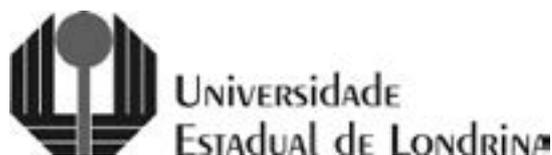




UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA



Revista do  
**DIREITO PÚBLICO**



REITOR

Prof.º. Dr.º. Sérgio Carlos de Carvalho

VICE-REITOR

Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfier

Diretora de Pós-Graduação: Prof.ª. Silvia Marcia Ferreira Meletti

Diretor de Pesquisa: Prof. Arthur Eumann Mesas

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretora: Prof.ª. D.ª. Tânia Lobo Muniz

Vice-Diretor: Prof. Daniel da Silva Barros

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Marília Salerno

Chefe do Departamento de Direito Público: Profa. Ms. Nélia Edna Miranda Batisti

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Vice-Coordenador: Prof.º. Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da  
Universidade Estadual de Londrina.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Revista do Direito Público / Universidade Estadual de Londrina.  
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito  
Público. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. –  
Londrina: UEL, 2019-.  
v. ; 29 cm.

Quadrimestral.

Descrição baseada em: v. 14, n.2, maio/ago. (2019).

ISSN: 1980-511X (online).

1. Direito Público – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina.

Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público.

Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.

CDU 342

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos,  
cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos  
desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em: LivRe (Brasil), Doaj (Suécia), Latindex (México), SHERPA RoMEO  
(Inglaterra), Portal de Periódicos CAPES (Brasil), WorldCat (EUA), TULIPS-Linker  
(Japão), Aladin (EUA), New Jour (EUA), BASE (Alemanha).

Disponível nos catálogos digitais das bibliotecas: HKU Librarie (Hong Kong), Charles  
University (Rep. Checa), Gorky St. Petersburg State University (Rússia), Hebrew  
University of Jerusalem (Israel), Miami University Libraries (EUA), Yale University  
(EUA), Universidad Nacional Autónoma de México (México), Universidade do Porto (Portugal),  
University of Tsukuba (Japão).



Revista do  
**DIREITO PÚBLICO**

ISSN 1980551-X

MESTRADO EM DIREITO  
NEGOCIAL

DEPARTAMENTO DE  
DIREITO PÚBLICO



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA



ISSN 1980-511X (eletrônico)  
Revista do Direito Público da UEL  
Volume 14, número 2, ago 2019

**EDITORES RESPONSÁVEIS / EDITORS**

Dr. Luiz Fernando Bellinetti  
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

**CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD**

Eduardo Reale Ferrari - Universidade de São Paulo (USP/SP)  
Francisco Emílio Baleotti - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)  
Irene Patrícia Nohara - Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM/MG)  
Maria Auxiliadora Minahim - Universidade Federal da Bahia (UFBA/BA)  
Tânia Lobo Muniz - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)  
Thais Bernardes Maganhini - Universidade Federal de Rondônia (UNIR/RO)  
Wilson Engelmann – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS)

**PARECERISTAS AD HOC / REVIEWERS**

Afonso Maria das Chagas	Rondônia
Alaerte Antonio Martell Contini	Mato Grosso do Sul
Alexandre Walmott Borges	Minas Gerais
Ana Claudia Pompeu Andreucci	São Paulo
André Felipe Soares de Arruda	Goiás
Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha	Rio de Janeiro
Clarice Beatriz da Costa Sohngen	Rio Grande do Sul
Cristina Gomes Campos de Seta	Rio de Janeiro
Edilton Meireles de Oliveira Santos	Bahia
Erinaldo Ferreira do Carmo	Pernambuco
Fernanda Andrade Almeida	Rio de Janeiro
Jesualdo Eduardo de Almeida Junior	São Paulo
Junior Lemos Junior	Minas Gerais
Juliane Caravieri Martins	Minas Gerais
Lier Ferreira	Rio de Janeiro
Marcia Cristina Xavier de Souza	Rio de Janeiro
Monica Paraguassu Correia da Silva	Rio de Janeiro
Natan Ben-Hur Braga	Santa Catarina
Nelia Edna Batisti	Paraná
Nelson Finotti Silva	São Paulo
Nilson Tadeu Reis Campos Silva	Paraná
Rafael Reis Ferreira	Roraima
Wilson Engelmann	Rio Grande do Sul
Yvete Flávio da Costa	São Paulo

**ASSESSORIA TÉCNICA**  
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

Bruna Faria, Gabriela Amorim Paviani, Gabriella Sávio França, Juliana Carvalho Pavão,  
Laudicena Ribeiro, Natali Silvana Zwaretch, Luiz Gustavo Campana Martins, Pedro Henrique  
Amaducci Fernandes dos Santos e Raíssa Fabris de Souza.

## SUMÁRIO | CONTENT

<b>EDITORIAL.....</b>	<b>8</b>
<b>VISÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA NAS AQUISIÇÕES POR PREGÃO: BUSCA DE QUALIDADE EM HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DO RIO DE JANEIRO .....</b>	<b>10</b>
LEGAL-ADMINISTRATIVE VIEW ON THE ACQUISITIONS PER FLOOR: QUALITY SEARCH AT UNIVERSITY HOSPITAL OF RIO DE JANEIRO	
<i>Fabio Gonçalves Vilas Filho e Wiliam Cesar Alves Machado e Nêbia Maria Almeida Figueiredo</i>	
<b>PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO PARA GESTÃO DE RISCOS DO AMIANTO .....</b>	<b>28</b>
<i>THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN THE ADMINISTRATION OF ASBESTOS' RISKS</i>	
<i>Loreci Gottschalk Nolasco e Felipe Pereira Matoso e Willian Rocha de Matos</i>	
<b>OS DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA CRÍTICA E SEUS REFLEXOS NO ACESSO À JUSTIÇA.....</b>	<b>55</b>
HUMAN RIGHTS FROM THE PERSPECTIVE OF CRITICAL THEORY AND SOME REFLECTIONS ON ACCESS TO JUSTICE	
<i>Mariana Lima Menegaz e Alexandre Walmott Borges</i>	
<b>ESTADO, SURVEILLANCE E RISCO: CAMINHOS TORTUOSOS EM TEMPOS DE RELATIVIZAÇÃO DA DEMOCRACIA NA ESTEIRA DA TECNOLOGIA.....</b>	<b>68</b>
STATE, SURVEILLANCE AND RISK: TORTUOUS PATHS IN TIMES OF THE RELATIVIZATION OF DEMOCRACY IN THE TECHNOLOGICAL ERA	
<i>Carlos Alexandre Michaello Marques e Leonel Severo Rocha</i>	
<b>RECURSO EXTRAORDINÁRIO COMO MODELO DE PROCESSO COLETIVO.....</b>	<b>91</b>
EXTRAORDINARY APPEAL AS A MODEL FOR CLASS ACTION LAWSUITS	
<i>Fabricao Veiga Costa e Alex Matoso Silva e Rosemary Cipriano da Silva</i>	
<b>A CONFERÊNCIA DE ESTOCOLMO DE 1972 E SUA INFLUÊNCIAS CONSTITUIÇÕES LATINOAMERICANAS .....</b>	<b>109</b>
THE STOCKHOLM CONFERENCE OF 1972 AND ITS INFLUENCE IN LATIN AMERICAN CONSTITUTIONS	
<i>Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Luís Eduardo Gomes Silva</i>	
<b>A TUTELA DE URGÊNCIA NO ÂMBITO DO PROCESSO AMBIENTAL: EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.....</b>	<b>136</b>
PRELIMINARY INJUNCTION IN ENVIRONMENTAL PROCESS: EFFECTIVENESS OF THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE	
<i>Giovani Orso Borile e Cláudia de Moraes Arnold e Cleide Calgaro</i>	
<b>A DESJUDICIALIZAÇÃO E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SOB A ÉGIDE DO PÓS-POSITIVISMO.....</b>	<b>151</b>
DISJUDICIALIZATION AND ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION UNDER THE POST-POSITIVISM AEGIS	
<i>Daiane Schwabe Minelli e Sergio Alves Gomes</i>	
<b>AS DISPOSIÇÕES SOBRE DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO BRASIL ....</b>	<b>168</b>
THE PROVISIONS ON ADVANCE DIRECTIVE OF WILL IN BRAZIL	

*Juliana Carvalho Pavão e Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador*

**O ORDENAMENTO JURÍDICO E SEUS ATRIBUTOS SOB A PERSPECTIVA DE NORBERTO BOBBIO.....187**

JUDICIAL SYSTEM AND ITS ISSUES FROM THE PERSPECTIVE OF NORBERTO BOBBIO

*Reis Friede*

**O MISTÉRIO DO CAPITAL.....202**

THE MYSTERY OF CAPITAL

*Gabriela Amorim Paviani*

**MÁS ALLÁ DE LA IGUALDAD FORMAL ANTE LA LEY: ¿QUÉ LES DEBE EL ESTADO A LOS GRUPOS DESAVENTAJADOS?.....204**

BEYOND FORMAL EQUALITY BEFORE THE LAW: WHAT DOES THE STATE OWE TO DISADVANTAGED GROUPS?

*Taluana Wenceslau Rocha*

## EDITORIAL

Apresentamos a nova edição da Revista do Direito Público.

Esta edição, nº. 2, do volume 14, é constituída por textos elaborados por autores de nosso estado, Paraná, e de todo o Brasil, com temas de Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direitos Humanos, Direito Internacional, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Constitucional, Acesso à Justiça, Bioética e Hermenêutica Jurídica.

No tocante ao Direito Administrativo, o estudo “*Visão jurídico-administrativa nas aquisições por pregão: busca de qualidade em Hospital Universitário do Rio de Janeiro*”, possui como ponto de partida a avaliação de aquisições derivadas dos processos de compras de materiais hospitalares por meio do pregão eletrônico no Hospital Universitário do Rio de Janeiro, com a finalidade de verificar a efetividade do princípio de segurança para realização dos procedimentos terapêuticos primordiais na recuperação dos pacientes, haja vista o modelo de compra adotado.

Por sua vez, quanto ao Direito Ambiental, o artigo intitulado “*Princípio da precaução para gestão de riscos do amianto*”, possui como escopo a análise do papel do Estado brasileiro na proteção dos direitos e garantias fundamentais, tais como a vida, saúde e o meio ambiente, quando em contato com produtos com conteúdo de amianto, considerando que o Brasil está entre os cinco maiores produtores mundiais da substância. Nesse sentido, a pesquisa pugna pela imposição de medidas de segurança antecipatórias e precaucionais.

No campo dos Direitos Humanos, bem como quanto ao Acesso à justiça, o artigo “*Os Direitos Humanos sob a perspectiva da teoria crítica e seus reflexos no acesso à justiça*” realiza uma construção histórica e crítica a respeito dos Direitos Humanos, primordialmente no que tange à realidade brasileira após a Constituição Federal de 1988. Neste aspecto, os autores enfatizam que um dos meios de efetivação de tais direitos é o amplo alcance da justiça para todos os cidadãos, que se consubstanciam na atuação das Defensorias Públicas e o acesso à justiça gratuito. A problemática enfrentada quanto ao acesso à justiça é verificada ao analisar alguns fatores, como o econômico e o psicológico, mas também contempla sugestões para a efetivação desse direito.

No que diz respeito ao Direito Constitucional, o estudo nomeado de “*Estado, surveillance e risco: caminhos tortuosos em tempos de relativização da democracia na esteira da tecnologia*” enfrenta o debate das crises do Estado, e as consequências trazidas por tal embate ao que tange a Teoria do Estado. Assim, a pesquisa demonstrou avanços nesse cenário a partir da compreensão da relação entre risco e tecnologia, e principalmente quanto à aplicação do fenômeno da Surveillance.

Também âmbito do Direito Constitucional, o artigo “*Recurso extraordinário como modelo de processo coletivo*” propõe avaliar a Emenda Constitucional 45, a qual instituiu a repercussão geral de questão constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Deste modo, o recorrente deve demonstrar que a pretensão recursal transcende os interesses individuais das partes, de modo a propiciar,

ante o requisito de admissibilidade, um processo coletivo democrático participativo.

Também com pauta no Direito Constitucional, mas compartilhando do Direito Internacional e Ambiental, o artigo “*A Conferência de Estocolmo de 1972 e sua influência nas Constituições latinoamericanas*” indica as principais características da Conferência de Estocolmo e a influência da mesma na evolução constitucional dos países da América Latina no tocante ao trato do meio ambiente

No que tange ao Direito Processual Civil e sua correlação com o meio ambiente, o artigo “*A tutela de urgência no âmbito do processo ambiental: efetivação do princípio da precaução*” examina o instituto da tutela de urgência, típica do Direito Processual Civil, e sua aplicabilidade na proteção essencial do meio ambiente sob o fundamento do princípio da precaução, o qual deve nortear as tutelas ambientais.

Por seu turno, o artigo “*A desjudicialização e os meios alternativos de resolução de conflitos sob a égide do pós-positivismo*”, cujo centro está na hermenêutica jurídica constitucional e o acesso à justiça, visa demonstrar a ausência de uma resposta jurisdicional célere e efetiva, capaz de concretizar o acesso à justiça, seja pela complexidade e massificação das demandas da sociedade atual, seja pela situação caótica em que se encontra o sistema judicial brasileiro. Nesse sentido, as formas alternativas de resolução de conflito, diante do processo de desjudicialização, representam um significativo avanço, capaz de ensejar alterações legislativas em prol da valorização da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, no âmbito do Direito Civil e da Bioética, o artigo “*As disposições sobre diretivas antecipadas de vontade no Brasil*” realiza uma constatação referente a existência de novas biotecnologias que permitem o prolongamento de forma artificial da vida e a reafirmação do princípio da autonomia da pessoa. De tal modo, como maneira de efetivar os desejos do indivíduo sobre a sua vida e a sua saúde, surgiram as diretivas antecipadas de vontade, também compreendidas como espécie de negócios biojurídicos. Entretanto, no Brasil há uma ausência de regulação quanto ao tema, de modo que a pesquisa propõe a discussão e a votação de projetos de lei a respeito.

Por fim, também sob o prisma do Direito Constitucional e hermenêutico, a pesquisa “*O ordenamento jurídico e seus atributos sob a perspectiva de Norberto Bobbio*” discorre sobre o ordenamento jurídico e os atributos pertinentes (unidade, coerência e completude) sob a perspectiva de Norberto Bobbio, enfrentando, ainda, o problema das antinomias e respectivos critérios solucionadores.

Nesta edição, a revista conta ainda com duas resenhas. A primeira examina a obra “*O mistério do capital*”, de Hernando de Soto. E a segunda, trata da obra “*Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*” de Roberto Saba.

Esperamos que apreciem a leitura de nosso segundo volume deste ano e que as pesquisas divulgadas aqui fomentem novos estudos.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

**VISÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA NAS AQUISIÇÕES  
POR PREGÃO: BUSCA DE QUALIDADE EM HOSPITAL  
UNIVERSITÁRIO DO RIO DE JANEIRO**

LEGAL-ADMINISTRATIVE VIEW ON THE ACQUISITIONS PER  
FLOOR: QUALITY SEARCH AT UNIVERSITY HOSPITAL OF RIO  
DE JANEIRO

**Fabio Gonçalves Vilas Filho\***  
**Wiliam Cesar Alves Machado\*\***  
**Nébia Maria Almeida Figueiredo\*\*\***

\* Advogado. Mestre em saúde e tecnologia no espaço hospitalar pela UNIRIO, membro da Comissão Permanente de Licitação do HUGG - UNIRIO  
E-mail: fabiounirio@hotmail.com

\*\*Ph.D pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Departamento de Pós-Graduação - Escola de Enfermagem Alfredo Pinto da Unirio.  
E-mail: wilmachado@uol.com.br

\*\*\*Doutora pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Profa. Doutora da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Departamento de Pós-Graduação - Escola de Enfermagem Alfredo Pinto da Unirio.  
E-mail: nebia43@gmail.com

Como citar: VILAS FILHO, Fabio Gonçalves; MACHADO, Wiliam Cesar Alves; FIGUEIREDO, Nébia Maria Almeida. Visão jurídico-administrativa nas aquisições por pregão: busca de qualidade em hospital universitário do rio de janeiro. Revista do Direito Público, Londrina, v. 14, n. 2, p. 10-27, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 10. ISSN: 1980-511X

Resumo: O presente estudo buscou avaliar se as aquisições oriundas dos processos de compras de materiais hospitalares através do pregão eletrônico, em hospital universitário do Rio de Janeiro, atende ao princípio de segurança para realização dos procedimentos terapêuticos primordiais na recuperação dos pacientes. Constatou-se a necessidade de se realizar análise prévia dos insumos, por uma comissão de pré-qualificação, que apesar de não haver previsão na legislação que regula o pregão, a medida se justifica, diante da morosidade dos testes das amostras quando estas ocorrem no curso do pregão, bem como diante dos inúmeros pareceres negativos que corroboram no sentido de que a baixa qualidade dos insumos oferecidos pelos licitantes pode trazer prejuízos para a administração nos aspectos financeiros, sobretudo no agravamento do quadro clínico dos pacientes e estresse das equipes de saúde envolvidas no procedimento.

Palavras-Chaves: Pregão eletrônico. Controle de qualidade. Segurança do paciente. Gestão hospitalar.

Abstract: This study sought to evaluate if acquisitions of materials from hospital purchases from the use of the electronic “pregão”, in a university hospital in Rio de Janeiro, respects the principle of safety – as it is fundamental in accomplishing primary therapeutic procedures in patient recovery. This paper confirmed the need to carry out a preliminary analysis of inputs by a pre-qualification commission, which, despite the fact that there is no provision

in Brazilian legislation regulating this session, is justified given the lengthy testing of the samples, as well as the numerous negative opinions that corroborate the low quality of the inputs offered by bidders, which can concur financial losses for the public administration, and it can, even worse, aggravate patients' wellbeing.

Key Words: Electronic Research, Quality Control, Patient Safety, Hospital Management.

## INTRODUÇÃO

Os processos de compras, na área da saúde, são procedimentos muito complexos, onde atuam profissionais da saúde e administrativo e, sobretudo, são os que geram maior custo para administração hospitalar. Além disso, devido ao surgimento de novos insumos e técnicas para o ambiente hospitalar, os sujeitos envolvidos diretamente com a aquisição de materiais precisam manter-se constantemente atualizados.

Vale frisar que, tanto as instituições particulares quanto as públicas buscam comprar pelo menor preço e adquirir produtos com o máximo de qualidade, contudo em razão do princípio da legalidade a administração pública deverá seguir somente aquilo que a lei autoriza, ou seja, os órgãos governamentais para adquirir bens e serviços necessitarão realizar processo licitatório, salvo os casos expressos no ordenamento jurídico que trata do assunto e, neste cenário, os hospitais públicos universitários para atingir seus objetivos de prestar um atendimento com segurança e qualidade aos seus usuários (pacientes e profissionais de saúde), estão inseridos.

Por outro lado, as instituições privadas podem fazer tudo àquilo que não é proibido por lei, logo estão livres para comprar os insumos para saúde dos fornecedores e das marcas que melhor lhe prouver.

Segundo Di Pietro (2010), licitação é o procedimento pelo qual a administração pública, abre aos licitantes interessados a possibilidade de ofertarem suas propostas, nas condições estabelecidas no instrumento convocatório, a fim de selecionar a mais conveniente para a efetivação do contrato.

No Brasil a Lei nº 8.666/93, estabelece cinco modalidades de licitação, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Ocorre que estas tradicionais modalidades, devido aos seus procedimentos extremamente burocráticos, há muito tempo não estavam atendendo às necessidades de se adquirir os insumos com a celeridade e transparência desejada.

Desse modo, o Governo Federal instituiu através da Lei nº 10.520/2002, uma nova modalidade denominada, pregão, em função da necessidade de maior celeridade na efetivação dos contratos pela Administração Pública. O pregão possui duas formas, o presencial e o eletrônico, este último regulamentado pelo Decreto nº 5.450/2005.

Ressalta-se que o referido Decreto estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos nas contratações de bens e serviços comuns evidentemente pela maior transparência, já que o procedimento ocorre via Web, podendo ser fiscalizado em tempo real.

Para Justen Filho (2009), o pregão é um procedimento de licitação destinado a selecionar a proposta mais vantajosa para o ente público na contratação de produtos e serviços, cujo critério de julgamento é o menor preço, caracterizado pela fase competitiva inicial, em que os interessados dispõem do ônus de formular ofertas e lances sucessivos e posteriormente à verificação dos requisitos de habilitação.

Contudo, apesar da maior celeridade, transparência e da economia decorrentes dos

procedimentos existentes no pregão eletrônico, se observou no presente estudo que as aquisições oriundas não atendem ao requisito de qualidade, trazendo desperdícios a médio e longo prazo conforme será demonstrado com análise de 136 pregões realizados em um grande hospital universitário do Rio de Janeiro,

Diante do cenário, apesar de não haver previsão na legislação que instituiu a modalidade de licitação pregão, constatou-se a necessidade de se instituir uma comissão de pré-qualificação, já que há morosidade dos testes das amostras quando estes ocorrem no curso do procedimento e os inúmeros pareceres negativos corroboram no sentido de que a baixa qualidade dos insumos oferecidos pelos licitantes pode trazer prejuízos para a administração nos aspectos financeiros, sobretudo no agravamento do quadro clínico dos pacientes e estresse das equipes de saúde envolvidas no procedimento.

## 1 MÉTODO

Trata-se de estudo observacional descritivo de abordagem quantitativa. O cenário do estudo compõe-se do fluxo da Comissão de Licitação do Hospital Universitário Gaffrée e Guinle. A amostra foi extraída da documentação física de processos de compras na modalidade pregão eletrônicos desde a abertura e publicação dos editais até a fase de homologação, realizados no período de 2010 a 2015.

Observou-se 136 processos de licitação, dos quais 40 foram solicitadas amostra dos insumos e 96 sem amostra. Para a análise, criou-se instrumento em forma de planilha no software Excel, na qual se registraram as observações com informações separadas nas seguintes colunas: valor estimado da compra e valor homologado; data de início e fim; número de itens total, itens cancelados e desertos; número de solicitações de amostras; número de pareceres negativos e positivos.

A partir dos elementos colhidos, foram instituídas seis colunas correspondentes aos índices e razões. Estes foram criados por meio do software Excel e foram manipuladas pelo software R para criação das tabelas e gráficos da análise quantitativa e a realização de testes de hipótese.

- Índice de economia foi calculado por meio da diferença entre o valor estimado e o de compra, dividido pelo valor estimado de compra.
- A variável de tempo está representada em dias úteis.
- As razões de deserção e cancelamento foram expressas pelo número de cancelamentos dividido pelo número total de itens do processo.
- As razões de pareceres positivos e negativos são representadas pela razão entre o número de pareceres positivos e negativos obtidos pelo número de amostras pedidas para cada pregão. Essas razões são relativas ao universo com amostra (com 40 observações).

Posteriormente, o banco de dados foi carregado no software R, com a utilização da plataforma Rcmdr (Rcommander). Os resumos numéricos, gráficos e testes estatísticos foram convertidos integralmente em texto ou imagem para a confecção de relatório. Ressalta-se que o nível de significância adotado em todos os testes foi de 5%. Para testar a normalidade foi

utilizado o teste de Shapiro-Wilk e como a suposição de normalidade não foi satisfeita, optou-se por testes não paramétricos, a saber: Kruskal-Wallis e Wilcoxon.

Com os resultados obtidos foi possível discutir diante das Normas vigentes no país, doutrinas, artigos e dissertações que se relacionam com a temática do estudo, ou seja, que abordam a qualidade dos materiais terapêuticos para aferir quais são as medidas administrativas a serem adotadas para melhoria da qualidade das compras desses insumos e com a experiência contribuir para ampliar a eficiência.

Os resultados se guiaram pela interpretação e classificação dos níveis de evidências encontrados. A análise foi elaborada a partir da qualidade dos materiais terapêuticos adquiridos e de quais medidas administrativas podem ser adotadas para melhoria da qualidade das compras desses materiais.

## 2 AS COMPRAS DE INSUMOS TERAPÊUTICOS REALIZADAS EM HOSPITAL UNIVERSITÁRIO

### 2.1 RESULTADOS E DISCUSSÕES

#### 2.1.1 Seção economia

Na Tabela 1 encontram-se os valores estimados, os valores finais das compras e economia (diferença entre o valor estimado e o valor final), estes resultados foram estratificados pelos pregões com e sem amostra.

Tabela 1 – Valores estimados e homologados em pregões realizados em hospital universitário (Rio de Janeiro/RJ/2015).

