um “nível inviolável” da ordem jurídica do Estado constitucional. (destaques nossos).*

A normatividade da Constituição, mormente a dos princípios constitucionais – agora entendidos em seu sentido deontológico e não apenas diretivo/indicativo – confere-lhe uma característica expansiva e invasiva em todo o ordenamento jurídico. A própria compreensão do direito passa a ser condicionada à sua conformidade constitucional em nível muito superior ao que se observou na jurisdição constitucional até a primeira metade do século XX. Resume Daniel Sarmento (2012, p. 112):

*Em suma, o que se observa atualmente é uma tendência global à adoção do modelo de constitucionalismo em que as constituições são vistas como normas jurídicas autênticas, que podem ser invocadas perante o Poder Judiciário e ocasionar a invalidação de leis ou outros atos normativos. [...] muitas destas novas constituições que contemplam a jurisdição constitucional são inspiradas pelo ideário do Estado Social. São constituições ambiciosas, que incorporam direitos prestacionais e diretrizes programáticas vinculantes, que devem condicionar as políticas públicas estatais (destaques nossos).*

Segue o autor

Naturalmente, a conjugação do constitucionalismo social com o reconhecimento do caráter normativo e judicialmente sindicável dos preceitos constitucionais gerou efeitos significativos do ponto de vista da importância da Constituição no sistema jurídico – ela assumiu uma centralidade outrora inexistente – bem como da partilha de poder no âmbito do aparelho estatal, com grande fortalecimento do Poder Judiciário, e,

<sup>5</sup> “a constituição é uma lei vinculativa dotada de *efectividade e aplicabilidade*. A força normativa da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma *lei como lei deve ser aplicada*” (destaques do original). (CANOTILHO, 2011, p. 1.150)



sobretudo, das cortes constitucionais e supremas cortes, muitas vezes em detrimento das instâncias políticas majoritárias (SARMENTO, 2012, p. 112-113).

É no cenário da constitucionalização do direito<sup>6</sup> e da força normativa da Constituição que será forjado um novo modelo de Estado: o Estado Democrático de Direito<sup>7</sup>, constitucionalizado, no Brasil, a partir do art. 1º da Constituição de 1988.

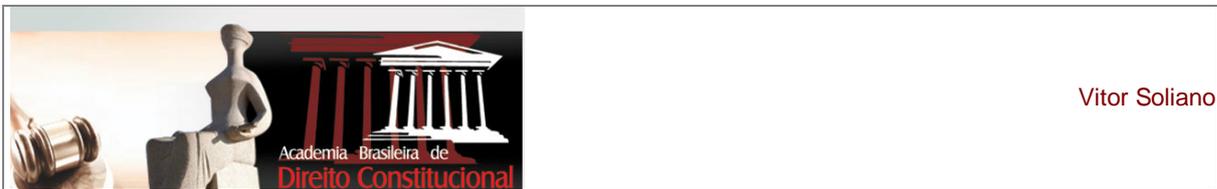
A nova forma de Estado desejada não pretende anular as conquistas das versões anteriores (ainda que no Brasil, como já referido, o Estado Social nunca tenha sido uma realidade). Ao contrário, ele pretende unir tais conquistas com o incremento de um aspecto normativo. Ou seja, o Estado Democrático de Direito possui um *plus* normativo em relação às versões anteriores “impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade” (STRECK, BOLZAN DE MORAIS, 2010, p. 99).

O núcleo central desse modelo estatal é a transformação da realidade. Indo além das garantias formais de intervenção e de uma simples adaptação melhorada das condições sociais de existência do Estado Social, o Estado Democrático de Direito pretende ser um mecanismo de alteração do *status quo*. O Direito passa a ser entendido como veículo de mutação social e aponta para o futuro. O elemento democrático aponta para a universalização das conquistas modernas até então incumpridas (STRECK, BOLZAN DE MORAIS, 2010, p. 98-101).

Não é por acaso que o Brasil pretende se inserir nesse modelo paradigmático. Conforme já aventado, a história brasileira é fraco constitucionalismo e pouca democracia. Além disso, as promessas dos modelos anteriores (até mesmo as do Estado Liberal) são de difícil concretização e universalização. Colocar o estado brasileiro, ainda que “programaticamente”, no contexto do Estado

<sup>6</sup> Paolo Comanducci afirma que a constitucionalização do direito trata-se de “un proceso al término del cual el Derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución: un Derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Se trata además de un concepto graduado: un Derecho puede ser más o menos constitucionalizado” (COMANDUCCI, 2005, p. 81).

<sup>7</sup> “O chamado Estado Democrático de Direito é também denominado pelos autores de tradição alemã com *Estado Constitucional*, uma vez que as aquisições históricas deixaram claro que não é submissão ao Direito que justificaria a limitação quer do próprio Estado quer dos Governantes, mas necessariamente uma subjugação total à Constituição” (FERNANDES, 2011, p. 206).



Democrático de Direito é uma aposta importante e uma exigência dos nossos tempos.

Neste contexto de normatividade constitucional os direitos fundamentais sociais ganham uma nova força. Embora já fizessem parte, ao menos formalmente, de textos constitucionais anteriores (BERCOVICI; MASSONETTO, 2010, p. 510-528), é com a Constituição de 1988 e o constitucionalismo por ela instaurado que eles passam, realmente, a poder significar algo de concreto.

Os direitos sociais surgem para complementar positivamente as liberdades públicas garantidas pela dimensão negativa dos direitos fundamentais. Através deles pretende-se alcançar a liberdade e a igualdade em sentidos materiais e não apenas formais. Constituem-se em direitos a algo, ou seja, exigem uma atuação positiva do Estado para sua concretização e não apenas um abster-se. Nas palavras de Saulo José Casali Bahia são direitos através do Estado, “e correspondem à exigência ao poder público certas prestações materiais ou normativas, buscando a igualização de situações sociais desiguais e criando condições concretas para o gozo efetivo de direitos” (CASALI BAHIA, 2009, p. 300).

Além disso, exigem uma nova visão sobre os direitos individuais. Nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p. 455):

Os direitos sociais constituem-se no segundo grupo integrador do conceito de Direitos Fundamentais, que, por mais que adicionem ao catálogo anterior (direitos individuais), são responsáveis por empreender uma releitura completa e radical, inclusive produzindo alterações no significado destes (direitos individuais). Ou seja, os direitos sociais não só alargam a tábua de direitos fundamentais, mas também redefinem os próprios direitos individuais.

Enfim, os direitos sociais tem a pretensão de realizar uma inclusão generalizada dos cidadãos na esfera política (NEVES, 2007, p. 76-78) através da garantia de meios essenciais de vida.

Como veremos a seguir, entretanto, esta positivação, sozinha, não é o suficiente.



## 2 SENTIDOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA: ABERTURA PARA O NEOCONSTITUCIONALISMO E O ATIVISMO JUDICIAL

Como referido acima, o Brasil ingressa na fase contemporânea do constitucionalismo e no modelo de Estado Democrático de Direito a partir da Constituição de 1988. O texto constitucional que marca a saída de um longo período ditatorial e o reingresso em um sistema político democrático tinha a intenção de apontar um novo rumo para o país, um caminho que levasse a uma sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento nacional fosse garantido e a erradicação da pobreza e da marginalização bem como a redução das desigualdades sociais e regionais fossem objetivos estatais (art. 3º e incisos).

A Constituição e seu vasto repertório de direitos e garantias, contudo, não pode se realizar sozinha nem do dia para a noite. A realidade descrita pela Carta Constitucional ainda está distante. O Brasil, apesar de sua crescente economia, ainda se depara com situações de desigualdades sociais próximas de países com índices de desenvolvimento econômico extremamente inferiores, ou seja os direitos sociais não são concretizados de forma adequada. Nas palavras de José Luis Bolzan de Moraes (2009, p. 44) o projeto constitucional brasileiro “se apresenta como de *bem-estar*, mas [...] se executa como de *mal-estar*”. Enfim, os poderes constituídos, mormente os representativos – principais responsáveis pela consecução da Constituição – tem se mostrado inaptos para dar efetividade aos direitos sociais.

É neste cenário que passa a ser possível falar, no Brasil, no que Marcelo Neves (2007) denominou de Constitucionalização Simbólica. Em conhecida obra da teoria constitucional brasileira o autor pernambucano vai apresentar o conceito, meandros e consequências desta formulação. Pela importância que o conceito assume neste texto vamos explorá-lo mais detidamente antes de avançarmos.

Segundo Marcelo Neves (2007, p. 64) a noção de constitucionalização aponta para o fato de uma ordem jurídica estatal não ter desenvolvido um sistema constitucional de forma satisfatória. Ou seja, só se pode falar em constitucionalização justamente pelo fato de o sistema jurídico não ter, até o momento, se estabelecido como subordinado à Constituição de forma plena ou, ao menos, não ter na Constituição o referencial basilar de todo o restante do sistema. O



movimento teórico que hoje apregoa a constitucionalização do direito no Brasil teria, nesse sentido, percebido a “falta de Constituição” no nosso sistema.

A Constituição (e o próprio constitucionalismo) em sentido moderno aponta para a limitação do poder e para a garantia de direitos fundamentais aos cidadãos, ambos através do direito (sistema jurídico) (CANOTILHO, 2011, p. 51). Ao mesmo tempo, é através da Constituição que os sistemas sociais da política e do direito podem ser diferenciados e reciprocamente fundamentados. Quer isto dizer que o direito é legitimado através da política e a política é legitimada através do direito. Esta via de mão dupla é possibilitada pela Constituição (NEVES, 2007, p. 65-66). Podemos afirmar, portanto, que o processo de constitucionalização é, de um lado, a ampliação e maior efetivação da limitação do poder e da garantia de direitos fundamentais e, de outro, a diferenciação legítima entre direito e política como sistemas sociais autônomos. Estas ideias serão fundamentais para a compreensão do significado de constitucionalização simbólica.

O conceito de constitucionalização simbólica é desenvolvido a partir da problemática em torno da (falta de) concretização das normas constitucionais<sup>8</sup>. Marcelo Neves não equipara, por óbvio, a norma constitucional com o seu texto. Afirma, portanto, que “o texto e a realidade constitucionais encontram-se em permanente relação através da normatividade constitucional obtida no decurso do processo de concretização” (NEVES, 2007, p. 83-84). O texto constitucional não se concretiza pois não há âmbito normativo (dados reais) não é constituído de forma suficiente (NEVES, 2007, p. 85). Ou seja, as condições materiais para a concretização constitucional não se colocam ou não se colocam de forma adequada. É insuficiente que o programa normativo seja adequadamente interpretado (NEVES, 2007, p. 84)<sup>9</sup>. Assim, do texto constitucional é impossível derivar normatividade.

---

<sup>8</sup> Canotilho (2011, p. 1.201): “**Concretizar a constituição** traduz-se, fundamentalmente, no *processo de densificação* de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta – *norma jurídica* – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só coma descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta <<concretização normativa>> é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o *lado <<técnico>> do procedimento* estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma, é, sim, a *construção de uma norma jurídica*” (destaques do original).

<sup>9</sup> Marcelo Neves se vale da teoria hermenêutica de Frederick Müller.



É a partir desse “gancho” que entra em cena a formulação mais interessante para os propósitos deste trabalho: o sentido negativo da constitucionalização simbólica. Segundo Marcelo Neves (2007, p. 91) este conceito afirma que “o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada”. A partir de Müller, o autor afirma que do texto normativo não decorre nenhuma normatividade. Entende-se, aqui, esta descrição como caso limite, ou seja, não quer dizer que a Constituição seja um nada jurídico, mas sua normatividade é inviabilizada em diversas instâncias.

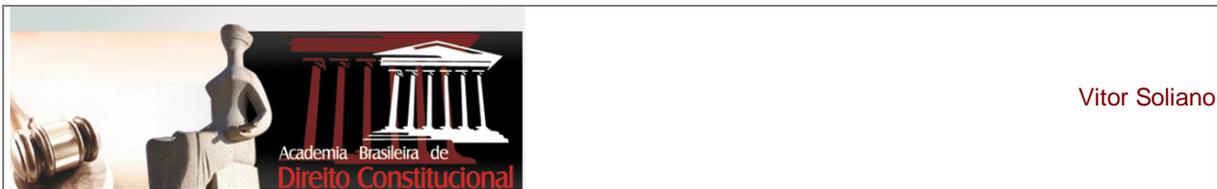
A ausência de normatividade fica demonstrada pela “ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição” (NEVES, 2007, p. 92), fato que é percebido tanto no meio social quanto na atuação dos órgãos estatais (NEVES, 2007, p. 94). Nas palavras de Marcelo Neves (2007, p. 92):

Não estão presentes as condições para o processo seletivo de construção efetiva do âmbito normativo a partir dos âmbitos da matéria e do caso, com respaldo nos elementos linguísticos contidos no programa normativo. O âmbito da matéria – “o conjunto de todos os dados empíricos [...] que estão relacionados com a norma” – não se encontra estruturado de tal maneira que possibilite o seu enquadramento seletivo no âmbito normativo. Ao texto constitucional não corresponde normatividade concreta nem normatividade materialmente determinada, ou seja, dele não decorre, de maneira generalizada, norma constitucional como variável influenciadora-estruturante e, ao mesmo tempo, influenciada-estruturada pela realidade a ela coordenada.

Neste cenário o sistema jurídico, seus procedimentos e argumentos específicos, não conseguem se impor de forma relevante frente aos demais sistemas sociais envolventes, como a política e a economia. Estes sistemas sociais, seus critérios e programas, atuam de forma bloqueadora ao sistema jurídico, sobrepondo os seus códigos ao código jurídico-constitucional (NEVES, 2007, p. 93). O sistema jurídico, portanto, perde a capacidade de se reproduzir autonomamente.

O autor encerra sua análise do sentido negativo da constitucionalização simbólica afirmando que nela

ao texto constitucional includente contrapõe-se uma realidade constitucional excludente do “público”, não surgindo, portanto, a respectiva normatividade constitucional; ou, no mínimo, cabe falar de uma normatividade



constitucional restrita, não generalizada nas dimensões temporal, social e material (NEVES, 2007, p. 94).

Esta faceta da constitucionalização simbólica foi percebida pela doutrina constitucional nos primeiros anos da Constituição de 1988, ainda que não nos mesmos termos ou na mesma complexidade apresentada por Marcelo Neves. A partir desta percepção a teoria constitucional começou a ser fortemente reformulada e valorizada, mormente com a incorporação do que se convencionou chamar de *neoconstitucionalismo*. Voltar-se-á a esta temática em seguida. Antes, porém, se faz necessário analisar o outro sentido atribuído por Marcelo Neves à constitucionalização simbólica.

Para o autor, apesar do aspecto mais marcante da constitucionalização simbólica ser a ausência de concretização generalizada das disposições constitucionais, é possível perceber que o mesmo texto desempenha um papel político-ideológico. Trata-se do que ele chama de sentido positivo da constitucionalização simbólica.

Fala-se em papel político-ideológico pois a positivação de diversos direitos e garantias no texto constitucional “responde a exigências e objetivos políticos concretos” (NEVES, 2007, p. 96). Ou seja, constitucionaliza-se diversos anseios sociais que, contudo, não podem ser imediatamente (ou mesmo a médio prazo) concretizados. Esta positivação garante a possibilidade da utilização de uma retórica constitucional por parte dos membros do sistema político – legisladores e governantes em geral – e, ao mesmo tempo, bloqueia a possibilidade alteração do modelo vigente. Através deste sentido da constitucionalização simbólica

Não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nas respectivas disposições constitucionais, mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao proclamado Estado Constitucional. Ao discurso do poder pertencem, então, a invocação permanente do documento constitucional como estrutura normativa garantidora dos direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), da “divisão” de poderes e da eleição democrática, e o recurso retórico a essas instituições como conquistas do estado ou do governo e provas de existência da democracia no país (NEVES, 2007, p. 98-99).

A emissão do texto constitucional pelo poder constituinte e sua utilização no discurso político acarretam, no contexto da constitucionalização simbólica, o



apaziguamento de determinadas pretensões sociais que eram percebidas no momento da promulgação e no decorrer de sua vigência. Através das positivações responde-se a exigências do momento e gera-se a ilusão de que o Estado está realmente comprometido com sua população. É sintomático, no caso da Constituição brasileira de 1988, o alargamento do rol de direitos sociais previstos no art. 6<sup>o</sup><sup>10</sup>.

Os dois sentidos da constitucionalização simbólica estão interligados. Ao mesmo tempo em que o texto constitucional não é concretizado de forma generalizada ele desempenha um papel de “promessa” de uma sociedade melhor, mais justas e desenvolvida. O conteúdo “intencional” do texto não é vivido nem sentido, mas ele serve como “saída pela tangente” para o Estado, mormente o sistema político. A ausência de concretização é “legitimada” pela presença de uma ilusão.

Este quadro é especialmente observado quando se analisa as assim chamadas “normas programáticas” das quais se destacam as normas que positivam os direitos sociais, econômicos e culturais. As normas programáticas, modalidade de normas de eficácia limitada, são aquelas cujos efeitos só se produzem após a atuação dos poderes constituídos (SILVA, 2012), mormente o Poder Legislativo (elaboração da lei), mas também o Poder Executivo (elaboração e concretização de políticas públicas). Quer isto dizer que dependem da elaboração de uma legislação específica que lhe determinem o conteúdo concreto e estabeleçam os modos de atuação do Estado.

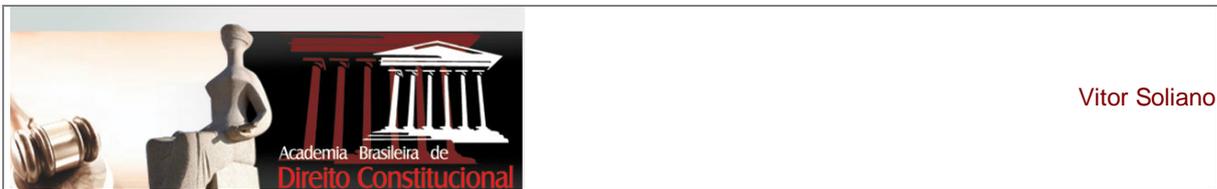
Deve-se dizer, contudo, que esse tipo de norma não é totalmente desprovida de eficácia. Funcionam, em primeiro lugar, em um sentido negativo, proibindo que o Estado aja contrariamente a elas. Em segundo lugar, traçam programas que devem ser cumpridos pelo Estado, sob pena de omissão ilegítima.

---

<sup>10</sup> Art. 6<sup>o</sup> São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação original)

Art. 6<sup>o</sup> São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000)

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 desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)



No contexto da constitucionalização simbólica a referida espécie normativa se constitui, em verdade, em um pseudoprograma. Estão ausentes as condições materiais para a realizabilidade das disposições constitucionais. Para que essas normas tivessem o conteúdo normativo devido as condições sociais e políticas teriam que ser completamente transformadas. A não realização desses “programas”, contudo, não é uma decorrência apenas da omissão estatal, mas também da sua ação em sentido contrário, uma vez que as injunções dos particularismos políticos e econômicos no sistema jurídico são frequentes (NEVES, 2007, p. 114-115).

Neste cenário os sentidos negativos e positivos da constitucionalização simbólica estão presentes de forma concomitantes. Segundo Marcelo Neves:

Embora constituintes, legisladores e governantes em geral não possam, através do discurso constitucionalista, encobrir a realidade social totalmente contrária ao *welfare state* proclamado no texto da Constituição, invocam na retórica política os respectivos princípios e fins programáticos, encenando o envolvimento e interesse do Estado na sua consecução. A constitucionalização simbólica está, portanto, intimamente associada à presença excessiva de disposições constitucionais pseudoprogramáticas. Dela não resulta normatividade programático-finalística, antes o diploma constitucional atua como álibi para os agentes políticos (NEVES, 2007, p. 115-116).

As funções de prestação e inclusão dos direitos sociais são, assim, prejudicadas. Os cidadãos são impossibilitados de fruir dos direitos positivados constitucionalmente pois a função simbólica da constituição é maior e mais presente do que sua função normativa. O Estado, de forma geral, é incapaz de fazer valer aquilo que ele mesmo se obrigou através das manifestações do poder constituinte originário e derivado<sup>11</sup>. Desta forma, a própria realizabilidade de um Estado Democrático de Direito fica comprometida já que a inclusão é condição de possibilidade para uma participação política ideal.

O duro cenário apresentado por Marcelo Neves talvez não seja, hoje, o direito constitucional vivido no Brasil totalmente. O crescimento da teoria e da

---

<sup>11</sup> Casali Bahia (2009, p. 300): “O capítulo dos direitos sociais passou a integrar textos constitucionais, embora isto por si só não dê conta de sua efetividade. Vale bem mais a disposição política dos representantes eleitos ou a firmeza do Judiciário em exigir prestações desejadas pela sociedade, previstas em sua Constituição, que o formalismo e a programaticidade extensa e ineficiente”.



doutrina constitucional nos últimos anos deu mais força ao Texto Magno. Embora estejamos longe de alcançar uma plena normatividade constitucional, a Constituição se faz muito mais presente hoje. Esta sensível modificação tem um motivo determinado.

Como referido acima, os juristas dedicados ao direito constitucional perceberam o quadro de simbolismo constitucional que o Brasil vivia logo depois da promulgação da Constituição de 1988. Esta percepção fez com se passasse a incorporar um movimento teórico e ideológico denominado de *neoconstitucionalismo*. Este movimento dá ao direito constitucional uma nova cara, reformula dogmas até então vigentes e concede novo significado e papel à atuação do Poder Judiciário na concretização da Constituição. Em certa medida, isto foi positivo. Trouxe, contudo, alguns problemas, mormente o de legitimidade da atuação judicante. Fala-se, aqui, do problema do Ativismo Judicial.

Como será demonstrado na sequência, o otimismo metodológico do neoconstitucionalismo e a sua ânsia por concretização a qualquer custo acabaram por fazer surgir distorções no sistema jurídico quando enxergado em seu todo. O “compromisso irresponsável” (CARNEIRO, 2009, p. 313-328) do neoconstitucionalismo com a concretização causa, justamente por sua fragilidade teórica, distorções no funcionamento adequado do Estado e, paradoxalmente, na própria concretização do texto constitucional de maneira íntegra e coerente.

Disse-se na introdução deste trabalho que entendemos a expressão Ativismo Judicial de maneira negativa. Ou seja, quando se afirma que o Poder Judiciário é ativista ou está se comportando de forma ativista faz-se em sentido de crítica, de reprovação. Nos próximos itens será demonstrado o que se entende por Ativismo e como, no Brasil, ele foi causado pela incorporação do neoconstitucionalismo. Mais a frente, tratar-se-á do Ativismo em matéria de direitos sociais relacionando-o com uma nova ideia de constitucionalização simbólica em sentido positivo.

### 3 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: DEFINIÇÃO E CAUSA

Este momento do trabalho exige uma parada metodológica para que se defina o que significa Ativismo Judicial. Deve-se ter em mente, como se disse na



introdução, que o Ativismo é entendido como um mal, uma atuação ilegítima do Poder Judiciário. Ao mesmo tempo, este trabalho toma como premissas teóricas a inevitabilidade da criatividade judicial e a assunção de que o poder judicante tem um papel na concretização dos direitos albergados na Constituição.