Pregões	Com amostras (40)	Sem amostras (96)	Todos (136)
Valor Estimado	R\$ 39.392.499,85	R\$ 82.268.084,51	R\$ 121.660.584,36
Valor da Compra	R\$ 24.033.473,32	R\$ 46.034.033,31	R\$ 70.067.506,63
Economia	R\$ 15.359.026,53	R\$ 36.234.051,20	R\$ 51.593.077,73

Fonte: Elaboração própria.

Vale destacar que os valores estimados são obtidos por meio da média de três orçamentos pesquisados junto ao mercado de fornecedores e pelas atas de pregões homologados disponíveis no Portal de Compras do Governo Federal. Os preços finais de compra e homologados são obtidos após a fase de lance, haja vista que o pregão se assemelha ao leilão. No entanto, ao inverso, ou seja, quem ofertar o menor lance será o vencedor, registrando que, mesmo após os lances, ainda são possíveis negociações para melhor preço final.

O pregão eletrônico apresenta vantagens na competição em relação às demais modalidades licitatórias, uma vez que racionaliza os procedimentos, há redução de preços e, sobretudo, transparência nos procedimentos, pois são via internet e, por esse motivo podemos constatar na tabela 1 a economia alcançada em todas as estratificações.

De acordo com Croom (2000), o uso da tecnologia traz maior celeridade na aquisição e minimiza os custos, já que o uso frequente da web para as transações comerciais é considerado como uma revolução, pois, trouxe benefícios na redução dos custos administrativos, incluindo o controle sobre as despesas.

Destacam Freitas e Maldonado (2013), ainda a maior transparência, uma vez que as transações podem ser acompanhadas em tempo real. A possibilidade de participação na licitação à distância – as empresas de qualquer localidade do Brasil podem participar da sessão pública por meio da internet – aumenta a transparência e dá maior publicidade aos atos, trazendo a possibilidade de qualquer cidadão acompanhar também pela internet o desenvolvimento das sessões públicas e os atos praticados por todos os envolvidos no pregão.

Justen Filho (2009) aponta ainda como aspecto, positivo para a redução dos preços no pregão é o fato de a fase de lances serem posterior à apresentação das propostas, assim os fornecedores podem elevar a vantagem de sua proposta.

Tabela 2 – Medidas descritivas para índice de economia dos pregões realizados no Hospital Universitário (Rio de Janeiro/RJ/2015).

	Média	Desvio padrão	Mediana	Número
Total	0.352	0.411	0.38	136
Com amostra	0.457	0.28	0.485	40
Sem amostra	0.308	0.449	0.32	96

Fonte: Elaboração própria.

A tabela 2 representa as medidas descritivas para o índice economia entre as licitações “com amostra” e “sem amostra”, respectivamente. Como se pode observar acima, as licitações do tipo “com amostra” apresentam média e mediana com índices de economia superiores.

Existe diferença estatisticamente significativa ( $p = 0.018$ ) de acordo com o teste de Wilcoxon, entre as medianas do índice de economia entre os dois tipos de licitação. Sendo menor o índice de economia no tipo “sem amostra” que “com amostra”.

Certamente, essa economia nos pregões com amostras, ocorrerá, já que os produtos de qualidade inferior foram rejeitados, evitando desperdícios, uma vez que materiais de baixa qualidade são mais utilizados, ocasionando repetições nos procedimentos.

Encontra-se em Garcia e colaboradores (2012), trechos de entrevistas nesse sentido: “Às vezes o produto é mais barato, mas acaba sendo necessário utilizar três unidades, tornando relativamente mais caro”. Tal constatação nos leva a crer, que a aparente economia do menor preço poderá gerar também perda de tempo, esforços desnecessários e, ainda pode colocar em

risco a segurança do paciente e profissional de saúde.

Por isso, é preciso se ter em mente que a avaliação não deve se restringir somente ao critério menor preço, mas é necessário mensurar qual é o menor preço dentro da melhor qualidade tendo em vista que essa modalidade de licitação privilegia o menor preço e conduz à obtenção de preços mais reduzidos.

Por outro lado, o pregão versa sobre “objeto comum”, o que faz com que todos os produtos disponíveis no mercado sejam oferecidos para a administração. Daí segue o risco de se selecionar uma proposta de menor valor com a qualidade imprestável. A adoção desse procedimento não significa que a entidade pública seja constrangida a comprar produtos de qualidade inadequada apenas pelo fato de buscar o menor preço (JUSTEN FILHO, 2009).

Tabela 3 – Índice de economia através dos anos de pregões realizados no período de 2010 a 2015 em hospital universitário (Rio de Janeiro/RJ/2015).

Ano	Média	Desvio padrão	Mediana	Número total
2010	0.42	0.24	0.43	20
2011	0.45	0.29	0.47	25
2012	0.41	0.29	0.45	20
2013	0.31	0.26	0.36	26
2014	0.19	0.75	0.3	23
2015	0.32	0.35	0.31	22

Fonte: Elaboração própria.

A tabela 3 e o respectivo gráfico 1, destaca a economia referente aos pregões realizados no período de 2010 a 2015. Nesses casos, o número de processos realizados no decorrer de cada ano, bem como o tipo de objeto a ser licitado determinará essa variável, podendo ocorrer mais ou menos pregões de acordo com a demanda do hospital.

Não foi encontrada diferença estatisticamente significativa entre os anos ( $p=0,417$ ). Em geral, apesar de não haver significância a 5%, o índice de economia variou com a passagem do tempo e para representar essa variância usou-se a mediana para realização de cálculo de crescimento.

De 2010 para 2011, o índice cresceu 8,51%. No período de 2011 a 2012, o índice caiu 4,25%; de 2012 a 2013, o índice caiu 20%, a maior queda relatada. De 2013 a 2014, o índice voltou a cair em 16%; no ano de 2014, foram obtidos os menores índices e as mais variáveis. Ou seja, poucas observações foram responsáveis pela queda abrupta do índice, ao contrário do ano anterior, que apresenta o segundo pior ano em relação à economia.

Porém, essa queda foi mais distribuída entre as licitações observadas. Em 2015, o índice de economia cresceu 3,22% em relação ao ano anterior, apresentando, ainda que discreto, um crescimento pela primeira vez desde 2011. O Gráfico 1 representa o boxplot para o índice de economia através dos anos. Vejamos:

Gráfico 1 – Boxplot: Índice de economia através dos anos de pregões realizados no período de

2010 a 2015 em hospital universitário (Rio de Janeiro/RJ/2015).

Fonte: Elaboração própria.

É interessante notar no gráfico 1, o parecer 111, para pregão realizado em 2014. Neste, particularmente, detectou-se um fato atípico: para essa licitação, não houve economia em relação ao valor estimado e publicado (R\$ 1.042.328,33), já que o valor de compra foi de R\$ 4.252.163,50; contudo, constatou-se que a planilha de preços estimada estava desatualizada, e que em licitação similar em outros órgãos o valor final correspondia à realidade do mercado naquele momento, por esse motivo homologou-se o pregão.

### 2.1.2 Seção – Tempo em Dias Úteis

A tabela 4 representa, respectivamente, as medidas descritivas das licitações “com amostra” e “sem amostra”. Como se pode observar, a mediana de tempo em dias úteis nos pregões com amostras é superior, portanto, há morosidade.

Tabela 4 – Medidas descritivas para a variável tempo em dias úteis de pregões realizados com amostras e sem amostras em hospital universitário (Rio de Janeiro/RJ/2015).

	Média	Desvio padrão	Mediana	Número total
Total	28.75	31.917	17.5	136
Com Amostra	43.000	24.248	41.0	40
Sem amostra	22.812	32.941	12.5	96

Fonte: Elaboração própria.

A diferença entre a mediana do tempo nos dois tipos de licitação é estatisticamente significativa, sendo maior no tipo “com amostra”, segundo o teste de Kruskal-Wallis. ( $p < 0,001$ ). Essa diferença pode ser observada no Gráfico abaixo:

Gráfico 2 – Boxplot para o fator tempo em dias úteis de pregões realizados em hospital universitário (Rio de Janeiro/RJ/2015).

Fonte: Elaboração própria.

Relevante destacar na tabela 4 e respectivo gráfico 2 que a celeridade é fundamental na modalidade de licitação pregão, bem como os procedimentos processuais simplificados, sendo esses alguns dos principais motivos para se instituir o pregão. Entretanto, vislumbramos nos dados estatísticos apresentados que, quando há análise de amostras no curso do certame, o processo é moroso, pois desde o início da sessão até a homologação o prazo é de 43 dias úteis.

Tal cenário, não contribui para a eficiência, sobretudo por haver pacientes internados no hospital que dependem desses materiais. O Portal de Compras Governamentais menciona que

todo o procedimento do pregão seja de 17 dias (COMPRASNET, 2005).

Na mesma direção aponta estudo realizado por Faria e colaboradores (2008), onde os pesquisadores constataram um tempo médio total de 15 dias entre a abertura da sessão e a homologação do pregão. O tempo é fator fundamental na aquisição de materiais médicos hospitalares, visto que nas instituições de saúde há dezenas de pacientes que dependem desses materiais.

Destaca-se, como forma de maior rapidez ao certame, a sua inversão de fases. Nas demais modalidades, os fornecedores são habilitados em primeiro plano para, posteriormente, serem classificados.

Na prática, essa inversão funciona da seguinte forma: imagine que, em um universo de 100 fornecedores, os envelopes contendo os documentos de habilitação de todos sejam analisados e, somente após o término, sejam analisados os invólucros com as propostas de cada licitante. Ou seja, primeiro se habilita e depois se classifica.

Já no pregão eletrônico a fase é invertida, pois, primeiro o sistema classifica automaticamente o menor valor e, somente do detentor deste é que se faz a análise da documentação de habilitação. Isso sem dúvida traz maior rapidez ao procedimento. Sendo a inversão de fases um dos pontos relevantes para o sucesso.

Faria e colaboradores (2011), destacam as duas características principais: 1) Inversão das fases de habilitação e julgamento e 2) Possibilidade de renovação de lances por todos ou alguns dos licitantes, até se chegar à proposta mais vantajosa.

### 2.1.3 Seção - Cancelamentos e Deserções

A Tabela 5 representa, respectivamente, valores descritivos da variável cancelamento e da variável deserção das licitações “com amostra” e “sem amostra”. Embora o processo licitatório com amostra, aparentemente, possa gerar mais cancelamentos e deserções, essa diferença não é estatisticamente significativa para a variável cancelamento ( $p=0,077$ ) e nem para a variável deserção ( $p=0,058$ ).

Tabela 5 – Medidas descritivas para a variável cancelamentos e deserções dos pregões realizados em hospital universitário (Rio de Janeiro/RJ/2015).

		Média	Desvio padrão	Mediana	Número total
Cancelamentos	Com Amostra	0.127	0.208	0.05	40
	Sem Amostra	0.058	0.185	0.00	96

		Média	Desvio padrão	Mediana	Número total
Deserções	Com Amostra	0.045	0.135	0	40
	Sem Amostra	0.017	0.048	0	96

Fonte: Elaboração própria.

O valor resultante do teste de Kruskal-Wallis para o índice de deserção é considerado limítrofe, portanto, a decisão de rejeitar ou aceitar a significância da diferença entre os grupos não deve ser baseada apenas nesse teste. Deve-se também ser levado em conta o referencial teórico para explicar, de fato, essa relação.

O processo licitatório com amostra, aparentemente, tende a gerar mais cancelamentos e deserções. No que se refere ao cancelamento, isso se justifica pelo fato de que quanto mais se exige qualidade, os produtos que não atenderem a esse padrão serão recusados, fazendo com que se aproximem do valor máximo que a administração se dispõe a pagar, o que é expressamente vedado pelos editais.

Para a deserção, quanto mais especificado o item no intuito de se adquirirem insumos que trazem segurança para os pacientes e aos profissionais, mais pode haver desinteresse dos maus fornecedores em concorrer, ou seja, participar do certame.

Segundo Kurcgant P. e colaboradores (1991), a especificação técnica é a descrição minuciosa das características do produto desejado para que se possibilite a compra do mesmo. Portanto, quanto maior a descrição do objeto, melhor será o contato do setor de compras com os fabricantes, assim como uma melhor especificação dos itens auxiliará os profissionais na emissão de parecer técnico.

Na atualidade o comprador não pode se preocupar unicamente com a conclusão de uma compra, sem avaliar o impacto dessa operação em relação aos demais processos integrados à cadeia produtiva ou operativa das organizações (BATISTA; MALDONADO, 2008).

#### 2.1.4 Seção – Razão de Aprovação e Reprovação nos Pregões com Amostra

Trata-se do número de pareceres encontrados em 40 processos com solicitação de amostras dos produtos para teste de sua eficácia conforme demonstrado no gráfico abaixo:

Gráfico 3 – Razão de aprovação e reprovação de pregões com amostras realizados em hospital universitário (Rio de Janeiro/RJ/2015).

Fonte: Elaboração própria.

O Gráfico acima representa um total de 913 pareceres, sendo no caso, 61,56 % negativos e

38,44% positivos o que contribui significativamente no tempo para o término dos pregões, ou seja, quanto mais pareceres negativos no curso das licitações maior será o prazo para a homologação da compra.

Vale ressaltar a importância das análises das amostras, pois se não houvesse os testes dos produtos, estes seriam adquiridos pela instituição, já que o critério para o julgamento das propostas é o menor preço.

Contudo, há de se ressaltar que o critério menor preço jamais poderá ser sinônimo de boa qualidade, visto que as normas disciplinadoras estabelecem que a proposta deva ser a mais vantajosa para administração. Entretanto, essa “vantagem” não pode ser encarada apenas no fator menor preço, e, sim, no conjunto, pois muitas das vezes uma aparente economia imediata trará, em médio prazo, desperdícios desses materiais, já que por serem de baixa qualidade farão com que haja repetição nos procedimentos, entre outros desdobramentos em longo prazo.

Kurcgant P. e colaboradores (1991) discorrem que é com auxílio do parecer que o serviço de compras efetuará a aquisição, pois ele será utilizado como justificativa para se realizar a escolha do produto que atender às necessidades do serviço. Assim, será escolhida a proposta mais vantajosa em um conjunto que considere o preço, a qualidade e o prazo de entrega dos insumos.

Extraí-se dos argumentos, que não basta finalizar o procedimento objetivando apenas o critério menor preço, ou seja, a economia alcançada na conclusão do processo é primordial acima de tudo realizar as aquisições de bens de qualidade, haja vista que os materiais serão utilizados em pacientes debilitados, cujo objetivo é o seu bem-estar e conseqüente a melhora do seu quadro. Sem esquecer-se da segurança do profissional de saúde que manipula estes produtos.

Segundo Cleuza Catsue Takeda Kuwabara (2009), no momento o gerenciamento de risco se encontra em foco nas diversas realidades instituições de saúde do Brasil, por isso a implantação de modelos novos de avaliação de produtos de uso na recuperação da saúde por profissionais de formações e experiências diferentes para assim poder colaborar para uniformização de condutas com o uso do instrumento de forma mais eficaz.

Sem dúvidas, isso significa união de forças dentro dos hospitais com a colaboração de multiprofissionais na avaliação dos materiais o que ajudaria de forma salutar.

Evidenciou-se que nos trabalhos pesquisados, como no caso da obra de Simone Domingues Garcia e colaboradores (2012), a proposta de reformulação envolveria a qualidade dos materiais oferecidos, tendo em vista que por estarem atrelados ao menor preço ofertado, diminui a oportunidade do serviço de apresentar opções de escolhas em ralação a qualidade superior, por isso a melhora no descritivo dos produtos durante o processo de compras certamente contribuirá para o quesito qualidade.

O presente estudo é sem dúvida a qualidade e, por isso constata-se que há grande enfoque na responsabilidade dos profissionais de saúde na administração dos materiais hospitalares, desse modo um parecer prévio destes profissionais contribui sobremaneira na decisão da compra final.

Ventura (2010) discorre sobre a importância da relação entre qualidade e preço, tendo o enfermeiro grande importância neste processo, já que o bom desempenho do material influi na

qualidade e segurança do serviço prestado, não somente para a enfermagem, mas para toda a instituição, sobretudo, que as decisões sobre qualidade devem estar sempre presentes em todos os planos de compra.

Destaca-se que material de baixa qualidade pressupõe desperdícios, principalmente no Centro Cirúrgico de qualquer instituição visto que é um dos setores onde são concentrados procedimentos de altíssima relevância neste sentido, destaca-se excelente trabalho de Giseli Terezinha Pagliarini Cypriano et al. (2008, p. 78):

A redução de custos e a otimização da assistência de enfermagem ao se evitar, principalmente, desperdícios de material, tempo e recursos nos setores de Centro Cirúrgico, dependem do trabalho colaborativo entre as equipes de saúde, da identificação dos resultados esperados e do uso de princípios e da melhora contínua da qualidade assistencial. É essencial a orientação do cuidado de enfermagem para o alcance de bons resultados, face às intervenções propostas e a prática assistencial baseada em evidências.

É exatamente o que se busca com a análise e emissão de pareceres baseados em evidências com objetividade nos resultados para que não haja “tendencionismos” deixando de lado a segurança dos pacientes e dos demais profissionais de saúde que prestam o atendimento ao público. Por isso, a padronização dos insumos para saúde é fundamental para dar maior eficiência e segurança a todos os envolvidos.

Dessa forma, a solução mais adequada para selecionar materiais de qualidade em hospital universitário é a constituição de comissão de pré-qualificação dos insumos adquiridos por pregão, que apesar de não haver tal previsão na Lei 10.520/02 e Decreto 5.450/05, a matéria é tratada em legislações espaciais como as Leis nº 12.462/11 e nº 13.303/16, nas quais há a referida previsão, a saber, respectivamente:

Art. 29. São procedimentos auxiliares das licitações regidas pelo disposto nesta Lei:

I - pré-qualificação permanente; [...].

Art. 63. São procedimentos auxiliares das licitações regidas por esta Lei:

I - pré-qualificação permanente;

Outrossim, a Lei n.º 8.666/93 apesar de não mencionar o tema, busca de certa forma qualidade nas aquisições ao estabelecer no artigo 15 que “as compras, sempre que possível, deverão atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho”.

E, ainda o escopo do artigo 7º, § 5º da referida legislação, possibilita a indicação de marcas, desde que tecnicamente justificável, além de previsto e discriminado no ato convocatório.

Vale ressaltar que, à comissão de padronização, ou seja, a pré-qualificação de produtos médicos hospitalares é recomendada sua instituição no parecer da Advocacia Geral da União –

Consultoria Geral da União/ Núcleo de Assessoramento Jurídico no Rio de Janeiro/RJ:

Parecer: JLRGR/RGP/NAJ/CGU/ AGU No 12G3/2006. Referência: Processo no 25410.1884/05-31 Assunto/Ementa: Análise jurídica de Projeto de Implantação de Sistema Homologação Marcas e Produtos Médico/Hospitalares e outros. Parecer com ressalvas. Interessado: Instituto Nacional do Câncer – Ministério da Saúde [...]. De todo o exposto, resguardados o juízo de conveniência e oportunidade insito à esfera administrativa, dado que este parecer tem caráter apenas consultivo servindo ao administrador como base para tomada de decisão, opina-se no sentido da possibilidade de instituir-se o processo de pré-qualificação, adstrito apenas aos materiais de uso médico-hospitalar, uma vez atendidos os requisitos mínimos descritos no item VII (ANVISA, 2010, p. 47).

Pelo entendimento, verificamos que para os materiais de uso médico, em vista da sua importância na recuperação dos usuários e proteção aos profissionais que manipulam esses insumos, o melhor procedimento a ser adotado é a seleção da melhor qualidade. Comprar materiais médicos sem uma prévia avaliação pode resultar em eventos danosos; por isso, é de suma importância essa análise.

Em orientação jurídica extraída do portal Negócios Pública (2015), verificou-se que apesar da vedação mencionada na legislação de indicar marcas dos produtos a serem licitados, há uma ressalva, desde que tecnicamente justificável, bem como processo prévio de padronização:

Assunto: Licitação. Indicação de marca. Hipótese admitida. Legislação: Lei 8666/93. Lei 10520/02. Ementa: Licitação. Edital. Indicação de marca pela Administração. Regra: Impossibilidade. Hipótese admitida: 1) Mediante justificativa técnica; 2) Mediante processo prévio de padronização; 3) Como marca referencial. Considerações gerais. Necessidade de consulta a profissionais da área médico-dermatológica e/ou Sociedade Brasileira de Dermatologia (NEGÓCIOS PÚBLICOS, 2015, p. 1).

Evidentemente, não é qualquer justificativa, uma vez que tal decisão necessita ser muito bem fundamentada com o auxílio da área médica e da enfermagem, com atenção a critérios, objetivos e experiência vivenciada no uso dos insumos, para se ter conhecimento prévio para a elaboração do parecer consubstanciado.

Há de se destacar, sobretudo, que o TCU já se manifestou por diversas vezes sobre o assunto:

Sumário: Denúncia. Denominação de marca. Procedência parcial. Arquivamento. A indicação de marca na especificação de produtos de informática pode ser aceita frente ao princípio da padronização previsto no art. 15, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, desde que a decisão administrativa que venha a identificar o produto pela sua marca seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração. (BRASIL, 2008).

Logo, para analisar os insumos terapêuticos anteriormente às compras, ou seja, não no decorrer dos pregões é primordial a constituição de uma comissão de pré-qualificação dos materiais adquiridos no HUGG através de parecer sério e consubstanciadas, contudo, para que isso ocorra, é necessário elaborar um regimento interno que defina as atividades da referida comissão que estará subordinada à direção do Hospital.

Sua composição precisa ter multiprofissionais de nível superior (médico, enfermeiro, fisioterapeuta, nutricionista, psicólogo, advogado e outros) pertencentes ao quadro da universidade, com rodízio a cada 12 meses para evitar “tendencionismos” que sem dúvida poderá prejudicar a seriedade dos trabalhos.

Suas competências primordiais serão receber as amostras dos produtos, encaminhá-las aos setores, supervisionar os testes, emitir parecer, arquivar os pareceres em um sistema de bancos de dados eletrônico, manter o banco de dados atualizado, notificar a Anvisa a respeito dos problemas identificados nos testes (queixa técnica e/ou evento adverso), atualizar as especificações da grade de material hospitalar.

A referida comissão de Pré-qualificação/Padronização deverá ser harmônica com as demais comissões do hospital, tais como Comissão de Infecção Hospitalar, Comissão de Resíduo e, principalmente, com o Núcleo de Segurança do Paciente. Os membros destas deverão compartilhar informações e conhecimentos e, quando necessário, todos emitirão parecer para auxiliar os trabalhos.

Os fornecedores deverão ser convidados por edital público a comparecer ao hospital de segunda a sexta-feira, no horário comercial, e apresentar seus produtos à comissão, com as descrições completas e toda a documentação exigida (registro do produto na Anvisa, quando houver, certificado de boas práticas de fabricação, atestado de capacidade técnica, entre outros).

Os editais de chamamento ao público deverão ser mensais, nos quais constarão quais materiais o hospital estaria testando naquele mês. Aos fornecedores, será garantido o direito de indicar um profissional da área de saúde para acompanhar os testes, caso necessário, bem como dar treinamento/esclarecimento sobre determinados produtos de seu fornecimento às suas expensas, caso necessário.

Os produtos reprovados pela comissão só serão novamente submetidos a testes após o fornecedor corrigir os problemas identificados e notificados ao NOTIVISA. Os fornecedores poderão entregar, juntamente com suas amostras, parecer técnico emitido por outra instituição que possua comissão com a mesma finalidade. O referido parecer será analisado e, caso a comissão do HUGG julgue conveniente, poderá dispensar o teste do produto.

Somente serão classificados nos pregões eletrônicos os produtos com parecer positivo emitido pela comissão.

## CONCLUSÃO

A aquisição de materiais de qualidade é extremamente complexa, sobretudo nos hospitais públicos, desse modo, novas formas de gerir devem ser adotados, buscando agregar eficiência com

qualidade.

Para que isto ocorra um dos fatores determinantes para realização de uma boa compra é o fornecimento da especificação completa do insumo terapêutico, definição correta das unidades e quantidades a ser adquirida, para garantir que não ocorram desperdícios, sobretudo a perfeita aquisição dos bens ou serviços necessários.

É primordial a integração dos profissionais de saúde envolvidos e a permanente capacitação destes.

É preciso considerar que a redução dos custos aparente nas contratações oriundas somente pelo critério menor preço poderá acarretar desperdícios futuros e atrasos no atendimento. Outro aspecto a ser mencionado é o fato de que o paciente pode ter seu quadro clínico agravado, devido a eventos adversos, e assim permaneça maior tempo internado ou aquele que apenas buscou um pronto atendimento, ter sua condição agravada por conta de materiais de baixa qualidade, isto sem dúvida trará efeitos indesejados como o aumento do custo.

Tendo em vista que esses eventos são ocorrências indesejadas, podendo quando há planejamento serem evitados e, com isso minimizar os gastos, pois estas ocorrências podem trazer várias sequelas aos pacientes e até óbitos.

Desse modo, é primordial que ações e estudos sejam desenvolvidos para dirimir e, por que não cessar as intercorrências provenientes da manipulação de materiais médicos hospitalares de baixíssima qualidade.

Hoje uma das medidas adotadas por instituições que não possuem Comissão de pré-qualificação é a possibilidade de solicitação de amostras nos instrumento convocatório, todavia, torna a licitação morosa o que descaracteriza o objetivo para o qual foi instituída esta nova modalidade de licitação.

A pré-qualificação dos materiais, apesar de não está amparada na Lei que instituiu o pregão é medias que se impõe, já que pode e deve trazer segurança para os que necessitam e para aqueles que utilizam estes produtos como ferramenta de trabalho, pois sem dúvida evitaria maior permanência dos pacientes internados, reduziria os custos, o tempo na aquisição e o estresse das equipes, já que materiais com desempenho inadequado não contribuem para a melhora do quadro crítico e debilitado dos pacientes.

Outra solução para pré-qualificar os materiais, por parte dos hospitais que não possuem Comissão de Pré-Qualificação, seria realizar parceria com as Instituições que já detém, a fim de que divulguem lista dos materiais analisados e aprovados nos sites governamentais, bem como forneçam aos licitantes detentores dos produtos com pareceres positivos para comprovar nos demais órgão esta condição.

Assim, os hospitais que não possuem Comissão de Pré-Qualificação poderiam acrescentar em seus instrumentos convocatórios que os detentores dos melhores lances apresentem os respectivos pareceres técnicos a fim de comprar que o produto foi avaliado por uma comissão legalmente constituída, como exemplo, do Instituto Nacional do Câncer – Ministério da Saúde, medida que sem dúvida reduziria consequentemente os custos. Logo se conclui que as aquisições pelos

pregões, adotando-se somente o critério de menor preço estabelecido na lei que instituiu o pregão, não assegura padrão de qualidade dos materiais hospitalares, expondo pacientes e profissionais de saúde a riscos injustificáveis do ponto de vista de segurança dos pacientes e do trabalho, bem como acarreta desperdícios ao erário. Razões suficientes para apontar a necessidade da implantação de comissão de pré-qualificação dos produtos para analisá-los antes dos procedimentos licitatórios realizados no hospital universitário no qual se realizou a pesquisa, bem como é indicativo para outras instituições públicas de saúde que não detém.

## REFERÊNCIAS

ANVISA - AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Pré-qualificação de artigos médico-hospitalares: estratégia de vigilância sanitária de prevenção. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/1776d7804745929f9b00df3fbc4c6735/Capa+-+Manual+de+Pré-+Qualificação.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 12 set. 2018.

BATISTA, Marco Antonio Cavalcanti; MALDONADO, José Manuel Santos de Varge. O papel do comprador no processo de compras em instituições públicas de ciência e tecnologia em saúde (C&T/S). *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 4, p. 681- 699, ago. 2008. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122008000400003>. Acesso em: 2 dez. 2015.

BRASIL. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm). Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm). Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); ... Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm). Acesso em: 13 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm). Acesso em: 13 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: <http://www>.

planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo: 022.814/2007-3. Relator: Ministro Valmir Campelo. 23 abr. 2008. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvIHighLig ht?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d3336373736&sort=RELEVANCIA&or dem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&nu mDocumento=1&totalDocumentos=1>. Acesso em: 13 set. 2018.

COMPRASNET. Pregão eletrônico reduziu custos das compras do governo federal em até 30% em dois anos. 2005. Disponível em: [http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id\\_ noticia=159](http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id_ noticia=159). Acesso em: 16 jun. 2016.

CROOM, Simon R. The Impact of Web Based Procurement on the Management of Operating Resources Supply. *Journal of Supply Chain Management*, v. 36, n.4, p. 4-13, dec.2000.

CYPRIANO, Giseli Terezinha Pagliarini; UJAQUE, Ozeias; LIMA, Rogério Rodrigues de; ZBOROWSKI, Ilza dos Passos. Padronização de kits de materiais cirúrgicos: proposta para implantação. *Revista Cuidarte de Enfermagem*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 78, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FARIA, Evandro Rodrigues de; FERREIRA, Marco Aurélio Marques; SANTOS, Lucas Maia dos; SILVEIRA, Suely de Fátima Ramos. Pregão Eletrônico Versus Pregão Presencial: Estudo Comparativo de Redução de Preços e Tempo. *Revista de Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da UERJ*, Rio de Janeiro: v. 16, n. 1, p.47-62, jan./abr. 2011. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rcmccuerj/article/view/5478>. Acesso em: 14 fev. 2017.

FARIA, Evandro. Rodrigues de; FERREIRA, Marco Aurélio Marques; SANTOS, Lucas Maia dos; SILVEIRA, Suely de Fátima Ramos. Estudo Comparativo de Redução de Custos e Tempo nas Modalidades de Licitação por Pregão Eletrônico e Presencial. In: CONGRESSO USP CONTROLADORIA E CONTABILIDADE, 8., 2008, São Paulo. Anais [...]. São Paulo: USP, 2008. p. 1-13.

FREITAS, Manuel; MALDONADO, José Manuel Santos de Varge. O pregão eletrônico e as contratações de serviços contínuos. *Revista de Administração Pública: Rio de Janeiro*, v. 47, n. 5, p. 1265-1281. set./out. 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/12052/10971>. Acesso em: 13 mar. 2016.

GARCIA, Simone Domingues; HADDAD, Maria do Carmo Lourenço; DELLAROZA, Mara Solange Gomes; COSTA, Daniele Bernardi da; MIRANDA, Juranda Maia de. Gestão de material médico-hospitalar e o processo de trabalho em um hospital público. *Revista Brasileira de Enfermagem*, Brasília, DF, v. 65, n. 2, p. 339-346, abr. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

KURCGANT, Paulina. *Administração em enfermagem*. São Paulo: EPU, 1991.

KUWABARA, Cleuza Catsue Takeda. Gerenciamento de risco em tecnovigilância: aplicação dos conceitos seis sigma e técnica delphi para o desenvolvimento e validação de instrumento de avaliação de material médico-hospitalar. Tese (Doutorado em Enfermagem Fundamental)

- Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/22/22132/tde-07102009-145936/pt-br.php>. Acesso em: 13 mar. 2016.

NEGÓCIOS PÚBLICOS. Licitação: Indicação de Marca: Hipóteses admitidas. 2015. Disponível em: <http://www.negociospublicos.com.br/>. Acesso em: 13 set. 2018.

VENTURA, Palloma Fernandes Estanislau Vaz. Participação do enfermeiro na gestão de recursos hospitalares. Dissertação (Mestrado em Enfermagem) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/GCPA-8GSJKX>. Acesso em: 13 mar. 2016.

Como citar: VILAS FILHO, Fabio Gonçalves; MACHADO, Wiliam Cesar Alves; FIGUEIREDO, Nébia Maria Almeida. Visão jurídico-administrativa nas aquisições por pregão: busca de qualidade em hospital universitário do rio de janeiro. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 14, n. 2, p. 10-27, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 10. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 24/09/2017.

Aprovado em: 28/01/2019.

## PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO PARA GESTÃO DE RISCOS DO AMIANTO

### THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN THE ADMINISTRATION OF ASBESTOS' RISKS

**Loreci Gottschalk Nolasco\***

**Felipe Pereira Matoso\*\***

**Willian Rocha de Matos\*\*\***

\* Doutorado em Biotecnologia e Biodiversidade pela Universidade Federal de Goiás (2016). Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (2002). Docente e Pesquisadora da Graduação e Pós-Graduação lato sensu da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Coordenadora do Projeto de Pesquisa: Direito. Sociedade. Biodireito e Novas Tecnologias.

E-mail: lorecign@gmail.com

\*\* Mestrando no programa de Pós-Graduação - Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD. Pós-Graduado em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Servidor Público do Estado de Mato Grosso do Sul.

E-mail: matoso.felipe@yahoo.com.br

\*\*\*Mestrando Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Desenvolvimento Regional e de Sistemas Produtivos da UEMS, Nível Mestrado - PPGDRS. Pós-Graduado em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Servidor Público Municipal. Advogado.

E-mail: willian\_2100@hotmail.com

**Como citar:** NOLASCO, Loreci Gottschalk; MATOSO, Felipe Pereira; MATOS, Willian Rocha de. Princípio da precaução para gestão de riscos do amianto. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 28-54, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 28. ISSN: 1980-511X

**RESUMO:** Mesmo que a utilização do amianto tenha sido totalmente proibida em alguns países do globo, o Brasil está entre os cinco maiores produtores mundiais da substância, sendo utilizada em sua esmagadora maioria na indústria de cimento-amianto ou fibrocimento. Apesar da Legislação brasileira disciplinar a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto e dos produtos que o contenham, o Ministério da Saúde do Brasil com base em dados da Organização Mundial de Saúde, recomendou a eliminação do uso de amianto crisotila ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição. Através de levantamento bibliográfico, a pesquisa analisou o papel do Estado brasileiro na proteção dos direitos e garantias fundamentais, tais como a vida, saúde e o meio ambiente, quando em contato com produtos com conteúdo de amianto, implicando a imposição de medidas de segurança antecipatórias e precaucionais tais como previsto em normas de direito internacional e nacional, orientada sua aplicação tanto ante ausência de certeza científica, quanto para ocorrência de risco de dano grave e/ou irreversível de natureza global, retardada ou irreversível, o que pode violar interesses das presentes e futuras gerações, incluindo o meio ambiente.

**Palavras-chave:** Amianto. Riscos à saúde humana e o meio ambiente. Medidas de segurança.

**ABSTRACT:** Even though the use of asbestos has been banned in many countries around the globe, Brazil is among the world's five

largest producers of this toxic substance, which is used primarily in the asbestos-cement or asbestos cement industry. Although Brazilian legislation regulates its extraction, industrialization, use, marketing and transportation and the products that may contain it, the Brazilian Ministry of Health utilizes data from the World Health Organization in order to better analyze its impacts. Furthermore, this institution recommended the elimination of chrysotile or other asbestos minerals that may have asbestos fibers in their composition. With a bibliographical survey, this research analyzed the role of Brazil in the protection of fundamental liberties, such as life, health and the environment with the use of asbestos products, as safety and precautionary measures are necessary in order to protect human and environmental well-being. Moreover, this paper also explores international and domestic law, and its implementation in Brazil, as both are used in the absence of scientific certainty and in the event of a risk of serious and/or irreversible damage to the natural environment, which, in this case, may violate interests of present and future generations, and especially the surrounding fauna and flora.

**Keywords.** Asbestos. Human health and environmental risks. Security measures.

## INTRODUÇÃO

O amianto ou asbesto é uma fibra mineral natural sedosa que, por suas propriedades físico-químicas (alta resistência mecânica e às altas temperaturas, incombustibilidade, boa qualidade isolante, durabilidade, flexibilidade, indestrutibilidade, resistente ao ataque de ácidos, álcalis e bactérias, facilidade de ser tecida etc.), abundância na natureza e, principalmente, baixo custo tem sido largamente utilizado na indústria. É extraído fundamentalmente de rochas compostas de silicatos hidratados de magnésio, onde apenas de 5 a 10% se encontram em sua forma fibrosa de interesse comercial (SANTOS, 2016). A fibra é utilizada como matéria prima em mais de 3.000 mil produtos diferentes – em sua maioria na indústria de cimento-amianto ou fibrocimento, tanto na exploração quanto na comercialização, principalmente na produção de telhas, tubulações, isolantes, luvas, pisos, adesivos, tintas, impermeabilizantes, divisórias, revestimentos de teto, papel e papelões, caixas de água, filtros industriais, sistemas de embreagem e freio de veículos e até roupas especiais (FERRACIOLI, 2001).

A produção e a utilização da substância são amplas em países como Rússia, China, Canadá, Estados Unidos, Cazaquistão e Zimbábue. Todavia, sua utilização foi totalmente proibida em países como: Alemanha, Finlândia, França, Noruega, Austrália, Grécia, Bélgica, Portugal, Reino Unido, Suécia, Espanha, Dinamarca e Japão, entre outros. Na América do Sul, a Argentina, o Chile e o Uruguai proibiram totalmente o uso e a comercialização da substância em seus territórios. O Brasil está entre os cinco maiores produtores mundiais de amianto.

O Ministério da Saúde do Brasil em 2012, por ocasião das discussões feitas no âmbito da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.937 promovida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), questionando a Lei Paulista nº. 12.648, de 2007, a qual proíbe o uso, no Estado de São Paulo, de produtos, materiais ou artefatos que contenham qualquer tipo de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição, recomendou a eliminação do uso de amianto crisotila no Brasil, com base em dados da Organização Mundial de Saúde (OMS). Para a OMS, atualmente 125 milhões de trabalhadores em todo o mundo estão expostos aos efeitos maléficos do asbesto/amianto, e um terço dos cânceres ocupacionais são causados pela inalação de fibras de amianto, além de prever número superior a 120 mil mortes anuais associadas à substância, boa parte devido à exposição ao amianto no local de trabalho. Acompanhada da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que estima que nas últimas décadas 100 mil mortes foram provocadas em todo o mundo devido à exposição ao amianto. Apenas nos Estados Unidos, estima-se 67 mil óbitos por ano (BRASIL, 2012).

Razão porque a 95ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em Resolução sobre a exposição ao amianto, declara que a eliminação, no futuro, do uso de todas as formas de amianto e a identificação dos procedimentos de gestão adequados para a sua eliminação, constituem os meios mais eficazes para proteger os trabalhadores e prevenir o aparecimento de doenças e mortes.

A exposição ao amianto está relacionada à ocorrência de diversas patologias, malignas e

não malignas. Todos os tipos de asbestos são classificados pela Agência Internacional de Pesquisa (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2010) no grupo 1 - os dos reconhecidamente cancerígenos para os seres humanos, uma vez que não foram identificados níveis seguros para a exposição às suas fibras. O intenso uso, no Brasil, especialmente a partir da segunda metade do Século XX, exige que a recuperação do histórico de contato deva prever todas as situações de trabalho, tanto as diretamente em contato com o minério, em atividades industriais típicas, em geral com exposição de longa duração, ou mesmo as indiretas, através de serviços de apoio, manutenção, limpeza, que são em geral de baixa duração, mas sujeitas a altas concentrações de poeira, bem como exposições não ocupacionais - indiretas ou ambientais e as paraocupacionais.

Relatórios científicos demonstram que dentre as doenças diretamente ligadas ao uso do amianto, destacam-se as doenças respiratórias e o câncer. Diante desse cenário, importante se faz, analisar o papel do Estado brasileiro na proteção dos direitos e garantias fundamentais, tais como a vida, saúde e meio ambiente equilibrado, todos relacionados ao uso da substância em estudo. A indisponibilidade dos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente sadio deve sobressair à hegemonia econômica das grandes empresas de extração do amianto e aos interesses políticos que procrastinam o dever do Poder Público em garantir o direito à vida e à saúde da população brasileira, livrando-a de potenciais riscos advindos do uso de substâncias perigosas, as quais, mesmo que num contexto de incerteza, incapaz de possibilitar a conclusão da equação risco/vantagem em termos definitivos, a prudência recomenda inclusive a adoção de medidas proibitivas.

De fato, Câmara Carrá (2016) indica que os já bem conhecidos princípios da prevenção e da precaução, passam a protagonizar a gestão dos “novos danos”, ambos estabelecendo instrumentos voltados ao *evitar* e não ao reparar, sendo a ideia de precaução particularmente mais ampla, pois mais do que um simples “dever de cuidado”, estabeleceu um paradigma novo para dar uma proteção *ex ante*, a interesses de ordem coletiva ou futuros. É dizer, “um ‘simples’ perigo, ainda que sem provas científicas conclusivas, já estaria a autorizar a adoção de medidas jurídicas para impedir que o próprio dano deixe de acontecer”.

Ao contrário de paralisar o conhecimento científico, o princípio da precaução (derivado da prudência) o torna uma condição imprescindível para a avaliação de riscos de acordo com um nível de segurança previamente escolhido (SANCHEZ, 2007), sendo seu reconhecimento, tanto nos planos nacionais, com sua previsão em políticas públicas e leis locais, quanto no plano internacional, com convenções e tratados, fundamental para o desenvolvimento sustentável (BOSELDMANN, 2008, p. 60), pois que, evitando-se danos sérios e irreparáveis, seja por meio de medidas proibitivas, ou impondo-se exigência de rotulagem de atividade ou produto, protege-se a saúde humana e conseqüentemente, o meio ambiente das atuais e futuras gerações.

O papel do Estado se dá na criação e fiscalização de mecanismos eficazes a fim de controlar a gestão dos riscos da introdução de produtos contendo amianto na saúde humana e no meio ambiente. Um desses mecanismos ocorre por meio de criação de normas jurídicas que regule todo

o ciclo de vida dos produtos. No Brasil, a Lei Federal nº. 9.055, de 1995 disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do amianto derivado da serpentina, chamado crisotila, também conhecido como amianto branco, e dos produtos que o contenham (BRASIL, 1995). Tal lei foi questionada em sede de Controle de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal que em 2017 julgou pela sua procedência sob fundamento de que teria promovido proteção ineficiente da saúde pública, motivo pelo qual se postulou o banimento total do amianto no Brasil. Desta feita, através de levantamento bibliográfico, a pesquisa se propõe a analisar o papel do Estado brasileiro na proteção dos direitos e garantias fundamentais, tais como a vida, saúde e o meio ambiente, quando em contato com produtos com conteúdo de amianto, o que deve implicar a imposição de medidas de segurança antecipatórias e precaucionais tais como previsto em normas de direito internacional e nacional, orientada sua aplicação tanto ante ausência de certeza científica, quanto para ocorrência de risco de dano grave e/ou irreversível de natureza global, retardada ou irreversível, o que pode violar interesses das presentes e futuras gerações, incluindo o meio ambiente.

## 1 DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE, À SAÚDE E À VIDA

Ao final do Século XX, em virtude do crescimento populacional, do avanço industrial e das reivindicações inerentes às desigualdades sociais, a sociedade buscou meios baseados em fraternidade e solidariedade que resultassem na melhor qualidade de vida. Nisso, pois, surgem os direitos de terceira dimensão que compreende, entre outros, o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito de proteção do consumidor, desenvolvimento, autodeterminação dos povos, proteção à infância e a juventude.

Atualmente, as Constituições dos hodiernos Estados Democráticos de Direito prescrevem não somente o direito à vida, como também o direito à sadia qualidade de vida (art. 5º, *caput* e art. 225, *caput* da Constituição brasileira; art. 24 e art. 9º, ‘d’, da Constituição da República Portuguesa de 1976) (MORAES, 2005, p. 30), que, por sua vez, pressupõe, indubitavelmente, a materialização do direito à saúde, considerando-se tais faculdades associadas à existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois o uso e gozo de componentes naturais preservados ou restaurados é fundamental para a satisfação das necessidades, do lazer, da saúde e do bem-estar humanos.

### 1.1 MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E SUA FUNDAMENTALIDADE

As modificações climáticas e o desequilíbrio ambiental no mundo tornaram-se, nas últimas décadas, pauta principal nas conferências dos países econômicos. Descobriu-se que o raciocínio mercantil capitalista, concentrado na finalidade máxima da obtenção de lucro, pouco se importou com a existência de limites dos recursos naturais disponíveis nos ecossistemas.

A atividade predatória e o consumo insustentável das potências industriais resultaram no desequilíbrio ecológico, utilizando o homem como mera mão de obra e todo o ecossistema como

simples fornecedor de matéria-prima, seja na extração de recursos abióticos e bióticos, seja na exploração do espaço terrestre.

O Quinto Relatório de Avaliação do Clima, Grupo de Trabalho II do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (sigla no inglês IPCC) publicado em 2014, aponta que a participação antrópica é decisiva nas mudanças climáticas e nos fenômenos delas provenientes. Para Veiga (2007, p. 89) a “síntese da dialética socioambiental, em reação à séria falha metabólica da relação da humanidade com a natureza que se aprofundou com a revolução industrial”.

No Brasil, a Política Nacional do Meio Ambiente criada pela Lei Federal n. 6.938, de 1981, foi a primeira previsão normativa de proteção ao meio ambiente, conceituando “meio ambiente” em seu art. 3º, I, como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.(BRASIL, 1981).

Da mesma forma, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) consagrou o direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental, necessário ao equilíbrio dos ecossistemas para preservação de toda vida no planeta, tem natureza transindividual, sem destinatários específicos, nem limitações territoriais, identificado como interesse de todos, é dizer, das presentes e futuras gerações de pessoas, e a toda forma de vida, vegetal e animal, e sua preservação como dever de toda a coletividade. Com efeito, pautado na princípio da solidariedade e no caráter transindividual, o princípio da participação ambiental atribui responsabilidade compartilhada a toda coletividade e ao Poder Público (artigo 225, *caput* e o § 1º e seus incisos), além de dispor do instrumento judicial da ação popular (art. 5º, LXXIII) ao cidadão para a tutela do meio ambiente.

Com isso, relevante se faz apontar, que apenas com a promulgação da Constituição de 1988, surgiu explícita e implicitamente, a exigência pela ordem jurídica brasileira de somente se verificar o direito fundamental à propriedade quando esta cumpre fielmente seu caráter social e ambiental, num equilíbrio necessário ao pleno desenvolvimento social.

O direito de propriedade ao incorporar em seus objetivos o cumprimento fiel da função ambiental, visa à preservação do meio que o reveste, garantindo o equilíbrio ecológico, o desenvolvimento saudável de toda a coletividade, preservando a existência das atuais e futuras gerações, garantindo-se o uso racional e equilibrado da propriedade urbana, prevalecendo o interesse coletivo de preservação da dignidade humana em detrimento de vontades individuais conflitantes.

Magalhães (2002, p. 30-31), nessa perspectiva, aduz que os direitos fundamentais, a despeito da segmentação paradigmática, encontram-se interligados e associados. “A teoria da indivisibilidade afirma justamente a condição dos direitos sociais e econômicos como pressupostos de exercício das liberdades políticas e individuais”. O direito ambiental, assim, associa-se e converge para com direitos de natureza individual, social e econômica.

Com efeito, a emergência do paradigma social de Estado propiciou o arrefecimento da lógica individualista e a afirmação de valores trans-subjetivos. O direito à propriedade, nesses aspectos, quedou-se reinterpretado pela hodierna dogmática jurídica e sujeito, conseqüentemente,

a uma devida e novel *função social* que o limita e orienta, daí decorrer a concorrência deste direito com outros interesses de igual valia, a exemplo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (FERNANDEZ, 2001, p. 204), isso porque “[...] a propriedade não é um valor absoluto e terá de se subordinar ao interesse colectivo traduzido no ambiente” (MIRANDA, 2003, p. 278). Tudo tendo em vista a necessária tutela de direitos difusos (OLIVEIRA, 2007).

O Estado protetor do ambiente inseriu a função socioambiental da propriedade privada no ordenamento jurídico pátrio (a Constituição brasileira contém inúmeras referências à função social da propriedade: art. 5º, XXIII; art. 170, III; art. 173, §1º, I; art. 182, §2º; art. 184, *caput*; art. 185, parágrafo único e art. 186) (BRASIL, 1988) (art. 182, §2º; art. 186; e ainda o art. 1.228, § 1º, do Código Civil de 2002) (BRASIL, 2002). Nesta seara, o proprietário assume não somente obrigações jurídicas negativas, consistentes em um prolatado dever de abstenção, como também se sujeita à observância de condutas ou comportamentos positivos correlatos a direitos em matéria ambiental (OLIVEIRA, 2007).

O poder constituinte brasileiro, da mesma forma, estabeleceu, ainda, a necessária educação ambiental em todos os níveis de ensino (art. 225, §1º, VI, CF/1988), assim como o veto a propagandas de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos ao meio ambiente (art. 220, §3º, II, CF/1988). O direito à educação e o exercício da comunicação social tornam-se, assim, balizados pela necessária proteção dos recursos naturais (BRASIL, 1988).

A ordem econômica e financeira, nos mesmos aspectos, é norteada pela “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (art. 170, VI, da CF/1988) (BRASIL, 1988).

## 1.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUA INTERSECÇÃO COM O MEIO AMBIENTE E À VIDA.

O reconhecimento do direito de viver em um meio ambiente ecologicamente equilibrado parte do entendimento de que esse é uma extensão do direito à vida e à sadia qualidade de vida, um dos requisitos indispensáveis à existência digna do ser humano, que para Derani (1997, p. 255) “em termos de meio ambiente, é aquela obtida quando os fatores ambientais contribuem para o bem-estar físico e psíquico do ser humano.”