O ponto de estofo para se diferenciar, dentro de uma teoria voltada para o Judiciário, concepções ativistas e não ativistas de jurisdição constitucional reside no *como* se compreende/interpreta/realiza a concretização da Constituição. A ocorrência de um deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção ao Poder Judiciário<sup>12</sup> – consequência da inserção no paradigma do Estado Democrático de Direito e da adoção do substancialismo – aumentará o caráter hermenêutico-interpretativo do Direito e a sua consequente necessidade de limitação (STRECK, 2011, p. 59)<sup>13</sup>.

Ora, se até o contexto da Constituição de 1988 boa parte da responsabilidade pela inefetividade do texto magno residia em uma precária teoria da Constituição e do Direito – positivismo, sistema de regras, racionalidade instrumental e descritiva –, um eventual excesso na concretização (Ativismo Judicial) também ocorrerá por razões epistêmicas. Conforme assevera André Ramos Tavares a “consistência e o refinamento dos métodos de trabalho da Justiça Constitucional [...] são parte integrante da discussão acerca de sua legitimidade de atuação no âmbito dos direitos fundamentais” (TAVARES, 2012, p. 66).

Parece ser este, também, o entendimento de João Maurício Adeodato (2009, p. 164-165) ao afirmar que

O debate sobre a função do judiciário também está por trás de toda a discussão hermenêutica, a questão fundamental sobre como os paradigmas de racionalidade podem construir a válvula de escape e calibração da legitimidade ou verem-se inutilizados pelo casuísmo trazido por uma exacerbação da discricionariedade dos julgadores e da importância dos participantes na lide concreta.

<sup>12</sup> “Sabe-se que no quadro da tripartição de funções quando qualquer deles não cumpre, com eficiência, seu papel institucional, ocorre uma compensação sistêmica que em nosso país se costuma se atribuir ao Judiciário”. (NUNES, 2011, p. 35).

<sup>13</sup> No mesmo sentido, cf. OLIVEIRA, 2008, p. 66-74.



Ou seja, há uma relação íntima entre racionalidade do discurso (e da interpretação, acrescente-se) e a (i)legitimidade da atuação do Poder Judiciário.

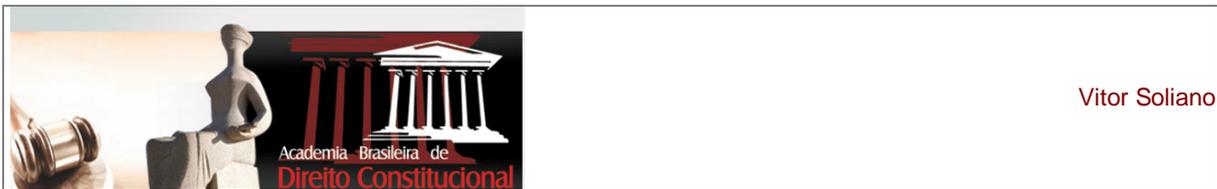
Se é verdade que os déficits de modernização vividos em sociedades periféricas e semiperiféricas acaba tornado o Poder Judiciário no “último dos moicanos” para defesa e garantia das promessas modernas, não é menos verdade que o compromisso com o constitucionalismo, com a democracia e com a autonomia do Direito possa ser esquecida (CARNEIRO, 2011, p. 25-26). E o desequilíbrio excessivo nesse projeto (Ativismo Judicial) tem, repita-se, em primeiro lugar, uma justificativa epistemológica.

A identificação do Ativismo Judicial passa, prioritariamente, não por uma atitude de interferência do Judiciário em áreas tradicionalmente deixadas aos Poderes Representativos, mas sim pelo *modo*, pelo *como*, essa interferência ocorre. Ou seja, o Ativismo Judicial é caracterizado por uma forma inadequada/equivocada de se lidar com a inevitabilidade da criatividade da atuação judicial<sup>14</sup>. Ele (o Ativismo) encontra-se relacionado a um caráter não democrático e, por isso, não legítimo da “carga criativa que se encontra em todas as manifestações de *criação* e *aplicação* do direito” (CARNEIRO, 2009, p. 180).

A teoria hermenêutica contemporânea estabeleceu que o fenômeno compreensivo não está cindido da aplicação e acontece mediante uma antecipação de sentido já carregado pelo intérprete (GADAMER, 2006, p. 57).

Conforme lição de Ricardo Maurício Freire Soares a partir de Heidegger a “compreensão passa a ser visualizada não como ato cognitivo de um sujeito dissociado do mundo, mas, isto sim, como um prolongamento essencial da existência humana. Compreender é um modo de estar, antes de configurar-se como um método científico” (SOARES, 2011, p. 9). A pergunta pela hermenêutica, portanto, passa a ter mais em conta a relação que o intérprete estabelece com sua situação no mundo (SOARES, 2011, p. 10).

<sup>14</sup> Fundamental, nesse sentido, a advertência de Lenio Streck: “há de ser ter o devido cuidado: a afirmação de que o ‘intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto’ nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma). (...) Portanto, todas as formas de decisionismos e discricionariedades devem ser afastadas” (STRECK, 1999, p. 142-143).



Como ato de existência a compreensão não tem um início determinado. Ela ocorre a todo o tempo a partir do nosso contato com diferentes eventos/fatos. A “aplicação” não é um momento diverso ou secundário à compreensão. Somente compreendemos algo porque estamos diante de um algo concreto. É o que se chama de *applicatio*. Na lição de Gadamer (2006, p. 57) a aplicação

não pode jamais significar uma operação subsidiária, que venha acrescentar-se posteriormente à compreensão: o objeto para o qual se dirige a nossa aplicação determina, desde o início e em sua totalidade, o conteúdo efetivo e concreto da compreensão hermenêutica. “Aplicar” não é ajustar uma generalidade já dada antecipadamente para desembaraçar em seguida os fios de uma situação particular. Diante de um texto, por exemplo, o intérprete não procura aplicar um critério geral a um caso particular: ele se interessa, ao contrário, pelo significado fundamentalmente original do escrito de que se ocupa<sup>15</sup>.

Esta característica da compreensão demonstra que não existem métodos de interpretação capazes de *constituir*, eles mesmos, os sentidos. A ideia de que a verdade ou o acerto podem ser alcançados mediante a utilização de métodos (no sentido clássico) não possui mais sustentação.

Contudo, isso não acarreta a abertura interpretativa e a ausência de qualquer controle nem que não haja espaço, dentro do paradigma hermenêutico atual, para se pensar em epistemologia (STRECK, 2011, p. 153-172). A epistemologia, ou seja, o controle epistêmico da compreensão, deve transitar em um nível secundário. Como assevera Wálber Araujo Carneiro (2009, p. 234):

Essa proposta epistemológica deve, portanto, atender a dois vetores. Primeiro, transitar em um espaço existencial, isto é, deve obedecer aos limites e possibilidades da nossa compreensão, razão pela qual a propomos em um espaço *reflexivo*. Segundo, deve ser compatível com esse projeto regulatório (direito) e, para tanto, proporcionar a normatividade da compreensão jurídica. Quanto a este segundo verto, não fazemos aqui referência a uma compreensão controlada por métodos, mas uma compreensão que esteja voltada para uma resposta correta *conforme* ao direito, caso contrário, não compatibilizaremos sua aplicação ao modelo democrático (destaque do original).

---

<sup>15</sup> “A compreensão encerra sempre um momento de aplicação e todo esse processo é um processo linguístico” (SOARES, 2011, p. 11).

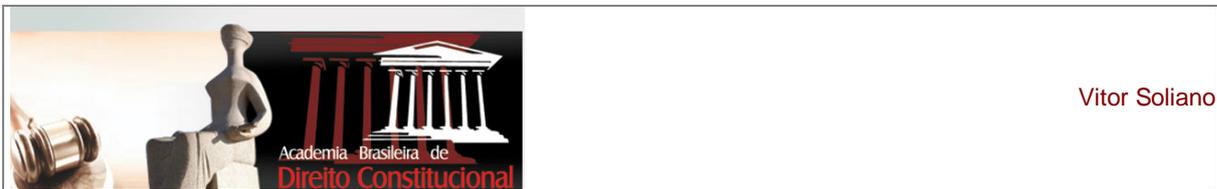


Há, portanto, um espaço para que a criatividade inerente à compreensão e aplicação do direito seja epistemicamente controlada. Não estar atento à esta possibilidade ou não buscar os parâmetros para este controle acarreta na abertura para que a criatividade se transforme em discricionariedade e, conseqüentemente, a existência de múltiplas respostas. O Ativismo Judicial é isto: *a ausência de controle reflexivo do momento criativo da aplicação da Constituição*. Dito de outra forma, *o excesso ou descontrole da concretização da Constituição advém da delegação à discricionariedade subjetiva do julgador*.

É evidente que os parâmetros reflexivos devem possibilitar que a decisão não seja dada por uma escolha do operador. A decisão judicial que aplica a Constituição deve se pautar pelos referencias sistêmicos já disponíveis à compreensão. Doutrina e jurisprudência, portanto, desempenho um papel altamente relevante para a “desobjetivização” da decisão (CARNEIRO, 2009, p. 258-260, 263-264 277-278). Aqui é possível também falar que a coerência e a integridade (DWORKIN, 2007) tem a potencialidade de retirar do *decisum* um alto índice de “opção” do intérprete.

Não obstante a existência de um espaço de controle epistêmico da decisão judicial bem como de referências sistêmicos para a consecução desse controle, sua realização ótima é altamente improvável. Afirma-se isso principalmente por causa da alta complexidade que o sistema jurídico assumiu e pelas enormes dificuldades encontradas pela prática judiciária. Assim, é mais correto afirmar que existem níveis maiores e menores de controle epistêmico da decisão judicial. Uma decisão pode ser mais ou menos epistemicamente controlada, quer dizer, a discricionariedade pode ser mais ou menos reduzida. Desta forma, parece ser possível falar em *níveis de Ativismo Judicial*. Ou seja, uma decisão que aplica/concretiza a Constituição pode ser *mais ou menos ativista* a depender do nível de controle epistêmico que ela sofra.

Marcelo Neves, valendo-se de outros pressupostos teóricos afirma que a *transversalidade* entre direito e política através da Constituição do Estado constitucional, embora seja capaz de resultados produtivos, está em constante paradoxo uma vez que não existe solução definitiva para o problema da politização do direito e da juridificação da política. Isso quer dizer o judiciário mantém a pretensão de ocupar o espaço da legitimidade democrática enquanto legislativo e



governo tentam influenciar as soluções de casos jurídicos. A mediação desse cenário só pode ocorrer diante de casos constitucionais concretos decididos, principalmente, pelas cortes constitucionais. Contudo, a formação de transversalidade entre direito e política (pontes de transição) em nível ótimo necessita de amplos pressupostos sociais e estruturais (NEVES, 2009, p. 77), ou seja, sua consecução é extremamente difícil.

O controle da criatividade judicial através de aparatos epistêmicos tem uma relação direta com a autonomia do sistema jurídico. Quando se refere, acima, sobre a existência de referenciais sistêmicos para a operacionalização do controle da decisão em nível hermenêutico está-se falando do sistema jurídico. Ou seja, os demais sistemas sociais não podem determinar a decisão judicial.

Em verdade, o grande objetivo do referido controle é preservar a autonomia do sistema. A *contrario sensu* a ausência de controle acarreta, invariavelmente, a perda de autonomia do sistema. Dito isso, é possível acrescentar que o Ativismo Judicial, além de ser marcado pela adoção da discricionariedade como parâmetro decisório na concretização da Constituição, representa a perda de autonomia do sistema jurídico em favor de opções políticas, econômicas e morais do julgador. Ou seja, a substituição dos referenciais sistêmicos do direito por referenciais de outros sistemas.

Acertado o entendimento de Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p. 42) quando afirma que o Ativismo Judicial está diretamente relacionado com os limites possíveis entre o Direito e a Política. Segundo o autor a “nocividade maior do ativismo judicial ocorre quando a decisão judicial tem um *fim político* e depende da *negação à tutela de interesses legítimos* de alguma parte da ação, fundamentando-se em argumentos que transcendem a racionalidade jurídica” (TEIXEIRA, 2012, p. 48). É possível complementar este pensamento dizendo que o Ativismo também se coloca diante dos limites possíveis entre o Direito e a Moral e entre o Direito e a Economia. Enfim, a problemática da autonomia dos sistemas sociais. Este cenário, como destacado, é possibilitado pela falta de uma racionalidade consistente no momento da interpretação/aplicação do direito causada pela utilização de modelos teóricos inadequados.



Ora, se se aduz que é possível falar em níveis de controle e, conseqüentemente, em níveis de Ativismo Judicial, parece mais do que lógico ser possível falar, também, em níveis de perda de autonomia do sistema. O sistema jurídico, portanto, sofrerá mais ou menos perda de autonomia de acordo com o nível de controle da decisão judicial (de acordo com a existência de mais ou menos Ativismo, portanto).

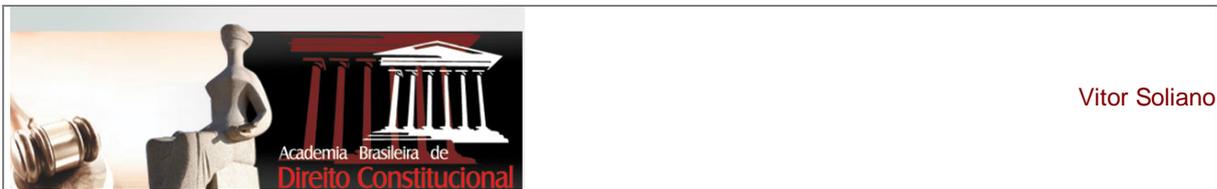
Tudo que se disse sobre o controle da criatividade e sobre a preservação da autonomia do sistema tem efeito imediato sobre a sobrevivência do binômio constitucionalismo-democracia. Se o constitucionalismo é marcado pela garantia de direitos fundamentais e pela limitação do poder e a democracia (constitucionalizada) é marcada pela prevalência das opções políticas feitas pelos cidadãos (diretamente ou mediante seus representantes) é indispensável, para a existência de ambos, que haja um nível tanto maior quanto possível de controle das decisões judiciais e que esse controle se dê mediante a referência ao próprio sistema. A marca do Ativismo (a discricionariedade) deve ser repudiada ao máximo<sup>16</sup>.

Estabeleceu-se aqui o núcleo fundamental do Ativismo Judicial: uma atuação discricionária do Poder Judiciante sob o pretexto de estar dando concretude ao texto constitucional acarretando, paradoxalmente, a distorção da própria autonomia do sistema jurídico e, portanto, do constitucionalismo e da democracia. Cabe agora tentar demonstrar, ainda que brevemente, porque o Ativismo, nesta conceituação, tem se tornado uma realidade em terras brasileiras.

Como já referido, a forma de lidar com a atuação judicial no Brasil tem recebido fortes influências do movimento que se convencionou chamar de *neoconstitucionalismo*. Não obstante a importância que esse movimento teve para que o país começasse a levar o seu direito constitucional a sério, parece que sua recepção também tem trazido questões e problemas mal resolvidos no que diz respeito ao controle e estabelecimento de limites à atividade jurisdicional de

---

<sup>16</sup> É neste ponto que nos afastamos totalmente dos pressupostos teóricos utilizados por Elival da Silva Ramos. O autor, embora afirme que seu modelo absorve as inovações da hermenêutica contemporânea, continua a apostar na discricionariedade da decisão judicial. Para nós, é impossível compatibilizar ideias como “escolha”, “opção”, “sentimento de justiça” e “consciência ética do julgador” com uma crítica ou um bloqueio ao Ativismo Judicial. Cf. Ramos, 2010, p. 97-103.



concretização da Constituição. Parece, enfim, que o neoconstitucionalismo não apresenta mecanismos teóricos suficientemente adequados para lidar com a criatividade judicial e com um substancialismo democrático. Isso ocorre pela incapacidade do seu “pacote teórico” em lidar com a discricionariedade judicial.

Preconizando a superação de modelos clássicos e que não conferiam à Constituição plena aplicabilidade – principalmente pela ausência de normatividade dos princípios – o neoconstitucionalismo *parece* tentar recuperar algo que se perdeu na aurora do constitucionalismo moderno (a racionalidade moral-prática) e legitimar uma atuação substancial do Poder Judiciário. Enfim, trata-se do movimento teórico/ideológico que operacionalizou e continua a embalar as construções doutrinárias e jurisprudenciais desde o estabelecimento do Estado Democrático de Direito no Segundo pós-guerra.

Daniel Sarmiento (2012, p. 233-234), segundo o qual são características marcantes do neoconstitucionalismo o reconhecimento da força normativa dos princípios, a adoção de modelos hermenêuticos distintos do formalismo clássico, a constitucionalização do direito, a reaproximação entre direito e moral e a judicialização das relações sociais – posição não muito diversa da já exposta –, afirma que esse movimento foi recepcionado no Brasil após a Constituição de 1988 em dois momentos principais.

Assevera o autor que o primeiro momento surge com o que ele chama de constitucionalismo da efetividade, forma de positivismo de combate que pregava a normatividade direta da Constituição e aproximava o Direito Constitucional do Direito Processual afastando-o da Teoria do Estado e centrando-o no protagonismo do juiz (SARMENTO, 2012, p. 247-248)<sup>17</sup>. O segundo momento, de acordo com ele, é marcado pelas obras de Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*) e Eros Roberto Grau (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*) que divulgam no Brasil as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin (SARMENTO, 2012, p. 248-249). Ainda, teria sido fundamental para a recepção do neoconstitucionalismo no Brasil o avanço dos programas de pós-graduação em Direito no estudo do

<sup>17</sup> O autor ressalta que esse momento não pode ainda ser entendido como neoconstitucionalismo, mas o possibilitou na sequência histórica.



constitucionalismo e a forte produção acadêmica em torno de teorias hermenêuticas (SARMENTO, 2012, p. 249).

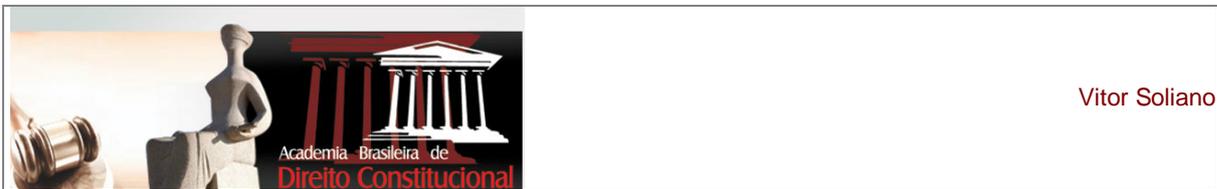
Parece não haver dúvidas de que a adoção do neoconstitucionalismo no Brasil possibilitou uma forte valorização do nosso texto constitucional e, em alguma medida, uma constitucionalização do Direito. Esse movimento exigiu dos atores jurídicos (teóricos e “operadores” *strictu sensu*) uma nova forma de lidar com o fenômeno jurídico e de conceber o papel do Poder Judiciário na preservação e concretização da Carta Magna. Em um país de fraca história democrática e de baixa defesa de direitos fundamentais, a recepção do neoconstitucionalismo *parece ter sido* (estrategicamente) *necessária* para a consolidação de uma ordem constitucional e democrática adequada aos tempos de constitucionalismo pós-guerra<sup>18</sup>.

A questão principal do neoconstitucionalismo para esta investigação é o aparato metodológico que, graças a ele, ingressou e passou a fazer parte da teoria da constitucional no Brasil. Os modelos de interpretação e aplicação de normas constitucionais acabam por sobrevalorizar a subjetividade do julgador. Na mesma toada, este movimento teórico faz surgir aparatos dogmáticos otimistas que desvalorizam as possibilidades reais de realização da norma, hipertrofiando sua função normativa. O que unifica essas duas problemáticas é um ideário concretista ingênuo e que concede força demais ao julgador.

O neoconstitucionalismo inseriu no debate constitucional brasileiro e, em consequência, na forma de atuação do Poder Judiciário, modelos interpretativos. Um deles é a técnica da ponderação de princípios, principalmente a matriz desenvolvida por Robert Alexy (2009, p. 90-106 e 116-121). O outro é o que se convencionou chamar de Nova Hermenêutica Constitucional. Esta última não ocupa o lugar principal nas construções doutrinárias, mas representa um importante local teórico na doutrina brasileira atual, mormente nos “Cursos de Direito Constitucional”<sup>19</sup>. Fugiria aos limites do presente trabalho a análise minuciosa desses modelos

<sup>18</sup> Por esse motivo Luis Roberto Barroso (2007) considera a incorporação do neoconstitucionalismo um triunfo para o constitucionalismo brasileiro.

<sup>19</sup> Cf. Mendes; Coelho; Branco, 2008, p. 97-122; Cunha Júnior, 2008, p. 207-223. Em sentido próximo Silva Neto, 2008, p. 92-124.



hermenêuticos. Por isso remete-se o leitor à análise já realizada em outro espaço (SOLIANO, 2013, p. 109-124) e aos autores que deram suporte<sup>20</sup>.

O ideário concretista ingênuo motivado pelo neoconstitucionalismo acarreta o que Daniel Sarmiento chama de “oba-oba constitucional” e a “panconstitucionalização”. Tratam-se de duas posturas críticas em relação ao referido movimento teórico com as quais coadunamos. O “oba-oba constitucional” seria a invocação demasiada de princípios constitucionais para fundamentar decisões. Segundo o autor

os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese. Os campeões têm sido os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outras agentes públicos pelas suas próprias (SARMENTO, 2012, p. 264).

Esta crítica tem paridade com o que se disse acima e seu objeto é uma demonstração de Ativismo Judicial.

A “panconstitucionalização” seria, para o autor, um excesso de constitucionalização. É certo que não se pode, no Brasil, preterir de um direito constitucionalizado, legitimado constitucionalmente. Contudo, o neoconstitucionalismo leva esta ideia às últimas consequências e, por isso, atua em excesso. Este excesso amputa em demasia o espaço do legislador e do administrador em nome do julgador. Segundo o autor:

quem defende que tudo ou quase tudo já está decidido pela Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por consequência, a autonomia política ao povo para, em cada momento da sua história, realizar as suas próprias escolhas. O excesso de constitucionalização do Direito reveste-se, portanto, de um viés antidemocrático (SARMENTO, 2012, p. 269).

<sup>20</sup> Silva, 2007, p. 115-143, Carneiro, 2009, p. 202-233, Oliveira, 2008, p. 170-217 e Streck, 2011, *passim*.



Enfatize-se que, aqui, a crítica é ao excesso. Como já aduzido, entende-se que o direito deve sim ser constitucionalizado e que o Judiciário tem um papel altamente relevante no atual modelo de constitucionalismo que adotamos. O problema do ideário neoconstitucional é pretender constitucionalizar o direito a qualquer custo.

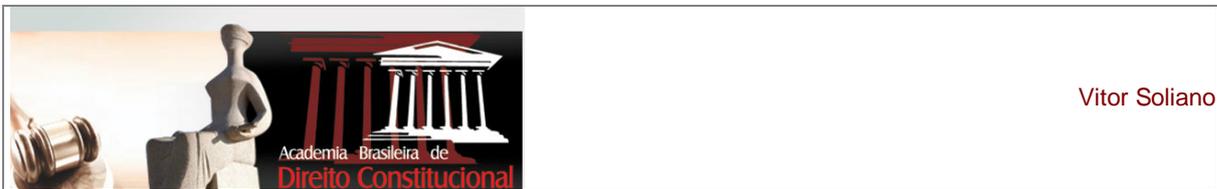
Embora não se concorde com suas premissas teóricas e suas conclusões, Elival da Silva Ramos também coloca o neoconstitucionalismo como fator propulsor do Ativismo Judicial no Brasil. Segundo ele este movimento teórico sofre de fortes fragilidades teóricas (RAMOS, 2010, p. 279) (talvez pela diversidade de concepções que abarca) e abre a possibilidade para o moralismo (subjetivismo axiológico) e para o realismo jurídico através do que ele chama de “principiologização do direito constitucional” (RAMOS, 2010, p. 283-286).