Inegável pois, a finalidade de proteção ao meio ambiente, baseada na busca da efetiva qualidade de vida, uma vez que o equilíbrio ambiental é o cerne de toda a existência. Por isso tratado nos aspectos de fraternidade e solidariedade mundial. O meio ambiente é “extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade dessa existência” (TRINDADE, 1993, p. 76).

A saúde, uma vez alçada à condição de direito humano fundamental, especialmente substantivado na Declaração de Alma Ata, em 1978 – pacto mundial histórico em prol da saúde dos povos –, no campo político-institucional, passou a exigir uma confluência cada vez mais emergente e ideológica entre a Saúde e o Direito.

O direito à saúde passou a ser, assim, espécie de palavra de ordem na luta pela saúde, especialmente nos países fundados no Estado Democrático de Direito. O Brasil ratificou esse entendimento ao colocar de modo ostensivo na sua Carta Constitucional a saúde como direito de todos e dever do Estado.

O direito à saúde como previsto na Constituição Federal de 1988 nos artigos 6º e 196, é direito social e fundamental, integrante do rol de direitos e garantias mínimas da pessoa humana e parte integrante de um dos fundamentos da República Federal do Brasil e do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso III) (BRASIL, 1988).

Em extenso catálogo de direitos fundamentais constitucionais, a Constituição ainda insere como objetivos da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade justa, solidária e livre, com objetivo de erradicar a pobreza, a marginalização em busca da redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, indistintamente (art. 3º, I, III e IV).

Com esse intuito, determinou-se no texto constitucional que a saúde é direito de todos e sua garantia é dever do Estado que o promoverá através de políticas sociais e econômicas que visem não só a manutenção da saúde, mas também desempenhe atividades combatentes do risco de doenças e outros agravos (art. 196).

Importante ressaltar que as atividades preventivas no combate a doenças estão também ligadas ao dever de garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio a todos, pessoas das presentes e futuras gerações, e ao meio ambiente, flora e fauna. As ações, sejam de caráter público e/ou da iniciativa privada, estão relacionadas ao princípio constitucional da precaução, esse, relacionado à necessidade da tomada de medidas antecipatórias e acautelatórias diante de quaisquer indícios de risco ao meio ambiente e principalmente à saúde humana quando os efeitos de determinada ação são desconhecidos pela ciência.

Nesse diapasão, para a efetivação do direito social e fundamental à saúde e à vida humana e ambiental, é dever do Poder Público, revestido do caráter prestacionista/garantidor, estruturar organismos e políticas públicas específicas para dar, recuperar e proteger a saúde da coletividade. Para o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento do Agravo Regimental (AgR-RE 271.286-8, DJ de 12-9-2000), o direito à saúde é direito público subjetivo pertencente a indivíduos indeterminados, identificando seu caráter transindividual, além “de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”, sendo pressuposto para a garantia da dignidade humana, base fundamental do Estado Democrático de Direito. Com isso, 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.” (BRASIL, 2000).

Na sequência veremos que a exploração do amianto é muito lucrativa no Brasil, sendo base de economia em diversos municípios, a exemplo do Município de Minaçu/GO que tem sua atividade baseada principalmente na extração. Todavia, Silva e Barca (2016, p. 261) concluem que “tragicamente, o amianto trata-se de um dos poucos casos de geração de doença ocupacional/

ambiental em que a correlação entre exposição e efeito (o mesotelioma da pleura) é demonstrada de maneira incontrovertível.” O que para Borges e Fernandes (2014, p. 175, 178) é inadmissível, vez que no atual modelo constitucional, a preocupação com a saúde coletiva deve prevalecer sobre a exploração a qualquer custo, significa dizer que o modelo econômico deve estar harmonizado, verdadeiramente alinhado com os direitos e garantias fundamentais e não atrelado ao módulo capitalista dominante que tem como meta permanente, o crescimento econômico.

## 2 USO DO AMIANTO E A POSSÍVEL VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O amianto ou asbesto constitui um grupo de minerais de silicatos fibrosos que ocorre naturalmente. Por suas propriedades favoráveis, abundância na natureza e baixo custo, tem sido amplamente utilizada na indústria, para a produção de fibrocimento, o qual resulta em telhas, chapas, divisórias, caixas-d'água etc. Já foi amplamente utilizado na produção de muitos produtos industriais e domésticos devido às suas propriedades práticas, incluindo retardamento de chamas, isolamento elétrico e térmico, estabilidade química e térmica e alta resistência à tração.

Mais de 90% das fibras de amianto produzidos hoje constituem crisotila, utilizado em materiais de construção de amianto-cimento (A-C), folhas planas e corrugadas de A-C, tubos de A-C e caixas d'água de A-C (CASTLEMAN, 2005). Outros produtos ainda manufaturados com conteúdo de amianto incluem revestimentos para freios e embreagens de veículos, tetos e gaxetas. Embora o amianto atualmente seja raramente utilizado em materiais de construção que não em produtos de amianto-cimento, ele ainda é encontrado em edifícios antigos na forma de materiais friáveis de revestimentos, isolamento de sistemas térmicos, materiais não-friáveis para pisos e outras aplicações. A manutenção e remoção desses materiais requerem uma atenção especial.

Níveis muito elevados de amianto no ar têm sido registrados onde ferramentas elétricas são usadas para cortar produtos de A-C e esmerilhar sapatas de freios. Para o amianto crisotila, a variedade mais comum, não há limiar (não-zero) de exposição que tenha sido demonstrado livre de riscos carcinogênicos. Materiais de construção são de preocupação em particular devido ao grande número de trabalhadores nas profissões da construção, à dificuldade de instituir medidas de controle e à contínua ameaça suscitada por materiais no local que eventualmente requeiram alterações, reparos e descarte (WORLD HEALTH ORGANIZATION/IARC, 1998). Renovações e reparos em edifícios contendo materiais de A-C também podem pôr em perigo seus ocupantes. Além dos problemas causados por produtos feitos com amianto comercial, o amianto também ocorre como contaminante em alguns depósitos de pedras, talco, vermiculita, minério de ferro e outros minerais. Isso pode criar riscos à saúde dos trabalhadores e residentes no local da escavação e, em alguns casos, na manufatura e no uso dos produtos do consumidor em que os materiais são utilizados.

Classificado como carcinogênico para os seres humanos pela Agência de Proteção Ambiental Americana (UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, 1986), enquanto que o Instituto Internacional de Pesquisa sobre o Câncer da Organização Mundial da

Saúde (WORLD HEALTH ORGANIZATION/IARC, 1987, 2010), responsável pela classificação toxicológica das diversas substâncias, afirma que o amianto e qualquer de suas variações, são cancerígenos e causam asbestose, uma fibrose pulmonar progressiva, “além de todos os amiantos poderem causar câncer de pulmão e mesotelioma maligno” (DEMENT; BREOWN; OKUN, 1994). Para o IARC (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1987, p. 106-116), os riscos à saúde produzidos pela aspiração de poeira de amianto incluem a asbestose, uma doença que causa cicatrizes nos pulmões e várias formas de câncer (incluindo câncer do pulmão e mesotelioma da pleura e do peritônio. Essas doenças normalmente surgem décadas após o início da exposição ao amianto. O mesotelioma, um tumor típico da exposição ao amianto, ocorre entre os membros das famílias dos trabalhadores causado por suas roupas, bem como entre os vizinhos de fontes de poluição do ar por amianto.

Atualmente o amianto é reconhecido como causa de várias doenças e cânceres, dentre elas o câncer de pulmão, câncer de laringe, mesotelioma de pleura e de peritônio, asbestose pulmonar, sendo considerado um risco à saúde se inalado (STAYNER *et al.*, 1997). Alguns estudos experimentais entre animais demonstram que altas exposições à inalação de todas as formas de amianto apenas durante algumas horas podem causar câncer (WAGNER *et al.*, 1974). Castro, Giannasi e Novello (2003, p. 903-11) explicam que o amianto é considerado uma substância de comprovado potencial cancerígeno em quaisquer das suas formas ou em qualquer estágio de produção, transformação e uso. “Seja qual for a dose inalada, uma pessoa que trabalhe com a fibra por um ou dois anos pode vir a ter câncer 20 anos depois, já que a crisotila ficou no pulmão”.

Em pesquisa realizada na Finlândia, sobre a incidência de câncer e o risco do uso em trabalhadores expostos ao amianto, concluiu Nynäs *et al.* (2017, p. 1) que “o risco de câncer de pulmão dos pacientes com asbestose é alto [...] quanto maior a exposição ao amianto, maior o risco de câncer de pulmão, independentemente do tabagismo”.

A Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO) afirma que o amianto é uma substância comprovadamente carcinogênica, em todas as suas formas mineralógicas. Também a *International Joint Policy Committee of the Societies of Epidemiology* (IIPC-SE) publicou um *position statement* clamando pelo banimento do amianto (INTERNATIONAL NETWORK FOR EPIDEMIOLOGY IN POLICY, 2017). Dentre as patologias causadas pelo amianto destacam-se as placas pleurais, a asbestose, o adenocarcinoma broncogênico, o mesotelioma de pleura, pericárdio e peritônio, e outros cânceres; todas essas doenças são graves e irreversíveis para as quais não há tratamento que leve à cura. Da mesma forma Carvalho Filho (2016) observa que o material é dotado de elevado potencial cancerígeno, razão pela qual, ordenamentos jurídicos diversos têm restringido sua exploração.

Com a finalidade de promover ações públicas de combate ao uso do asbesto no mundo e eliminar doenças relacionadas ao seu uso, a Organização Mundial de Saúde alerta:

Todas as formas de amianto são cancerígenas para os seres humanos. A exposição ao amianto, inclusive a crisotila causa doenças no pulmão, laringe e ovário, e mesotelioma (câncer do revestimento das cavidades pleural e peritoneal). A

exposição ao amianto pode também causar outras doenças, tais como asbestose (uma forma de fibrose pulmonar), bem como placas, espessamento e derrames. No mundo, existem cerca de 125 milhões de pessoas expostas ao amianto no local de trabalho. Estima-se que metade das mortes por câncer relacionado ao trabalho são causadas pelo amianto. Além disso, estima-se que todos os anos, milhares de mortes ocorrem atribuíveis a exposição interna ao amianto. (INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER, 2018.).

Conforme Critério 203 publicado pelo *International Programme on Chemical Safety* da Organização Mundial da Saúde (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1998), “não há níveis seguros para a exposição às suas fibras”, portanto, o risco deve ser zero para que não haja a possibilidade de câncer na população exposta, incluindo exposição não ocupacional.

Com isso, organizações mundiais de saúde e de trabalhadores, institutos de pesquisa e alguns governos aplicaram proibições sobre o uso comercial do amianto, e instam a aplicação de padrões nacionais para proteger a saúde dos trabalhadores, de suas famílias e das comunidades expostas ao amianto através de uma Convenção Internacional (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2006). O Instituto Nacional de Saúde e Pesquisa Médica da França, afirma que todos os tipos de amianto são cancerígenos, banindo desde Janeiro de 1997, a importação, a fabricação e a venda de produtos que contenham amianto e suas variações em território francês. Sobre a pesquisa, Uguen *et al.* (2017, p. 139) concluíram:

Os dados histológicos devem ser considerados para avaliar a relação potente entre a exposição ao amianto e a malignidade pulmonar. Na verdade, embora a relação entre amianto e carcinoma pulmonar esteja bem estabelecida, não está suficientemente comprovada quanto ao tipo de não-carcinoma e/ou câncer de origem primitiva extrapulmonar, com exceção do mesotelioma.

Além dos problemas apontados envolvendo a saúde de pessoas, a manipulação do amianto traz graves riscos à saúde do meio ambiente localizado nas proximidades das plantas industriais de extração do minério. Além da degradação ocorrida pela mineração, as fibras do amianto dissipam facilmente no ar contribuindo com a poluição atmosférica e principalmente na poluição do meio ambiente do trabalho, ocasionando o aumento de doenças respiratórias ocupacionais. Carvalho (2009) atesta que as fibras do asbesto, considerado seu tamanho, leveza e resistência, são facilmente propagadas pela corrente de ar, atingindo grandes percursos e sendo inevitável a inalação devido ao seu minúsculo tamanho.

Na audiência pública convocada em 2012 pelo ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, na qual, especialistas de órgãos públicos, entidades da sociedade civil, representantes da indústria, de trabalhadores e de vítimas do amianto, debateram o uso do mineral no país. Os debates e intervenções dos autores, instituições públicas e *amici curiae* demonstraram que a controvérsia do amianto não é simples. Além da saúde pública e da proteção do meio ambiente, está em jogo uma disputa comercial bilionária entre empresas brasileiras e multinacionais que trabalham com amianto ou seus eventuais substitutos (*e.g.* polipropileno).

Representante da Organização Internacional do Trabalho (OIT) por ocasião da audiência no Supremo Tribunal Federal, aponta que ao menos 100 mil pessoas morrem anualmente no mundo devido à exposição ao amianto. Para ele, o amianto é um dos carcinógenos (substância ou agente que produz câncer) responsável por milhares de mortes por câncer profissional. Para a OIT, o mesotelioma, tipo de câncer causado pelo amianto, que ocorre nas camadas mesoteliais da pleura, pericárdio, peritônio e da túnica vaginal do testículo, mais comum em homens que em mulheres, “leva a óbito, anualmente, três mil pessoas nos Estados Unidos e, aproximadamente, cinco mil pessoas na Europa. E se prevê um incremento dessas cifras nos próximos anos”. Conclui asseverando que “não existe limite de tolerância suficientemente seguro para exposição às substâncias cancerígenas”, com isso, “a forma mais eficiente de eliminar doenças relacionadas ao mineral consiste em deter a utilização de todos os tipos de amianto” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2006).

De igual forma, a Associação Brasileira de Saúde Coletiva, por meio dos Grupos Temáticos Saúde do Trabalhador (GTST/ABRASCO) e Saúde e Ambiente (GTSA/ABRASCO), e o Centro Brasileiro de Estudos em Saúde (CEBES) em REPÚDIO à Portaria nº. 1.287, de 30 de setembro de 2015, publicada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA, 2015), que ao instituir a Comissão Especial para debater o uso do amianto no Brasil, sob o prisma do uso seguro, age de forma unilateral, desrespeitosa e irresponsável, desconsiderando todo um longo e árduo processo de lutas e de avanços rumo ao banimento do uso do amianto no Brasil.

Analisando os fatores de risco concorrentes de mortalidade de todas as doenças relacionadas ao amianto, Abós-Herrándiz *et al.* (2017, p. 1, tradução livre) relatam os resultados de pesquisa realizada na cidade de Barcelona, na Espanha:

Nossa pesquisa mostra os efeitos da exposição prolongada ao amianto, o que resultou em uma alta taxa de incidência de mortalidade por ARD [doenças relacionadas ao amianto]. Este tipo de exposição e resultado só podem ser produzidos por medidas preventivas e de proteção inadequadas contra o amianto e uma legislação permissiva utilizada e comercializada até 2001. A subnotificação da morbidade ocupacional do amianto benigno e a acumulação de mortalidade benigna por ARD poderiam ter contribuído para esses resultados. É necessário desenvolver uma abordagem preventiva para a comunidade, criar um registro de pessoas expostas aos casos de amianto e melhorar o acompanhamento clínico de todos os pacientes com ARD.

Em 1995, através da Lei federal nº. 9.055, o Brasil vedou o manejo de diversos tipos de amianto, mas o artigo 2º da lei ressalvou a possibilidade de exploração de asbesto da variedade crisotila (amianto branco), o qual só pode ser extraído, industrializado, utilizado e comercializado em consonância com as normas de fiscalização e segurança dispostas na referida lei. Reconhecendo que a substância:

[...] provoca uma fibrose pulmonar irreversível e progressiva conhecida como asbestose, além de ser responsável por provocar câncer de pulmão e do trato gastrointestinal, bem como um tumor específico chamado mesotelioma, que pode atacar tanto a pleura como o peritônio, membranas que recobrem o pulmão e intestino, respectivamente, tanto de trabalhadores expostos, como seus familiares e de moradores vizinhos às fábricas, que utilizam esta fibra. (BRASIL, 1995).

A Exposição de Motivos revela que o projeto de lei por objetivo, “proteger a saúde da população, em particular a dos trabalhadores e de suas famílias, uma vez que as fibras de asbesto/ amianto que aderem às vestimentas dos trabalhadores aumentam os riscos para os seus familiares” (BRASIL, 1995). Em outros termos, o legislador ponderou a periculosidade do amianto e o seu potencial cancerígeno em face da necessidade de sua exploração comercial e optou por vedar a exploração de amianto no Brasil, ressalvado o amianto branco, que pode ser explorado nos termos e condições estabelecidos em lei.

Segundo a Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto (2016) os países que exploram o amianto, pouco o utilizam em seu território. Diversos países proíbem o uso de amianto em qualquer de suas formas (KAZAN-ALLEN, 2019). Castro, Giannasi e Novello (2003, p. 903-11) relatam que a União Europeia desde 1999 tem estabelecido normas de proibição total da substância, com destaque também para países da América Latina. René Mendes (2007, p. 1) destaca que a despeito da riqueza de evidências sobre os riscos da exposição ao amianto, o sofisma do “uso seguro” e do “uso controlado” consegue sobrepor-se à política de Saúde Pública, mormente por defesa pelo Poder Público, do significado econômico do amianto, privilégio de poucas empresas que tem prevalecido até hoje.

## **2.1 A LEI FEDERAL N. 9.055, DE 1995 (LEI DO USO CONTROLADO DO AMIANTO)**

Amianto é um termo genérico aplicado a certas fibras minerais de há muito conhecidos por sua resistência térmica, à tração e isolamento acústico. Do ponto de vista mineral, o amianto se divide em dois grandes grupos: serpentinas e anfibólios. A Lei Federal n. 9.055, de 1995 (BRASIL, 1995) limitou-se a proibir o uso, extração, produção, comercialização e industrialização do grupo dos anfibólios (5 espécies de amianto: amosita, crocidolita, tremolita, antofilita e actinolita).

Embora vários países em desenvolvimento ainda permitam o uso e adotem limites de tolerância para o amianto, o Critério de Saúde Ambiental 203 do Programa de Segurança Química da Organização Mundial da Saúde de 1998 concluiu que “nenhum limite de tolerância foi identificado para os agentes carcinogênicos”; “que onde materiais substitutos para crisotila estiverem disponíveis, eles devem ser considerados para uso” e “que a exposição ao amianto crisotila aumenta os riscos de asbestose, câncer de pulmão e mesotelioma em função da dose”.

Considerando a afirmativa de expansão dos riscos de doenças respiratórias e de câncer de pulmão ocasionados pelo amianto, emanada pelo documento da OMS, o Conselho Nacional do Meio Ambiente do Brasil (CONAMA) editou a Resolução n. 348, de 2004 e classificou o

amianto crisotila como produto perigoso e nocivo à saúde (CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE, 2004).

Alguns Estados-membros brasileiros tentaram editar leis proibindo o uso. No caso do Estado de Mato Grosso do Sul, em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 2.396) o Supremo Tribunal Federal julgou formalmente inconstitucional a Lei n. 2.210, de 2001, ao considerar que a mesma excedeu os limites da competência constitucional. Diante do precedente judicial, prevê-se o mesmo julgamento às ADIs 3.357 proposta em 2004 e ADI 3.937 proposta em 2007, pendentes de julgamento, ambas discutem a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 11.643 do Estado do Rio Grande do Sul e da Lei Estadual n. 12.684 do Estado de São Paulo respectivamente, que disciplinam sobre a proibição do uso do amianto (BRASIL, 2003).

Em 2017 o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2017) julgou procedente e sem efeitos vinculantes a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4066, de relatoria da ministra Rosa Weber, questionando a constitucionalidade da Lei Federal nº 9.055, de 01 de junho de 1995, a qual teria promovido proteção insuficiente em desrespeito à Constituição da República nos seus artigos 6º, 7º, XXII, 196 e 225, motivo pelo qual se postulou o banimento total da variedade crisotila (ASBESTO BRANCO) no Brasil. (BRASIL, 2008) O tema voltará a ser debatido no Plenário da Corte por ocasião do julgamento de outras ações sobre esse tema (ADIs 3.470, 3.406 de relatoria da ministra Rosa Weber, e a ADPF 109 de relatoria do Ministro Edson Fachin). Até lá, segue em vigor a disposição declarada inconstitucional pelo Supremo.

As casas legislativas do Congresso Nacional discutem sobre o asbesto há mais de 20 anos. Em simples consulta no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, verificam-se diversos projetos de lei propondo a proibição do uso e até mesmo a diminuição da carga expositiva dos trabalhadores que manuseiam o minério.

### **3 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO PREMISA DA GESTÃO DE RISCOS DO AMIANTO**

Dado o reconhecimento e a aceitação dos inerentes limites do conhecimento científico acerca de problemas ambientais e das incertezas que o acompanham, assim como dos perigos associados à capacidade de inovação e emprego em larga escala social de produtos e processos industriais perigosos, dentre os quais se podem destacar a tecnologia nuclear e química de grande escala, o amianto, as ameaças ao meio ambiente, a escalada de armamentos e mais recentemente o processo industrial das tecnologias emergentes (por ex., a engenharia genética, a biotecnologia moderna, a nanotecnologia), que geram benefícios, mais de igual forma, ocasionam riscos tecnológicos, ambientais e genéticos – que é maior do que a capacidade de avaliar adequadamente seus riscos – têm provocado mudanças nas políticas ambientais, científicas e tecnológicas em direção à filosofia preventiva, fundada em princípio regulatório particular que lhe dá efeito prático: o Princípio da Precaução (WYNNE, 1992).

Nesse sentido, há uma diferença importante com relação ao princípio da prevenção, porque,

no caso deste último, não existe a incerteza, pois trata de situações nas quais existe conhecimento conclusivo de que determinada atividade ou produto gerará determinado dano (CARVALHO, 2013, p. 1404-1405). Em nome do *princípio da prevenção*, incumbirá ao Estado, na figura do agente público, munido da necessária cautela, a realização de um prognóstico das possíveis e prováveis consequências ambientais decorrentes de suas decisões e de fatos jurídicos externos, adotando, assim, as imperiosas medidas que os previnam ou minimizem (OLIVEIRA, 2007). O estudo de impacto ambiental, conforme previsto no Princípio 17 da Declaração Rio-92, por ex., necessário à licença de atividades públicas e privadas potencialmente lesivas ao meio ambiente, é um inegável procedimento administrativo de cunho preventivo. Através dele, os agentes públicos, ao diagnosticarem o perigo de dano, vetam ou condicionam a aprovação de obras ou projetos econômicos, visando à proteção dos recursos naturais, sendo objeto, inclusive, de inversão do ônus da prova com imposição ao autor potencial de demonstração da inexistência de nexo causal entre a sua atividade e ulteriores danos constatáveis.

Já o princípio da precaução está alicerçado na tripla fonte de incertezas: a ignorância científica acerca da existência e natureza do dano ambiental; o desconhecimento da extensão dos seus perniciosos efeitos ecológicos e a ausência de irrefutáveis provas indicativas do nexo causal existente com o fato sujeito a avaliação e controle. A seriedade ou a irreversibilidade dos danos, embora previamente indeterminados, justifica a adoção de imediatas medidas que os previnam ou minimizem, pois diante do risco, *in dubio pro natura* (OLIVEIRA, 2007), pois conforme Aragão (2008, p. 24-25) “a irreversibilidade conduz a uma característica única: a perda de oportunidades para as futuras gerações”.

Na medicina do Século XIX, a precaução era usada nas ocasiões de incertezas científicas. Ao longo da história o princípio ganhou forças, sobretudo fora da área do Direito (LORENZETTI, 2010, p. 75). No Direito Ambiental, o princípio da precaução tem origem nas tradições alemãs, dentro do conceito da democracia social da década de 1930 com a concepção da boa gestão doméstica. Significava a necessidade de uma política de cooperação entre os indivíduos, a economia e o Estado, na busca de melhorias para a sociedade e sua convivência harmônica com a natureza (WALDMAN; SAMPAIO; MUNHOZ, 2017). A utilização do termo alemão *Vorsorgegebot*, é feita em um sentido amplo, que envolve as noções de riscos de prevenção, custos-benefícios, cenários econômicos e responsabilidades éticas (O’RIORDAN; CAMERON, 1994, p. 16). Nesse contexto, o princípio da precaução é visto como um modo do Estado intervir na economia, na tecnologia e na moral, a fim de planejar um bom governo. Segundo Bosselman (2008, p. 60), o princípio é tido até hoje como o mais importante das políticas ambientais alemãs.

A partir da década de 1970, a visão alemã da precaução se espalhou pelo mundo e o princípio passou a ser cada vez mais conhecido e utilizado internacionalmente. Em 1982, na Convenção sobre o Direito do Mar e em 1987, e na Segunda Conferência Internacional do Mar Norte, já se evidenciava o caráter precaucional.

O princípio ainda foi adotado na década de 1990 na Convenção de Bamako, sobre a

proibição de importar dejetos perigosos e controlar movimentos transfronteiriços na África. Em 1992, foi incluído na Convenção sobre a Proteção e Utilização dos Cursos d'água Transfronteiriços e de Lagos Internacionais, na Convenção sobre a Diversidade Biológica; bem como na Convenção sobre Mudanças Climáticas e, posteriormente, em diversas outras convenções e tratados assinados no mundo. Em 1998, foi ampliado na reunião levada a efeito em *Wingspread*, sede da *Johnson Foundation*, em Racine, Estado de Wisconsin, nos EUA, com a participação de cientistas, juristas, legisladores e ambientalistas, cuja Declaração final consigna: “Quando uma atividade enseja ameaças de danos ao meio-ambiente ou à saúde humana, medidas de precaução devem ser tomadas, mesmo que algumas relações de causa e efeito não forem estabelecidas cientificamente”.

Em janeiro de 2000, na Conferência das Partes à Convenção sobre a Diversidade Biológica, foi adotado o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança relativo à transferência, manipulação e utilização seguras de organismos modificados vivos resultantes da biotecnologia moderna. O texto do protocolo traz como objetivo principal a precaução, dispondo que “a falta de conhecimentos científicos ou de consenso científico não será necessariamente interpretada como indicativo de um nível determinado de risco, uma ausência de risco ou de um risco aceitável” (Item 4 do anexo III, do Decreto 5.705, de 16 de fevereiro de 2006). O que significa dizer que o princípio da precaução envolve um procedimento de avaliação de riscos bastante distinto do preconizado pelo princípio da prevenção, tendo-se em conta que a incerteza do risco, ao não permitir a conclusão da equação risco/vantagem em termos definitivos, pode exigir, até mesmo, a adoção de medidas proibitivas, posto que provisórias, para não gerar o dano.

Na Europa, em inserção constitucional, não apenas legal, a França dispôs no artigo 5º, da *Charte* de 2003 que três elementos determinam o âmbito de atuação do princípio da precaução em seu território: a incerteza diante do estágio do conhecimento científico, a potencialidade do dano para afetar de modo grave e irreversível o ambiente natural e a provisoriedade das medidas adotadas para evitá-lo (AUBY; AUBY, 1993; PRIEUR, 2003; VERGOTTINI, 1997).

A Declaração Rio-92 das Nações Unidas, além de reafirmar a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também declarou no seu Princípio 15 a indispensabilidade de adoção do Princípio da Precaução para proteger o meio ambiente e, conseqüentemente, da vida e saúde humana (já que as sequelas de um dano ao meio ambiente muitas vezes são graves e irreversíveis), seja tanto por parte do Poder Público (entes da federação), quanto por parte de outras partes interessadas (agentes econômicos, sociedade civil etc.).

A consagração do princípio da precaução no âmbito internacional, e sua orientação de que, em caso de risco de dano grave e/ou irreversível, a ausência de certeza científica não deve servir de pretexto para retardar a adoção de medidas capazes de evitá-lo, inaugura o tema da responsabilidade de longa duração (*princípio da solidariedade entre gerações*) que ganha importância depois da Conferência do Rio em 1992 ancorada no princípio de “*Sustainable Development*”. De cunho prospectivo, o conteúdo desse princípio, segundo lição de Vasco Pereira da Silva (2002, p. 67):

[...] tanto se destina, em sentido restrito a evitar *perigos* imediatos [iminentes] e concretos, de acordo com uma lógica imediatista e actualista, como procura, em sentido amplo, afastar eventuais *riscos* futuros, mesmo que não ainda inteiramente determináveis, de acordo com uma lógica mediatista e prospectiva, de antecipação de acontecimentos futuros.

Como disposto pela Comunicação da Comissão Europeia (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2000), o princípio da precaução consiste, em termos gerais:

[...] em uma medida de política pública a ser aplicada quando existirem riscos potenciais sérios ou irreversíveis para a saúde ou para o meio ambiente, bem como antes que tais riscos se transformem em perigos comprovados. Essa política supõe, entre outras coisas, mecanismos de pesquisa e monitoramento, a fim de que os perigos possam ser detectados com antecedência.

Tal diretiva da atividade pública é expressamente consagrada na Constituição de 1988, quando prescreve no artigo 225, o direito fundamental ao meio ambiente, estabelecido para as presentes e futuras gerações, numa perspectiva intergeracional que fundamenta a aplicação do princípio da precaução, impondo no §1º ao Poder Público (Estado), controlar o emprego de técnicas que comportem riscos para a vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente, através dos seguintes mecanismos: a) fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético, atualmente regulamentado pela Lei de Biossegurança (BRASIL, 2005); b) exigência de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, através do procedimento de Licenciamento Ambiental regulamentado no plano federal pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente a qual exige que os órgãos ambientais competentes, baseados em laudos técnicos (comunicações interdisciplinares) definam critérios e ações preventivas e compensatórias para concessão da autorização administrativa; c) controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, estabelecido por diversas normas federais e estaduais, com destaque para a Lei dos Agrotóxicos.

Razão disso, o princípio da precaução é “o princípio que rege a Lei de Biossegurança, uma vez que quando se fala em modificação genética, não há certezas sobre seus impactos à saúde e ao meio ambiente”, impondo ao Estado frente empreendedores com manipulação da engenharia genética (transgenia e organismos geneticamente modificados) a estrita observância da “utilização de ferramentas como o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o relatório de impacto ambiental (RIMA), apontadas pelo Princípio da Precaução, como fundamentais, quando o assunto é OGM” (CÂNDIDO, 2013).

Destinado a regular os riscos globais, retardados e irreversíveis (ARAGÃO, 2008, p. 24-5), o princípio da precaução, no Direito Ambiental, é considerado como sendo “o fundante e primário da proteção dos interesses das futuras gerações”, que torna imperativo adotar “medidas preventivas e justifica a aplicação de outros princípios, como o da responsabilização e da utilização das melhores tecnologias disponíveis” (CANOTILHO; LEITE, 2008). Com isso, o princípio da

precaução “se apresenta como um direito fundamental a partir do momento em que determinada pesquisa ou atividade gera riscos desconhecidos à manutenção da vida digna, segura e saudável do ser humano” (ENGELMAN; BERGER FILHO, 2010), como é o caso do uso do amianto.

Como fundamentos jurídicos do princípio da precaução, está a obrigação geral de segurança positivada na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor. À obrigação geral de segurança veio se acrescentar à reparação integral e à solidariedade, ou seja, a responsabilidade civil foi enriquecida, evoluiu. Não há exclusão de nenhum dos paradigmas anteriores.

Como relatado na literatura nacional e internacional (LOURO; BORGES; SILVA, 2013), lamentavelmente são variados os exemplos de um passado recente em que tecnologias emergentes com enorme potencial para aplicações industriais ou médicas se revelaram tardiamente como nocivas para o ser humano e para o ambiente. Um desses exemplos foi a produção e ampla utilização das fibras de asbestos (amianto) para fins industriais e revestimentos na construção civil, que se verificou na segunda metade do século XX. Apesar de repetidos alertas quanto aos seus potenciais efeitos adversos para as pessoas, esses foram ignorados, prevendo-se, em consequência, um acréscimo da ordem dos milhares de casos de mesotelioma e de cancro do pulmão, nos próximos 25 anos.

A par disso, arrola-se a seguir, os fundamentos jurídicos para a aplicação do princípio da precaução previstos no Direito brasileiro, como medida antecipatória e acautelatória em relação à utilização de substâncias que contenham amianto:

**a)** Na ordem constitucional brasileira, o artigo 3º determina ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “I - construir uma sociedade livre, justa, solidária”. A solidariedade é objetivo fundamental da República e ilumina a interpretação das normas, sendo um dos pilares que ajudam a construir o sistema jurídico pátrio, aplicando-se inclusive à responsabilidade civil, que é o ramo do direito que vela para que os danos não fiquem impunes (*alterum non laedere*) e agora também para que os riscos e danos sejam evitados.

**b)** O artigo 5º, XXXV da CF/88 dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, também pode fundamentar o princípio da precaução.

**c)** Completando a proteção constitucional do *caput* do artigo 5º da CF/1988 que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, a norma do artigo 6º insculpida no Capítulo II dos “direitos sociais” dispõe: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância [...]”. Aqui, a segurança aparece como um direito e garantia individual e coletiva e também como direito social. A precaução tem como objetivo direto a segurança individual e social, ou melhor, é um dos modos pelos quais se faz a gestão de riscos graves, irreparáveis e incertos. O princípio da precaução vai desenvolver o princípio da segurança.

**d)** Ainda na CF/1988 encontra-se o princípio da precaução na interpretação dos sete incisos do §1º do artigo 225, sendo visualizável, principalmente, no que concerne à previsão de imposição de controle de atividades (avaliação e fiscalização de processos, serviços e produtos) que possam vir a pôr em risco o meio ambiente e os seres humanos por serem de impacto ainda desconhecido

para a ciência (BRASIL, 1988).

Após a Constituição de 1988, o Brasil ingressou em diversos tratados internacionais que trazem o princípio da precaução e foram sancionadas leis infraconstitucionais que impõem tal princípio. Assim, pode-se atribuir normatividade ao princípio da precaução a partir da leitura constitucional “permeada” pelas obrigações assumidas pelo Brasil em tratados internacionais, que o trazem de forma expressa em seu texto o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança (2000): art. 1º e art. 10 (6); a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992), art. 3.3; a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (2001), artigo 1º; Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (1985); Agenda 21 (1992); nas leis infraconstitucionais (Lei de Biossegurança nº. 11.105/2005; o Código de Defesa do Consumidor; Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos nº. 12.305/2010; a Lei de atividades nucleares nº 6.453/1977), assim como nas decisões judiciais que expressam a evolução do tratamento da matéria no plano global e nacional das últimas décadas.

e) No direito infraconstitucional, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), prevê expressamente a obrigação geral de segurança afeta ao fornecedor de produtos e serviços que ameacem a saúde, a vida e a segurança dos consumidores. É direito básico do consumidor “a proteção à vida, à saúde e à segurança contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos” (artigo 6º, I). Além disso, o consumidor tem expectativa de segurança nos produtos e serviços postos no mercado. O CDC, visando proteger a parte mais fraca e vulnerável, tem como “regras de fundo” os princípios da prevenção e da precaução, obrigatórios para os fornecedores de produtos e serviços. O mesmo acontece com as leis ambientais, que exigem essa precaução para que o meio ambiente e, por consequência, as pessoas não fiquem prejudicados com seu mau uso ou uso abusivo.

f) A lei da responsabilidade em atividades nucleares consagra a responsabilidade irrestrita por danos nucleares e, em matéria de precaução, prevê a responsabilização penal daquele que, ao explorar atividade nuclear, não observar as normas de segurança relativas à instalação nuclear e ao manuseio do material nuclear (artigo 26).

g) O princípio da precaução encontra expressa previsão na Lei Brasileira de Biossegurança, em seu artigo 1º, parte final de seu *caput*, determinando a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente. Dado o caráter sintético da previsão legal, os elementos que determinam o âmbito de atuação do princípio da precaução no Brasil devem ser inferidos da leitura conjunta do Decreto Federal nº 5.591, de 2005, que regulamenta a Lei Brasileira de Biossegurança e do Decreto Federal nº 5.705, de 2006, que incorpora ao direito nacional o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança. Dessa leitura, três elementos se destacam: a) a incerteza dos riscos diante do estágio do conhecimento científico, b) a potencialidade do dano para afetar de modo grave e/ou irreversível o ambiente natural e c) a provisoriedade das medidas tendentes a não gerar o dano.

h) Tem-se ainda para fundamentar juridicamente o princípio da precaução, em sua aplicação na prática jurisdicional, a *analogia legis*, ou seja, pode-se aplicar para casos semelhantes e com a mesma razão de direito, o Princípio 15 da Carta do Rio de 1992, que exprime de maneira clara

quando o princípio da precaução deve ser aplicado. Assim, diante da lacuna sobre a precaução, o intérprete usará a norma prevista para hipótese semelhante. A partir da definição que lhe foi dada pela Declaração do Rio, pode-se afirmar que sua aplicação deverá ser observada sempre que presentes os seguintes parâmetros: **i)** exista uma considerável incerteza científica acerca das causas, extensão e natureza dos riscos decorrentes de atividades que atentem contra o meio ambiente e a saúde humana, bem como sobre as relações de causalidade entre essas e as medidas a serem adotadas para sua solução; **ii)** os danos potenciais previstos possuam um alto grau de gravidade ou irreversibilidade, porque dirigidos à vida e saúde humanas, tendo-se em vista os interesses da atual sociedade ou futuras gerações; **iii)** quaisquer intervenções embasadas no princípio da precaução deverão ser adotadas, evidentemente, antes que eventuais danos ocorram; todavia, deverão ser proporcionais ao nível de proteção exigido pelo bem em risco e adequadas à extensão do eventual dano.

**i)** Por fim, o fundamento da precaução e também da prevenção como princípios jurídicos decorrerá dos princípios inspiradores do sistema da *analogia juris*, como o princípio da segurança, ética social, função social da propriedade e dos contratos, dignidade humana, solidariedade, respeito à vida, à saúde, à igualdade substancial no plano individual e global, reparação integral dos danos, todos de cunho constitucional.

Dada a admissão dos princípios da precaução e da prevenção no sistema jurídico brasileiro, entende-se que a responsabilidade civil do século XXI tem três funções principais: 1. Função compensatória: sua função principal, fundamentada no princípio da reparação integral de todos os danos sofridos; 2. Função dissuasória: aparece através de pesadas indenizações contra o autor do dano, classicamente chamada de função preventiva, dentro da qual temos que lembrar a teoria dos *punitive damages*, com caráter de pena privada, e da *deterrence* com fundamento econômico; 3. Função preventiva em sentido lato: engloba os princípios da precaução e da prevenção, pelos quais haverá a antecipação de riscos e danos (FORNASIER, 2014).

Desse modo, a tutela punitiva ou pedagógica de determinados interesses ou direitos estaria no âmbito da precaução e da prevenção, com a tutela reparatória incidindo nas demais hipóteses, independentemente da presença da culpa para configurar a ilicitude (CARVALHO, 2008, p. 146). Por conseguinte, Frota (2013, p. 209-10) aduz que a pena privada (que abarca as situações de reparação e de punição) pode ser aplicada para quatro situações na responsabilidade civil e consumerista: (a) comportamento lesivo que atinge um direito sem que haja um dano patrimonial; (b) lucratividade por parte do lesante com a produção do dano (lucro ilícito ou *disgorgement*), a tornar insuficiente a função reparatória da responsabilidade civil e consumerista; (c) custo social advindo do ilícito é superior aos danos individuais, ante a natureza difusa desse custo; (d) microlesões, cuja sanção criminal seria excessiva.

Um campo fértil para a aplicação de tais sanções apartadas da prova do dano estaria no direito ambiental e sua proteção às futuras gerações, mediante tutela de precaução e prevenção, princípios que caracterizam a responsabilidade de natureza preventiva, a qual deverá funcionar ao lado da responsabilidade civil reparadora ou clássica. Assim, caso o dano não consiga ser evitado,

deverá ser reparado integralmente por seu autor ou pelo seguro.

## CONCLUSÃO

Amplamente utilizado na fabricação de materiais para a construção civil ao longo de décadas, o amianto foi colocado pela Organização Mundial da Saúde no grupo principal de substâncias cancerígenas, razão disso, a substância foi banida em mais de 60 países desenvolvidos e até mesmo países com industrialização recente em todo o mundo não admitem qualquer exposição à substância diante do alto risco à saúde humana e ao meio ambiente, não existindo níveis seguros para seu uso. Já existem opções de fibras mais sustentáveis e totalmente seguras para a saúde à disposição e em quantidade suficiente para substituir o amianto sem que sejam necessárias grandes adaptações, a exemplo do PVC colorido e tipos especiais de cerâmica; e com a vantagem de serem recicláveis, ao contrário do amianto, que necessita de um tipo especial de descarte, justamente por conta de suas propriedades nocivas à saúde.

No Brasil a substância ainda é permitida. O país está entre os primeiros no quesito produção e um dos maiores exportadores mundial do mineral, com destaque para a variedade crisotila. O sucesso brasileiro na extração e comercialização, bem como a ampla utilização do amianto, tem dificultado a aprovação de leis que proibam definitivamente o seu uso em território nacional. Cinco Estados (São Paulo, Mato Grosso, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Pernambuco) criaram leis específicas proibindo a produção e comercialização de produtos com a substância. Mas a aplicação encontra-se suspensa sob argumentos de que os banimentos estaduais são inconstitucionais.

Relatos científicos indicam a causação de danos irreparáveis (sem cura) a pessoas diretas e indiretamente expostas a produtos com conteúdo de amianto, relacionada à ocorrência de diversas patologias, malignas e não malignas, entre os quais as asbestose e o câncer. Ademais, a Ementa do Acórdão (BRASIL, 2008) da decisão final do STF em 2017 (sem efeitos vinculantes), evidencia que “o consenso médico atual identifica, para além de qualquer dúvida razoável, a contração de diversas doenças graves como efeito direto da exposição ao amianto. A Portaria nº 1.339/1999 do Ministério da Saúde imprime reconhecimento oficial à relação de causalidade entre a exposição ao **asbesto** ou amianto, inclusive da variedade crisotila”, à diversas doenças; bem como indica a posição oficial da Organização Mundial da Saúde conforme apontada ao longo desse texto. A decisão encerra afirmando existir comprovação científica sobre os “efeitos nocivos do amianto para a saúde e o meio ambiente e à evidência da ineficácia das medidas de controle nela contempladas”, razão porque “a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado (arts. 6º, 7º, XXII, 196, e 225 da CF), o que, no entendimento do Supremo, desalinha-se aos “compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo desses direitos, especialmente as Convenções nºs 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia” (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2006).

Cabe dizer que os riscos produzidos pela utilização do mineral podem ser de natureza global,

retardada e irreversível. Os globais constituem os riscos em larga escala que podem afetar vastas regiões do planeta. Os retardados são aqueles que se desenvolvem lentamente ao longo do tempo, podem levar gerações para se manifestarem e assumirem uma dimensão catastrófica. “Doenças causadas pelo amianto, que, só muito depois de ter revolucionado o mercado da construção, se revelou cancerígeno” (MASSADA, 2010). E por fim, os irreversíveis, aqueles aptos a gerarem efeitos irreparáveis para a humanidade (ARAGÃO, 2008, p. 24-5).

Razão determinante para que o Estado brasileiro assuma o dever constitucional de legislar obedecendo a Constituição Federal e seu fundamento maior, construir um Estado Democrático de Direito fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, respeito à vida, saúde e proteção do meio ambiente, utilizando para isso, todos os meios acautelatórios e precaucionais para proibir o uso indiscriminado do amianto crisotila.

## REFERÊNCIAS

- ABÓS-HERRÀNDIZ, Rafael; RODRIGUEZ-BLANCO, Teresa; GARCIA-ALLAS, Isabel; ROSELL-MURPHY, Isabel Magdalena; ALBERTÍ-CASAS, Constança; TARRÉS, Josep; KRIER-GÜNTHER, Illona; MARTINEZ-ARTÉS, Xavier; ORRIOLS, Ramon; GRIMAU-MALET, Isidre; CANELA-SOLER, Jaume. Risk factors of mortality from all asbestos-related diseases: a competing risk analysis. **Canadian Respiratory Journal**, London, 2017. Disponível em: <http://downloads.hindawi.com/journals/crj/2017/9015914.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017.
- ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. **RevCEDOUA**, Coimbra, v. 11, n. 22, p. 9-57, 2008. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/bitstream/10316.2/8833/10/1-Princ%3%adpio%20da%20precau%3%a7%3%a3o.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EXPOSTOS AO AMIANTO. **Amianto**: o amianto ou asbesto é uma fibra mineral. Disponível em: <https://abrea.org.br/o-amianto/sobre-o-amianto.html>. Acesso em: 2 nov. 2016.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA - ABRASC. **Não existe uso seguro do amianto**: repúdio à portaria do MTE. 22 out. 2015. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/outras-noticias/institucional/nao-existe-uso-seguro-do-amianto-repudio-a-portaria-do-mte/14347/>. Acesso em: 2 fev. 2017.
- AUBY, Jean-Marie Auby; AUBY, Jean-Bernard. **Droit public**. Paris: Dalloz, 1993. t. 1.
- BORGES, Heloísa Boat; FERNANDES, Valdir. O uso do amianto no Brasil: o embate entre duas racionalidades no Supremo Tribunal Federal. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 175-194, abr./jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v17n2/a12v17n2.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.
- BOSELTMANN, Klauss. **The principle of sustainability**: transforming law and governance. London: Routledge, 2008.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 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: 12 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm). Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm). Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.055, de 1º de Junho de 1995.** Exposição de Motivos. Brasília: Câmara dos Deputados, 1995. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9055-1-junho-1995-374812-exposicaodemotivos-149742-pl.html>. Acesso em: 17 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade (Med. Liminar) - 4066.** Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de Julgamento: 2 abr. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=ASBESTO&processo=4066>. Acesso em: 15 abr. 2019.

#### **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.066 DISTRITO FEDERAL**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade - ADI 2396 MS.** Relatora: Ellen Gracie. Data de Julgamento: 8 de maio 2003. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771031/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2396-ms>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286-8 Rio Grande do Sul.** Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 12 de setembro 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 13 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Iniciado julgamento de ADI contra norma que autoriza utilização de amianto crisotila. **Notícias STF**, 10 ago. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=352136>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representante da OIT afirma que deter a utilização do amianto é a forma mais eficiente de eliminar doenças.** 31 ago. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=216845>. Acesso em: 10 fev. 2017.

CANDIDO, Everton Ramos Pires. **Organismos geneticamente modificados e o princípio da precaução no estado democrático de direito.** Brasília-DF, 26 ago. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44901&seo=1>. Acesso em: 12 dez. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARRÁ, Câmara. É possível uma responsabilidade civil sem dano? **Revista Consultor Jurídico**, 18 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-18/direito-civil-atual-possivel-responsabilidade-civil-dano>. Acesso em: 2 ago. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O que o caso amianto revela sobre o Supremo Tribunal Federal**. 3 dez. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-03/observatorio-constitucional-amianto-revela-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 15 abr. 2019.

CARVALHO, Cláudio Viveiros. **Amianto**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema19/H-Coord\\_Legislativa-Setex-Internet-2008\\_15042.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema19/H-Coord_Legislativa-Setex-Internet-2008_15042.pdf). Acesso em: 15 abr. 2019.

CARVALHO, Délton Winter. **Dano ambiental futuro: a responsabilidade civil pelo risco ambiental**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CARVALHO, Délton Winter. Regulação constitucional e risco ambiental. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 12, jul./dez. 2008. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-013-Delton\\_Winter\\_de\\_Carvalho\\_\(risco\\_ambiental\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-013-Delton_Winter_de_Carvalho_(risco_ambiental).pdf). Acesso em: 15 abr. 2019.

CASTLEMAN, Barry I. **Asbestos: medical and legal aspects**. 5. ed. Nova York: Aspen, 2005.

CASTRO, Hermano; GIANNASI, Fernanda; NOVELLO, Cyro. A luta pelo banimento do amianto nas Américas: uma questão de saúde pública. **Ciência & Saúde Coletiva**, São Paulo, v. 8, n. 4, p. 903-911, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v8n4/a13v8n4.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2017.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Comunicação da comissão relativa ao princípio da precaução**. Bruxelas, 2 fev. 2000. Disponível em: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21676661-a79f-4153-b984-aeb28f07c80a/language-pt>. Acesso em: 15 abr. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE – CONAMA. **Resolução nº 348, de 16 de Agosto de 2004**. Altera a Resolução CONAMA nº 307, de 5 de julho de 2002, incluindo o amianto na classe de resíduos perigosos. Disponível em: [http://gestaoderesiduos.ufsc.br/files/2014/08/Conama\\_348\\_2004\\_Altera\\_307\\_Perigosos.pdf](http://gestaoderesiduos.ufsc.br/files/2014/08/Conama_348_2004_Altera_307_Perigosos.pdf). Acesso em: 17 jul. 2017.

DEMENT, John M.; BROWN, David P.; OKUN, Andrea. Follow-up study of chrysotile asbestos textile workers: cohort mortality and case-control analyses. **American Journal of Industrial Medicine**, New York, v. 26, n. 4, p. 431-437, oct. 1994.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad. 1997.