Humberto Ávila (2009), também em tom crítico, afirma que o neoconstitucionalismo nem sequer deveria ter sido incorporado no Brasil, haja vista que seus pressupostos teóricos não se coadunam com o texto constitucional brasileiro. Assim, aduz que “nada é mais premente do que rever a aplicação desse movimento”.

Enfim, a hipertrofia da função simbólica da Constituição marcada, de um lado, pela ausência de concretização generalizada de seus dispositivos e, de outro, pelo desgaste político que nem o sentido positivo da constitucionalização simbólica consegue “segurar”, causou uma irresponsável hipertrofia da atuação do Poder Judiciário. Este excesso, como aventado, é observado na ingenuidade metodológica e na ânsia por concretização decorrentes do neoconstitucionalismo<sup>21</sup>. Pode-se identificar esta situação no sistema como um todo. Contudo, como se demonstrará a seguir, ela é especialmente problemática e danosa quando se trata da concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Judiciário.

---

<sup>21</sup> Há ainda uma crítica importante ao neoconstitucionalismo aduzidas por Lenio Streck. O primeiro afirma que o movimento teórico não ultrapassou o positivismo jurídico por não conseguir lidar de forma adequada com a discricionariedade judicial (STRECK, 2011, p. 9-27).



#### 4 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O ATIVISMO JUDICIAL: DESLOCAMENTO DO SENTIDO POSITIVO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA<sup>22</sup>

O presente item tem a intenção de mostrar a especificidade do Ativismo Judicial em matéria de direitos fundamentais sociais. Como referido nos itens anteriores, entende-se Ativismo a partir de uma concepção mais teórica, relacionada com o grau de controle epistêmico da criatividade judicial no momento da decisão. O nível maior ou menor de Ativismo causará uma maior ou menor perda de autonomia do sistema jurídico. Ainda, conforme o que se aventou anteriormente, entende-se que o Ativismo, no Brasil, foi causado pela incorporação do neoconstitucionalismo e seu ideário concretista ingênuo, ainda que este movimento tenha representado importante momento na histórica constitucional recente.

Como já referido no item 2 os direitos sociais consubstanciam direitos a prestações estatais. São, nas palavras de Robert Alexy, direitos a prestação em sentido estrito. Aqueles que, “se o particular dispusesse de recursos financeiros suficientes e se houvesse uma oferta no mercado, poderia também obter de particulares” (ALEXY, 2009, p. 499). Direitos sociais são, por exemplo, direito à saúde, educação, previdência, moradia, etc. Em âmbito normativo, o art. 6º da Constituição Federal de 1988 é responsável por positivá-los.

Ainda segundo Alexy (ALEXY, 2009, p. 499), existem grandes polêmicas em relação aos direitos a prestação. Para o autor estas polêmicas são marcadas

por uma profunda divergência de opiniões acerca da natureza e da função do Estado, do Direito e da Constituição – e também dos direitos fundamentais –, bem como acerca da percepção da atual situação da sociedade. Visto que essa polêmica se relaciona, entre outros, a problemas distributivos, seu “caráter politicamente explosivo” é facilmente compreensível. Em quase nenhuma área a conexão entre o efeito jurídico e as valorações práticas gerais ou políticas é tão clara, em quase nenhum campo a polêmica é tão tenaz.

<sup>22</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *As possibilidades do dirigismo constitucional brasileiro: o desacoplamento entre as perspectivas funcional e epistêmica na Teoria da Constituição*. 2011 (texto inédito cedido pelo autor).



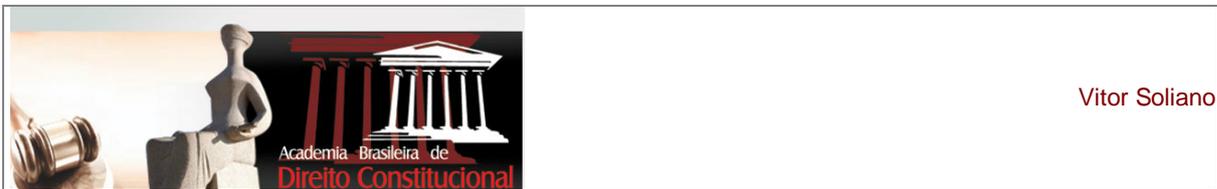
Não há como discordar de tal colocação. Os direitos a prestações, em sentido amplo, e os direitos sociais, especificamente, causam grande “rebuliço” tanto na área acadêmica, quanto na arena jurisdicional e, ainda, no dia-a-dia do cidadão. Esses direitos tem uma relação muito próxima com as condições de vida do cidadão e, por isso mesmo, a concretização ou não deles é sentida muito de perto. Enfim, o as valorações políticas e práticas gerais são bem claras.

No Brasil o simbolismo constitucional é particularmente visível nesta área. Embora seja possível perceber alguma mudança nos últimos anos, as estatísticas de desenvolvimento social ainda demonstram que o Estado ainda deixa muito a desejar. Na medida em que esses direitos são prioritariamente realizados mediante políticas públicas é possível dizer que os poderes representativos vêm falhando na sua implementação.

Neste contexto, e sob o influxo do neoconstitucionalismo, passou a fazer parte da retórica doutrinária e da prática judicial brasileira a possibilidade e necessidade de interferência do Poder Judiciário nesta ceara.

Vem se entendendo que as decisões quanto ao cumprimento dos direitos sociais mediante políticas públicas não estão em à disposição da Administração Pública, mas decorrem imediatamente da normatividade constitucional e, por isso, podem e devem ser controladas pelo Poder Judiciário (KRELL, 2002, p. 100). Afirma-se que a função da política pública é diferenciar e definir as formas adequadas de distribuição de recursos disponíveis. Quando os órgãos prioritariamente responsáveis falham os juízes e tribunais têm a função de correção (KRELL, 2002, p. 101). Este raciocínio está embasado na ideia de que os direitos sociais não podem ficar a mercê da inércia legislativa ou de uma momentânea ou crônica ausência de fundos (KRELL, 2002, p. 102).

Ana Paula Barcellos afirma que o nosso sistema constitucional escolheu a democracia como modelo de governo e, por isso, o debate democrático deve ser a regra para direção do país. Segundo a autora a definição de como os recursos públicos serão empregados para a efetivação de direitos sociais mediante políticas públicas é um espaço privilegiado para o debate democrático. Contudo, está deliberação não estaria livre de condicionantes constitucionais. Afirma a autor carioca:



Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas *jurídicas*, dotadas de *superioridade* hierárquica e de *centralidade* no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo (BARCELLOS, 2005, p. 96).

Na mesma toada, Flávia Piovesan informa que a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais estaria assegurada pela cláusula da máxima efetividade das normas constitucionais, cláusula esta que assume especial relevância no que toca os direitos fundamentais (sociais). Além disso, a interferência do Poder Judiciário nesta área não poderia deixar de acontecer por causa do disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal que positiva a regra da inafastabilidade da jurisdição (PIOVESAN, 2006, p. 7).

No que diz respeito especificamente ao direito à saúde – certamente o que gera maiores polêmicas quando o tema é judicialização dos direitos sociais – a interferência do Poder Judiciário estaria fundamentada na imperiosa proteção ao direito à vida. A ponderação, neste caso, sempre deveria fazer prevalecer este direito fundamental. Atuando desta forma o Judiciário estaria rompendo com uma concepção formalista e procedimental de direito (PIOVESAN, 2006, p. 12). Além disso, a justiciabilidade dos direitos sociais seria capaz de causar uma transformação emancipadora da sociedade, rompendo com posturas conservadoras (PIOVESAN, 2006, p. 13).

Todas essas concepções tem em comum a crítica à reserva do possível. A reserva do possível nada mais é do que uma estrutura analítica que pretende passar para o mundo do direito as inevitáveis limitações orçamentárias presentes na execução de qualquer política pública. Pode-se falar em reserva do possível fática e jurídica. A primeira “diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional”, enquanto a segunda “relaciona-se à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos” (SARMENTO, 2010, p. 197).

Para Andreas Krell (2002, p. 51-59) o argumento da reserva do possível é uma falácia e trata-se de uma má incorporação de categoria do direito comparado ao Brasil. Afirma que o Executivo não pode fazer escolhas entre atender uns ou outros



cidadãos tendo como base as limitações orçamentárias disponíveis. Especialmente no que diz respeito ao direito à saúde esses recursos, segundo o autor, devem, se for o caso de inexistência, ser retirados de outros setores como transporte, fomento econômico e serviço de dívida. Encerra afirmando que a escolha do que é possível ou não com base no orçamento tem que ser revista (KRELL, 2002, p. 53). Lembrando que a escolha, hoje, é dos órgãos representativos, o autor deseja fundamentar a possibilidade desta escolha pelo Poder Judiciário.

Dirley da Cunha Júnior também se coloca de forma contrária à cláusula da reserva do possível. Aduz que a construção conceitual se deu na Alemanha, país que vive condição de desenvolvimento muito distinta da brasileira e, por isso, não se deve absorver de logo suas construções doutrinárias. Resume o seu pensamento na seguinte passagem:

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo *reserva do possível*. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe. Não é este o caso, pois aquele “algo” existe e sempre existirá, só que não se encontra – este sim é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gasto em publicidade, etc) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 713).

Flávia Piovesan caminha em sentido próximo ao afirmar que a efetividade da Constituição não está condicionada ao orçamento público, mas ao contrário: é o orçamento que, “a partir da preferência constitucional que se deu aos direitos fundamentais, merecem reformulação, caso os recursos financeiros sejam escassos à cobertura geral da demanda financeira do Estado” (PIOVESAN; VIEIRA, 2006, p. 9). Assim, o legislador (e o administrador) não teria liberdade de conformação



quando o assunto é a “devida” alocação de recursos para satisfação dos direitos sociais (PIOVESAN; VIEIRA, 2006, p. 9). Entende-se por este argumento que o Judiciário está apto a “passar por cima das deliberações” dos poderes representativos.

Não obstante a importância das contribuições dos citados autores e o peso que seus argumentos possuem, entende-se que estão equivocados. Apesar dos posicionamentos serem altamente bem intencionados, parece que pecam pelo otimismo e ânsia concretista estimulada pelo neoconstitucionalismo.

Flávio Galdino faz interessante análise desta forma de posicionamento doutrinário. Assevera o autor, a partir do estudo da evolução doutrinária a respeito dos custos dos direitos e sua relação com a proteção jurisdicional, que este tipo de raciocínio pode ser classificado como “modelo teórico da utopia”. Neste sentido, as prestações públicas não possuem limites. Afirma o autor que não se dá a correta compreensão da diferença entre as prestações positivas e negativas na medida em que nega-se qualquer relevância a ela. Para esta concepção os recursos não faltam, sendo irrelevante a distinção (GALDINO, 2005, p. 186-187).

Ainda com base no pensamento de Galdino, pode-se dizer que as concepções acima aventadas assumem, ainda que implicitamente, os custos e disponibilidades orçamentárias e financeiras como algo externo à noção de direito subjetivo. Ou seja, não se analisa a possibilidade real de efetivação. Em síntese: “o conceito e a eficácia dos direitos subjetivos especificamente considerados [...] são analisados em vista dos textos normativos, sem qualquer consideração concernente às possibilidades de reais efetivação” (GALDINO, 2005, p. 187-188).

O posicionamento do autor complementa o que se disse acima sobre a constitucionalização simbólica e o ativismo judicial: há uma hipertrofia na consideração e análise do texto sem que tenha a devida atenção para com as possibilidades reais de concretização servindo-se de modelos ingênuos. O aparato metodológico defendido pelos autores é, portanto, inadequado para lidar com consistência e consciência a problemática em questão.

Repetiu-se várias vezes que o Judiciário tem um papel importantíssimo na concretização da Constituição. Contudo, é preciso separar o joio do trigo. Defender uma posição “ativa” do Judiciário na implementação da Constituição não conduz,



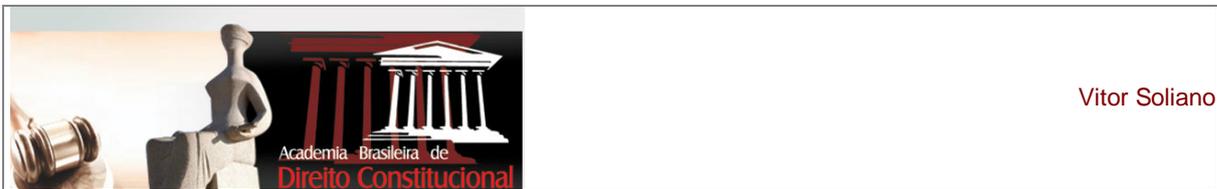
imediatamente, à defesa do Ativismo Judicial. Este ocorre quando se vale de mecanismos interpretativos e aparatos dogmáticos indevidos que acabam por sobrevalorizar a discricionariedade e a obscurecer fatores importantes que devem ser analisados. A forma como a doutrina vem defendendo a concretização e os juízes e tribunais decidindo acerca dos direitos sociais parece equivocada e ativista por alguns motivos.

Em primeiro lugar, desconsidera, de fato a existência de custos dos direitos e a necessária limitação e conceituação dos direitos subjetivos tendo em mente esses custos. Em segundo lugar, o Judiciário não é o Poder mais adequado para decidir sobre alocação de recursos. Uma atuação neste sentido coloca uma carga política demasiadamente alta neste Poder o que abre as portas para o Ativismo Judicial e para a perda de autonomia dos sistemas sociais (jurídico, político e econômico). Além disso, o Judiciário não se encontra devidamente aparelhado para lidar com esse tipo de demanda, seja por falta de aparatos e conhecimentos técnicos, seja pela própria estrutura principal do Judiciário: atender demandas individuais. Todos esses fatores induzem para interferências sistêmicas que não são imediatamente percebidas e ficam obscurecidas pela aprovação que as decisões concessivas de direitos sociais acabam recebendo do público.

Depois da publicação do livro de Stephen Holmes e Cass Sustein (*The cost of rights: why liberty depends on taxes*) se tornou (ou deveria ter se tornado) lugar comum a ideia de que todos os direitos têm custos. E isto é assim porque todos os direitos pressupõe gastos, mesmo aqueles que são tradicionalmente chamados de direitos fundamentais negativos, na medida em que sua fiscalização e salvaguarda contra violações exigem a existência um órgão responsável (AMARAL, 2010, p. 39).

Atrelada à ideia de custo está a ideia de escassez. Os recursos do mundo são escassos e precisam ser distribuídos. As disponibilidades orçamentárias (recursos) são finitas e, por isso mesmo, são finitas as possibilidades de atendimento às demandas. Como afirma Gustavo Amaral, com esteio em Holmes e Sustein

severas restrições orçamentárias implicam que algumas vítimas potenciais de maus-tratos tornem-se vítimas efetivas e o Estado terá feito pouco ou nada a respeito. Isso é deplorável, mas num mundo imperfeito de recursos



limitados, isto é também inevitável. Levar os direitos a sério significa também levar a escassez a sério (AMARAL, 2010, p. 42).

Neste sentido, fica evidente que qualquer resquício de ideia de direitos absolutos deve ser deletado. Nada que exija a alocação de recursos, ou seja, gastos monetários e decisões orçamentárias pode ser absoluto. Os direitos, mesmos os fundamentais, não são invioláveis, peremptórios e decisivos. Estão sujeitos a relativizações e processos de escolha alocativa (AMARAL, 2010, p. 42). A decisão alocativa (uma “escolha trágica”) é fruto da finitude dos recursos disponíveis para a satisfação dos direitos. Possuem caráter disjuntivo porque ao optar-se por uma satisfação, repudia-se a outra.

Tal como feito acima, Gustavo Amaral critica a doutrina constitucional preocupada com a concretização das normas constitucionais por não levar em conta as questões alocativas. Aduz que “a nota central parece ser um otimismo positivista, em que a inserção no campo do direito positivo afasta conjecturas sobre possibilidades fáticas”. Afirma ainda que os mesmo autores costumam admitir a existência de limites reais, mas simplesmente não aprofundam o tema ou passam por cima dele sem grandes preocupações (AMARAL, 2010, p. 98). É o caso dos autores citados e de uma vasta gama de outros autores brasileiros<sup>23</sup>.

Nesta toada, parece altamente proveitosa a proposta de Flávio Galdino de inserir a noção de custos dos direitos na própria ideia de direito subjetivo. Defende o autor que os custos não devem ser vistos como óbices à concretização de direitos, mas pressupostos de realização. Como não se realizam direitos, de fato, sem a disponibilidade de recursos, nada mais aconselhável do que condicionar a própria existência do direito à existência de meios reais e possíveis de implementação. Assim, só se pode realmente falar que uma pessoa tem um direito a algo depois de verificada a possibilidade fática de sua consecução (GALDINO, 2005, p. 336-345).

Um leitor deste artigo poderia acusar seu autor de querer submeter a lógica jurídica à lógica econômica. Nada mais distante da realidade. Pelo que foi dito até

---

<sup>23</sup> “Quem pretenda imaginar que são imediatamente passíveis de fruição por todos os brasileiros – como direitos subjetivos tradicionais – as normas previstas na Constituição Federal brasileira [...], haverá de verificar que a Constituição, seja permitida a expressão, é *pródiga*”. (GALDINO, 2005, p. 337).



aqui deve ter ficado claro que não se subscreve com a defesa de interferências indevidas e excessivas de um sistema social em outro. Este tipo de interferência é, inclusive, uma das facetas do que se entende por Ativismo Judicial.

O que se defende é que se pare de ignorar uma realidade. A doutrina e a jurisprudência não podem continuar acreditando que “direitos nascem em árvores”. Defender a hipertrofia da norma com a sobrevalorização da realidade para superar a hipertrofia do simbolismo constitucional é absurdo. Paradoxalmente, os autores que não levam em conta os custos dos direitos nas suas análises e defesas da concretização da Constituição são os que mais deixam a lógica econômica afetar o direito justamente por ignorar esta realidade.

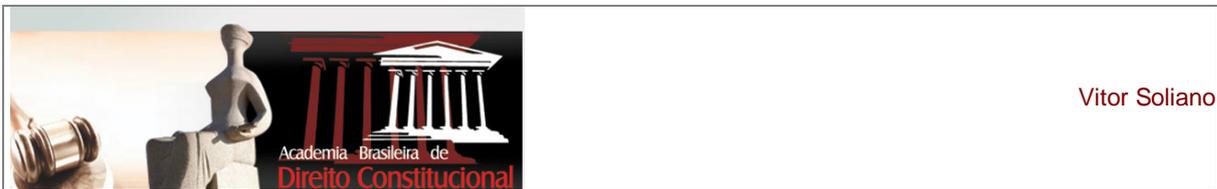
Ainda depois de tudo o que se disse, um defensor mais aguerrido da judicialização dos direitos sociais (Ativismo, em verdade) poderia dizer que insistir na possibilidade de alocação pelo Judiciário. Parece, contudo, que esta não é a posição mais adequada.

Como se disse, a alocação de recursos escassos exige escolhas trágicas. Essas escolhas tem um nítido caráter político por causa da amplitude e complexidade que demandam. Possibilitar ao Judiciário se avocar a “alocador” de recursos é dizer amém à sua politização e, assim, ao Ativismo Judicial. Além disso, é preciso ter em mente que as capacidades institucionais dos membros do Judiciário não contribuem para uma tal defesa.

Daniel Sarmento (2012, p. 208) resume com precisão:

A realização dos direitos sociais pelo Estado dá-se através de políticas públicas, cuja elaboração e implementação dependem, para o seu êxito, do emprego de conhecimentos específicos. Os poderes Executivo e Legislativo (mais o primeiro do que o segundo) possuem em seus quadros pessoas com a necessária formação especializada para assessorá-los na tomada das complexas decisões requeridas nesta área, que freqüentemente envolvem aspectos técnicos, econômicos e políticos diversificados. O mesmo não ocorre no Judiciário. Os juízes não têm, em regra, tais conhecimentos especializados necessários, nem contam com uma estrutura de apoio adequada para avaliação das políticas públicas, o que se torna um elemento complicador no debate sobre a tutela judicial dos referidos direitos.

A desconfiança que os brasileiros têm em relação aos seus políticos não pode servir de justificativa para legitimar a atuação de um órgão tecnicamente



despreparado para lidar com a complexidade que é a distribuição de recursos aptos a satisfazer os direitos fundamentais sociais. Este tipo de decisão exige a construção de uma ideia de conjunto, algo quase impossível dentro de um processo judicial (ao menos em demandas individuais – que constituem a maioria nos casos de judicialização de direitos sociais).

Esta questão liga-se com a seguinte: a tendência natural de resolução de demandas individualizadas. O sistema processual e a própria formação do julgador tende a se preocupar muito mais com demandas individuais do que com demandas coletivas. E, infelizmente, a maioria das demandas que pedem ao judiciário a concretização de direitos fundamentais sociais por meio de realocação de recursos têm sido demandas individuais. Este fator gera um problema seríssimo de estruturação do sistema como um todo.

O Judiciário acaba por tentar resolver, com o aval da doutrina, problemas que são essencialmente de macrojustiça com mecanismo de microjustiça (AMARAL, 2010, p. 96-97). Costuma-se não levar isso muito em conta porque, afinal, o que é uma decisão alocativa em comparação com os milhões disponíveis? Contudo, essas demandas individuais tem tendência de massificação. Como afirma Onofre Alves Batista Júnior a “massificação dessas demandas e a multiplicação de pleitos pode ocasionar a completa desarticulação financeira do Estado” (BATISTA JÚNIOR, 2011, p. 291). Assim, “o caminho das demandas individuais mostra-se arriscado e inadequado para a implementação de direitos sociais, pela possibilidade de desarticulação das políticas públicas e pelos riscos que impõe a uma perspectiva de atendimento isonômico das necessidades da coletividade” (BATISTA JÚNIOR, 2011, p. 291).

Está-se diante de um novo paradoxo: o Judiciário atuando com a boa intenção de preservar um suposto mínimo existencial de um sujeito que ajuíza uma demanda individual acaba por violar outros “mínimos existenciais” por não ter a capacidade técnica ou conhecimento amplo o suficiente para entender e conhecer as políticas públicas de fato existentes.

Eis aqui um dos maiores problemas do Ativismo Judicial: as interferências sistêmicas. Como afirma Luís Roberto Barroso



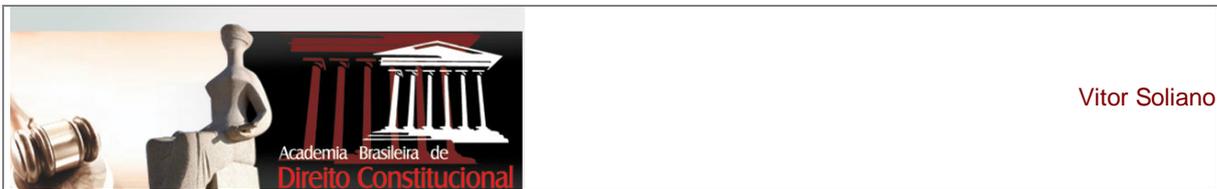
o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público (BARROSO, 2011, p. 287).

Todos os argumentos aqui levantados conduzem para a perda de autonomia dos sistemas, faceta do Ativismo Judicial. Seja por interferência excessiva no sistema político, seja por interferência excessiva no sistema econômico, ou mesmo interferência nos dois sistemas ao mesmo tempo, o Ativismo Judicial em matéria de direitos fundamentais sociais contribui para a incapacidade do sistema de se autorreproduzir autonomamente. Além disso, a interferência nesses sistemas acaba por exigir que o próprio sistema jurídico se valha de critérios e racionalidades próprios do sistema interferido, o que causa uma perda de autonomia, também, do sistema jurídico.

A espécie de Ativismo aqui crítica acaba por realizar um deslocamento do sentido positivo da constitucionalização simbólica para o Poder Judiciário. Ou seja, a função político-ideológica deixa de ser dos poderes representativos e passa a ser do Judiciário. Essas decisões pontuais (ou nem tão pontuais), tomadas através de mecanismos interpretativos inviáveis – ou seja, em desarmonia com a autonomia do direito e perpetradas sem uma atenção à integridade e coerência do sistema jurídico –, passam a impressão de que a ordem constitucional ainda é legítima e serve para guiar o futuro do Estado. Nada obstante, não supera, de fato, a constitucionalização simbólica por atuar em âmbitos individualizados. Salvaguardam o sentido ideológico da constitucionalização sem, contudo, realmente concretizá-la de forma generalizada.

Como aduz Wálber Araujo Carneiro

As mudanças percebidas no modo como tribunais e juízes veem a constituição e suas possibilidades de concretização representam, em verdade, o deslocamento da função positiva da “constitucionalização simbólica”. Se a função negativa (...) deixa de ser sustentável, a função positiva acabou sendo deslocada para o Judiciário, uma vez que as intervenções deste último (tal qual a do Constituinte) não resultarão em uma real e universal concretização da norma constitucional. Tais intervenções se dão, na maioria das vezes, no âmbito de microjustiça (...), mas não



encontram respaldo político no âmbito de uma macrojustiça (CARNEIRO, 2009, p. 6).

Afirma-se, portanto, que a forma como vem se lidando com a questão da judicialização dos direitos sociais é equivocada e Ativista e, por isso mesmo, ilegítima.

## 5 CONCLUSÕES

Afirmou-se no início e em diversas passagens que a posição deste trabalho é de que há, sim, um papel fundamental e ativo do Poder Judiciário da Concretização de direitos fundamentais. Afirmou-se, agora, que esse papel existe também quando o tema é direitos fundamentais sociais.

O constitucionalismo contemporâneo colocou novas questões à teoria do direito e à teoria do direito constitucional. A principal delas é a normatividade da Constituição e de todos os seus dispositivos, inclusive os que positivam os direitos sociais. Nesse cenário o Judiciário assume papel importantíssimo.

A percepção de que o Estado não vinha conseguindo concretizar de forma generalizada os preceitos constitucionais (constitucionalização simbólica em sentido negativo) acabou fazendo com que o Brasil recepcionasse um movimento teórico intitulado neoconstitucionalismo. Este movimento acaba por sobrecarregar a discricionariedade judicial e estimula a criação de aparatos dogmáticos e metodológicos ingênuos, movidos por uma ânsia concretista também ingênuo.

Este cenário é propício para o surgimento do Ativismo Judicial no Brasil, entendido aqui como atuação discricionária do julgador movido por mecanismo interpretativos que não lidam suficientemente bem com a criatividade judicial. Esta situação nunca será totalmente impedida, mas pode-se falar em níveis de Ativismo. O Ativismo, em complemento, é marcado pela perda de autonomia do sistema jurídico para os demais sistemas sociais.

O lugar por excelência para observação deste fenômeno é o da judicialização dos direitos sociais. Tem-se utilizado, cada vez mais, de mecanismo que ignoram fatores que não podem ser ignorados e acredita-se (ingenuamente?) na



possibilidade de ser o Judiciário um órgão adequado para realização de alocações de recursos escassos.

Discorda-se deste posicionamento porque, em primeiro lugar, ele desconsidera, de fato, a existência de custos dos direitos e a necessária limitação e conceituação dos direitos subjetivos tendo em mente esses custos. Em segundo lugar, o Judiciário não é o poder mais adequado para decidir sobre alocação de recursos. Um atuar neste sentido coloca uma carga política demasiadamente alta neste Poder o que abre as portas para o Ativismo Judicial e para a perda de autonomia dos sistemas sociais (jurídico, político e econômico). Além disso, o Judiciário não se encontra devidamente aparelhado para lidar com esse tipo de demanda, seja por falta de aparatos e conhecimentos técnicos, seja pela própria estrutura principal do Judiciário: atender demandas individuais. Todos esses fatores induzem para interferências sistêmicas que não são imediatamente percebidas e ficam obscurecidas pela aprovação que as decisões concessivas de direitos sociais acabam recebendo do público.

Enfim, critica-se o Ativismo sem abrir mão de algum nível de judicialização. Judicialização esta que não pode se dar através do aparato neoconstitucionalista. Não se pretende desmerecer por completo a importância que o neoconstitucionalismo teve e tem para o direito constitucional brasileiro. Longe disso. Se hoje tem-se mais Constituição e constitucionalismo do que tínhamos em 1988 (ADEODATO, 2009, p. 147), um dos grandes responsáveis é este movimento teórico-ideológico. Contudo, é chegada a hora de se realizar uma parada teórica para que se possa defender a Constituição com mais serenidade e coerência. A defesa da Constituição não pode significar um agir irresponsável na sua concretização, ainda que esta irresponsabilidade seja camuflada por aparatos teóricos e metodológicos convincentes<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> “não se deve idealizar que a concretização da Constituição, por intermédio da jurisdição constitucional, seja panaceia para resolver problemas brasileiros de ordem inteiramente distinta, tais como educação, previdência, fome e violência. Do mesmo modo que a constitucionalização de opções generalizadas, ou seja, construir novos e novos texto constitucionais, por intermédio de emendas e outros meios legiferantes, tampouco o é. É ingênua essa visão messiânica da jurisdição constitucional e das competências do legislativo, pois o subdesenvolvimento brasileiro é fenômeno social de raízes muito mais profundas”. (ADEODATO, 2009, p. 147)



## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de poderes?. In: \_\_\_\_\_. **A retórica constitucional**. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, p. 155-165, 2009.
- ADEODATO, João Maurício. Limites à jurisdição constitucional. In: \_\_\_\_\_. **A retórica constitucional**. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, p. 139-154, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar., 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 83-103, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & ativismo judicial**. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275-290.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, mar./abr./maio, 2007
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A construção democrática das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais com a participação do Judiciário. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A construção democrática das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais com a participação do Judiciário. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 271-309.
- BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. Os Direitos Sociais e as Constituições Democráticas Brasileiras: Breve Ensaio Histórico. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, p. 510-528, 2010.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito – II. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Vol. 5 Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.



- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- CARNEIRO, Wálber Araujo. A dimensão positiva dos direitos fundamentais: a ética e a técnica entre o ceticismo descompromissado e o compromisso irresponsável. *In*: CUNHA JÚNIOR, Dirley da.; DANTAS, Miguel Calmon (Orgs.). **Desafios do Constitucionalismo Brasileiro**. Salvador: JusPodivm, p. 313-328, 2009.
- CARNEIRO, Wálber Araujo. **As possibilidades do dirigismo constitucional brasileiro**: o desacoplamento entre as perspectivas funcional e epistêmica na Teoria da Constituição. 2011(texto inédito cedido pelo autor).
- CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva**. Uma teoria Dialógica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- CASALI BAHIA, Saulo José. O Poder Judiciário e a efetivação dos Direitos Fundamentais. *In* CUNHA JÚNIOR, Dirley da; CALMON DANTAS, Miguel. **Desafios do constitucionalismo brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 297-311.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GADAMER, Hans-Georg. Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica. *In* GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (org.). **O problema da consciência histórica**. 3. ed. Traduzido por Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, p. 55-71, 2006.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002
- LINHARES, José Manual Aroso; SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. A Necessidade de (re)Pensar a Realização do Direito em Tempos de Protagonismo Judicial – Um Percorso Possível em Busca de uma Reflexão Refundadora de um Novo Sentido. **Seqüência**: Estudos jurídicos e políticos, vol. 32, n. 63, p. 213-234, dez. 2011.
- LOBÃO, Ronaldo. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LOBÃO, Ronaldo. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, mar./abr./maio, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NUNES, Dierle. Politização do judiciário no direito comparado: algumas considerações. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e processo: entre o direito e a política**. Belo Horizonte: Fórum, p. 31-49, 2011.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**. Año 8, Nº 15: Primer semestre de 2006. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2013.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: \_\_\_\_\_. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 179-215.
- SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**. Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 87-124.
- SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 233-272, 2010.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. V. 4, 2006, p. 23-51.



- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SOLIANO, Vitor. **Ativismo Judicial no Brasil**: em busca de uma definição. 2013. Monografia (Especialização em Direito Público) – Instituto JusPodivm, Salvador.
- STRECK, Lenio Luiz. Contra o Neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, jan./jun. p. 9-27.
- STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: \_\_\_\_\_; STEIN, Ernildo. **Hermenêutica e epistemologia**. 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 153-172
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- TAVARES, André Ramos. O juiz ativista: concretização dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59-85.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. v. 8. jan./jun. p. 37-58, 2012.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. v. 4. jul./dez. p. 441-459, 2008.



## O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO<sup>1</sup>

THE SUPPLY OF MEDICAMENTS BY THE STATE

*Robson de Vargas*<sup>2</sup>

### Resumo

Como aspecto de garantia do próprio direito à vida, buscou-se elucidar a efetivação do direito à saúde a partir da questão do fornecimento de medicamentos pelo Estado. Na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde está inserido entre os direitos sociais por excelência, previstos no art. 6º da Carta Magna. Porém, como se sabe, não basta o reconhecimento formal desse direito, sendo necessário investigar a sua efetividade. E neste contexto, insere-se a problemática em torno do dever por parte do Poder Público em fornecer medicamentos aos cidadãos. Diante disso, a partir de uma leitura histórica dos direitos fundamentais, pretendeu-se analisar essa questão, visando compreender os limites e alcances em torno do direito/dever à saúde, identificando-se os principais valores e princípios que orientam a sua realização.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais; Direitos sociais; Direito à saúde; Fornecimento de medicamentos pelo Estado.

### Abstract

As aspect of guaranteeing the right to life itself, we sought to elucidate the effectiveness of the right to health from the issue of drug supply in the State. In the 1988 Federal Constitution, the right to health is inserted between social rights par excellence, as provided in art. 6.º of the Constitution. However, as we know, not just formal recognition of this right, is necessary to investigate its effectiveness. And in this context, part of the problem is the duty on the part of the government to provide drugs to citizens. Thus, from a historical reading of fundamental rights, we intended to examine this issue, aiming to understand the limits and reach around the right / duty to health, identifying the core values and principles that guide its implementation.

**Keywords** Fundamental rights; social rights; right to health; supply of medications by the state.

<sup>1</sup> Artigo submetido em 29/05/2013, pareceres de aprovação em 30/07/2013 e 02/08/2013, aprovação comunicada em 07/10/2013.

<sup>2</sup> Mestrando em Ciências Criminais – PUCRS. Especialista em Direito Constitucional – UNESA. Especialista em Ciências Penais – PUCRS. Professor na área de Direito Público no Centro Universitário Estácio de Sá – Santa Catarina. Advogado.



## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais devem ser vistos como a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito, e por isso devem ser ungidos de eficácia e constantemente reafirmados, gerando também eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, constitui exigência inarredável do Estado Democrático de Direito a inclusão e preservação de valores essenciais à humanidade e justiça, inserindo-se, neste contexto, o direito à saúde.

Na Constituição Federal de 1988 (CF), o direito à saúde está inserido entre os direitos sociais por excelência, previstos no art. 6º da Carta Magna. E uma das formas de preservar esse direito, é através da garantia do fornecimento de medicamentos à população. Entretanto, algumas questões precisam ser observadas, como por exemplo, que tipo de medicamentos o Estado está obrigado a custear e quem se enquadra como beneficiário dessa prestação. Isso porque, a limitação de recursos por parte do poder público, inegavelmente leva a uma delimitação dos casos que serão atendidos, bem como de quem se enquadra como destinatário.

Assim, será apresentada uma breve evolução histórica dos direitos fundamentais, visando demonstrar que o direito à saúde, como parte dos direitos sociais, encontra-se inserido em uma ordem de valores subjetiva e objetiva, impondo-se que isso seja observado e concretizado pelo poder público. Em seguida, será apresentada e enfrentada a problemática em torno do fornecimento de medicamentos, o que se dará a partir de postulados doutrinários e jurisprudenciais, de modo a permitir compreender a responsabilidade dos entes da federação na concretização desta prestação, bem como o alcance do princípio da reserva do possível e a representação do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

## 1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO À SAÚDE

Tradicionalmente os direitos fundamentais são dispostos em três grandes dimensões ou gerações, sendo que foi a partir das bases ideológicas constitutivas da cidadania – que é fruto da construção da sociedade moderna, pois o termo cidadão sempre se referiu a homens livres – que se embasou um individualismo



racionalista, surgindo primeiramente os direitos normativo-subjetivos, civis e políticos, e mais tarde, os direitos econômicos e sociais.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais, ligada a ideia de liberdade, surgiu no século XVIII mediante as declarações de direitos de 1776 (Declaração de Virgínia) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, versando acerca dos direitos civis e políticos dos cidadãos em relação ao Estado, como forma de limitação do poder estatal, estando esses direitos relacionados ao desenvolvimento do Estado Moderno em sua primeira variante liberal.

Essa primeira dimensão tem por fundamento jusfilosófico o pensamento iluminista, que pregava limites à intervenção estatal em relação à esfera de liberdades individuais dos cidadãos. Enquadram-se nesta categoria os direitos à vida, liberdade, propriedade, igualdade perante a lei e algumas garantias processuais.

Já a segunda dimensão dos direitos fundamentais tem como marcos de referência a Constituição Mexicana (1917) e de Weimar (1919), e por influência da revolução Russa é denominada de direitos econômicos e sociais. Os direitos de segunda dimensão deveriam ser patrocinados pelo Estado, através de ações prestacionais positivas, aspirando realizar o princípio da dignidade da pessoa humana, mitigado pelo Estado de Direito Liberal.

Conforme esclarece Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos de segunda dimensão não são de liberdade do e perante o Estado, mas de liberdades por intermédio do Estado, sendo que caracterizam-se por conceder ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como por exemplo, assistência social, saúde, educação e trabalho. Essa segunda dimensão de direitos fundamentais sustenta a ideia de uma justiça distributiva (igualdade), visando proteger especialmente os pobres, e pretendendo combater as desigualdades sociais (SARLET, 2009, p. 47).

Esta incorporação dos direitos sociais ao discurso da cidadania foi o aporte para o surgimento do Estado de bem-estar social, superando a visão liberal-individualista proposto pela classe burguesa. Desta forma, mediante o surgimento da cidadania social, o *Welfare State* busca suprir e conter os excessos individualistas do modelo liberal através da intervenção. Nessa perspectiva concede a passagem



da cidadania liberal para a cidadania social como uma natural decorrência da insuficiência do liberalismo econômico.

Já a terceira dimensão dos direitos fundamentais é conhecida como a dimensão dos direitos de fraternidade e de solidariedade por causa da titularidade dos direitos que transcende o homem-indivíduo para alcançar determinados grupos humanos, como a família, os consumidores, o povo, a nação, etc. É por isso que os direitos fundamentais de terceira dimensão são classificados em coletivos e difusos (o gênero humano é destinatário de proteção), constando ainda a proteção ao meio ambiente, ao desenvolvimento sustentável, a qualidade de vida, ao patrimônio comum da comunidade, à paz, à autoderminação dos povos, entre outros.

Segundo lembra Sarlet, no concernente a positivação desses direitos de terceira dimensão, a maior parte deles não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando em fase de consagração no âmbito do direito internacional, o que explica o grande número de tratados e documentos transnacionais nesta seara (SARLET, 2009, p. 49).

Destaca-se, ainda, que entre alguns doutrinadores pátrios, dentre eles, Paulo Bonavides, existe a aceitação da ideia de uma quarta e até quinta dimensão dos direitos fundamentais. Enquanto os de quarta dimensão guardam relação com o direito à democracia, informação e pluralismo, os direitos de quinta dimensão compreendem os direitos virtuais, buscando-se proteger a honra e a imagem da pessoa humana, frente aos meios de comunicação eletrônica (BONAVIDES, 1997, p. 524-526).

Por fim, é de se destacar que essa distinção das diversas dimensões que marcam a evolução dos direitos fundamentais é estabelecida visando situar os diferentes momentos históricos em que esses direitos foram surgindo, especialmente como reivindicações acolhidas pelo ordenamento jurídico. Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, a visão dos direitos fundamentais em dimensões, representa sua evolução no tempo, não sendo correto deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade, sendo que cada direito de cada dimensão interage com os das outras, e nesse processo dá-se à compreensão desse quadro evolutivo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 268).



## 1.1 Os direitos fundamentais na Constituição de 1988

O catálogo de direitos fundamentais na Constituição de 1988 resultou de um amplo processo de discussões oportunizado com a redemocratização do país após mais de duas décadas de ditadura militar. Conforme destaca Flávia Piovesan, é de se considerar a Carta de 1988 como um verdadeiro marco jurídico da transição ao regime democrático, que por sua vez, alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria (PIOVESAN, 2006, p. 2).

O próprio preâmbulo da Carta Magna realça um compromisso com os direitos fundamentais, ao gravar que a sua promulgação se baseava em um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade.

Ainda, seguindo o magistério de Sarlet, é possível afirmar que três características podem ser atribuídas a Constituição de 1988 como extensivas ao título dos direitos fundamentais: seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente. O cunho analítico reflete-se no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, face o seu grande número de dispositivos legais. O caráter pluralista é representado pela reunião de dispositivos reconhecendo um grande gama de direitos sociais, ao lado dos direitos clássicos e de novos direitos. Já o caráter programático resulta de um grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, embora amenizado no concernente aos direitos fundamentais, especialmente em face do art. 5º, § 1º, da CF (as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata) (SARLET, 2009, p. 64).

Essa proteção conferida aos direitos fundamentais manifesta-se, ainda, com o reconhecimento da “garantia de eternidade”, pelo fato de estarem resguardados como cláusulas pétreas, conforme prevê o art. 60, § 4º da CF. É de se destacar o extenso rol de incisos do art. 5º da Constituição, o qual contempla direitos fundamentais das diversas dimensões. Dos arts 6º ao 11, da CF, estão estabelecidos os direitos sociais (que vinham sendo, desde 1934, inseridos no



Capítulo da Ordem Econômica e Social) seguindo-se, ainda, o direito a nacionalidade e os direitos políticos. Mas, importa registro que o conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais, reconhecido no art. 5º, § 2º, da CF, assinala a existência de outros direitos fundamentais em outros artigos da Constituição, inclusive em tratados internacionais.

Os direitos fundamentais representam um verdadeiro sistema de direitos, o qual se condiciona pelo princípio da aplicabilidade imediata e espelham a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, devem ser vistos como a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito, merecendo ser ungidos de eficácia e constantemente reafirmados.

A dignidade da pessoa humana está consubstanciada no respeito pela vida, integridade física e moral do ser humano, em busca de condições mínimas para uma existência digna. A Constituição de 1988 foi o primeiro ordenamento do constitucionalismo brasileiro a estabelecer um título próprio aos Princípios Fundamentais, tendo sido também a primeira a elevar a dignidade humana em nível de princípio fundamental. Tais princípios estão prescritos no Título I da Magna Carta e catalogados em quatro artigos.

E, ao delinear o valor da dignidade da pessoa humana, observa-se que esse princípio assume importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos fundamentais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido e preservado.

E neste viés, mostra-se relevante a proteção judicial aos direitos fundamentais, permitindo-se aos indivíduos informar as violações aos seus direitos, mas acima de tudo, exigir que tais violações sejam evitadas ou saneadas. Para Paulo Márcio Cruz, a proteção judicial representa atualmente um elemento fundamental do sistema constitucional, já que faz parte da ordem constitucional o direito de todo indivíduo recorrer aos tribunais para defender suas pretensões. Segundo ele “a aplicabilidade direta dos direitos e garantias fundamentais é a regra na quase totalidade dos países do Ocidente e, portanto, sua proteção imediata” (CRUZ, 2008, p. 176).

Por fim, é de se asseverar, conforme ensina Branco, que os direitos fundamentais transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais,



passando a alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade, irradiando-se para todo o direito positivo. Com isso, forma a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito (MENDES; COELHO, 2009, p. 300).

## 1.2 A saúde como direito fundamental

O direito à saúde é um dos mais amplos e completos direitos no aspecto das dimensões dos direitos fundamentais. A Constituição de 1988 foi a primeira a reconhecer o direito à saúde como direito fundamental de dimensão social, sendo que as Constituições de 1934, 1937 e 1967, apenas referiam o direito à saúde na parte da distribuição das competências. O legislador constituinte, já no art. 3º da CF, reconheceu como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade solidária com a promoção do bem de todos; a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e de toda e qualquer forma de marginalização.

O direito à saúde está inserido entre os direitos sociais por excelência, previstos no art. 6º da CF. O próprio texto constitucional trata do direito à saúde no Título VIII, merecendo destaque o art. 196 da CF que dispõe: “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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Também encontra fundamento no art. 170 da CF (Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica) o qual estabelece como escopo da ordem econômica assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Já o art. 193 da CF, destaca que a ordem social tem como objetivo o bem-estar e a justiça social, sendo a garantia do direito a saúde um dos principais instrumentos.

No art. 194 da CF restou definido que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, tendo o parágrafo único, no seu inciso I, definido como objetivo a



universalidade da cobertura e do atendimento, e no inciso V, a equidade na forma de participação no conjunto integrado dessas ações.

Cumpra registrar também, o caráter prioritário às atividades preventivas para assegurar o direito à saúde, conforme preceitua o art. 198, inciso II, da CF, reconhecendo como uma das diretrizes do SUS - Sistema Único de Saúde, o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

Pode-se reconhecer que os direitos sociais encontram-se inseridos em uma ordem de valor subjetiva e objetiva, impondo-se que isso seja observado e concretizado pelo poder público. Como ensina Miguel Reale, sob o prisma da dimensão subjetiva, representa a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio. Trata-se do poder de exigir judicialmente o devido cumprimento do direito. Já a ordem de valor objetiva traduz a observância de todos a esses direitos, vinculando especialmente a atuação dos poderes públicos (REALE, 2000, p. 262).

Diante disso, podemos reconhecer que a saúde é um dos principais direitos fundamentais de caráter prestacional, impondo-se a todos os entes federativos a adoção de políticas públicas eficazes para o alcance da Justiça Social e do bem estar de todos. Porém, o direito à saúde dificilmente será alcançado de forma absoluta e incondicional pelo Estado, o que não significa, que o mesmo não deva ser entendido como um legítimo valor constitucional que assegura à pessoa humana, em especial aos mais vulneráveis, o acesso às prestações materiais necessárias as atividades preventivas e à proteção da saúde para o desenvolvimento de uma vida digna.