ENGELMAN, Wilson; BERGER FILHO, Airton Guilherme. As nanotecnologias e o direito ambiental: a mediação entre custos e benefícios na construção de marcos regulatórios. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 15, n. 59, p. 50-91, jul./set. 2010.

FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. **Direito ao ambiente e propriedade privada**.

Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FERRACIOLI, Airlis Luis. **Amianto**. 2001. Disponível em: BALANCO\_MINERAL\_004\_2001.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

FORNASIER, Mateus. O. Princípio da precaução e regulação do risco nanotecnológico: consequências econômicas. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 296-314, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/5%20EALR%20296/5%20EALR%20296>. Acesso em: 15 abr. 2019.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **A imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos**. 2013. 275 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31777/R%20-%20T%20-%20PABLO%20MALHEIROS%20DA%20CUNHA%20FROTA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 abr. 2019.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER – INCA. **Amianto**. 5 nov. 2018. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/exposicao-no-trabalho-e-no-ambiente/amianto>. Acesso em: 18 fev. 2017.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Resolution concerning asbestos**. 2006. Disponível em: [https://www.ilo.org/safework/info/standards-and-instruments/WCMS\\_108556/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/safework/info/standards-and-instruments/WCMS_108556/lang--en/index.htm). Acesso em: 5 jul. 2017.

INTERNATIONAL NETWORK FOR EPIDEMIOLOGY IN POLICY. **Asbestos**. Disponível em: <https://epidemiologyinpolicy.org/?p=publications>. Acesso em: 12 ago. 2017.

KAZAN-ALLEN, Laurie. Current asbestos ban. **Blog do IBAS**, 15 jul. 2017. Disponível em: [https://ibasecretariat.org/alpha\\_ban\\_list.php](https://ibasecretariat.org/alpha_ban_list.php). Acesso em: 15 abr. 2019.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOURO, Henriqueta; BORGES, Teresa; SILVA, Maria João. Nanomateriais manufaturados: novos desafios para a saúde pública. **Revista Portuguesa de Saúde Pública**, Lisboa, v. 31, n. 2, p. 188-200, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/30859DC0D6FD6FE9B77937193BBD067CD801224DD2218B66ED6E15EA85837BE7D6200>. Acesso em: 2 ago. 2018.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MASSADA, Jorge. **UBA adverte para os malefícios da nanotecnologia**. 2010. Disponível em: <http://www.cienciahoje.pt/index.php?oid=36120&op=all>. Acesso em: 15 jul. 2017.

MENDES, René. Amianto e política de saúde pública no Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 7, p. 1508-1509, jul. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n7/01.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2018.

MIRANDA, Jorge. **Constituição e cidadania**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NYNÄS, Pia; PUKKALA, Eero; VAINIO, Harri; OKSA, Panu. Cancer incidence in asbestos-exposed workers: an update on four finnish cohorts. **Safety and Health at Work**, Geneva, v. 8, n. 2, p. 169-174, jun. 2017. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5447405/>. Acesso em: 15 abr. 2019.

O'RIORDAN, Timothy; CAMERON, James. **Interpreting the precautionary principle**. London: Earthscan, 1994. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=9qp878BOW\\_MC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=9qp878BOW_MC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false). Acesso em: 2 ago. 2018.

OLIVEIRA, André Pinto Souza. Direito ambiental constitucional: uma análise principiológica da consolidação do estado protetor do ambiente nas Constituições Brasileira e Portuguesa. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 51, p. 46-68, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/50/47>. Acesso em: 15 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano**. Estocolmo: ONU, 1972.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração do Rio 92**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Convenção sobre o amianto**. 2006. Disponível em: <http://www.ilo.org/ilolex> ou [http://www.itcilo.it/actrav/osh\\_es/m%F3dulos/legisl/c162.htm](http://www.itcilo.it/actrav/osh_es/m%F3dulos/legisl/c162.htm). Acesso em: 15 out. 2018.

PRIEUR, Michel. La Constitution et l'environnement. **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, Paris, n. 15, 2003.

SANCHEZ, Karine. La diversité des discours attachés au principe de précaution. *In*: CONGRÈS FRANÇAIS DE DROIT CONSTITUTIONNEL, 1., 2007, Montpellier. **Anais [...]**. Montpellier: Université de Montpellier, 2007. p. 9-11. Disponível em: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes2/SANCHEZ.K.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2018.

SANTOS, Elenice Moreira dos. **Produtos químicos e reportagens**. 18 jan. 2016. Disponível em: <https://www.slideshare.net/PalomaDrummond/cncer-ocupacional>. Acesso em: 15 abr. 2019.

SILVA, Lays H. Paes; BARCA, Stefania. Trabalho, saúde e ambiente na mineração de amianto no Brasil. *In*: GUIMARÃES, Paulo Eduardo; CEBADA, Juan Diego Pérez (org.). **Conflitos ambientais na Indústria mineira e metalúrgica**. Rio de Janeiro: CETEM/MCTIC, 2016. p. 243-268.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal. **Verde cor de direito: lições de direito do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2002.

STAYNER, Leslie; SMITH, Randall; BAILER, John.; GILBERT, Stephen; STEENLAND, Kyle; DEMENT, John; BROWN, David; LEMEN, Richard. Exposure-response analysis of risk of respiratory disease associated with occupational exposure to chrysotile asbestos. **Journal of Occupational and Environmental Medicine**, Baltimore, v. 54, n. 9, p. 646-652, Sept. 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

UGUEN, Marie; DEWITTE, Jean Dominique; MARCORELLES, Pascale; LODDÉ, Brice; POUUNET, Richard; SALIOU, Philippe; DE BRAEKELEER, Marc; UGUEN, Arnaud. Asbestos-related lung cancers: a retrospective clinical and pathological study. **Molecular and Clinical Oncology**, London, v. 7, n. 1, p. 135-139, may 2017.

UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. **Airborne asbestos health assessment update**. Washington: EPA, 1986.

VEIGA, José Eli. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Senac, 2007.

VERGOTTINI, Giuseppe. **Diritto costituzionale**. Padova: CEDAM, 1997.

WAGNER, J. C.; BERRY, G.; SKIDMORE, J. W.; TIMBRELL, V. The effects of the inhalation of asbestos in rats. **British Journal Cancer**, Reino Unido, v. 29, n. 3, p. 252-269, mar. 1974.

WALDMAN, Ricardo Libel; SAMPAIO, Vanessa Bueno; MUNHOZ, Marcelo Giovanni Vargas. O princípio da precaução e o princípio de responsabilidade de Hans Jonas. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 199-218, 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. International Agency for Research on Cancer. **Carbon black, titanium dioxide and talc**. Lyon: WHO, 2010. (IARC Monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans, n. 93).

WORLD HEALTH ORGANIZATION. International Agency for Research on Cancer. **Asbestos**. Lyon: WHO, 1987. (IARC Monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans, n. 7).

WORLD HEALTH ORGANIZATION. International Program on Chemical Safety. **Chrysotile asbestos**. Geneva: WHO, 1998. (Environmental Health Criteria, n. 203).

WYNNE, Brian. Uncertainty and environmental learning: reconceiving science and policy in the preventive paradigm. **Global Environmental Change**, Guildford, v. 2, n. 2, p. 111-127, June 1992.

**Como citar:** NOLASCO, Loreci Gottschalk; MATOSO, Felipe Pereira; MATOS, Willian Rocha de. Princípio da precaução para gestão de riscos do amianto. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 28-54, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 28. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 14/08/2017.

Aprovado em: 22/04/2019.

## OS DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA CRÍTICA E SEUS REFLEXOS NO ACESSO À JUSTIÇA

HUMAN RIGHTS FROM THE PERSPECTIVE OF CRITICAL THEORY AND SOME REFLECTIONS ON ACCESS TO JUSTICE

Mariana Lima Menegaz\*  
Alexandre Walmott Borges\*\*

\* Mestranda pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil e Argumentação Jurídica pela PUC-Minas, graduada pela Faculdade de Direito de Franca - SP

E-mail: mariana\_menegaz@hotmail.com

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em História pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor dos programas de pós-graduação, mestrado em direito, da Universidade Federal de Uberlândia - UFU, e da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP

E-mail: walmott@gmail.com

**Como citar:** MENEGAZ, Mariana Lima; BORGES, Alexandre Walmott. Os direitos humanos sob a perspectiva da teoria crítica e seus reflexos no acesso à justiça. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 55-67, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 55. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** O presente trabalho possui como objetivo analisar o direito de acesso à justiça sob o âmbito da Teoria Crítica dos Direitos Humanos. Os Direitos Humanos estão dispostos na Constituição Federal de 1988 e um dos meios para efetivação deles é através do acesso à justiça, que está positivado no artigo 5º, XXXV, daquele ordenamento. Este instituto encontra-se dentro do Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, evidenciando sua finalidade de amplo alcance para todos os cidadãos. Entretanto, ao verificar a realidade encontrada na sociedade atual, percebe-se que o acesso à justiça ainda não é amplo e igualitário aos indivíduos, constituindo um caráter universal, haja vista que há grande parte das pessoas que desconhecem seus direitos, ou, caso os conheça, não possuem condições de efetivá-los, apesar da disponibilização de alguns meios, como a atuação das Defensorias Públicas e o acesso à justiça gratuito. A problemática enfrentada quanto ao acesso à justiça é verificada ao analisar alguns fatores, como o econômico e o psicológico, mas também contempla sugestões para a efetivação deste direito.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Acesso à justiça. Teoria crítica. Constituição Federal. Universalidade.

**Abstract:** This study analyzes the right of access to justice under the scope of the Critical Theory of Human Rights. Brazil's Federal Constitution of 1988 established most fundamental rights and one of the most important means for guaranteeing them is with another right: access to justice, written in Article 5, XXXV, of that order. This institute belongs to the vast array of Fundamental Rights and Guarantees, which highlights its purpose and ample reach for every citizen. However, in verifying the reality found

in today's society, this study perceives that access to justice – broad and equal to individuals, constituting a universalistic nature – is just a mere utopian idea, because many people are unaware of their rights or, if they are aware of them, are not in a position to take action, despite the availability of resources, such as the Public Defender's Office and free access to justice. Most importantly, the problem facing access to justice is most noted when investigating some important factors, such as economic and psychological factors. Moreover, this paper also offers suggestions in order to implement this right realistically and effectively.

**Key-words:** Human rights; Access to justice; Critical Theory; Federal Constitution; Universality.

## INTRODUÇÃO

O conceito de Direitos Humanos vem sendo consolidado, não havendo uma única definição. Isto ocorre em razão das modificações vivenciadas pelos indivíduos, que variam dependendo do contexto histórico, temporal e espacial em que cada sociedade está inserida.

Conforme disposto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXXV, o acesso à justiça é um dos meios para que haja a garantia dos Direitos Humanos, que são inerentes a todo indivíduo.

Para isso, a Magna Carta indica o caráter universal e amplo da extensão do acesso à justiça, pressupondo que todos os cidadãos, sem exceção, têm o direito a procurar o Poder Judiciário sempre que for necessário, e, por consequência, tenham seus direitos totalmente assegurados e seus processos amplamente analisados, contemplando também outras garantias, como a celeridade (art. 5º, LXXVIII, CF), o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Observando o contexto histórico dos Direitos Humanos, percebe-se que existem influxos referentes à dominação dos povos, evidenciando as relações de poder e a violência manifestada nos Direitos Humanos desde antes da colonização europeia em território brasileiro.

Neste sentido, faz-se necessário o estudo dos Direitos Humanos sob a perspectiva da Teoria Crítica, analisando a trajetória histórica e as influências dos contextos vivenciados à época para a consolidação dos Direitos Humanos.

Esta análise é imprescindível para que seja possível entender quais são os obstáculos vivenciados no tocante ao efetivo acesso à justiça, suas causas e assim, traçar as possíveis considerações e sugestões sobre o tema.

Este trabalho pretende, portanto, abordar o acesso à justiça como direito fundamental e meio de garantia para a efetivação dos Direitos Humanos no contexto político e social, com o auxílio de alguns filósofos e juristas, conforme demonstrado no decorrer do artigo.

Para tanto, serão analisadas pesquisas bibliográficas sobre o acesso à justiça e sobre a Teoria Crítica dos Direitos Humanos, verificando também a positivação do tema no ordenamento jurídico brasileiro.

## 1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Primeiramente, faz-se necessária a conceituação de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

Os Direitos Humanos podem ser definidos como aqueles que visam proteger o indivíduo, possuindo um contexto histórico que provém da práxis cultural em que o indivíduo está inserido a um contexto, uma sociedade (AQUINO; NISTLER, 2016).

Segundo Bobbio (1992, p. 32), os Direitos Humanos buscam assegurar condições de dignidade mínima para o ser humano, surgindo e se aperfeiçoando gradativamente. Ademais, é uma maneira mais sucinta de contemplar os Direitos Fundamentais, sendo essenciais para a

existência e para o desenvolvimento dos cidadãos (SPAREMBERGER; GUERRA, 2012, p. 1).

Os Direitos Fundamentais são os universais que valem para todos os indivíduos, independente de nacionalidade, gênero e outras características, como o direito à vida (BOBBIO, 1992, p. 78). Para Sarlet (2010, p. 31) tais direitos são definidos como:

Conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado do Direito.

O próprio ordenamento jurídico brasileiro, na Constituição Federal de 1988, positiva os Direitos Humanos, ao indicar os Direitos Fundamentais, garantindo a dignidade humana, o direito à vida, e a liberdade, entre outros, assegurando, assim, a efetivação dos Direitos Humanos.

## 2 ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é direito garantido na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”

O legislador buscou abranger o maior número de situações para que qualquer indivíduo possa recorrer ao Judiciário, destacando, inclusive, casos que envolvam apenas a ameaça de um direito tutelado pelo ordenamento.

O direito de acesso à justiça não assegura apenas o acesso ao órgão do Poder Judiciário, mas sim a uma ordem jurídica justa, célere e efetiva, abrangendo tanto o âmbito judicial, quanto o extrajudicial. Assim, várias instituições podem atuar para que este direito seja efetivado.

O acesso à justiça está contido no Título II, Capítulo I, da Magna Carta, que disciplina os Direitos e Garantias Fundamentais e, mais especificamente, os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, evidenciando que a abrangência deve ocorrer de forma horizontal, alcançando todos os indivíduos da sociedade.

Segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 12), o acesso à justiça é um direito básico para os indivíduos, porém, deve ser efetivo, assegurando um sistema igualitário na prática, e não apenas na teoria.

No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo 8º, também garante o acesso à justiça, estipulando que: “Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou lei.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009).

Ademais, a Convenção Americana de Direitos Humanos também assegura este direito em seus artigos 25 e 8:

Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as

devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça (BRASIL, 1992).

Em razão do processo de colonização do território brasileiro, o direito sofreu várias influências do direito estrangeiro. Verifica-se que o direito europeu, principalmente, está enraizado no ordenamento jurídico brasileiro em todos os âmbitos, inclusive, no tocante aos Direitos Humanos.

Antes da Constituição Federal de 1988, o acesso à justiça era unicamente possível para aqueles indivíduos que possuíam renda para conseguirem quitar os valores decorrentes do processo, somado ainda com a importância paga ao seu advogado. Posteriormente este acesso foi ampliado, possibilitando que algumas pessoas pudessem recorrer ao órgão público para garantir os serviços jurídicos prestados e a isenção do pagamento de custas processuais.

A Magna Carta determina a aplicação da justiça gratuita (artigo 5º, LXXIV, CF/88), conforme o texto legal que dispõe: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

O acesso à justiça também foi ampliado no tocante ao direito do consumidor, com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) (BRASIL, 1990), corroborado com a criação do PROCON (Programa de Proteção e Defesa do Consumidor), tendo em vista que o aumento do mercado de consumo criou uma nova demanda de direitos, sendo necessária que a resolução de tais litígios recebesse maior atenção.

Nesse sentido, é verificada a atuação das Defensorias Públicas, que tiveram início no ano de

1897, no estado do Rio de Janeiro, e, atualmente, abrangem todo o território brasileiro<sup>1</sup> (DALLEFI; FUNES, 2008). A Constituição Federal de 1988, no artigo 134, estabelece a Defensoria Pública como:

[...] instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Os Defensores Públicos possuem função imprescindível para a concretização do acesso à justiça. Entretanto, ainda que tenham sido instauradas diversas Defensorias Públicas no Brasil, e que o trabalho desenvolvido pelos (as) Defensores (as) seja excelente, as Defensorias Públicas são insuficientes para abrangerem toda a demanda.

Dados apontam que no estado do Ceará apenas 25% (vinte e cinco por cento) dos municípios possuem Defensorias Públicas. Em termos nacionais, pesquisa realizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), comparando o número de Juízes e Magistrados, Promotores e Defensores Públicos, indicou que:

[...] Estado-Juiz possui 11.807 magistrados e desembargadores, 10.874 promotores e procuradores atuando no Estado-Acusação e apenas 5.935 defensores públicos para garantir o acesso à Justiça, o Estado-Defesa, para a maioria da população. Segundo o estudo, seriam necessários no país mais seis mil profissionais, mais que o dobro dos que existem hoje, para atender às necessidades das parcelas mais vulneráveis da sociedade (ANADEP, 2018).

Desse modo, é possível perceber a discrepância entre o total de Defensores Públicos, comparado com os Juízes e os Promotores, além de confirmar que o número de Defensores Públicos é inferior ao necessário para atender a parcela mais vulnerável da sociedade.

A problemática envolvendo o acesso à justiça é vasta, abrangendo desde a impossibilidade de acesso universal ao órgão judiciário estatal, até a falta de acesso a uma ordem jurídica justa. (WATANABE, 1988).

## 2.1 FATORES QUE INTERFEREM NO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

Conforme destacado anteriormente, existem vários fatores que interferem negativamente no efetivo acesso à justiça, entre eles, alguns citados a seguir (TORRES, 2002).

Primeiramente, destaca-se o aspecto econômico, evidenciado pela grande desigualdade econômica vivenciada pela sociedade brasileira, em que as minorias são esquecidas completamente

---

<sup>1</sup> A título de informação, a Constituição de 1934, no artigo 113, nº 32 afirmava que: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência jurídica, criando, para esse efeito, órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”.

e as diferenças estão cada vez mais acentuadas. Auxilia este argumento os gastos processuais com advogados, custas processuais, pagamento de perícias, entre outras despesas relacionadas ao processo judicial que tramita no Judiciário.

Ainda no tocante às questões econômicas, é necessário considerar o aspecto do indivíduo, porém, também do Poder Público.

Conforme já indicado, o número de Defensorias Públicas consolidadas no território brasileiro não é suficiente para atender a toda população. Pesquisas realizadas no IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, no ano de 2015, indicam que, tanto para os Defensores Públicos estaduais, como também para os federais, a principal medida para melhorar o acesso à justiça e o sistema jurídico é, em primeiro lugar, a “ampliação e o fortalecimento da atuação da Defensoria Pública.” (GONÇALVES; BRITO; FILGUEIRA, 2015, p. 129).

Ademais, afirmam que “em uma perspectiva futura, demonstram a necessidade de manutenção da busca pela ampliação dessa instituição, assim como pelo fortalecimento e equiparação perante aos demais órgãos do Sistema de Justiça.” (GONÇALVES; BRITO; FILGUEIRA, 2015, p. 129), ressaltando que ainda é necessário mais investimento e ampliação das Defensorias Públicas.

Outro fator importante é o sociocultural, que está diretamente relacionado com a falta de conhecimento do cidadão sobre os seus direitos e sobre as maneiras corretas para tutelá-los.

Várias são as pessoas que desconhecem possuir tal direito e, em outros casos, identificam o direito, porém, não sabem qual a forma de reivindicá-lo ou para quem devem recorrer a fim de obter o auxílio jurídico correto.

Nesse sentido, verifica-se que a criação de políticas públicas é uma solução para a ampliação do conhecimento para toda a população acerca dos seus direitos e deveres como cidadão, o que auxilia para que cada indivíduo tenha a consciência de quando é realmente necessário procurar o auxílio do Poder Judiciário, ou quando a própria comunicação com a outra parte é o meio mais adequado para alcançar a solução ao litígio.

Destaca-se que o Ministério da Educação homologou parecer do Conselho Nacional da Educação, conforme Portaria nº 1.351, publicada no D.O.U. de 17/12/2018, Seção 1, pág. 34 (BRASIL, 2018), que determina novas diretrizes para as instituições de ensino jurídico no Brasil, passando a ser obrigatória a disciplina de Formas Consensuais de Solução de Conflitos, abrangendo a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Desse modo, os alunos de direito são formados para atuar com os mecanismos consensuais, e não apenas com o tradicional processo judicial.

Ademais, a Portaria também indica a obrigatoriedade de que o estudante de direito realize estágio nos Núcleos de Prática Jurídica das instituições, com o objetivo de capacitá-lo para a advocacia, além de abordar todas as formas de solução de controvérsias.

O fator psicológico também possui grande relevância no tocante ao acesso à justiça. O estigma trazido pelas denominações de “réu” ou de “autor” em algum processo judicial comportam uma carga elevada, além dos temores envolvendo represálias por ser parte de algum processo e também pelas decepções decorrentes do processo judicial.

Além disso, a cultura do litígio está presente no cotidiano da maioria dos brasileiros, que veem no Poder Judiciário o único local possível para dirimir seus conflitos, ainda que estes sejam simples e de fácil solução entre as próprias partes.

Ressalta-se que também é considerada função do Poder Judiciário informar aos indivíduos que em determinadas circunstâncias é indicado que eles mesmos solucionem suas controvérsias, através da estimulação do diálogo e do empoderamento das partes.

Por fim, é importante ressaltar que estas questões contribuem para que o acesso à justiça exista, abrangendo todos os indivíduos da sociedade.

### 3 A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS E O ACESSO À JUSTIÇA

O direito fundamental de acesso à justiça ainda não é amplamente efetivo, conforme a Constituição Federal de 1988 institui.

Portanto, para entender realmente o que originou os Direitos Humanos, faz-se necessário realizar a análise por outra perspectiva, diferente da tradicional, através de um novo olhar mais crítico do que o comumente utilizado.

Desse modo, passa-se a observar uma “reinvenção dos direitos humanos” (FLORES, 2009, p. 232), vislumbrada através da Teoria Crítica dos Direitos Humanos.

Atualmente, é imprescindível verificar os Direitos Humanos por essa outra perspectiva, para que assim ocorra uma reavaliação e readequação, rompendo com uma “legitimação formalista e abstrata” (FLORES, 2009, p. 232; MAÇALAI; STRUCKER, 2016; RIBEIRO; SPAREMBERGER, 2014, p. 10).

A grande motivação para a perspectiva da Teoria Crítica é a insatisfação com a observância restrita do tema na sociedade contemporânea. Assim, almeja-se uma verificação mais ampla, compreendendo as relações sociais em sua totalidade, bem como as lutas políticas e sociais que foram vislumbradas no desenvolvimento dos Direitos Humanos. Também objetiva-se, evidenciar as supressões de direitos para parte da população (PERIUS, 2013, p. 49).

Nesse sentido, Flores (2009, p. 232) afirma que o mercado possui grande influência na interpretação dos direitos, além do liberalismo econômico, que atuou diretamente no intrínseco das pessoas e na forma delas agirem em sociedade.

Com o advento da Revolução Francesa, aliada aos ideais Iluministas da Independência dos Estados Unidos, inicia-se uma nova etapa ideológica no ocidente mundial, caracterizando a transição para a Era Moderna, influenciando todas as sociedades, não apenas culturalmente, mas também juridicamente, principalmente com a expansão do capitalismo.

Assim, verifica-se a construção dos Direitos Humanos no momento histórico da difusão global do sistema econômico capitalista, evidenciando a ascensão da burguesia e a decorrente queda da nobreza e do clero. Nesse sentido, os Direitos Humanos são pensados e determinados em uma mentalidade capitalista, restando evidente seus traços na própria definição desses direitos.

Destaca-se, portanto, segundo esta Teoria, que os Direitos Humanos podem ser considerados

como direitos que são pautados sob o âmbito da universalidade e estatização, porém são apenas reflexos dos efeitos da colonização europeia e da notória imposição decorrente dos excessos de poder.

Percebe-se uma nítida assimetria e desigualdade estabelecidas internamente nas sociedades. A discriminação, a marginalização e a inferioridade de parcela dos indivíduos evidenciam a divisão social, étnica, racial, cultural, territorial e de classe, que foi estabelecida pelo modo de produção capitalista moderno-patriarcal.

Em um primeiro aspecto, faz-se necessário destacar os Direitos Humanos e a perspectiva crítica no tocante à universalidade existente. A princípio, esses direitos são transmitidos para a sociedade como igualitários, pregando a inclusão de todos os cidadãos, entretanto, não abrangem a igualdade e efetividade em todos os âmbitos populacionais.