Assim, é inquestionável a fundamentalidade do direito à saúde, já que representa um bem jusfundamental assegurado pela ordem constitucional, sendo um dos mais amplos e completos direitos fundamentais no aspecto dimensional. Por outro lado, vale destacar que no campo da sua efetividade, é necessário buscar extrair sua força máxima, papel que cabe a doutrina e jurisprudência, mas acima de tudo, aos entes da federação.



## 2 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO

Como todo cidadão pode levar à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, conforme autoriza o art. 5º, inciso XXXV, da CF, esta problemática constantemente acaba sendo decidida pelo Poder Judiciário, o que gera uma tormentosa discussão em torno do controle jurisdicional das opções legislativas de concretização desse direito.

Por outro lado, é importante observar que é uma exigência inarredável do Estado Democrático de Direito a inclusão e preservação de valores essenciais à humanidade e justiça, e dentre eles se encontra o direito à saúde. Deste modo, diante da expressiva quantidade de cidadãos carentes, frente a um Estado com inúmeras necessidades a atender, sem encontrar recursos suficientes para isso, torna-se salutar garantir minimamente a efetividade desse direito, assegurando-se com isso, um núcleo essencial do direito à saúde.

Desde o advento da Constituição de 1988, se tornou recorrente no Poder Judiciário, litígios acerca da interpretação da integralidade e igualdade do tratamento de saúde, bem como sobre a responsabilidade dos entes da federação na implementação e tutela do direito à saúde. E o que se tem visto de maneira recorrente, é o julgamento favorável de processos quando o cidadão necessita de medicamentos. Diante disso, é necessário compreender a força jurídica do direito à saúde, assim como a interpretação dos tribunais em torno do dever do Estado em prestar medicamentos, especialmente como forma de efetividade do desse direito.

Deste modo, a partir da identificação de alguns valores e princípios que impulsionam a realização do direito à saúde, se apresenta uma análise acerca da obrigação do Estado no fornecimento de medicamentos, especialmente considerando o princípio da reserva do possível e o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

### 2.1 A obrigação do Estado

Como expõe Sarlet, o direito à saúde integra o sistema de proteção da seguridade social, se manifestando de forma mais contundente a vinculação do seu

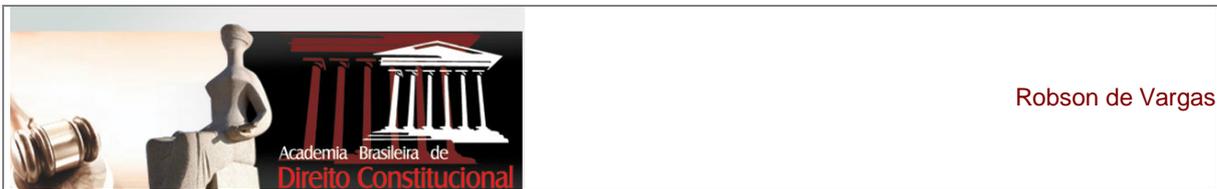


objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar, etc.) com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. E, por ser um direito fundamental, o qual possui um grau máximo de juridicidade e normatividade, deve-se buscar sempre sua efetividade, a qual nem sempre é materializada (SARLET, 2009, p. 322).

A questão é complexa. Os entes da federação encaram o direito à saúde como norma programática, de modo que, em não existindo dinheiro disponível no orçamento público destinado para o fornecimento de medicamentos, ou se o medicamento solicitado não integrar a portaria GM 2577/2006 do Ministério da Saúde, haveria afronta à ordem pública, em termos administrativos, já que o fornecimento desses medicamentos encontra-se à margem do programa oficial do Estado, o qual deve zelar pela programação orçamentária e evitar lesão para a economia pública.

Além disso, haveria ofensa também a própria saúde pública, pois o fornecimento de medicamentos não previstos nas portarias do Ministério da Saúde, compromete a racionalização do sistema de fornecimento de medicamentos para a população de uma maneira geral. Todavia, embora se reconheça que as políticas de saúde implicam a formulação e execução de um planejamento amplo, elaborado a partir da avaliação da situação real e da identificação dos meios escassos disponíveis, com escolha das prioridades a serem atendidas e das metas a ser alcançadas, o Judiciário tem assegurado o acesso aos medicamentos quando o cidadão é pessoa hipossuficiente, quando a enfermidade em questão é muito grave e quando há urgência na utilização do medicamento.

Isso, porque o legislador constitucional erigiu o direito à saúde ao nível dos direitos sociais fundamentais, impondo ao Estado a obrigação de, através de políticas públicas, implementar normas e ações destinadas à concretização deste direito. Ao tratar da responsabilidade do Estado e o direito à saúde, José Afonso da Silva, citando Canotilho e Vital Moreira, destaca que esse direito comporta duas vertentes, sendo uma negativa, que consiste no direito a exigir do Estado que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde, e outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando à prevenção das doenças e o tratamento delas. Observa, ainda, que os arts. 196, 198 e 200, da CF,



tratam de um direito positivo que exige prestações do Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas, de cujo cumprimento depende a própria realização do direito, e do qual decorre um especial direito subjetivo (SILVA, 2000, p. 312-313).

O próprio Supremo Tribunal Federal, por diversas ocasiões já acentuou a importância da efetivação de programas sociais que concretizem os preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais. A esse respeito, destaca-se o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286, do qual foi relator o Ministro Celso de Mello. Naquele julgamento, foi mantida a condenação do Município de Porto Alegre, solidariamente com o Estado do Rio Grande do Sul, obrigando-se ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento da AIDS aos portadores do vírus HIV carentes.

Na ementa, ficou gravado que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição Federal. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, responsabilmente, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. Reconheceu-se, também, que o direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. Deste modo, o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Por fim, reconheceu-se que a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando as justas expectativas da coletividade, substituir, ilegitimamente, o cumprimento de seu inafastável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que prevê a Constituição Federal. O reconhecimento pelo Poder Judiciário da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS,



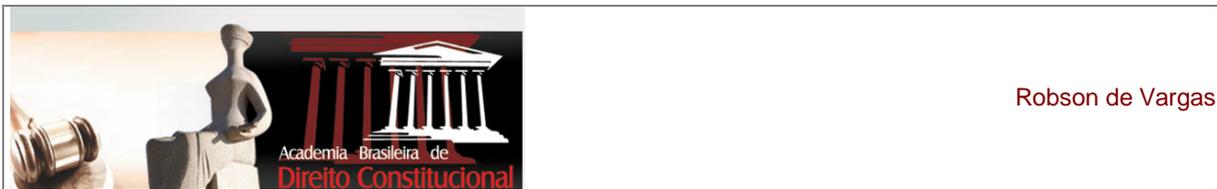
dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição Federal e representa, um gesto reverente e solidário de valor à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

Esse julgamento esclarece à posição adotada pelo STF para questões desta natureza. Em harmonia com as normas constitucionais, a Lei 8.080/1990, que cuida do Sistema Único de Saúde, é também reflexo do direito à assistência social, destinando-se, ainda, a resguardar a saúde dos cidadãos carentes. É o que prevê o seu art. 2º, quando estatui ser a saúde um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. E esse dever estatal consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Também merece destaque o art. 4º da Lei 8.080/1990, ao explicitar que o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta, indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde.

Com todo este fundamento legal, reconhecidamente protetor, não se pode interpretar a Constituição Federal e a própria Lei 8.080/1990 de outra forma que não extensivamente, para reconhecer o dever dos entes da federação a fornecer medicamentos, desde que, sejam os destinatários pessoas carentes, a enfermidade em questão seja muito grave e quando existir urgência na utilização do medicamento solicitado.

Nesse sentido, podemos mencionar ainda o Recurso Extraordinário (RE) nº 242.859, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, 1.ª Turma, publicado no DJ de 29.06.1999; o RE nº 264.269-AgR, cujo relator foi o Ministro Néri da Silveira, 1.ª Turma, publicado no DJ de 26.05.2000; o RE nº 255.627-AgR, em que foi relator o Ministro Nelson Jobim, 2.ª Turma, publicado no DJ de 21.11.2000; e, ainda, o RE nº 271.286-AgR, de relatoria do Ministro Celso de Mello, 2.ª Turma, publicado no DJ de 12.09.2000, entre outros.



Assim, a obrigação de prestar medicamentos pelo Estado não é ilimitada e incondicional, sendo necessário analisar a gravidade da enfermidade, a condição financeira do requerente e a urgência na utilização do medicamento. Por outro lado, é importante reconhecer que a impossibilidade de acesso a medicamentos necessários à sobrevivência digna, acaba sempre por agravar o direito à saúde e conseqüentemente à própria vida.

Ao que parece, é equilibrado que o Poder Legislativo atue estabelecendo leis que assegurem o acesso aos medicamentos necessários, que o Poder Executivo implemente políticas sociais que objetivem a otimização do uso de seus recursos financeiros, promovendo dessa forma a saúde e o atendimento isonômico entre os titulares do direito ao fornecimento de medicamentos; e, por fim, que o Poder Judiciário, verifique e julgue a constitucionalidade da política eleita.

Diante disso, importa ressaltar que embora a realização da justiça social seja dependente de recursos do Estado, há de se encontrar caminhos para a sua materialização, não parecendo adequado que o Poder Judiciário fique a mercê de um Poder Legislativo e Executivo inoperante na realização de suas atribuições ou competência, o que sem sendo tratado como uma “dificuldade contramajoritária”, que nada mais é do que a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para fixar políticas públicas no lugar do legislador e/ou administrador eleitos pelo povo.

## **2.2 Da responsabilidade integral de cada ente da federação**

A saúde é um dos principais direitos fundamentais prestacionais, impondo a todos os entes federativos, o dever compartilhado e solidário correspondente, visando à adoção de políticas públicas eficazes para o alcance da Justiça Social e do bem estar de todos. A Constituição Federal, ao prever um vasto elenco de direitos sociais prestacionais, obrigou a União, os Estados e também os Municípios a assegurar de maneira solidária o direito à saúde, especialmente aos carentes, os quais não possuem condições econômicas de ter acesso aos medicamentos indispensáveis à própria vida.

Deste modo, quando o pedido de medicamentos não estiver contemplado em determinada política pública estatal específica (federal, estadual ou municipal) e



já em fase de execução, a solicitação pelos medicamentos deve ser direcionada em desfavor de todos os entes da federação, já que o direito à saúde não pode ser reduzido a uma promessa constitucional.

Merece registro o julgamento pelo STF do RE nº 393175-AgR, da 2.<sup>a</sup> Turma, publicado no DJ de 02.02.2007, em que o relator, Ministro Celso de Mello, asseverou que o poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. Essa orientação vem sendo consolidada na jurisprudência pátria.

Mas, parece claro que o art. 198 da CF não veda que a legislação infraconstitucional atribua prestações específicas a determinada esfera de governo, até mesmo como estratégia de gestão. Assim, quando houver norma atribuindo o dever de prestar determinado serviço de saúde ou dispensar determinado tipo de medicamento a um determinado ente da federação, apenas este é que deverá figurar no pólo passivo da demanda, caso contrário, o dever será sempre solidário entre as três esferas de estatais.

Dessa forma, parece que não há dúvidas de que existe uma responsabilidade solidária entre a União, os Estados e os Municípios, quando se trata do direito à saúde, cabendo ao cidadão necessitado escolher quem deverá lhe fornecer o medicamento pleiteado. O art. 198, parágrafo único, da CF, estabelece que o Sistema Único de Saúde será firmado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados e dos Municípios, além de outras fontes legais. A Lei 8.080/90 disciplina o SUS, atribuindo a todos os entes da federação, a prestação dos serviços de saúde à população, podendo o cidadão optar por aquele que venha a prestar assistência à sua saúde através do fornecimento de medicamentos.

Diante disso, a regra é a da solidariedade pura entre a União, os Estados e os Municípios, quando se trata de saúde pública, cabendo ao cidadão requerente optar quem deverá lhe fornecer o medicamento de que necessita. No julgamento do Mandado de Segurança 17425/MG, publicado no DJ em 22.11.2004, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, a 2.<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiu que o



fornecimento gratuito de medicamento é dever líquido e certo do Estado, competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado, conforme estabelece o art. 23, II, da CF, bem como a organização da seguridade social, garantindo a universalidade da cobertura e do atendimento, tudo conforme o art. 194, parágrafo único, inciso I, todos da Carta Magna.

Por se tratar o fornecimento de medicamentos de uma obrigação solidária, é possível exigir a prestação de qualquer um ou de todos os entes federativos. A escolha cabe ao cidadão ao formular o seu pedido. Deste modo, reconhece-se no pólo passivo de uma ação de medicamentos um litisconsórcio facultativo e não obrigatório, pois a responsabilidade solidária dos entes públicos não obriga ao chamamento ao processo ou a denúncia à lide de outros entes não demandados pelo requerente.

Diferente não é com o funcionamento do SUS, o qual é de responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para pessoas carentes. Nesse sentido, é de se destacar a decisão do STJ proferida pelo Ministro Humberto Martins, no julgamento do Recurso Especial nº 1.103.889/RN, publicado no DJ de 19/03/2009. Segundo ele, o Sistema Único de Saúde será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. O texto constitucional faz referência às três esferas do Poder Executivo para ampliar a responsabilidade, de tal forma, que não há que se falar em litisconsórcio.

O STF também já se manifestou no sentido de admitir a escolha, pelo autor, do ente da federação contra quem deseja solicitar medicamentos, como se vê no julgamento do Agravo de Instrumento nº 597.141/RS, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, publicado no DJ de 29/06/2007. Ficou decidido que em razão da responsabilidade prevista no artigo 196 da CF, a legitimidade passiva para a causa consiste na coincidência entre a pessoa do réu e a pessoa de qualquer um dos vários entes federativos. A presença de um dos vários legitimados no pólo passivo da relação processual decorre da escolha do demandante, já que todos e qualquer um deles tem o dever de cuidar da saúde e assistência pública na forma do inciso II, do art. 23 da CF.



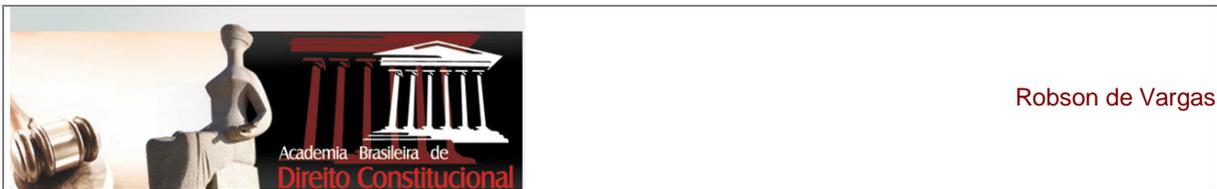
Sendo assim, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da CF, consistente na obrigação de assegurar a todos a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se como medidas positivas ao poder público, seja através da União, dos Estados ou Municípios.

### **3 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Embora haja entendimentos favoráveis ao “Princípio da Reserva do Possível”, segundo o qual o juiz não pode alcançar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto, as limitações ou dificuldades orçamentárias não se prestam, por si só, como pretexto para negar o direito à saúde e à vida, garantido no art. 196 da CF.

A Lei 8.080/1990, em seu art. 2º, repetiu que a saúde é um direito fundamental do ser humano, incumbindo ao Estado prover as condições ao seu pleno exercício, disciplinando o SUS, incumbindo aos entes da federação a prestação de serviços de saúde à população. Diante disto, não há que se dar acolhida ao argumento da inexistência de previsão orçamentária por parte do Estado, uma vez que caracterizada a urgência do atendimento devido ao cidadão carente, deve-se primar pelo direito à vida acima de tudo.

A Constituição Federal é expressa ao assegurar o direito à vida e o direito à saúde como garantias fundamentais, instituídas em norma de caráter imperativo, autoaplicáveis, de acordo com a responsabilidade solidária dos entes federativos. Há um bem maior que é a vida, com um respectivo direito à saúde, assegurado constitucionalmente como direito fundamental, bem este que tem o maior valor, devendo ser sempre o bem preponderante sobre os demais direitos assegurados no texto constitucional, significando que entre os dois valores em jogo, direito à vida e o direito do ente público de bem gerir as verbas públicas, sob qualquer ótica, deve prevalecer o bem maior. Assim, é desnecessária a previsão orçamentária ou a



licitação para a aquisição dos medicamentos solicitados, quando necessários à sobrevivência digna do ser humano.

Ainda, frente à necessidade de se alcançar medicamentos a quem tem urgência no pleito, a alegação de ofensa à separação dos poderes não merece acolhida, não havendo dúvida quanto à prioridade absoluta do direito subjetivo postulado, isso porque o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento, o que, precisa ficar claro, já que se trata de uma das marcas da justiça constitucional na contemporaneidade (BOLZAN DE MORAIS, 2010, p. 150).

Diante disso, visando à declaração e concretização dos direitos e demandas sociais, bem como a correção dos defeitos legislativos, o ativismo judicial, enquanto ampliação da atuação do Poder Judiciário voltada para a concretização de direito e demandas sociais através de uma interpretação constitucional, está ligado à expansão da jurisdição constitucional num claro propósito de afirmação do princípio da supremacia da Constituição.

E essa atuação do Poder Judiciário não é uma atuação política partidária, mas política institucional, num indiscutível propósito de resguardar aquilo que é fundamental. Deste modo, o ativismo judicial longe está de ser uma afronta ao Estado Democrático de Direito, pelo contrário, o reage e o fortalece. Por isso, é fundamental fazer avançar a hermenêutica constitucional mediante a sistematização completa da concepção espacial do conteúdo total das normas constitucionais.

O conteúdo total de um direito constitucional possui uma parte central representada pelo seu núcleo essencial, isto é, seu conteúdo mínimo, e, uma parte ponderável, sujeita a técnicas de avaliação em caso de conflito com outros direitos constitucionais. No âmbito do direito à saúde, é necessário preservar a ideia de um conteúdo mínimo no concernente ao fornecimento de medicamentos pelo Estado. Por consequência, sendo o cidadão pessoa carente, com uma enfermidade grave e existindo urgência na utilização do medicamento, o Estado precisa criar condições em atender essa necessidade, elevando dessa forma, efetividade a dignidade



humana, princípio que serve de inspiração para o reconhecimento e o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito.

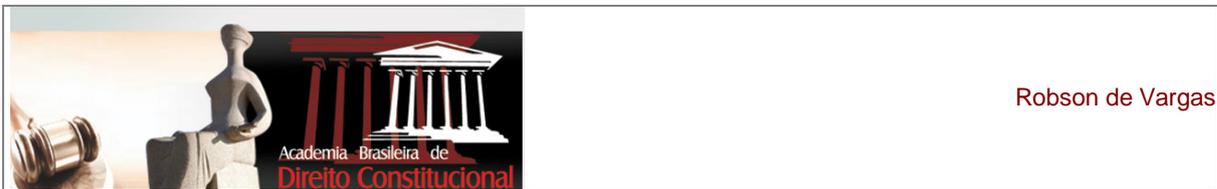
#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da expressiva quantidade de cidadãos carentes, frente a um Estado com inúmeras necessidades a atender, sem encontrar recursos suficientes para tanto, torna-se salutar garantir minimamente a efetividade não só do direito à saúde, mas de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-se com isso, um núcleo essencial do direito à saúde, pois trata-se de um dos principais direitos fundamentais de caráter prestacional, impondo-se a todos os entes federativos a adoção de políticas públicas eficazes para o alcance da Justiça Social e do bem estar de todos.

Esse esforço é conjunto, a responsabilidade é de todos e não pode ser negligenciada. Deve ser uma pauta contínua, sem antinomias, (BARROSO, 2004, p. 9) a ser garantida pelo sistema normativo e político, a ponto de tornar os valores e princípios constitucionais uma realidade.

#### REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O estado constitucional: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.



Robson de Vargas

- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.



# A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA E OS LIVROS ELETRÔNICOS: UMA ANÁLISE DIFERENCIADA SOBRE O TEMA<sup>1</sup>

TAX IMMUNITY AND ELECTRONIC BOOKS: A DIFFERENT ANALYSIS ON THE THEME

*Luís Henrique Bortola*<sup>2</sup>

*Juliane Cavalcanti Pereira*<sup>3</sup>

## Resumo

O presente trabalho objetiva uma análise crítica acerca da possibilidade de incidência do instituto da imunidade tributária, aos livros eletrônicos, recente evolução tecnológica, que tem se revelado um objeto presente na realidade social brasileira, principalmente devido ao acesso aos meios de comunicação. Esse estudo almeja a apresentação de uma interpretação que busque trazer maior efetivação as disposições constitucionais, propondo atingir o máximo de sua realização, possibilitando o acesso à cultura e ao conhecimento disponível.

**Palavras-chave:** Imunidade tributária; livro eletrônico; ordenamento jurídico brasileiro; Constituição Federal.

## Abstract

This paper engages in a critical analysis of the possibility of incidence of the institute of tax immunity over electronic books, recent technological developments, it has been an object present in the Brazilian social reality, mainly due to access to the medium. This study aims at presenting an interpretation that seeks to bring greater effectiveness constitutional provisions, proposing achieve maximum realization, enabling access to culture and knowledge available.

**Keywords:** Tax immunity; electronic book; Brazilian law, the Federal Constitution.

<sup>1</sup> Artigo submetido em 01/06/2013, pareceres de aprovação em 03/07/2013 e 09/09/2013, aprovação comunicada em 09/09/2013.

<sup>2</sup> Doutorando em Acesso à Justiça na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre em Acesso à Justiça na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP (PUC-Campinas). Membro da Comissão de Cursos e Palestras da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Campinas/SP. Advogado em Campinas/SP. Professor na Universidade Presbiteriana Mackenzie – Campus Campinas. E-mail: <borto04@hotmail.com>.

<sup>3</sup> Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campus Campinas. E-mail: <juliane\_juju@hotmail.com>.



## INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva, de forma pontual, possibilitar um estudo aprofundado sobre a interação entre a imunidade tributária e o livro eletrônico, tomando como base, a jurisprudência e a doutrina, de modo a concluir as disposições apresentadas, especialmente tomando como base os julgados tribunais superiores e, focando no tribunal de segunda instância do Estado de São Paulo.

A proposta apresentada para o desenvolvimento do presente trabalho, se refere a possibilidade ou não da disposição contida no artigo 150, inciso IV, alínea 'd' da Constituição Federal da República Federativa do Brasil<sup>4</sup>, ser aplicada ao livro eletrônico. Tal questionamento busca abordar um tema atual, e presente no cotidiano das pessoas, graças, principalmente, as inovações e mudanças que a revolução tecnológica têm trazido ao ordenamento jurídico brasileiro, conjuntamente com a telefonia móvel e a banda larga.

O presente trabalho não busca esgotar a matéria apresentada, mas apenas trazer uma abordagem diferenciada acerca do assunto, com uma visão atual deste tema tão relevante, que a cada dia que passa, assume especial atenção dos intérprete-aplicadores, devido aos desdobramentos intrínsecos e extrínsecos do tema.

## 1 DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL

Não se pode negar o fato de que as inovações tecnológicas são uma realidade cada vez mais presente no dia a dia das pessoas, se tornando, muitas vezes, meios de substituição das vias ordinárias até então existentes. A título de exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se manifestou acerca do instituto da imunidade tributária por diversas vezes, ainda quando da não disseminação da rede mundial de computadores, no século passado, dentre as quais se destaca o seguinte trecho:

---

<sup>4</sup> Artigo 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI - instituir impostos sobre: [...] d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.



A imunidade deve ter interpretação extensiva, larga, não enfrentando o óbice do inciso II do artigo 111 do Código Tributário Nacional. Trata-se de uma imunidade impositiva objetiva e não condicionada, autêntica norma que não admite complementariedade legislativa, vedando peremptoriamente, qualquer ingerência de natureza limitatória.<sup>5</sup>

Somado a isso, o Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, tem mantido posicionamento pela não abrangência deste benefício, estendendo seu alcance apenas a filmes e papéis fotográficos usados na edição de livros, jornais e periódicos e negando tal aplicação aos livros eletrônicos. Ocorre que o verdadeiro fim de tal norma é possibilitar a disseminação de cultura e informações. Ao se restringir o âmbito de atuação da imunidade, haveria um verdadeiro contrassenso dentro das disposições contidas no próprio texto constitucional. A própria Suprema Corte, já entendeu que todos os insumos utilizados na produção do livro, devem ser abarcados pela imunidade tributária. Conforme se observa abaixo, ainda que com a vigência de outro texto constitucional, o entendimento é o mesmo:

Imunidade Tributária. Livro. Constituição, art. 19, inciso III, alínea 'd'. Em se tratando de norma constitucional relativa às imunidades tributárias genéricas, admite-se a interpretação ampla, de modo a transparecerem os princípios e postulados nela consagrados. O livro, como objeto da imunidade tributária, não é apenas produto acabado, mas o conjunto de serviços que o realizam, desde a redação, até a revisão da obra, sem restrição dos valores que a foram e que a Constituição protege.<sup>6</sup>

A Oitava Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento datado de 1999, deu provimento ao recurso de apelação da Fazenda do Estado para declarar a inexistência de imunidade tributária para os denominados livros eletrônicos – CD-Rom –, valendo-se da aplicação do método histórico de interpretação, para concluir que a proposta ampliativa de imunidade foi rechaçada pelos constituintes e deve ser, portanto, respeitada. A ementa e trechos do acórdão são dispostas a seguir:

<sup>5</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 196.626-2; 3ª Câmara Civil; Relator Desembargador Luiz Tâmbara; RJTJESP 141/99.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 102.141/RJ; Relator Ministro Aldir Passarinho; Requerente: Enciclopédia Britannica Editores Ltda; Advogado: Sergio Bermudes e Outros; Requerido: Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro; Advogado: Helena Cardoso Teixeira; Julgamento: 18/10/1985; DJ: 29/11/1985; RTJ 116/267.



Impostos CD-ROM. Imunidade tributária. Inexistência. Privilégio de natureza constitucional. Irrelevância da destinação do bem e da qualificação da entidade que o produz. Hipótese não contemplada no artigo 150, inciso VI, 'd', da CF. Interpretação não extensiva. Recursos providos.

Entretanto, não é qualquer papel que está imune a tributação de impostos, mas apenas aquele destinado a impressão de livros, jornais e periódicos, descabendo estender-se o benefício de natureza constitucional a outras hipóteses não contempladas pela Constituição, vale dizer, para abranger outros insumos, bem assim sobre legislação informatizada em forma de CD-Rom e mais programa de computador – *software*. As imunidades configuram privilégios de natureza constitucional e não podem estender-se além das hipóteses expressamente previstas na Constituição. [...] Resulta, pois, que se essa proposta ampliadora de imunidades não foi aceita, preferindo o legislador constituinte manter aquele privilégio apenas e tão somente em relação a livros, jornais e periódicos e o papel destinado a sua impressão, não se afigura razoável contrariar a sua real intenção *mens legislatoris* para abranger hipótese que ele não resolveu agasalhar, incluindo-se a legislação informatizada – CD-Rom e *software* [...].<sup>7</sup>

Tal hipótese se revela desconexa com a atual conjuntura da realidade social, e principalmente, das reais necessidades e anseios da coletividade. A configuração de métodos de interpretação, como o finalístico e o sistemático, por exemplo, permitem uma análise mais aprofundada das disposições apresentadas, não podendo se valer apenas de análises restritivas, quando a situação apresentada se mostra muito mais rica e complexa, merecendo especial atenção. Além disso, as disposições legais devem se coadunar com as expectativas e anseios da sociedade, que a cada dia que passa, tem se modificado e evoluído, sem o devido acompanhamento legislativo. O Supremo Tribunal Federal, na ADIN nº 939, no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, extrai-se o seguinte trecho:

[...] salvaguardas fundamentais de princípios, liberdades e direitos básicos da Constituição, como a liberdade religiosa, de manifestação de pensamento, pluralismo político do regime, liberdade sindical, a solidariedade social, o direito à educação e assim por diante.<sup>8</sup>

Importante que se deixe claro que os magistrados e desembargadores devem se manter atualizados às mudanças legislativas, mas principalmente as

<sup>7</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 28.579.5/4-00; Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo; Apelada: Saraiva Data Ltda; Relator Desembargador Celso Bonilha; Acórdão registrado sob n. 00110316; Julgado: 16/12/1998; DOE: 01/02/1999.

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN nº 939-7-DF; Impetrante: Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio; Impetrado: Congresso Nacional; Relator Ministro Sydney Sanches; Julgamento em 14/12/1993; DJU: 18/03/1994; RTJ 151/755.



sociais, de modo a proporcionar as partes, e a parcela da população atingida, uma interpretação condizente com as suas reais necessidades. O professor Hugo de Brito Machado (2003, p. 14) assim já se manifestou sobre o assunto:

Embora não verse a questão do livro eletrônico, o certo é que o Poder Judiciário já cunhou a extrema amplitude da imunidade versada no art. 150, VI, 'd', verbis: “[...] visando a difusão da cultura, educação, liberdade de pensamento e comunicação, constituiria injustificável contradição do constituinte alijar da abrangência tributária apenas parcela do processo de difusão da cultura e da educação, da liberdade de pensamento e de comunicação, através de jornais e periódicos. Restaria, evidentemente, frustrado o alvo constitucional”.

Segundo Yoshiaki Ichihara (2001, p. 326):

Não reconhecer a imunidade tributária dos livros eletrônicos é o mesmo que parar no tempo e no espaço, preso a interpretação literal e retrógrada, sem enxergar a realidade atual e do futuro, pois, em termos de conteúdo, função, objetividade; recursos para pesquisa, copiagem, transporte, divulgação, rapidez na localização dos textos, etc., os CD-Roms superam em muito os tradicionais livros, jornais, periódicos, etc.

Tal disposição se coaduna perfeitamente com as disposições apresentadas até o momento, merecendo especial atenção e realce, dada a sua explicação concisa e direta, revelando clara hipótese de aplicação de métodos diferenciados, das normas então vigentes, de forma a concretizar, de forma efetiva, as disposições do texto constitucional.

## 2 APLICAÇÃO PRÁTICA DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

As disposições acerca do instituto da imunidade tributária, estão dispostas na Constituição Federal, revelando a importância que o tema possui. Ainda neste diploma, em seu artigo 5º, incisos VI e IX é disposto que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]



IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Tais disposições se complementam com a previsão apresentada no artigo 220 da Carta Magna, ao estabelecer, expressamente que:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Tais normas fornecem embasamento, e fortalecem o entendimento de que é possível se realizar uma interpretação sistemática, que toma o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, e não apenas a partir de uma visão segmentada e particular, típica da interpretação literal. Sob o ponto de vista objetivo, a imunidade tributária incidente sobre livros, jornais, revistas, periódicos e seu papel, buscando efetivar os princípios basilares e fundamentais do regime democrático, tais como a difusão cultural, de informações e principalmente do conhecimento disponível, não merecendo ser restringido ou limitado. O Código Tributário Nacional, expressamente dispõe, em seu artigo 111 que:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Diante de tal disposição legal, fica evidente que, no caso da isenção de tributos, anistia, renúncia e não incidência, a interpretação mais condizente é a literal, se restringindo as disposições apresentadas no texto infraconstitucional. Já quanto ao instituto da imunidade, disposta no texto constitucional, a interpretação mais propícia é a teleológica-sistemática, ao buscar a finalidade da norma, de forma ampla, e que concretize as disposições ali apresentadas. Como a imunidade ocorre antes mesmo da criação do poder de tributar, enquanto que a isenção e demais institutos são criados depois, em clara hipótese de renúncia fiscal, revelando a



diferença nítida entre os dispositivos. A primeira deve possuir um âmbito de atuação muito maior que as demais, devido à sua função protetora dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Walter Barbosa Corrêa (1998, p. 130) leciona que:

Ao desenvolver a atividade de interpretação da norma imunizadora, a natureza e finalidades da imunidade são essenciais, de pronto, afastando a interpretação literal própria das isenções, instituto esse que, até há pouco tempo, confundia-se com a imunidade e vice-versa.

Diante disso, não pode haver uma notícia vinculada pela via impressa, imune, e a mesma informação, transmitida pela rede mundial de computadores, não ser contemplada, apenas por não estar materializada num papel. Nesta linha ainda, relevante opinião é trazida por Heleno Taveira Tôrres e Vanessa Nobeel Garcia, ao afirmarem, em estudo sobre o tema que “[...] exige que o ato de aplicação reconheça os valores fixados pela sociedade no ordenamento jurídico e que os garanta com efetividade plena.” (TÔRRES, 2003, p. 83). A ponderação de valores deve sopesar toda e qualquer comparação que for feita, de modo a proporcionar o método mais propício àquela situação apresentada. Diante disso, o princípio da isonomia deve pautar o estudo entre as formas de livro existentes, de modo a não possibilitar a ocorrência de qualquer injustiça. A utilização dos métodos clássicos de interpretação são insuficientes e revelam não alcançar o verdadeiro núcleo essencial preceituado pelo norma constitucional, o conhecimento existente.

Assim, a problemática levantada, sobre o verdadeiro conceito de livro, bem como sobre a possibilidade de aplicação da imunidade tributária ao livro eletrônico, pode ser solucionada com a utilização de dois métodos de interpretação, de forma simultânea, o teleológico e o sistemático. O primeiro, busca a finalidade da norma, revelando o seu papel essencial, quando se tem como objeto de estudo, alguma disposição do texto constitucional. Portanto, na aplicação de uma disposição constitucional, deve-se ater aos fins sociais a que esta foi criada, buscando o bem estar da coletividade, seguindo o preceito disposto no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42)<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”



Nesta esteira ainda, o outro método apresentado, o sistemático, se mostra relevante e propício a presente proposta, vez que possibilita, segundo as palavras do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso a “[...] atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes nas mentes dos constituintes.” (BARROSO, 2009, p. 137). Com isso, a aplicação conjunta destes métodos interpretativos, confere aos livros eletrônicos o benefício das garantias da imunidade tributária. O professor Alfredo Augusto Becker (2007, p. 272), pondera em quatro etapas o ato de interpretação da lei, quais sejam:

- 1) Distinção dos elementos da hipótese de incidência da regra jurídica em apreço;
- 2) Estudo prévio das consequências da regra jurídica;
- 3) Análise de todos os fatos da hipótese de incidência, de modo a preencher todas as lacunas apresentadas; e
- 4) Ponderar se as consequências da regra de incidência foram respeitadas.

De fato, não se pode interpretar uma norma imunizante como se interpreta uma norma instituidora de isenção, de caráter infraconstitucional, por exemplo. A norma constitucional foi encartada no texto maior para a proteção de valor fundamental, a humanidade, a liberdade de expressão, sem a qual não se pode falar em uma efetiva democracia participativa. Tendo em vista isso, *deve ser atribuído o sentido que traga maior eficácia a estas disposições*. O professor José Joaquim Gomes Canotilho faz menção expressa ao princípio da máxima efetividade, ou seja, diante de uma situação conflitante, deve-se proceder pela aplicação do método mais condizente com a realidade fática, de forma a possibilitar a maior inclusão possível do dispositivo (CANOTILHO, 2003, p. 167). Outro pensador bem pontual a presente demanda é Konrad Hesse, ao afirmar que a interpretação do texto constitucional sempre deve almejar a sua efetiva concretização. Segundo aludido doutrinador, “o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação se trata”. (HESSE, 1992, p. 40).

A interpretação de norma constitucional sempre necessita de cuidados. Atento ao princípio da supremacia constitucional, não pode o intérprete-aplicador se



esquecer que a Carta Magna alberga os princípios fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito e que na interpretação de suas normas, deve se buscar um bem coletivo maior. Tais princípios devem ser ponderados como um conjunto harmônico e não podem ser subjugados por força das formas literárias que infelizmente ainda dominam muitos juristas. O professor Paulo Bonavides (2012, p. 482), ao tratar dos métodos de interpretação da nova hermenêutica, leciona que:

A adaptação da Constituição à sua época preocupa de maneira constante o formulador da nova concepção interpretativa, tanto que ao fator tempo atribui importância capital. Não é à toa que ele assevera “viver o Direito Constitucional *prima face* numa específica problemática de tempo” e que “a continuidade da Constituição somente é possível quando o passado e o futuro se acham nela conjugados”. A controvérsia acerca dos métodos no Direito Constitucional é, em última análise, segundo Häberle, uma luta acerca do papel que deve caber ao tempo. A velha hermenêutica, pelo seu caráter mais estático que dinâmico, deve ser vista como instrumento por excelência das ideologias do “status quo”. A interpretação concretista, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura, mantém escancaradas as janelas para o futuro e para as mudanças mediante as quais a Constituição permanece estável na rota do progresso e das transformações incoercíveis, sem padecer abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora.

A Carta Magna, fonte de toda forma de interpretação do ordenamento jurídico, também pontua em seu artigo 215, que: “O Estado garantirá à todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, a apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Assim, diante destas disposições, fica mais do que evidenciado, a necessidade de uma constante atualização e reestruturação das disposições existentes, adaptando tais análises, a formas mais modernas de interpretação.

### 3 ANÁLISE CRÍTICA DO TEMA

Importante ressaltar três fundamentos básicos, que sustentam o raciocínio de que os livros eletrônicos são imunes da incidência de impostos. Primeiramente, os livros eletrônicos são, na verdade uma espécie do gênero livro, tomando como ponto de referência o seu conteúdo e não a sua forma apenas. A finalidade é a mesma, seja mediante o papel, seja nos *e-books*, revelando o mesmo resultado, ou seja, o acesso à cultura e ao conhecimento disponível. Uma interpretação



diversificada, apenas traz a tona o fato de que ambas as expressões serem vocábulos muito próximos, merecendo especial atenção dos aplicadores do direito.

No estudo proposto, acerca do artigo 150, inciso VI, alínea 'd' da Constituição Federal, sobre a imunidade tributária conferida ao livro, não é trazido um conceito seguro acerca do livro, como forma de possibilitar maior segurança ao intérprete e conseqüentemente aos aplicadores do direito. Diante desta situação, parte-se da premissa, segundo as lições de Roque Antônio Carrazza (2011, p. 497) de que:

[...] a palavra livro está empregada no Texto Constitucional não no sentido restrito de conjuntos de folhas de papel impressas, encadernadas e com capa, mas, sim, no de veículos de pensamento, isto é, de meios de difusão da cultura. [...] Hoje temos os sucedâneos dos livros, que, mais dia menos dia, acabarão por substituí-los totalmente. Tal é o caso dos CD-Roms e dos demais artigos da espécie, que contém, em seu interior os textos dos livros, em sua forma tradicional.

A partir de tal preceito, não se pode tomar como base apenas os livros impressos, devendo uma interpretação ampliativa ser utilizada como pressuposto, vez que a sociedade está em constante mutação. Além disso, o livro é um mero veículo de transmissão de conhecimento. Tal análise traz uma verdadeira interpretação teleológica ao caso, que almeja buscar a verdadeira finalidade da norma, ou seja, a difusão de informações e culturas, proporcionando o desenvolvimento pessoal, não se importando muito com o suporte físico apresentado, mas sim com a difusão de pensamentos, algo tão almejado.

A imunidade pretendida pelo autor do texto constitucional restringe-se aos impostos, permanecendo o recolhimento das contribuições sociais (PIS/COFINS) e demais tributos, devido à própria redação do dispositivo constitucional. Apesar disso, o artigo 28, inciso VI, da Lei n. 10.685/04, reduz “a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda, no mercado interno, de” livros, de acordo com o artigo 2º da Lei n. 10.753/2003. No entanto, tal disposição infraconstitucional fere o preceito da Carta Magna, uma vez que nesta é expresso que, somente os impostos serão imunes, não podendo haver uma expansão, quando o texto é preciso na sua delimitação. Portanto, tal norma jurídica fere o disposto da Constituição Federal, ao ampliar algo



indevidamente. O que deveria ser feito é possibilitar uma interpretação diferenciada do disposto no texto constitucional, ao dar maior efetividade às suas normas, e não distorcer as suas normas.

Atualmente, apenas as pessoas com deficiência visual estão totalmente isentas do pagamento de impostos e contribuições dos digitais, segundo os artigos 8º, § 12, inciso XII da Lei nº 10.865/2004 e artigo 2º da Lei n. 10.753/2003, valendo-se de preceitos diversos daqueles dispostos na Carta Magna, revelando a importância do tema, que merece especial atenção, uma vez que tal situação pode ser estendida para outras pessoas. A aludida lei, que institui a Política Nacional do Livro, estabelece uma definição ao livro:

Art. 2º Considera-se livro, para efeitos desta Lei, a publicação de textos escritos em fichas ou folhas, não periódica, grampeada, colada ou costurada, em volume cartonado, encadernado ou em brochura, em capas avulsas, em qualquer formato e acabamento.

Parágrafo único. São equiparados a livro:

[...]

VII - livros em meio digital, magnético e ótico, para uso exclusivo de pessoas com deficiência visual;

Ocorre que tal apresentação é restritiva e limitadora, ao possibilitar apenas aos deficientes visuais tal benefício. Não pode um dispositivo constitucional, ser modificado em sua essência. O tratamento igualitário é a via mais bem vista e aceita ao caso concreto, ao possibilitar as mesmas oportunidades à todos.

A busca por uma comunicação entre os homens, fez surgir a necessidade de veiculação de pensamentos, por meio de uma forma que não se perdesse, aparentemente, no tempo. Então surge a inspiração da criação dos livros, a eternização das ideias, por meio de um meio físico, vez que a transmissão pela via oral, muito utilizada na antiguidade, por meio dos líderes mais antigos das comunidades, levava a uma perda de informações com o passar do tempo. Seja pela forma de desenhos, seja pelas expressões escritas, a necessidade de comunicação é inerente ao ser humano, estabelecendo-se os critérios e os moldes essenciais ao desenvolvimento da humanidade e a perduração dos pensamentos por longos períodos, não podendo as novas formas de divulgação, serem utilizadas como meras equiparações do conceito tradicional de livro, mas sim como verdadeiras espécies do gênero livro.



A própria expressão livro, surgiu dos tecidos vegetais utilizados na antiguidade, conhecidos como “libers”, popularmente conhecidos como papiros. E, analisando a imunidade dos livros em si, Eurico Marcos Diniz de Santi (2003, p. 53) leciona:

No presente caso, é assente que o problema suscitado sobre o entendimento do vocábulo “livro” nada tem a ver com problemas de composição frásica; a frase constitucional em que se assenta o dispositivo é bastante clara: é vedado ‘instituir impostos sobre: [...] livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

Ocorre que as normas permanecem estagnadas, devendo o intérprete-aplicador se ater a essas mudanças, de modo a possibilitar uma maior efetivação das disposições existentes, principalmente quando possibilitam uma expansão e difusão de cultura e conhecimento, o que favorece toda a sociedade. Portanto, não pode haver uma limitação apenas aos portadores de necessidades especiais, para serem beneficiados com isenções, quando na verdade deve haver uma ampliação deste conceito, de modo a possibilitar a formação intelectual da população.

Segundo, porque o livro eletrônico exerce a mesma função do livro impresso, devendo receber tratamento igualitário. Assim, não podem ser colocadas barreiras na difusão de conhecimento, cultura e pensamentos, sob pena de infringência clara dos princípios constitucionais, principalmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais de acesso à cultura. Por fim, os ensinamentos hermenêuticos, que pautam a presente exposição, quando analisam as disposições da Constituição Federal, devem priorizar o estudo que possibilite a máxima efetivação dos dispositivos ali presentes, como forma de se adequar as constantes mudanças sociais, que a modernidade tem causado na sociedade, permanecendo os textos originais, disciplinados por meio de uma nova análise, com a utilização de metodologias diferenciadas.

Importante ressaltar que a redação original do artigo B, inciso III, alínea “d”, do anteprojeto do CTN, do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), em parceria com a Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF), possuía a seguinte redação: “livros, jornais e periódicos e outros veículos de comunicação, inclusive audiovisuais, assim como papel e outros insumos, e atividades



relacionadas com a produção e a circulação" (MARTINS, 2000, p. 190). Tal proposta revelava um entendimento mais condizente com as necessidades e anseios da sociedade, de forma a possibilitar uma maior efetuação das disposições contidas no ordenamento, graças à utilização de disposições que podem sofrer uma constante mudança e atualização. Nas palavras do professor Ives Gandra da Silva Martins (2000, p. 186):

A letra 'd' do inciso VI reproduz o texto de idêntica redação da Emenda Constitucional n. 1/69, artigo 19, III, 'd'. A proposta que levei aos constituintes era mais ampla. Em face da evolução tecnológica dos meios de comunicação e daqueles para edição e transmissão, tinha sugerido, em minha exposição para eles, a incorporação de técnicas audiovisuais. Os constituintes, todavia, preferiram manter a redação anterior, à evidência útil para o Brasil do pós-guerra, mas absolutamente insuficiente para o Brasil de hoje.

A imunidade tributária, portanto, possui embasamento na aplicação prática e implementação dos direitos fundamentais, resguardados na Constituição Federal, principalmente, mas não exclusivamente, no artigo 5º do referido diploma. O próprio artigo 220 da Carta Magna dispõe que, "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição." Os principais direitos respaldados são: liberdade de comunicação; manifestação de pensamento; livre acesso à informação; difusão de cultura e da educação e manifestação da atividade intelectual, artística e científica. Segundo a professora Regina Helena Costa (2006, p. 192), a norma de imunização possibilita:

- a) a proteção do papel, insumo básico dos objetos sob proteção, com a incidência de impostos excessivos ou impostos aduaneiros, que poderiam encarecer drasticamente essa matéria-prima;
- b) a defesa do livro, do jornal e do periódico, contra a tributação desestimuladora, extrafiscal, destinada a encarecer o produto, reduzindo-lhe drasticamente a circulação; e
- c) a meta da neutralidade da imunidade, de tal forma que ela não resulte em eliminação de grupos de informação economicamente mais fracos.

Tais características, apenas reiteram o que já vem sendo apresentado no presente trabalho, de que a facilitação da circulação de informações, por meio da redução da carga tributária incidente sobre os livros, em qualquer forma em que for



materializado, deve sempre ocorrer. Por meio desta disseminação de livros, haverá uma clara e evidente difusão de cultura, o que favorecerá, ainda mais, a formação dos cidadãos, e a construção de uma consciência crítica, dos fatos e acontecimentos ocorridos, possibilitando um crescimento ainda maior da cultura nacional, como vem ocorrendo nos últimos meses, com as manifestações populares. Considerando a relevância do conceito de “livro”, deve-se afastar qualquer subjetivismo, que impossibilite a finalidade eminentemente cultural de sua disseminação. O Supremo Tribunal Federal acentua que:

O Constituinte, ao instituir esta benesse, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação. Não cabe ao aplicador da norma constitucional em tela afastar este benefício fiscal instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, por força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infanto-juvenil<sup>10</sup>.