Corroborando com esse entendimento, o argumento de David Sanchez Rubio (2015, p. 184), conforme verificado a seguir:

[...] Es decir, la universalidad de los derechos humanos se construye sobre discursos que defienden inclusiones en abstracto de todas las personas, pero sobre la base trágica y recelosa de exclusiones concretas, individuales y colectivas, marcadas por la nacionalidad, el racismo, el androcentrismo, el clasismo, la riqueza suntuaria como fin en sí mismo o el concepto de ciudadanía que se multiplican y acentúan contra quienes no poseen una nacionalidad de un estado considerado constitucional y de derecho.

Tal entendimento evidencia que os direitos são construídos em bases de concreta exclusão. Resta assim a afirmação de que esses direitos não são frutos de um processo construído através de uma luta universal a favor da real dignidade, com princípios, normas e valores, mas apenas a criação de uma única cultura que é a ocidental moderna e capitalista (RUBIO, 2015, p. 185).

Portanto, quanto ao aspecto universalista dos direitos humanos, conclui-se que não vislumbram os oprimidos e os menos favorecidos, como, por exemplo, aquelas pessoas com baixa renda econômica que não possuem acesso à saúde, segurança, medicamentos, e ainda, o amparo no judiciário, pois, por mais que existam Defensorias Públicas por todo o território brasileiro, estas não são suficientes para atender toda a demanda, ou mesmo a população desconhece suas existências e, ainda pior, os seus direitos. Conclui-se, assim, que o universalismo dos Direitos Humanos ainda não foi efetivado (ROMAGUERA, 2014, p. 12).

Nesse sentido, Flores (2009, p. 34) afirma que os Direitos Humanos são o “resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida”.

Pesquisas realizadas analisando o período entre os anos de 2004 e 2009 (Panorama de Acesso à Justiça no Brasil) indicam que um grande grupo de pessoas não possui acesso à justiça (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2001, p. 29).

Segundo os resultados, 257.379 dos respondentes da pesquisa afirmaram que não recorriam ao Judiciário, pois não sabiam que poderiam ter acesso a ele, o que indica que é necessário maior

divulgação sobre a amplitude dos direitos assegurados aos indivíduos, assim como quais os mecanismos para alcançá-los.

Aprofundando a pesquisa, após analisarem o perfil socioeconômico daqueles que responderam que desconheciam a possibilidade e o direito de acesso ao Judiciário, verificaram que as pessoas com menor renda mensal econômica faziam parte deste grupo. Assim também foi o resultado daqueles que afirmaram sobre a impossibilidade de acesso, pois o “processo custaria muito caro” e “era muito longe” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2001, p. 30).

Como alternativas para solucionar tais questões, a própria pesquisa aponta alguns fatores, como:

A necessidade de intensificar as políticas de interiorização das serventias judiciais, o que certamente poderá ampliar o nível de conhecimento das pessoas que vivem nos municípios sem serventias judiciais suficientes, ou com número insuficiente. Tais evidências permitem afirmar que o desconhecimento é uma barreira de acesso à justiça que assola em maior monta aqueles com menor poder econômico. Em linhas mais gerais, a cadeia causal aqui descoberta expõe que níveis básicos de conhecimento jurídico direcionados à grande massa da população deveriam estar entre as prioridades da política judiciária Nacional (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2001, p. 32).

Portanto, as questões relacionadas ao acesso à justiça devem ser repensadas, objetivando sempre a efetivação de forma universal e horizontal.

Ademais, Douzinas aponta outra questão a fim de efetivar os Direitos Humanos na sociedade atual:

[...] se os direitos humanos se tornaram o mito realizado das sociedades pós-modernas, a sua história exige que reavaliemos suas promessas longe da arrogância, autossatisfeita dos Estados e dos apologistas liberais; e tentemos descobrir estratégias políticas e princípios morais que não dependam exclusivamente da universalidade da lei, da arqueologia do meio ou do imperialismo da razão (DOUZINAS, 2007, p. 26).

Apenas através da Teoria Crítica dos Direitos Humanos é que se torna capaz o entendimento acerca das razões para que estes direitos não contemplem e não se estendam a todos os indivíduos da sociedade.

Desse modo, é necessário conceder especial atenção para a realidade concreta vivenciada na sociedade brasileira, minimizando as questões que impedem que o acesso à justiça seja universal, fomentando práticas educativas e sociais para que os Direitos Humanos efetivamente alcance todos.

## CONCLUSÃO

A partir da pesquisa realizada, é possível concluir que várias são as questões que influenciam diretamente na concretização do acesso à justiça.

O direito do acesso à justiça, disposto na Constituição Federal de 1988, vem sendo ampliado nas últimas décadas, ainda que não em todos os aspectos, mas em algumas vertentes. Destaca-se a instituição dos Juizados Especiais, das Defensorias Públicas, da possibilidade de justiça gratuita, e, da instituição do PROCON (Programa de Proteção e Defesa do Consumidor), e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Entretanto, ainda é possível e necessário ampliar de forma universal o acesso à justiça. Para isto, novas políticas públicas são importantes para que a sociedade tenha conhecimento dos seus direitos e também para que saiba os locais e as pessoas adequadas para satisfazê-los. Ademais, é importante ressaltar a disseminação dos mecanismos consensuais, como a mediação, a conciliação e a arbitragem, ainda na graduação dos estudantes de direito, para que os profissionais tenham conhecimento teórico e prático de todas as formas de solução de controvérsias, refletindo também no aumento do acesso à justiça.

Ademais, a exclusão e a opressão devem ser combatidas diariamente, não aceitando a naturalização da injustiça cotidiana. Portanto, os Direitos Humanos devem ser analisados sob a perspectiva da Teoria Crítica, haja vista que apenas entendendo o passado, as influências e os desejos reais e intrínsecos dentro de cada sociedade que auxiliou na construção daquele ordenamento jurídico, é que novas realidades poderão ser criadas, sendo elas mais plurais, dialogando com as minorias, garantindo assim o acesso à justiça completo, efetivo, universal e horizontal.

## REFERÊNCIAS

ANADEP - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS. Só um em cada quatro municípios cearenses tem defensor público. **O Povo Online**, Ceará, 8 nov. 2018.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; NISTLER, Regiane. **Direitos humanos e direitos fundamentais: proximidades e diferenças**. 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/direitos-humanos-e-direitos-fundamentais-proximidades-e-diferencas>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. [Constituição Federal (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. (De 16 de julho de 1934). Brasília: Presidência da República, 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: 20 jun. 2017.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre

Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 nov. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em: 08 fev. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. Portaria nº 1.351, de 04 de outubro de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília. DF, 17 dez. 2018. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=100131-pces635-18&category\\_slug=outubro-2018-pdf-1&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=100131-pces635-18&category_slug=outubro-2018-pdf-1&Itemid=30192). Acesso em: 07 fev. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Panorama de acesso à justiça no Brasil**. jul. 2001. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/69f08fa6be2b411e6566b84bdc1d4b5a.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa; FUNES, Gilmara Pesquero Fernandes Mohr. **A Defensoria Pública**. 2008. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1842/1748>. Acesso em: 22 jun. 2017.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira; BRITO, Lany Cristina Silva; FILGUEIRA, Yasmin von Glehn Santos. **IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília, 2015. 138 p. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2019.

MAÇALAI, Gabriel; STRUCKER, Bianca. Direitos humanos pensados a partir da periferia: resenha da obra fundamentação dos direitos humanos desde a filosofia da libertação, de Alejandro Rosillo Martinez. **Pensar a Prática**, Goiânia, v. 19, n. 3, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/fef/article/view/41394>. Acesso em: 18 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. jan. 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

PERIUS, Odeide. Os direitos humanos na perspectiva da teoria crítica. **Revista Filosofazer**, Passo Fundo, n. 43, jul/dez. 2013.

RIBEIRO, Bernard Constantino; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Os direitos humanos e as perspectivas decoloniais: a condição do sujeito subalterno no Brasil. **Revista Amicus Curiae**, Criciúma, v.11, 2014. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/amicus/article/view/1709>. Acesso em 20 jun. 2017.

ROMAGUERA, Daniel Carneiro Leão. **A concepção ocidental de direitos humanos e seus paradoxos**: por uma crítica à sujeição humanista na contemporaneidade. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2014.

RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos, no colonialid y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. **Campo Jurídico**, Barreiras-BA, v. 3, n. 1, p. 181-213, maio 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ana Flavia Melo. Acesso à Justiça. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 3, n. 10, ago., 2002. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4592](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4592). Acesso em: 10 jun. 2017.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 128-135.

**Como citar**: MENEGAZ, Mariana Lima; BORGES, Alexandre Walmott. Os direitos humanos sob a perspectiva da teoria crítica e seus reflexos no acesso à justiça. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 55-67, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 55. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 14/08/2017.

Aprovado em: 08/07/2019.

**ESTADO, *SURVEILLANCE* E RISCO: CAMINHOS TORTUOSOS  
EM TEMPOS DE RELATIVIZAÇÃO DA DEMOCRACIA NA  
ESTEIRA DA TECNOLOGIA**

STATE, SURVEILLANCE AND RISK: TORTUOUS PATHS IN  
TIMES OF THE RELATIVIZATION OF DEMOCRACY IN THE  
TECHNOLOGICAL ERA

**Carlos Alexandre Michaello Marques\***  
**Leonel Severo Rocha\*\***

\* Doutorando e Mestre em Direito Público (2014) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pesquisador do Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para Sustentabilidade - GTJUS (CNPq) da Faculdade de Direito - FADIR da Universidade Federal do Rio Grande - FURG

E-mail: alexandremichaello@  
yahoo.com.br

\*\* Doutor pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris (1989) com Pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce. Professor Titular do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

E-mail: leonel@unisinis.br

**Como citar:** MARQUES, Carlos Alexandre Michaello; ROCHA, Leonel Severo. Estado, surveillance e risco: caminhos tortuosos em tempos de relativização da democracia na esteira da tecnologia. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 68-90, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 68. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** O presente trabalho pretende demonstrar a atualidade e a importância do debate das crises do Estado para Teoria do Estado, bem como o enfrentamento teórico das bases da estatalidade. Ademais, foram abordadas temáticas indispensáveis à compreensão do Estado, como a Modernidade (Sólida e Líquida), a Globalização e suas consequências e o Capitalismo e o diálogo com os poderes públicos e privados. Diante do cenário posto, se avançou no tocante ao fenômeno da *Surveillance* e a incapacidade do Estado de compreender suas dimensões. No mesmo sentido, se buscou esclarecer as relações entre Risco e Tecnologia, para assim compreender como os fluxos globais escapam da regulação do Estado territorializado. Por fim, se discutiu os efeitos à democracia e qual o lugar/papel da mesma na reconstrução de um cenário pós-crise. A pesquisa se utilizou da técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** Estado. Surveillance. Risco.

**Abstract:** This paper examines the importance of the ongoing academic debate regarding the crisis of the State from the perspective of the Theory of the State, as well as the theoretical confrontation of the concept of statehood. Moreover, subjects that are essential for understanding the State, such as Modernity (Solid and Liquid), Globalization, its consequences, Capitalism, and its dialogue with public and private entities, were also

analyzed. In light of this context, there has been significant progress regarding the phenomenon of Surveillance and the inability of the State to understand its dimensions. In this sense, this research sought to clarify the relationship between risk and technology, in order to better understand how global issues escape the regulation of the territorialized state. Finally, the effects of democracy and its place/role in the reconstruction of a post-crisis scenario were discussed. This study utilizes literature review as its primary method of analysis.

**Keywords:** State. Surveillance. Risk.

## INTRODUÇÃO

O Estado Moderno tem sofrido diversas transformações desde seu ponto de minerva pós-westfaliano, a Teoria do Estado, por assim dizer tradicional, não consegue corresponder aos desafios que a contemporaneidade lhe impõe, seja aqui considerado como paradigma a concepção de pós-modernidade (BAUMAN, 1999b), modernidade líquida (BAUMAN, 2001), alta modernidade (GIDDENS, 1991), modernização reflexiva (GIDDENS; LASH; BECK, 2012) ou mesmo modernidade reflexiva. As questões que se observam neste cenário produzem a identificação de diversas crises do Estado - Crise Conceitual, Estrutural, Constitucional e Política, todas com seus desdobramentos (MORAIS, 2005, 2011).

Os problemas que tradicionalmente eram enfrentados no âmbito da territorialidade tendem a escapar da capacidade estatal, a democracia, seja como objetivo ou como valor, passa a ser debatida, não mais no mesmo cenário e sobre as mesmas bases. A globalização/mundialização/internacionalização impulsiona modificações que os Estados não estão preparados para absorver, fazendo com que o modelo econômico capitalista comine suas regras em face da incapacidade estatal, fragilizando o processo democrático.

É, justamente, neste entrecruzar de desafios que o *pool* tecnológico se apresenta como um desafio ainda maior, pois, neste contexto, os Estados apresentam um *gap* colossal. As denominadas novas tecnologias de controle deixam o Estado em constante sobressalto, eis que o próprio fenômeno da *Surveillance*, até o momento não foi bem compreendido, como será analisado. Ademais, este imprevisto para a estatalidade, também alija a sociedade do processo democrático e, ignora a percepção dos riscos frente a ambivalência natural da técnica.

Desse modo, é que se pretende percorrer pelas crises do Estado Contemporâneo, a fim de identificar dificuldades como manter o conceito tradicional de soberania, ou mesmo compreender os avanços da tecnologia fora do conceito de territorialidade. Não obstante, é da mesma forma indispensável o debate da democracia (no pós-cenário), bem como do capitalismo globalizado, eis que os fluxos globais não têm respeitado fronteiras e/ou limitações de quaisquer natureza tradicionalmente impostas pelos Estados.

Com efeito, merece atenção especial a compreensão do fenômeno da *Surveillance* (MENEZES NETO, 2016b) como uma categoria signifiante ao Direito e à Teoria do Estado, e o entrelaçamento das questões da Tecnologia e do Risco que lhe são inerentes. Neste sentido, é mister ao fim e ao cabo, confrontar as fragilidades do Estado Contemporâneo, não apenas para uma eventual superação da figura do mesmo, um fim do Estado, mas para racionalizar um câmbio de horizontes possíveis neste cenário de crises.

Por fim, a preocupação que norteará todo este estudo é o de tentar (re)alocar e/ou (r) estabelecer o ponto fulcral da democracia nas transformações provocadas no Estado. Assim, o grande questionamento que se impõe é, se o que restar deste processo ainda poderá ser considerado um Estado nos termos da Teoria do Estado Clássica, seja por uma nova conformação, seja pelo fortalecimento de agentes não estatais ou subestatais neste cenário em pesquisa. Para tanto, se

utilizou da técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

## 1 AS CRISES DO ESTADO MODERNO/CONTEMPORÂNEO

As discussões sobre o Estado sempre ocuparam um lugar de destaque no ambiente acadêmico, seja na própria Teoria do Estado ou por sua indispensabilidade em outros campos do Direito, pois é imperioso o conhecimento desta instituição político-jurídica de organização de poder à Ciência Jurídica. Assim, de um modo geral foi estabelecida sua construção sustentada em três elementos clássicos, quais sejam: território, povo e governo. Neste sentido, um passo importante é de imediato diferenciá-lo da pré-estatalidade medieval, pois o surgimento da “[...] nova forma de organização política que é o Estado foi, nos países europeus, ligada a um conjunto de transformações que marcam a entrada desses países na era da ‘modernidade’.” (CHEVALLIER, 2009, p. 13).

Os traços marcantes da modernidade (cisão do espaço-tempo) são sem dúvida identificáveis totalmente com o Estado<sup>1</sup>, pois por intermédio desta se inaugura o primado da razão (Ciência e Progresso) e do indivíduo (Cidadão), substituindo desta forma as estruturas transitórias e pessoalizadas nas relações de poder, por estruturas rígidas, próprias daquele momento do paradigma moderno, onde a generalidade e impessoalidade assumiam a gestão do poder, se convertendo em uma verdadeira institucionalização do mesmo. É neste contexto que o surgimento do arquétipo Estado-Nação, que pelos séculos foi espalhado à outros diversos lugares do globo, pelo conhecido processo colonizador, que não é possível - igualmente dissociar da modernidade ocidental -, se consolidou. Neste sentido:

Foram os seguintes os processos mais significativos na constituição do Estado Nacional: a) a crescente coincidência entre fronteiras territoriais e um sistema uniforme de leis; b) a criação de novos mecanismos de elaboração e imposição de leis; c) a centralização do poder administrativo; d) o estabelecimento de impostos e de gestão do sistema fiscal; e) a criação de Forças Armadas nacionais; f) a constituição da diplomacia para regular as relações entre Estados Nacionais. (FORJAZ, 2000, p. 41).

Assim, nesta quadra da história institucional, o surgimento e a consolidação da instituição político-jurídica denominada de Estado, bem como seus múltiplos modelos alargados - o que de toda sorte impediria até mesmo o que se conhece como uma Teoria Geral do Estado -, permitiram

---

1 Neste sentido, para Jacques Chevallier (2009, p. 15, grifo do autor) as: “[...] características essenciais do modelo estatal são a tradução dos valores subjacentes à modernidade: a *institucionalização do poder*, quer dizer a inscrição das relações de dominação política num quadro geral e impessoal; a produção de um *novo quadro de submissão*, a “cidadania” sendo concebida como uma ligação excludente, incompatível com a existência de submissões paralelas ou concorrentes; o estabelecimento do *monopólio da força*, o Estado sendo entendido, dentro das “fronteiras” delimitantes do campo de sua “soberania”, a única fonte do direito e a única habilitada a fazer o uso dos meios de coerção; a consagração de um *princípio fundamental de unidade*, unidade de valores resultantes da pertinência a uma esfera pública posta como distinta do resto da sociedade, unidade do direito estatal, apresentando-se como uma totalidade coerente, uma “ordem” estruturada, unidade do aparelho encarregado de colocar em operação o poderio do Estado. Por todos esses elementos, a construção do Estado aparece bastante indissociável de uma modernidade da qual ela é, por vezes, o reflexo e o valor.”

inicialmente abarcar a concepção de soberania (Hobbes, Locke e Rousseau) e, com isto compreender o *locus* da democracia. Todavia, diante da relevância, em especial, a análise e compreensão das crises nas quais o Estado tem constantemente experimentado uma ligeira impotência de resolução imediata dos desafios, cumpre avançar no que se denominou como Estado Liberal e Estado Social, com vistas até mesmo consolidar as bases à um câmbio de horizontes plausível no contexto.

Como é possível inferir acerca deste processo de constituição, o Estado como “[...] o monopolizador do poder, o detentor da soberania, o depositário da coação incondicionada, torna-se, em determinados momentos, algo semelhante à criatura que na imagem bíblica, se volta contra o Criador.” (BONAVIDES, 2011, p. 41). Nesta esteira, em movimento antagônico se vislumbra a noção de Estado de Direito<sup>2</sup> ao receber os aportes do liberalismo, em uma clara orientação de limitação estatal em favor do indivíduo, um Estado submetido ao império da lei, o que poderia ser traduzido como o segundo passo do Estado Moderno.

Assim, também permanecem evidenciadas algumas das principais características do Estado Liberal, como a separação entre o Estado e a Sociedade, e a Separação de Poderes (funções/atribuições) no que concerne as palavras de Avelãs Nunes (2007). Não obstante, é um equívoco bastante comum a associação imediata do Estado de direito “[...] que alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa [...]” (BONAVIDES, 2011, p. 42), com os objetivos da burguesia da época (derrubada da aristocracia-absolutista), pois este mesmo Estado de direito “[...] foi também um instrumento ao serviço da burguesia para, num segundo momento, tentar consolidar e perpetuar a sua posição de classe dominante [...]” (AVELÃS NUNES, 2007, p. 1). As pretensões claramente oriundas de uma nova divisão de classes, onde foram colocados lado-a-lado o capital e o trabalho não permitiram a correspondências amiúde das aspirações de outrora acerca da igualdade na concepção liberal clássica.

O evidente fracasso da doutrina liberal sobre o Estado de Direito faz com que nas palavras de Avelãs Nunes (2007) haja uma emergência do Estado Social, eis que neste sentido cresce a necessidade de uma participação mais efetiva do Estado neste modelo, com vista a promover justiça social. Todavia, o Estado Social<sup>3</sup> mesmo representando uma transformação significativamente relevante, no tocante a superestrutura do Estado Liberal, o grande signo que ainda resta neste novo cenário “[...] é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia.” (BONAVIDES, 2011, p. 184). As promessas advindas deste modelo de Estado são muitas e as frustrações igualmente incomensuráveis, pois a cada momento que se encontrava atendida uma demanda eventual, momento seguinte outra lhe ocupa o lugar, e com isto surgem as

2 “Talvez possamos admitir que o estado de direito assenta sobre três princípios essenciais: 1) o *princípio democrático*, que, por oposição ao *princípio monárquico* do estado absolutista, pressupõe a soberania popular; 2) o *princípio liberal*, implicando a ideia da separação entre o estado e a sociedade (a sociedade civil, no seio da qual se desenvolve a economia, como actividade que apenas diz respeito aos privados); 3) o *princípio do direito*, que implica a sujeição do estado ao direito, i.é, às leis aprovadas no parlamento.” (AVELÃS NUNES, 2007, p. 1, grifo do autor).

3 “Do que se trata é de articular *direitos, liberdades e garantias* (direitos cuja função imediata é proteção da autonomia da pessoa) com *direitos sociais* (direitos cuja função imediata é o refazer das condições materiais e culturais em que vivem as pessoas); de articular igualdade *jurídica* (à partida) com igualdade *social* (à chegada) e segurança jurídica com segurança social; e ainda de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político (e não já, ou não já necessariamente, económico) e democracia, retirando-se do princípio da soberania nacional todos os seus corolários (com a passagem do governo representativo clássico à democracia representativa).” (MIRANDA, 2011, p. 40, grifo do autor).

crises.

De acordo com Pfetsch (1998, p. 112-113): “John Hertz falava, já em 1969, da ‘crise do Estado-nação territorial’ e Ernst-Otto Czempel, no mesmo ano, referia-se à ‘soberania anacrônica’; [...]” No Brasil, a temática foi inserida por Bolzan de Moraes em 1996 (MENEZES NETO, 2016b), e passou a inaugurar um campo de pesquisas na Teoria do Estado. Não obstante sejam (e serão aqui) as crises do Estado abordadas de forma separada, as mesmas compõem um mosaico único (MORAIS, 2005).

A primeira peça deste mosaico diz respeito a Crise Conceitual, ou a interrogação do Poder como Soberania, soberania esta que perceptivelmente sofreu transformações até sua configuração atual, tendo em vista que era “[...] tradicionalmente tida como una, indivisível, inalienável e imprescritível.” (MORAIS, 2011, p. 27). O próprio transpassar do Estado Liberal ao Estado Social deu seu contributo à transformação da soberania, eis que não é vista mais como poder incontestável, mas como atrelada a um processo de cooperação, fruto em grande medida da flexibilização das fronteiras físicas.<sup>4</sup> Ademais, há de se considerar que os processos de globalização/mundialização, integrações regionais e comunidades supranacionais também passam a pressionar o esfalfado conceito tradicional de soberania.

Este cenário de pressões<sup>5</sup>, embora não seja de todo estranho ao Estado, pois o mesmo já o enfrenta interna e externamente deste sua concepção moderna, pode igualmente ser desafiador, por ser fruto da própria tentativa de resistência aos influxos. Os “[...] Estados são capturados na rede dos poderes públicos supraestatais, por eles próprios constituída [...]”, como “[...] o desenvolvimento de organizações intergovernamentais, gerais e especiais, mundiais e regionais.” (CASSESE, 2010, p. 57). Este processo é um esfacelamento da soberania, por vezes pelo Estado, que redimensiona ou torna as fronteiras permeáveis, o que impossibilita a material aplicação do direito em sua delimitação geográfica.

Um segundo fragmento deste mosaico é a denominada Crise Estrutural, ou também identificada com Crise do Estado Social que se desdobra em três frentes, a Crise Fiscal-Financeira, ou seja, a dificuldade do Estado se financiar e continuar atendendo suas tarefas sociais; a Crise Ideológica, que é uma representação da dificuldade de compatibilização entre a ampliação do acesso (demandas sociais qualitativas e quantitativas) e a burocratização (tecnoburocracia) como meio de resposta do Estado às demandas promovidas no campo político; e finalmente a Crise Filosófica, a qual “atinge exatamente os fundamentos sobre os quais se assenta o modelo do Bem-Estar Social. Aponta para a desagregação da base do Estado Social, calcada esta no seu fundamento a *solidariedade* [...]” (MORAIS, 2011, p. 48, grifo do autor).