Diante disso, deve a Suprema Corte, rever o seu posicionamento, tomando como base as exposições dos doutrinadores, aliada as apresentações já feitas pelo próprio Pretório Excelso, de utilização de meios interpretativos mais modernos, que se adéquam as necessidades e casos concretos, trazendo maior aplicabilidade às disposições constitucionais.

A título de argumentação, as listas telefônicas, quando da vigência da Constituição Federal de 1946, não eram beneficiárias da imunidade tributária, conforme se extrai do RMS 17.804-GB, de relatoria do então Ministro Djaci Falcão. (MACHADO, 2003, p. 54). Nesta linha ainda, quando da promulgação da Constituição de 1967, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Oscar Corrêa, considerou que, apesar da periodicidade das listas, estas não poderiam ser privilegiadas com o instituto da imunidade (MACHADO, 2003, p. 55). Somente em 1987, um ano antes da promulgação da atual Magna Carta, o STF, nas palavras do ministro Sydney Sanches, exarou decisão favorável à exoneração tributária das

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 221239/SP; Recorrente: Editora Globo; Advogado: Luiz de Camargo Aranha Neto e Outros; Recorrida: Estado de São Paulo; Advogado: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo; Relatora: Ministra Ellen Gracie; Julgamento: 25/04/2004; Segunda Turma. DJE 06/08/2004; RTJ 193/406.



listas telefônicas, por meio da incidência da imunidade, conforme se atesta pela ementa abaixo transcrita, do Recurso Extraordinário n. 101.441/RS:

Imunidade tributária (art. 19, III, 'd', da CF). ISS. Listas Telefônicas. A edição de listas telefônicas (catálogos ou guias) é imune ao ISS (art. 19, III, 'd', da CF), mesmo que nelas haja publicidade paga. Se a norma constitucional visou a facilitar a confecção, edição e distribuição do livro, do jornal e dos periódicos, imunizando-os ao tributo, assim como o próprio papel destinado à sua impressão, é de se entender que não estão excluídas da imunidade os periódicos que cuidam apenas e tão somente de informações genéricas e específicas, sem caráter noticioso, discursivo, literário, poético ou filosófico, mas de inegável utilidade pública, como é o caso das listas telefônicas. Recurso extraordinário conhecido por unanimidade de votos, pela letra 'd' do permissivo constitucional, e provendo por maioria para deferimento do mandado de segurança. Assim como no passado, as listas telefônicas não eram contempladas com os benefícios da imunidade, espera-se que tal mentalidade se altere, de modo a proporcionar a população, um acesso mais condizente as informações disponíveis. Os livros são apenas o veículo disseminador de conhecimento, sendo irrelevante a forma material que o mesmo assume, devendo o intérprete-aplicador, se ater a sua finalidade e não a sua forma<sup>11</sup>.

Não se pode, no entanto, estender a análise para outros campos não abarcados pela redação norma, como os meios televisivos e radiodifusores. Diverge desta linha, a professora Regina Helena Costa, ao tratar especificamente deste assunto: “[...] aos serviços de radiodifusão e televisão, todavia, parece-nos que sustentar sejam os mesmos alcançados pela imunidade em tela implica elastecimento indevido do COFINS do preceito imunitório.” (COSTA, 2006, p. 191). Além do que, a disposição contida no artigo 150 da Constituição Federal, se limita aos impostos, e não aos demais tributos, conforme tenta preconizar a mencionada doutrinadora. O professor Ives Gandra da Silva Martins (2010, p. 163) assim já se manifestou:

Uma interpretação – equivalente a considerar que a liberdade de expressão só pode manifestar-se através de veículos de papel!!! – representa, inclusive, um pensamento retrógrado, de retrocesso institucional e intelectual. Significaria considerar que a comunicação social eletrônica pelos meios modernos não merece ser protegida, porque o constituinte teria desejado que o país não evoluísse na difusão cultural e na obtenção de informações. Não é razoável a intelecção, de que, no campo da livre

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 101.441/RS; Relator(a): Sydney Sanches; Recorrente: Guias Telefônicas do Brasil Ltda; Recorrida: Prefeitura Municipal de Porto Alegre; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Julgamento: 04/11/1987; DJ: 19/08/1988.



manifestação do pensamento, o Constituinte desejou que permanecêssemos parados no tempo, fazendo com que o Estado não só não apoiasse, como punisse, mediante a imposição tributária, a incorporação das evoluções tecnológicas, como é o caso da comunicação eletrônica!!! À evidência, tal exegese macularia a imagem de todos os constituintes e dos intérpretes oficiais, pois a doutrina é quase unânime em adotar interpretação mais abrangente e contrária a este raquitismo intelectual.

Não pode o constituinte limitar apenas ao veículo formado pelo papel, uma vez que estaria punindo indevidamente, aqueles que se valem dos avanços tecnológicos, cada vez mais presentes no cotidiano das pessoas, de forma indevida. A liberdade de manifestação, não pode ser tomada com dois parâmetros completamente opostos, tendo como fonte o mesmo texto. Tal situação se mostra uma flagrante injustiça social. Os suportes tecnológicos, assim como o papel, são simples meios de transmissão de pensamentos, irrelevantes para o verdadeiro fim a ser alcançado, e disposto no texto constitucional, à liberdade de expressão. Segundo Schubert de Farias Machado (2003, p. 261-262):

- a) cabe ao aplicador das normas constitucionais atribuir ao seu texto o sentido adequado para acompanhar a evolução das necessidades sociais no decorrer do tempo;
- b) as imunidades podem sempre ser entendidas como proibição de tributar;
- c) a imunidade não é instituto de direito tributário. Não tem relação direta com a arrecadação tributária. Consiste, antes de tudo, em instrumento de preservação dos valores constitucionais contra a possível ação do Estado, por isso, se torna irrelevante a capacidade contributiva das pessoas por elas alcançadas;
- d) a imunidade prevista no dispositivo acima transcrito, embora típica imunidade objetiva, não visa proteger o objeto livro, mas sim a livre expressão de pensamento, ou seja o conteúdo dos livros;
- e) as regras constitucionais devem ser interpretadas de modo a conferir-lhe máxima efetividade;
- f) o livro nem sempre teve a forma que hoje predomina – código de papel, a qual em breve restará em grande parte substituída pelos registros digitais;
- g) o entendimento de que o livro contido em CD-ROM, por não ser feito de papel, não é imune aos impostos, implica em estreitamento injustificado do sentido da norma da Constituição, inteiramente incompatível com a doutrina do moderno constitucionalismo; e
- h) a imunidade prevista na letra 'd' do item IV do art. 150 da Constituição Federal abrange o livro eletrônico.

A imunidade tributária, como cláusula pétrea, disposta na Constituição Federal, devido ao fato de ser uma evidente garantia fundamental, ao acesso à cultura, informação e conhecimento, deve ser balizada e interpretada com relevância



e não como mera vedação ao poder de tributar. Por isso a importância de novos precedentes e pensamentos mais modernos, que busquem modificar as disposições então vigentes, atualizando-as, como verdadeiras necessidades e anseios sociais. Hugo de Brito Machado (2003, p. 32) assim já se posicionou acerca do assunto:

Concluindo estas nossas colocações, entendemos que também o “livro eletrônico” estaria albergado pela imunidade prevista no art. 150, VI, “d”. Não por uma aproximação conceitual entre o livro e o CD-ROM, senão enquanto propagadores de pensamento, mas, principalmente pelo real alcance, dentro do Sistema Constitucional, dos valores que se pretende proteger.

O Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado, no XXIII Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária, afirma que:

Ora, na época atual não se pode entender como livro, apenas, o editado em papel. Ao ser elaborada a Constituição de 1988, o mundo contemporâneo já conhecia uma realidade imposto pela ciência da informática e consistente na transmissão de idéias por vias eletrônicas, no caso o CD-Rom, o disquete etc. Se a vontade do constituinte fosse de restringir a imunidade, apenas, ao livro tradicional, isto é, ao livro lançado ao conhecimento do público pelo método tradicional, teria ele, explicitamente, declarado que a vedação de instituir impostos se limitava a livros formados pela reunião de folhas ou cadernos de papel, soltos, cosidos ou por qualquer outra forma presos por um dos lados, e enfaixados ou montados em capa flexível ou rígida. A mensagem do texto constitucional não foi explícita em tal sentido. A expressão livro empregada pelo constituinte não podia ter outra significação do que a vivenciada pela realidade imposta pela ciência da informática que, ao lado do livro papel, entregou para ser usado pela humanidade o livro eletrônico. Observo, outrossim, que o conceito de livro posto na Constituição não é de natureza vinculada à sua forma de apresentação ao público. Ele tem conteúdo de expressar elemento material condutor de cultura, de informação, de transmissão de saber, instrumento caracterizador de uma obra literária, científica ou artística. (DELGADO, 1998, p. 57-58)

A questão ainda não é pacífica, a doutrina se posta pela abrangência do tema, enquanto a jurisprudência se divide, porém, o entendimento prevalecente e atual do Supremo Tribunal Federal, é no sentido de que a imunidade consagrada pelo artigo 150, inciso VI, alínea ‘d’ da Constituição Federal deve se restringir aos elementos de transmissão propriamente ditos. Ocorre que apenas para abranger novos mecanismos de divulgação e propagação da cultura e informação de multimídia, jornais e periódicos eletrônicos, deve haver uma nova análise dos



dispostos constitucionais<sup>12</sup>. No entanto, os juízes de primeira instância, bem como os desembargadores dos tribunais, têm mantido posicionamento uniforme de que a imunidade deve sim se estendida aos livros eletrônicos. Assim, o posicionamento do STF deve ser reanalisado de modo a reconsiderar as atuais e relevantes mudanças da realidade, se valendo dos métodos de interpretação existentes no nosso ordenamento, de modo a possibilitar uma maior efetivação das disposições apresentadas no texto constitucional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil, consagrou princípios fundamentais que devem embasar a exegese das demais normas do ordenamento, sob pena de violação da supremacia constitucional, fonte de toda sustentação do ordenamento jurídico brasileiro. Não se concebe, portanto, que se interprete extensivamente em certas situações, para que o tributo seja devido, e restritivamente em outras, desvirtuando o sentido do comando constitucional, para aplicar uma imunidade.

Negar a incidência da imunidade é persuadir a supremacia constitucional, que não pode ser limitada pela mera interpretação literária, expressão de ultrapassado e excessivo formalismo jurídico. Tem-se de considerar o elemento teleológico e finalístico, que indica ser a imunidade questão destinada a impedir a incidência do tributo, possibilitando a disseminação da liberdade de expressão e de informação, de transmissão de conhecimento e de distribuição cultural. Inadmissível a interpretação que impeça a realização do princípio essencial abrangido pela norma imunizante, dificultando sua função como mera forma de limitação retrógrada, que se não harmoniza com o moderno constitucionalismo no qual se tem preconizado métodos específicos para a interpretação de normas da Constituição, em atenção à sua supremacia no ordenamento jurídico.

---

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 724.291/SP. Agravante: Empresa Folha da Manhã S/A; Advogado: Orlando Molina; Agravada: União; Advogado: Procurador Geral da República; Relator Ministro Ricardo Lewandowski; Julgado em 08/05/2009; DJE: 20/05/2009.



O suporte não é mais relevante do que a sua essência, verdadeiro fim a qual o livro foi moldado e difundido, qual seja, a veiculação de conhecimento. Não é qualquer papel que é imune, mas apenas aquele utilizado na produção de um livro. Desta forma, não são todos os CD-Roms, disquetes ou pen-drives que merecem ser imunizados, mas somente aqueles que são utilizados como meios de disseminação da cultura, por meio do livro eletrônico. Daí a diferença lógica entre as duas expressões.

Por fim, importante ressaltar que em setembro de 2009, o Supremo Tribunal Federal voltou a debater o tema, trazendo a tona novamente a abordagem da presente proposta, por meio das palavras do Ministro Dias Toffoli, relator de uma demanda acerca do assunto, ao afirmar que o tema merece maior atenção, vez que, “na era da informática, salta aos olhos a repercussão do tema controvertido”.<sup>13</sup> Segundo o aludido Ministro, existe a necessidade de trazer maior segurança ao alcance do texto constitucional, cabendo ao Supremo Tribunal Federal tal encargo, o que possibilitou o reconhecimento de tal assunto como de repercussão geral, permitindo uma possível mudança de posicionamento acerca do tema, ao ventilar o embate, sobre outra óptica. Especificamente no caso em tela, será analisado se as peças vendidas junto com o material didático de um curso de prática de montagem de computadores, deve ou não ser contemplado pela imunidade tributária.

Diante tudo que já foi exposto até o momento, importante que se busque uma reflexão acerca das proposições apresentadas no presente trabalho, de modo a afirmar que a imunidade tributária deve sim ser extensiva aos livros eletrônicos, meio moderno de tecnologia, de modo a possibilitar que a difusão de cultura e conhecimento, se dê de forma efetiva, e possibilite um acesso mais saudável da população, mediante a disseminação das informações disponíveis, promovendo uma verdadeira revolução nos paradigmas vigentes no ordenamento brasileiro, por meio de métodos interpretativos diferenciados, como o teleológico e o sistemático.

---

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 330.817/ RJ; Repercussão Geral; Relator Ministro Dias Toffoli; Requerente: Estado do Rio de Janeiro; Advogado: Procurador Geral do Estado do Rio de Janeiro; Requerido: Elfez Edição, Comércio e Serviços Ltda; Advogado: Félix Soibelman; Julgamento em 20/09/2012; DJE 10/10/2012.



## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 221239/SP; Recorrente: Editora Globo; Advogado: Luiz de Camargo Aranha Neto e Outros; Recorrida: Estado de São Paulo; Advogado: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo; Relatora: Ministra Ellen Gracie; Julgamento: 25/04/2004; Segunda Turma. DJE 06/08/2004; RTJ 193/406.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 101.441/RS; Relator(a): Sydney Sanches; Recorrente: Guias Telefônicas do Brasil Ltda; Recorrida: Prefeitura Municipal de Porto Alegre; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Julgamento: 04/11/1987; DJ: 19/08/1988.

BRASIL, **Código Tributário Nacional**. Lei n.5.172/66. Brasília: Senado, 1966.

BRASIL, *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL, **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Decreto-Lei nº 4.657/42. Brasília: Senado, 1942.

BRASIL, **Lei n. 10.753/03**. Institui a política nacional do livro. Brasília: Senado, 2003.

BRASIL, **Lei n. 10.865/04**. Dispõe sobre a contribuição para os programas de integração social e de formação do patrimônio do servidor público e a contribuição para o financiamento da seguridade social incidentes sobre a importação de bens e serviços e dá outras providências. Brasília: Senado, 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIN nº 939-7-DF; Impetrante: Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio; Impetrado: Congresso Nacional; Relator Ministro Sydney Sanches; Julgamento em 14/12/1993; DJU: 18/03/1994; RTJ 151/755.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 724.291/SP. Agravante: Empresa Folha da Manhã S/A; Advogado: Orlando Molina; Agravada: União; Advogado: Procurador Geral da República; Relator Ministro Ricardo Lewandowski; Julgado em 08/05/2009; DJE: 20/05/2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 102.141/RJ; Relator Ministro Aldir Passarinho; Requerente: Enciclopédia Britannica Editores Ltda; Advogado: Sergio Bermudes e Outros; Requerido: Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro; Advogado: Helena Cardoso Teixeira; Julgamento: 18/10/1985; DJ: 29/11/1985; RTJ 116/267.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 330.817/ RJ; Repercussão Geral; Relator Ministro Dias Toffoli; Requerente: Estado do Rio de Janeiro; Advogado: Procurador Geral do Estado do Rio de Janeiro; Requerido: Elfez



Edição, Comércio e Serviços Ltda; Advogado: Félix Soibelman; Julgamento em 20/09/2012; DJE 10/10/2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 28.579.5/4-00; Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo; Apelada: Saraiva Data Ltda; Relator Desembargador Celso Bonilha; Acórdão registrado sob n. 00110316; Julgado: 16/12/1998; DOE: 01/02/1999.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 196.626-2; 3ª Câmara Civil; Relator Desembargador Luiz Tâmbara; RJTJESP 141/99.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CORRÊA, Walter Barbosa. **Sistema tributário na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias – teoria e análise da jurisprudência do STF**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Imunidade tributária como limite objetivo e as diferenças entre "livro" e "livro eletrônico**. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003.

DELGADO, José Augusto. **Pesquisas tributárias - Imunidades tributárias**. Nova série nº 4. São Paulo: Centro de Extensão Universitária e RT, 1998.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Imunidades tributárias**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Pesquisas tributárias, Nova série – 4, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003.

MACHADO, Schubert de Farias. **Imunidade tributária do livro eletrônico**. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Aspectos referentes à imunidade dos livros eletrônicos, assim como das obrigações a que estão tais bens e serviços desvinculados de controle pela Ancine e Condecine**. In: *Revista dialética de direito tributário* nº 180, São Paulo: Dialética, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988**. Tomo I, vol. 6. 2. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

TÔRRES, Heleno Taveira; GARCIA, Vanessa Nobell. **Tributação e imunidade dos chamados “livros eletrônicos”**. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. São Paulo: Atlas, 2003.



# A RESERVA DO POSSÍVEL, O MÍNIMO EXISTENCIAL E O PODER JUDICIÁRIO<sup>1</sup>

LIMITATIONS OF THE POSSIBLE, EXISTENTIAL MINIMUM AND THE JUDICIARY

*Lucas Daniel Ferreira de Souza*<sup>2</sup>

## Resumo

O presente trabalho tem como foco as formas possíveis de se responsabilizar o Estado frente aos particulares e, por outro lado, as teses de defesa utilizadas pelo ente estatal quando comprovadamente impossível realizar a prestação pleiteada. Desta forma, abordamos a Reserva do Possível, ou seja, a limitação orçamentária do Estado, quando confrontada com o Mínimo Existencial de cada direito fundamental social necessário para a existência humana digna. Por fim, discorreremos sobre a atuação do Poder Judiciário, bem como do Ministério Público e da Defensoria Pública, para coagir a Administração Pública a cumprir as medidas necessárias, assim como proteger e representar os indivíduos que estejam sofrendo restrições em seus direitos.

**Palavras-Chave:** Estado; Reserva do Possível; Poder Judiciário.

## Abstract

The present work focuses on possible ways to hold the accountable the State by individuals and, on the other hand, the defense thesis used by the state entity when it proves impossible to make the provision pleaded. This way, we approach the Reserve of the Possible, in other words, the budget constraint of the State, when confronted whit the Minimum Existential of each fundamental social right necessary to a dignified human existence. Lastly, we discourse about the performance of the Judiciary, as well as Public Prosecutor and Public Defender, to coerce the State to comply the necessary measures, as well as protecting and represent the individuals who are suffering restrictions on their rights.

**Keywords:** State; Possible Reserve; Judiciary.

<sup>1</sup> Artigo submetido em 01/07/2013, pareceres de aprovação em 15/07/2013 e 02/09/2013, aprovação comunicada em 07/10/2013.

<sup>2</sup> Bacharel em direito, já aprovado no exame da Ordem dos Advogados do Brasil, formado pelo UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília, em 2011. Cursando Pós-Graduação Lato Sensu pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus com especialização em Direito Penal e Processual Penal, com conclusão prevista para 2013. Trabalhando com total dedicação e exclusividade como provável mestrando para o ano de 2014 pelo UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília. Residente e domiciliado na Rua Joaquim Ferreira Évora, n.º 279, Jardim Eldorado, CEP 17505-020, Marília/SP. Telefones para contato: (14) 3432-5027 / (14) 8145-4632. Endereço eletrônico: lucasdanielfs@hotmail.com. Para outras informações, acessar o Currículo Lattes disponível em: < <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4357078Z8>>



## INTRODUÇÃO

A Reserva do Possível surgiu em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional Alemão, em decisão conhecida como *Numerus Clausus* (número restrito).

Neste caso, o Tribunal Constitucional analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos nas escolas de Medicina de Hamburgo e Munique, em face da limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pelo país em 1960, com fundamento no artigo 12 da Lei Fundamental alemã, que garantia a livre escolha de trabalho, ofício ou profissão.

Ao decidir a questão, a Corte alemã entendeu que o direito pleiteado, qual seja o aumento do número de vagas na universidade, encontra limitação na Reserva do Possível, conceituada como o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, sob pena de, em virtude das limitações de ordem econômica, comprometer a plena efetivação dos direitos sociais.

Assim, a decisão foi que não seria razoável obrigar o Estado a disponibilizar o acesso a todos que pretendessem cursar medicina, eis que esta exigência estaria acima de um limite social básico.

Analisando a questão, Sarlet (2001, p. 265) leciona que o Tribunal alemão entendeu que:

(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Destaca-se que, mesmo que o Estado possua os recursos necessários disponíveis, não é obrigado a prestar algo que não seja razoável, como entendeu a Corte alemã no caso supracitado, referente aos estudantes que pleiteavam vagas de medicina em uma determinada instituição de ensino.

Desta forma, a Reserva do Possível, em sua origem, não leva em consideração única e exclusivamente a existência de recursos materiais suficientes para a efetivação do direito social, mas sim a razoabilidade da pretensão deduzida.



Assim acaba sendo um elemento externo, capaz de limitar ou até restringir o acesso dos titulares a um direito fundamental social específico, face à limitação orçamentária do Estado.

No entendimento de Moraes (2007, p. 177), os direitos sociais:

(...) são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

No mesmo sentido, segundo Krell (2002, p. 20):

As normas programáticas sobre direitos sociais que hoje encontramos nas grandes maiorias dos textos constitucionais dos países europeus e latino-americanos definem metas e finalidades, as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização. Essas “normas-programa” prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas. Elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável.

Os direitos fundamentais sociais do homem são aqueles garantidos constitucionalmente, fornecidos através de prestações do Estado, que visam garantir uma condição de vida digna a todos os membros da coletividade.

Dessa forma, deve-se fazer uma análise entre as possibilidades do ente público e a urgência da pretensão pleiteada, sob pena de, se manejada a situação de forma incorreta, causar grave lesão à economia pública ou ferir direitos garantidos constitucionalmente que consagram a dignidade da pessoa humana.

A Reserva do Possível, então, é invocada quando da impossibilidade de o Estado, através de prestações positivas, garantir plenamente a efetivação de todos os direitos fundamentais sociais, sob pena de grave prejuízo ao erário e, conseqüentemente, à sociedade como um todo.



## 1 APLICABILIDADE À REALIDADE BRASILEIRA

A teoria da Reserva do Possível foi implantada no Brasil e interpretada unicamente como a Reserva do Financeiramente Possível, eis que é considerada como limite à concretização dos direitos fundamentais sociais tão somente a existência ou não de recursos públicos disponíveis.

Não é de se espantar que houve uma mudança na essência da teoria quando interpretada em solo pátrio, uma vez que existem significantes diferenças sociais, culturais e econômicas entre a Alemanha, berço da teoria da Reserva do Possível, e o Brasil.

Sobre a implantação da Reserva do Possível pelo Brasil, face às grandes diferenças entre os países, segundo Krell (2002, p. 108):

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc.

Deste modo, no Brasil, em razão de sua realidade econômica e social, esta teoria é utilizada como óbice à efetivação dos direitos fundamentais sociais face à limitação do Estado em dispor de recursos financeiros suficientes para implementá-los.

A Reserva do Possível consiste na realização dos direitos sociais condicionada à quantidade de recursos disponíveis, sob pena de, ao dar enfoque a apenas um desses direitos, inviabilizar a prestação de outros.

Sobre o tema, assim se posiciona Barcellos (2002, p. 232):

(...) é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.



Em virtude da ausência de condições financeiras de garantir integralmente todos os direitos fundamentais sociais, cabe ao Estado fazer escolhas, estabelecendo as prioridades e critérios a serem seguidos, por meio da implementação de políticas públicas.

Nas palavras de Oliveira (2006, p. 251):

As políticas públicas são providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados.

As políticas públicas, que consistem na destinação do orçamento público para determinados fins, entretanto, encontram barreira na Reserva do Possível, face à limitação financeira do Estado.

Assim, cabe à Administração Pública, tendo em vista o caso concreto e os direitos conflitantes, buscar compatibilizá-los, procedendo a uma análise interpretativa que leva em conta a hierarquização desses direitos, fazendo prevalecer, dessa forma, os direitos considerados de maior relevância naquele determinado momento.

Este poder de escolha do Estado é denominado poder discricionário, por meio do qual a Administração Pública tem a liberdade de escolher, consultando a oportunidade e conveniência, a medida que mais convenha ao interesse público, sem necessidade de previsão legal.

Na lição de Meirelles (2004, p. 120):

Essa liberdade funda-se na consideração de que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica - lei - de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto.

Obviamente, mesmo dispondo desta liberdade, as escolhas realizadas pelo Estado devem ser pautadas pela Constituição Federal, que determina as diretrizes a serem seguidas a fim de satisfazer os objetivos fundamentais nela previstos.

Nesta esteira, assim leciona Canotilho (1999, p. 448):



O entendimento dos direitos sociais econômicos e culturais como direitos originários implica, como já foi salientado, uma mudança na função dos direitos fundamentais e põe como acuidade o problema de sua efetivação. Não obstante se falar aqui da efetivação dentro de uma 'reserva possível', para significar a dependência dos direitos econômicos, sociais e culturais dos 'recursos econômicos' a efetivação dos direitos econômicos sociais e culturais não se reduz a um simples 'apelo' ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para efetivação desses direitos.

Vale salientar, então, que a discricionariedade nas condutas do administrador não permite que ele opte por concretizar ou não um direito fundamental, mas sim que, ao realizar a distribuição de recursos, faça uma ponderação no tocante aos bens jurídicos em questão.

Condicionar a efetivação dos direitos fundamentais sociais unicamente à existência ou não de recursos disponíveis e, conseqüentemente, à decisão do administrador, causa uma grande insegurança jurídica, razão pela qual as escolhas realizadas por este devem ser sempre precedidas de uma análise cautelosa do caso concreto, visando sempre a melhor decisão possível para o conflito de interesses.

A Reserva do Possível, sob pena de ser utilizada pelo Estado como forma de se exonerar dolosamente do cumprimento de suas obrigações delineadas constitucionalmente, só poderá ser invocada quando restar objetivamente comprovada a inexistência de recursos financeiros para a realização de determinado fim.

Assim, tendo em vista a vital importância da concretização dos direitos fundamentais sociais, a Reserva do Possível deve ser rechaçada quando invocada com o intuito de afastar a obrigatoriedade de efetivação dos referidos direitos pelo Estado, razão pela qual a mera alegação de insuficiência de recursos não é suficiente, devendo haver a clara comprovação da mesma.

Entretanto, o que se constata na realidade pátria é um completo descaso com a efetivação dos direitos sociais, notado pelo mau planejamento das verbas pelo Estado, conjuntamente com a criação de políticas públicas insuficientes para atender à demanda da população brasileira.

Questão que merece destaque neste sentido é a corrupção crescente em nosso país, o que vem comprometer a manutenção da qualidade de vida da



população, eis que o interesse maior do administrador público, que deveria ser o bem comum, passa a ser interesse de cunho pessoal.

Sobre o caos político vivido hodiernamente em nosso país, se posiciona Cambi (2009, p. 245):

Confiar unicamente, na concretização do interesse público, por parte dos administradores públicos, eleitos para isto, é fechar os olhos para a realidade brasileira marcada por inúmeros políticos despreparados, oportunistas, corruptos ou que fazem uso inadequado do dinheiro público.

Nesta esteira, a corrupção viola diretamente os direitos fundamentais sociais da pessoa humana, ou seja, das prestações sociais obrigatórias por parte do Estado, como representante maior da sociedade.

Estes desvios de interesses, bem como a ausência de recursos financeiros, no entanto, não podem ter o condão de comprometer o mínimo necessário para a existência digna da pessoa humana, conforme passaremos a analisar.

## **2 RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL: EMBATE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS**

A grande maioria dos direitos fundamentais depende de prestações positivas, exigindo gastos financeiros por parte do Estado, que encontra restrições para a total efetivação desses direitos na escassez de recursos.

Entretanto, não é possível deixar a mercê do Estado a decisão de implementar ou não ao menos uma parcela mínima de cada direito fundamental social necessária para garantir a vida digna de cada indivíduo, sob pena de atentar diretamente contra os direitos e garantias constitucionais.

Esta parcela mínima dos direitos fundamentais é chamada Mínimo Existencial, que, no entendimento de Rocha foi criado “[...] para dar efetividade ao princípio da possibilidade digna, ou da dignidade da pessoa humana possível, a ser garantido pela sociedade e pelo Estado” (ROCHA, 2005, p. 445).

Acerca do núcleo abrangido pelo Mínimo Existencial, Canotilho (2001, p. 203) expõe:



Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (minimum core of economic and social rights) na ausência do qual o estado português deve se considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas.

Neste diapasão, o Mínimo Existencial é o direito de cada indivíduo às condições mínimas indispensáveis para a existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado, mas que exige prestações positivas deste. Consiste, então, a um padrão mínimo de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado.

Embora não esteja expressamente contido em nossa Constituição Federal, deve-se contextualizá-lo nos direitos humanos, na ideia de liberdade em todos os seus sentidos e nos princípios da igualdade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana, princípio basilar das garantias constitucionais.

Sarlet (2001, p. 60) conceitua a dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Neste sentido, a existência humana digna não é considerada apenas no aspecto físico, no sentido de manutenção e sobrevivência do corpo, mas também no aspecto intelectual e espiritual, assegurando dentre outros os direitos à educação, alimentação e saúde.

Assim, é necessário que se reconheça certos direitos subjetivos a prestações ligados ao mínimo necessário para a existência digna do indivíduo, e não somente para sua subsistência. Sem a garantia deste mínimo imprescindível para a existência humana, há uma afronta direta ao direito constitucional à vida e, mais que isso, a uma vida com dignidade, base de todos os direitos fundamentais e humanos.



Não é possível, no entanto, elencar taxativamente os elementos que compõem o mínimo existencial de cada direito, sendo necessária uma análise cautelosa do caso em concreto e do direito fundamental em questão.

A restrição de direitos fundamentais sociais somente se justifica quando não viola o Mínimo Existencial, ou seja, o núcleo essencial destes direitos. Mesmo existindo a limitação orçamentária do Estado, não cabe à Administração, por meio do poder discricionário, fazer escolhas no tocante a concretizar ou não o mínimo existencial de determinado direito fundamental, uma vez que estes são considerados pilares da existência humana digna, razão pela qual não podem ser olvidados.

Vale destacar que o objetivo maior do Estado é sempre concretizar integralmente os direitos fundamentais sociais, pois estes são indispensáveis para a vida humana digna. Não sendo possível, em razão de ausência de recursos, invocando-se neste caso a Reserva do Possível, pelo menos o Mínimo Existencial de cada um desses direitos deve ser garantido, porque possui prioridade nas destinações orçamentárias.

Assim é o entendimento de Barcellos (2002, p. 246):

Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Em síntese, a Reserva do Possível pode conviver pacificamente com o Mínimo Existencial, pois este atua como um limite para a invocação daquela, ou seja, a Reserva do Possível só poderá ser invocada quando realizado o juízo da proporcionalidade e da garantia do Mínimo Existencial com relação a todos os direitos em questão.

Por derradeiro, o Mínimo Existencial surgiu para proteção dos indivíduos por meio da efetivação de uma parcela das garantias constitucionais aptas a proporcionar ao ser humano uma vida com dignidade, frente a todo o descaso que presenciamos diariamente do poder público para com as necessidades mais urgentes dos cidadãos.



No caso de haver qualquer desrespeito no tocante à concretização ao menos do núcleo essencial de determinado direito fundamental social, o Poder Judiciário deve ser acionado para intervir, pois, pelo caráter de indispensabilidade dos referidos direitos, eles gozam de proteção jurisdicional, conforme passaremos a tratar.

### 3 ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

A limitada disponibilidade de recursos do Poder Público para prover as ilimitadas necessidades da coletividade é uma realidade que tem o condão de causar a insatisfação dos indivíduos que, comumente, acabam procurando o Poder Judiciário para a resolução do impasse.

No tocante à atuação do Poder Judiciário em temas referentes às políticas públicas, para aqueles que defendem não ser esta cabível, fala-se que a referida matéria está ligada à discricionariedade e conveniência do Poder Executivo, não podendo, portanto, ser objeto de pleito judicial, sob pena de desrespeitar o princípio da Separação dos Poderes.

De acordo com este entendimento, é atribuição exclusiva do poder estatal decidir de que forma e onde os recursos públicos devem ser aplicados.

A Constituição Federal de 1988 passa a assegurar, de forma expressa, a proteção de direitos, sejam eles privados, públicos ou transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos).

Destarte, traz expressamente em seu artigo 5º, inciso XXXV, a possibilidade de se recorrer às vias judiciais quando da violação de direitos: “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”.

De acordo com os ensinamentos de Lenza (2009, p. 698), “o artigo 5º, inciso XXXV veio sedimentar o entendimento amplo do termo direito, dizendo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, não mais restringindo a sua amplitude.”



O desrespeito aos princípios e garantias fundamentais indispensáveis para a existência humana já fundamenta a intervenção do Poder Judiciário que deverá agir não de forma ilimitada, mas analisando sempre a situação concreta.

De encontro a este posicionamento, Barcellos (2002, p. 230) afirma:

(...) nem a separação de poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível excepcioná-los em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar de garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Não está havendo, portanto, usurpação das funções de um poder sobre o outro nem tampouco invasão na seara administrativa, eis que é papel do Judiciário agir diante de violação de direito subjetivo constitucional, corrigindo eventuais distorções provocadas pela Administração Pública.

Atuando desta forma, não se atribui ao Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas sim o de obrigar que sejam executadas aquelas que já são objeto de legislação.

O Ministro Encinas Manfré, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim se manifestou no julgamento da Apelação nº 9152889-05.2008.8.26.0000:

Inocorrência de violação ao princípio da separação dos poderes. Cabível determinação judicial para que assegurados direitos fundamentais de crianças e adolescentes, os quais disciplinados na Constituição da República, em Convenção Internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, assim como na Lei 8.060/1990. Possibilidade jurídica dos pedidos formulados pelo autor. Arguições preliminares rejeitadas.

Logo, não há invasão do Judiciário na seara administrativa nestes casos, mas tão somente controle judicial acerca de descumprimento de preceito legal.

Os direitos previstos na legislação por si só são vazios quando não dotados de efetividade. Neste diapasão, em virtude da prevalência dos direitos fundamentais, cabe ao Judiciário como intérprete e aplicador do direito, assegurar efetividade às normas constitucionais, conforme dispõe o julgado a seguir:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO



A reserva do possível, o mínimo existencial e o Poder Judiciário

PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. (STF – RE 271.286/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/11/2000).

A jurisprudência brasileira é tranquila no sentido de preservar a efetividade do Mínimo Existencial, entendendo que, por se enquadrarem nos direitos fundamentais sociais, não se expõe à avaliação discricionária da Administração Pública.

O Poder Público utiliza como tese defensiva a Reserva do Possível, que não vem sendo aceita pelas decisões jurisprudenciais quando meramente alegada, exigindo-se a efetiva comprovação de ausência de recursos.

Neste contexto, assim decidiu o Superior Tribunal Federal, rechaçando a alegação de insuficiência orçamentária:

CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO ESTADO - IMPOSIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VERIFICADA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado - União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios - deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga. O recurso não merece prosperar, lamentando-se a insistência do Município em ver preservada prática, a todos os títulos nefasta, de menosprezo àqueles que não têm como prover as despesas necessárias a uma vida em sociedade que se mostre consentânea com a natureza humana. 2. Pelas razões acima, nego seguimento a este extraordinário, ressaltando que o acórdão proferido pela Corte de origem limitou-se a ferir o tema à luz do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, reportando-se, mais, a compromissos reiterados na Lei Orgânica do Município - artigo 247, inciso I, e no Estatuto da Criança e do Adolescente - artigo 54, inciso IV. 3. Publique-se. (STF, Decisão Monocrática, RE nº 356.479-0, Rel. Min. Marco Aurélio. J. em 30/04/04, DJU em 24/05/04)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ- ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO



MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. (STF - RE 436996/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ 07/11/2005)

Como se percebe, o que tem acontecido constantemente é o Poder Público agir sem razoabilidade, com a clara intenção de neutralizar os direitos fundamentais sociais, afetando de forma direta, mediante inércia estatal ou abuso governamental, as condições mínimas imprescindíveis para uma existência humana digna.

Nesse sentido é a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Analisando a decisão supra, fica claro que alegar limitação orçamentária, invocando a Reserva do Possível, por si só, não tem o condão de justificar a omissão estatal, especialmente nos casos em que está em jogo a concretização do mínimo existencial de determinado direito fundamental social.

Muito embora a limitação orçamentária seja uma realidade, quando se trata do mínimo existencial de um direito fundamental e não houver real impossibilidade objetiva demonstrada, a omissão administrativa não encontra justificativa na Reserva do Possível.

Por outro lado, o que também não pode ocorrer é o Poder Judiciário, solícito aos pleitos dos indivíduos para obterem determinadas prestações judiciais, ordenar



que as referidas prestações sejam executadas sem levar em consideração os fundamentos apresentados pela Administração Pública, que, naquele momento, pode se encontrar incapaz de atender os pleitos em questão.

Esse tipo de decisão do Judiciário, no qual não existe uma análise cautelosa do caso em concreto, pode resultar em sérios problemas para a Administração Pública, posto que o administrador, para conseguir cumprir o determinado nas decisões judiciais, muitas vezes tem que retirar recursos de uma área específica para que sejam aplicados conforme o ordenamento judicial.

Essa situação acarreta uma violação direta ao princípio constitucional da igualdade, pois para cumprir determinada decisão judicial e, em consequência, beneficiar um indivíduo específico, muitas vezes o Poder Público, conforme já citado, precisa realocar verbas de outra área, causando prejuízo àqueles que dela dependiam.

Por derradeiro, o Poder Judiciário possui uma grande responsabilidade ao apurar os casos concretos, ponderando e decidindo sempre pelo caminho que priorize o bem comum.

#### **4 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

É de conhecimento geral que é dever do Estado viabilizar o acesso efetivo às políticas públicas determinadas constitucionalmente. No entanto, não obstante a alegação de limitação orçamentária para a implementação de políticas públicas, cabe ao Ministério Público apurar se tal afirmação procede e, em caso negativo, comprovar objetivamente a capacidade orçamentária do Poder Público para exigir a efetivação do direito constitucional em questão.

Por expressa determinação constitucional, o ministério público é órgão defensor do interesse social, conforme o disposto no art. 129, II, da Constituição Federal.

Sempre visando o interesse da coletividade, é de grande importância para o trabalho desenvolvido pelo Ministério Público o poder de realização do Inquérito Civil, instrumento investigativo exclusivo do referido órgão, bem como detém



legitimidade para o ajuizamento de Ação Civil Pública, além de ter poderes para a realização de TAC - Termo de Ajustamento de Conduta.

O TAC é um instituto utilizado antes e com o fim de evitar que se venha a instaurar o processo judicial. É um instituto de caráter conciliatório, adotado com o objetivo de composição e tutela de interesses metaindividuais, entre o Ministério Público e a parte interessada, de modo que esta se comprometa a agir da forma que for acordada.

O Ministério Público também é parte legítima e tem interesse de agir para propor ação civil pública, na qual defende interesses individuais indisponíveis, pois, neste molde, qualifica-se o direito à vida e à saúde.

No mesmo sentido, o Ministro Vicente de Abreu Amadei, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgou a Apelação nº 0004821-49.2010.8.26.0664:

APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PESSOA HIPOSSUFICIENTE, E PORTADORA DE "DIABETES TIPO 1" (CID 10: ELO-0) – MEDICAMENTO PRESCRITO POR MÉDICO (LANTUS SALUSTAR E APIDRA SALUSTAR) – INSUMOS NECESSÁRIO (AGULHAS BD DE 5 MM) - INTERESSE DE AGIR – NECESSIDADE DA JURISDIÇÃO SEM EXAURIR A VIA ADMINISTRATIVA - OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – DIREITO FUNDAMENTAL AO FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS - APLICAÇÃO DOS ARTS. IO, III, E 60 DA CF - PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA TRIPARTIÇÃO DE FUNÇÕES ESTATAIS E DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO NÃO VIOLADOS - LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL - TESES AFASTADAS - COMINAÇÃO DE MULTA, EM OBRIGAÇÃO IMPOSTA A ENTE PÚBLICO -VIABILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO.

No que tange à tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando o fornecimento de remédio pelo Estado. Com base nesse entendimento, a Turma proveu recurso extraordinário em que se questionava a obrigatoriedade de o Estado proporcionar a certa cidadã medicamentos indispensáveis à preservação de sua vida. No caso, tribunal local extinguiu o processo sem julgamento de mérito, ante a mencionada ilegitimidade ativa ad causam do parquet, uma vez que se buscava, por meio da ação, proteção a direito individual, no caso, de pessoa idosa (Lei 8.842/94, art. 2º). Sustentava-se, na espécie, afronta aos artigos 127 e 129, II e III, da CF. Assentou-se que é função institucional do parquet zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo medidas



A reserva do possível, o mínimo existencial e o Poder Judiciário

necessárias a sua garantia (CF, art. 129, II). (STF, RE 407902/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 26.5.2009. (RE-407902).

DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - SEGURADOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL - CERTIDÃO PARCIAL DE TEMPO DE SERVIÇO - RECUSA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA - DIREITO DE PETIÇÃO E DIREITO DE OBTENÇÃO DE CERTIDÃO EM REPARTIÇÕES PÚBLICAS - PRERROGATIVAS JURÍDICAS DE ÍNDOLE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL - EXISTÊNCIA DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO "DEFENSOR DO POVO" (CF, ART, 129, II) - DOCTRINA - PRECEDENTES - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (STF - RE 472489 AgR/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/08/2008).

Desta forma, extrai-se dos entendimentos acima que a legitimidade do Ministério Público é inquestionável no que diz respeito à defesa dos direitos fundamentais sociais dos indivíduos, sejam eles metaindividuais ou individuais indisponíveis.

## 5 ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública é uma instituição permanente e indispensável cuja atribuição é oferecer aos cidadãos hipossuficientes, de forma integral e gratuita, orientação jurídica e a defesa dos direitos individuais e coletivos.

Desta forma, cabe à Defensoria, em cada caso específico, objetivar a efetivação judicial do direito fundamental, de modo a concretizar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

É de vital importância destacar que a Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, alterando o art. 5º da Lei nº 7.347/85, legitima a Defensoria Pública para propositura da ação civil pública.

A seguir, alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça que tratam sobre o tema em questão:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DEFENSORIA PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. ART. 5º, II, DA LEI Nº 7.347/1985 (REDAÇÃO DA LEI Nº 11.448/2007). PRECEDENTE.



1. Recursos especiais contra acórdão que entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil coletiva de interesse coletivo dos consumidores.
2. Esta Superior Tribunal de Justiça vem-se posicionando no sentido de que, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85 (com a redação dada pela Lei nº 11.448/07), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.
3. Recursos especiais não-providos. (Primeira Turma, REsp n. 912.849/RS, relator Ministro José Delgado, DJe de 28.4.2008.)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA COLETIVA DOS CONSUMIDORES. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL ATRELADOS A MOEDA ESTRANGEIRA. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL FRENTE AO DÓLAR NORTE-AMERICANO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO ESPECIALIZADO VINCULADO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO.

I – O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial.

II - No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao "Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor".

III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a conseqüente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes.

Recurso especial provido." (Terceira Turma, REsp n. 555.111/RJ, relator Ministro Castro Filho, DJ de 18/12/2006.)

Deste modo, depreende-se que a Defensoria Pública, além de sua função típica, qual seja representar judicial e extrajudicialmente os direitos dos necessitados, possui também a função de zelar pela concretização dos direitos fundamentais sociais necessários para garantir a existência digna do indivíduo.



## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia que se encontra encartada no conceito de "Reserva do Possível" não pode se constituir como uma escusa dos governos em cumprir com as políticas públicas que viabilizam a concretização dos direitos sociais na realidade fática.

Não se deve permitir, portanto, que o argumento da Reserva do Possível constitua um escudo que proteja o Estado de sua inatividade, considerando que este tem negligenciado, por diversas vezes, direitos que, na verdade, não são impossíveis de serem concretizados, ou seja, que se enquadram perfeitamente no âmbito da reserva do possível.

A grande celeuma surge quando analisamos a Reserva do Possível no contexto do Mínimo Existencial. A Reserva do Possível, embora seja aceita em algumas hipóteses, não pode ser um óbice para a efetivação de pelo menos uma porção mínima de cada direito fundamental social, imprescindível a garantir a efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Portanto, não se despreza a aplicabilidade e razoabilidade da Reserva do Possível em determinadas situações. O que se defende é que esse princípio não seja usado de forma aleatória, com simples alegações. Portanto, há necessidade que o Poder Público demonstre, ou seja, prove que a negativa do oferecimento ao direito do indivíduo é para que não prejudique a efetivação de outros direitos ligados ao mínimo existencial da população.

Neste contexto, quando se tratar de garantia dos direitos fundamentais sociais, cabe ao Judiciário intervir em favor da realização destes, sem, no entanto, interferir na esfera de atuação da Administração Pública.

O Ministério Público e a Defensoria Pública, como defensores do interesse social, também possuem legitimidade para objetivar a efetivação judicial do direito fundamental lesado.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://portal.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://portal.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



# REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS

**Chamada de Artigos, Resenhas e Ensaios para o Periódico  
*Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia  
Brasileira de Direito Constitucional***

**Invitación a publicar Artículos, Reseñas y Ensayos en la Revista  
*Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da  
Academia Brasileira de Direito Constitucional***

**Call for Articles, Reviews and Essays for the publication *Constituição,  
Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de  
Direito Constitucional* (Constitution, Economics and Development: Law Journal of  
the Brazilian Academy of Constitutional Law)**

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](mailto:ilton@abdconst.com.br))

Rafael dos Santos Pinto – Assistant Editor ([rafael@abdconst.com.br](mailto: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 econômico 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](mailto: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), António 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 artículo. Cada nombre 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 datos para contacto (endereço, teléfono o e-mail). Caso la pesquisa tenga realizándose 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 do 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 artigo, 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. Antônio 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 thematical 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 Unibrazil 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)