Com isto, se alcança a pedra medial no mosaico de crises estabelecido por Moraes (2005,

---

4 Neste sentido Moraes (2011, p. 29) afirma que: “Uma *soberania pós-moderna* cujas fronteiras, aquelas próprias do modelo moderno do Estado, seriam flexíveis, onde sem que se saiba ao certo onde se iniciam e onde terminam, se é que se iniciam ou terminam, em algum lugar demarcado.”

5 “Não se deve esquecer que fortes investimentos feitos em um Estado dão suporte a seu regime, enquanto a redução dos investimentos o enfraquece, podendo até mesmo levá-lo à derrocada. Outrossim, em vista das intrincadas teias econômicas, um boicote econômico - caso seja efetuado com eficácia por todos os Estados - pode levar qualquer Estado a curvar-se.” (HÖFFE, 2005, p. 472).

2011), a Crise Constitucional ou Institucional, que é oriunda de uma pulsão do neoliberalismo tendente ao processo de desconstitucionalização. Além disto, cumpre destacar um processo de fragilização/fragmentação do Estado frente as pretensões colonizadoras de uma economia capitalista (capitalismo financeiro globalizado), uma vez que: “[...] este ambiente de crise proporciona e repercute na própria funcionalidade do Estado [...], bem como com uma disputa intestina, como percebemos sob a nomenclatura de *crise funcional* [...]” (MORAIS, 2011, p. 56, grifo do autor).

Penúltima peça desta estrutura, a Crise funcional ou perda de exclusividade, é fundamentada em uma multiplicidade de locais que emanam poder, é uma verdadeira perda de referência, pois o Estado visto como centralizador e exclusiva fonte de poder, se esvanece sensivelmente (MORAIS, 2011). Uma das situações que se apresentam é a hipertrofia do judiciário, ao avançar para além das funções intrínsecas ao modelo tripartite clássico, promovendo com isto, por exemplo a “[...] *judicialização da política*, em especial desde a centralidade assumida com a ascensão da função jurisdicional, particularmente ante o crescimento do seu papel como *jurisdição constitucional*.” (MORAIS, 2011, p. 56, grifo do autor). Da mesma forma, a crise funcional também pode ser notada externamente à própria estrutura do Estado, quando este passa a ser claramente confrontado com entidades não estatais para fazer valer a lei em seu território.<sup>6</sup>

A última parte que completa o mosaico diz respeito à Crise Política ou da Representação, o mecanismo da democracia moderna<sup>7</sup>, que por sua vez também não transpõe de maneira ileso o cenário até o momento apresentado (MORAIS, 2005). Neste contexto, há uma clara dissonância entre o modelo representativo e os anseios sociais dos representados, isto frente a verdadeira incapacidade do sistema político de compreender as transformações que constituem a complexa sociedade contemporânea, e suportar as influências/interferências do capitalismo financeiro, se convertendo este em um verdadeiro fantoche diante da apatia política gerada neste processo.<sup>8</sup> Assim, por ser uma

[...] construção humana e precária, o modelo estatal vive em crise desde sua fundação. Entretanto, as análises mais recentes parecem ter o fenômeno da globalização como um traço comum na discussão a respeito do destino do Estado-nação, especialmente levando-se em conta que o mundo atual é caracterizado pela expansão global da tecnologia da informação e da riqueza, fenômenos que tendem a desintegrar a compreensão de fronteiras espaço-temporais. (MENEZES NETO, 2016a, p. 40-41).

### O mosaico de crises, apresentado em sua configuração pentavalente, recai sobre o Estado

6 Neste sentido, acrescenta Sabino Cassese (2010, p. 32) “A fragmentação dos poderes públicos é um dos principais problemas dos ordenamentos modernos. Nos ordenamentos unitários, a instituição e posterior multiplicação de entidades públicas nacionais e o surgimento de figuras híbridas, constituídas de organismos semipúblicos, tiraram o sono dos cultores do Estado.”

7 Pierre Rosanvallon (2010, p. 304): “[...] *la democracia contemporánea puede ser comprendida como la forma política que reúne, aclimatándolas y desarrollándolas, las múltiples historias de la libertad, de la emancipación y de la autonomía que han marcado la experiencia humana.*”

8 Assim, esclarece Morais (2011, p. 72, grifo do autor): “[...] em contextos econômicos ou de pautas do capitalismo financeiro, os *mercados* alteram seus humores com a rapidez volátil da transferência eletrônica de *ativos* financeiros, fazendo com que as opções políticas presentes no jogo eleitoral deem soluções idênticas às questões que lhe são postas, desaparece o caráter representativo do sistema, diluído na homogeneidade de respostas.

Contemporâneo<sup>9</sup>, especialmente como resultado da própria Globalização que o confrontou às insuficiências apresentadas em solucioná-las. Na emergência de uma Revolução Industrial 4.0, de um crescimento exponencial das novas tecnologias, que percorrem o globo em velocidades inimagináveis é que se conforma a premência de desenvolver os contextos fundantes das referidas crises. Estado, Modernidade, Globalização e Capitalismo, signos que não se contentam com análises isoladas por tudo que já foi referido e o que ainda se está por discutir e, neste íterim serão melhor posicionados a seguir em suas imbricações.

## 2 MODERNIDADE, GLOBALIZAÇÃO E CAPITALISMO

A Modernidade<sup>10</sup> e o Estado, de acordo com a premissa que se partiu neste estudo, são inevitavelmente indissociáveis, assim como a emergência de um modo de produção capitalista, tendo em vista que a “[...] modernidade européia é inseparável do capitalismo.” (HARDT; NEGRI, 2001, p. 103) e a “disseminação das instituições modernas através do mundo foi originalmente um fenômeno ocidental” (GIDDENS, 1991, p. 74). O projeto/programa/paradigma moderno edificou uma série de promessas, as quais caberiam em grande parte ao Estado concretizar, por seu papel institucionalizador e centralizador do poder.

Todavia, como já é sabido o Estado em nenhum dos seus modelos conseguiu atender a totalidade de demandas da sociedade e, o Estado Social é um exemplo bastante evidente deste fracasso, em especial nos ditos países de modernidade tardia como é o caso na América Latina. Neste contexto, emerge o modelo do “[...] Estado Democrático de Direito, que busca assegurar as conquistas modernas e resgatá-las naquilo que ainda está incumprido, enfrentando, inclusive, suas próprias dificuldades [...] pela ‘complexidade’ da sociedade contemporânea.” (STRECK, MORAIS, 2008, p. 20).

É evidente que discorrer sobre a própria modernidade merece uma pesquisa de grande fôlego, mas sua relação de cooriginariedade ao Estado impõe algumas considerações sobre a própria modificação do paradigma. Diversos teóricos como Anthony Giddens, Jürgen Habermas, Ulrich Beck, Scott Lash, Zygmunt Bauman e Jean-François Lyotard se debruçaram sobre a temática com intenção de esclarecer o alcance do paradigma e suas transformações.

Como adverte Giddens (1991) não se pode compreender a modernidade em um plano linear, embora o autor não considere como relevante a imanência de uma pós-modernidade, enquanto paradigma no contexto contemporâneo. Todavia, seu pensamento remete à necessidade

<sup>9</sup> “O Estado não poderia ser considerado como uma forma de organização política ultrapassada. Sem dúvida, ele é confrontado com novos dados que modificam o contexto de sua ação e, notadamente, à pressão cada vez mais

insistente exercida pela globalização: ele ainda persiste na atualidade como o princípio fundamental de integração das sociedades e o local de formação das identidades coletivas; e ele permanece o elemento essencial em torno do qual se organiza a vida internacional.” (CHEVALLIER, 2009, p. 23).

<sup>10</sup> Para Bauman (2001, p. 15, grifo do autor): “A modernidade começa quando o espaço e o tempo são separados da prática da vida e entre si, e assim podem ser teorizados como categorias distintas e mutuamente independentes da estratégia e da ação; quando deixam de ser, como eram ao longo dos séculos pré-modernos, aspectos entrelaçados e dificilmente distinguíveis da experiência vivida, presos numa estável e aparentemente invulnerável correspondência biunívoca. Na modernidade, o tempo, tem *história*, tem história por causa de sua ‘capacidade de carga’, perpetuamente em expansão - o alongamento dos trechos do espaço que unidades de tempo permitem ‘passar’, ‘atravessar’, ‘cobrir’ - ou *conquistar*.”

de compreender as quatro dimensões institucionais/institucionalizadas da modernidade, o Capitalismo, o Industrialismo, a Vigilância e o Poder Militar. Outrossim, também é indispensável perceber que este estágio da modernidade não remete nem ao longe o atual momento, pois tem suas quatro garras cravadas na territorialidade.

Neste cenário, o Estado continua, em muito, operando a partir do modelo estabelecido no que poderia ser chamado segundo Giddens (1991) de baixa modernidade e não compreende com isto algumas das transformações introduzidas pelos processos de globalização/mundialização. De mesmo modo, o próprio modelo capitalista de produção também fez sua agenda se impor as condições estabelecidas pelos Estados e, aliado aos fluxos globais que desafiam a territorialidade, o cenário debatido das crises abriga às mais diversas tendências predatórias internas e externas à estatalidade.

O capitalismo, como referido, é estruturalmente também cooriginário ao Estado, pois foi por intermédio deste que seu florescer foi possível, mas é importante destacar que suas pretensões totalizantes foram além de um ambiente propício a sua racionalidade. É plausível de qualquer análise a identificação clara de que as pretensões do capitalismo moderno eram, não de operar na concepção do Estado-Nação, mas de modificá-lo até o limite de suas necessidades, qual seja, um deslocamento do sistema econômico da esfera da estatalidade.

Igualmente, é evidente que há uma influência em repensar os paradigmas, pois neste caso, a “[...] pós-modernidade, por outro lado, vive num estado de permanente pressão para se despojar de toda interferência coletiva no destino individual, para desregulamentar e privatizar [...]”, (BAUMAN, 1999b, p. 26) algo que interessa claramente a um modelo de racionalidade capitalista. Esta influência do sistema econômico pressiona, a cada oportunidade, por fazer regredir os avanços assumidos pela estatalidade quando da assunção de funções sociais (Estado Social). Não obstante, cumpre relembrar, como acima referido, que o Estado Social não abandonou o modelo capitalista, algo que lhe custa caro na contemporaneidade, frente a incompatibilidade na raiz das intenções de ambos, mas que também apresentou questões de cooperação mútua.<sup>11</sup>

Contudo, outro fenômeno que acompanha de perto todo o cenário é o da globalização, que de igual turno não se apresenta como um consenso, nem ao menos, quanto ao seu surgimento, ou mesmo extensão. Algumas posições identificam-na frequentemente com as grandes navegações, outras com períodos pré-Estado Moderno ou até mesmo o início do século XX no pós-guerra. Todavia, em síntese apurada, a ideia da “[...] globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo.” (BAUMAN, 1999a, p. 66).

Assim como a modernidade, a globalização também ocupa distintos momentos identificáveis, sem uma linearidade dogmática<sup>12</sup>, o que resulta um equívoco comum de análises

---

11 “Como resultado da associação que se desenvolveu entre o capitalismo e o Estado-nação, as sociedades modernas diferem de todas as formas de civilização preexistentes. O Estado-nação e a empresa capitalista eram ambos depositários de poder, nos quais o desenvolvimento dos novos mecanismos de vigilância assegurava muito maior integração social através do tempo e do espaço do que havia sido previamente possível.” (GIDDENS, 2012, p. 144).

12 “A globalização não consiste em processo linear, com princípio, meio e fim, desenvolvendo-se por etapas e momentos previsíveis, explicáveis em virtude de relações de causa e efeito; trata-se de um fenômeno multidimensional,

ao tentar congelar a observação em algum ponto e conceituar a globalização. “Globalização é, por conseguinte, um conceito abrangente de largo espectro (*catch all concept*), que pode ser livremente formulado de forma ampla ou restrita.” (PFETSCH, 1998, p. 106, grifo do autor). E, neste sentido, o que efetivamente é relevante, não é a conceituação simples e objetiva ou alongada e detalhada, mas o seu impacto efetivo à Teoria do Estado na contemporaneidade, os desdobramentos, as suas consequências. “Com a globalização, no fim do século XX, novamente o Estado Nacional passa a sofrer a competição de instituições supranacionais ou transnacionais e subnacionais ou infranacionais de poder [...]”. (FORJAZ, 2000, p. 42). Jacques Chevallier ao desenvolver sua explicação sobre a internacionalização/globalização afirmou que:

As fronteiras, físicas e simbólicas, que delimitavam a esfera de influência, o espaço de dominação do Estado, tornaram-se porosas: os Estados são atravessados por fluxos de todas as ordens, que eles são incapazes de controlar, de canalizar e, se necessário, conter; já não tendo controle sob as variantes essenciais que comandam o desenvolvimento econômico e social, a sua capacidade de regulação tornou-se, concomitantemente aleatória. (CHEVALLIER, 2009, p. 32)

O capitalismo na esteira dessas transformações potencializou sua influência e suas pretensões, mas não dispensou o Estado desta configuração - como alguns “futurólogos” gostam de alardear -, pois como acrescenta Anthony Giddens (1991), é necessário considerar assim como realizado no tocante a modernidade, as quatro dimensões da globalização<sup>13</sup>, que são justamente o sistema de Estado-Nação, a divisão internacional do trabalho, a Economia capitalista mundial e a Ordem militar. “O capital é globalmente móvel, o estado é territorialmente vinculado. É também o Estado que tem de assumir os custos decorrentes de tais decisões como, por exemplo, o desemprego gerado pela mobilidade global da produção.” (PFETSCH, 1998, p. 106) Assim, o Estado continua sendo importante *locus* na reconfiguração em curso promovida pela globalização.

Novamente, fica evidente que o Estado tem operado em nível distinto dos fenômenos que o atravessam, pois como refere Zygmunt Bauman (2001), já houve uma emergência da modernidade líquida, ocupando lugar da territorializada modernidade sólida<sup>14</sup> de outrora. No entanto, não é perceptível que o Estado tenha compreendido esse transpassar da modernidade pesada para leve, da era do *Hardware* para a era do *Software*, bem como as mudanças que foram sendo transformadas ao longo do próprio paradigma moderno como a cisão espaço-tempo e a reconfiguração de suas relações na contemporaneidade.

A imbricação entre modernidade, capitalismo e globalização é inegável e, os desafios

---

envolvendo diversos domínios da atividade e da interação humanas, tornando-se, assim, em fenômeno complexo que exige a formulação de políticas públicas extremamente sofisticadas para a solução de seus problemas.” (BARRETTO, 2013, p. 225).

13 “Os pensadores liberais e neoliberais de uma maneira geral tendem a diminuir excessivamente o peso e as funções do Estado, enquanto a postura inversa de defesa radical do estatismo pode redundar em dogmatismo, que ignora as recentes transformações do Estado provocadas pela globalização.” (FORJAZ, 2000, p. 48).

14 “A modernidade pesada foi a era da conquista territorial. A riqueza e o poder estavam firmemente enraizadas ou depositadas dentro da terra - volumosos, fortes e inamovíveis como os leitos de minério de ferro e de carvão. Os impérios se espalhavam, preenchendo todas as fissuras do globo: apenas outros impérios de força igual ou superior punham limites à sua expansão.” (BAUMAN, 2001, p. 132).

empreendidos à estatalidade só fazem aumentar, pois além de uma globalização econômico-financeira - sem desconsiderar demais mutações - como aponta Jacques Chevallier (2009) -, não bem compreendida, já se está na premência de fracassar frente a passagem à sociedade da informação. Não obstante, Zygmunt Bauman destaca que:

A integração e a divisão, a globalização e a territorialização, são *processos mutuamente complementares*. Mais precisamente, são duas faces do mesmo processo: a redistribuição mundial de soberania, poder e liberdade de agir desencadeada (mas de forma alguma determinada) pelo salto radical na tecnologia da velocidade. A coincidência e entrelaçamento da síntese e da dispersão, da integração e da decomposição são tudo, menos acidentais; e menos ainda passíveis de retificação. (BAUMAN, 1999a, p. 76, grifo do autor).<sup>15</sup>

Os impactos deste cenário são os mais diversos, pois a incompatibilidade entre o pensar o estágio/momento da modernidade pelo Estado, bem como a submissão à agenda da globalização capitalista não permitem enfrentar os desafios em sua plenitude. “De fato, a globalização é um paradoxo: é muito benéfica para muito poucos, mas deixa de fora ou marginaliza dois terços da população mundial.” (BAUMAN, 1999a, p. 79). Ademais, as respostas estão limitadas, pois não há um pensar novo ou um câmbio de horizonte imaginável. O momento atual dos paradigmas está dialogando com novas perspectivas tecnológicas, resultado de todo este processo exposto.

Assim, o espectro da Crise Conceitual insurge com maior intensidade, pois mesmo que ainda permaneça como um importante ator, “[...] já não consegue dar conta da complexidade das (des)estruturas institucionais que se superpõem hoje.” (MORAIS, 2011, p. 35). De igual modo, a Crise Institucional também pode e deve ser destacada, tendo em vista o próprio enfraquecimento estatal e os processos de desconstitucionalização agenciados pela corrente neoliberal que tenta reforçar suas posições no capitalismo financeiro globalizado contemporâneo. Além disto, as Crises Funcional e Política também são evidentemente, em especial nos problemas no campo da democracia que se apresentam na atualidade, mas não representam um fim do Estado.<sup>16</sup>

A democracia é que tem sido atingida com maior intensidade neste processo, seja pelo capitalismo globalizado (redução de escolhas políticas), pelos fluxos globais (escapam do controle social), ou pelas novas tecnologias que implicam a atuação do Estado, como é o caso da *Surveillance* (são incompreendidas ou simplesmente ignoradas em razão dos benefícios). Não são temas novos os desafios à democracia, mas igualmente, nunca se percebeu uma quadra da história

15 Neste sentido, Frank Richard Pfetsch (1998, p. 114) afirma que: “A capacidade de atuação do Estado está ao mesmo tempo erodida e reforçada. Com prudente otimismo, pode-se admitir que a política corporativa no plano interior e a internacional governance no plano externo recuperam a perda de operacionalidade decorrente dos processos indicados e até mesmo expandem a capacidade de agir. O espaço de atuação do Estado não foi, afinal, meramente restrito, mas deslocou-se. Modelos de política transformaram-se e passaram a outras arenas. Falo aqui da tese do deslocamento – e não de decadência, mas sim de um deslocamento dos espaços de atuação do Estado – que se pode formular, também, como evolução da forma (Maintz).”

16 “Aqueles que anunciam o fim do Estado-nação presumem, com freqüência (sic), a erosão do poder do Estado em razão das pressões da globalização, e não percebem a persistente capacidade que têm os Estados de formular as orientações políticas nos planos doméstico e internacional. O grau de ‘autonomia’ do Estado moderno em distintas condições não tem sido devidamente apreciado; em conseqüência (sic), as bases para uma análise rigorosa e sistemática da forma e dos limites das modernas democracias são negligenciadas. Claramente, o impacto dos processos globais variam de acordo com as condições internacionais e nacionais.” (HELD, 1991, p. 164).

com tanto impacto, percorrendo da primavera árabe às controversas eleições de ultranacionalistas pelo mundo. Neste sentido, é necessário compreender o motivo pelo qual o Estado ainda não percebe a complexidade e a amplitude da *Surveillance*, bem como a insuficiência do Direito neste cenário.

### 3 SURVEILLANCE: A QUESTÃO NÃO COMPREENDIDA PELO ESTADO CONTEMPORÂNEO

As dificuldades do Estado são claras nos diversos cenários apresentados, porém este conseguia, de toda sorte, um melhor posicionamento quando da referida modernidade sólida<sup>17</sup>, pois embora a cisão espaço-tempo já se apresentava como um agulhão, ainda existia uma singela metricidade. O grande papel de provedor de certezas à sociedade, e sua dificuldade de impor uma agenda frente a agenda econômica global do capitalismo, são os resultados claros de uma insuficiência ainda maior. Em que pese, os Estados considerados desenvolvidos possam aparentemente não apresentar um impacto em grande escala, em verdade também não conseguem como os demais lidar com os desafios de forma satisfatória.

O cenário tecnológico, característica fundamental da modernidade líquida, seja por sua concomitância, seja por seu predicado de não se fixar em nenhum lugar e se moldar à todos os espaços. Estas desestabilizações são fruto de enormes questionamentos das respostas democráticas, bem como no âmbito da insuficiência de regulação pelo Direito estatal. Não obstante, muitas destas tecnologias são oriundas dos próprios Estados, mas que rapidamente fogem ao seu controle como por exemplo a *DeepWeb* ou Rede TOR<sup>18</sup> (Internet Profunda).

Um apontamento importante sobre o panorama é realizado por Menezes Neto (2006b) ao reconhecer que a grande dificuldade do Estado frente aos novos desafios é ter um “olhar do novo como novo” (a capacidade de liquefazer das Novas Tecnologias da Informação), e não apenas tentar incorporar ao seu portfólio tradicional. Esta nova onda da globalização, a sociedade da informação (CHEVALLIER, 2009) coloca em lados distintos Sociedade e Estado, pois como é o caso da Google e da República Popular da China, onde esta exigiu a censura de determinados sítios em seu sistema de busca.<sup>19</sup>

17 “A lógica do poder e a lógica do controle estavam fundadas na estrita separação entre o ‘dentro’ e o ‘fora’ e em uma vigilante defesa da fronteira entre eles. As duas lógicas, reunidas em uma, estavam incorporadas na lógica do tamanho, organizada em torno de um preceito: maior significa mais eficiente. Na versão pesada da modernidade, o progresso significava tamanho crescente e expansão espacial.” (BAUMAN, 2001, p. 133-134).

18 A denominada internet profunda, *DeepWeb* ou mesmo Rede TOR (*THE ONION ROUTER*), dizem respeito a uma Rede paralela ao funcionamento dos Navegadores WWW (*Web*) comuns e se caracteriza como um local de extremo anonimato e de enorme dificuldade de rastreamento. Outro ponto importante que merece destaque é que cada membro da rede (dispositivo conectado) funciona como um Servidor/Roteador da própria Rede TOR, por este motivo é conhecida como Rede Cebola em que são várias camadas sobrepostas que impedem um rastreamento por exemplo de IP (Protocolo de Internet), algo como um endereço do dispositivo conectado (*notebook, smartphone, televisores*). Ademais, a Rede TOR foi criada pelo Departamento Naval estadunidense, com objetivo de tornar seguras suas transmissões, posteriormente foi utilizada para permitir que cidadãos de Estados que controlam a internet, transmitam suas comunicações.

19 De acordo com Jacques Chevallier (2009, p. 35, grifo do autor): “[...] a internet constitui a prefiguração dessas que serão as ‘autoestradas da informação’ do futuro: sistema de circulação de informação aberta, constituída a partir da interconexão de redes de computadores, a internet é ‘rede sem coração, nem senhor’; por essência mesmo deslocalizada, a sua característica é ignorar fronteiras, de abolir distâncias, permitindo aos usuários ter acesso livremente à informação disponível no mundo inteiro. Sem dúvida, alguns dispositivos foram introduzidos pelos

Ocorre que, do mesmo modo que as informações (saber) circulam por todo o globo em velocidades inimagináveis e que existam até mesmo conflitos (poder) entre os Estados e suas Sociedades como no referido caso, há problemas superiores a estes para Teoria do Estado e também para os Direitos Individuais. “A relação entre saber e poder não é novidade, mas, atualmente, está sendo completamente redesenhada ou mais precisamente, elevada a pontos inimagináveis.” (MENEZES NETO, 2016b, p. 72). Neste vácuo de poder ou neste espaço simulacro de poder, houve o estabelecimento de gigantes privadas da tecnologia que passaram a dominar instrumentos muito mais eficazes, que por vezes, compartilham com os Estados (quando lhe aprouver), e passam a ser detentoras da informação.

Os Estados, acostumados às antigas tecnologias de vigilância, próprias da modernidade sólida, se deparam com a sofisticação da *Surveillance*<sup>20</sup>, que deve ser compreendida como vigilância e controle, e não apenas pela possível tradução literal de vigilância. “Tradicionalmente, os estudiosos da vigilância focaram-se em quatro vertentes principais de relação, todas elas conectadas à noção de modernidade sólida: ao Estado-nação; à burocracia; à lógica tecnológica e à economia política.” (MENEZES NETO, 2016b, p. 93). Sendo assim, a dimensão da tecnologia como parte indistinguível da vida em sociedade, não recebe a atenção imprescindível no conceito tradicional de mera vigilância, pois é tratada como um meio e não como um fim, conforme a compreensão da amplitude da *Surveillance*.

Os teóricos dos estudos da *surveillance* entendem, corretamente, que ela é um fenômeno complexo. Como resultado, a conotação de “detentores do poder” não deve adquirir traços panópticos ou necessariamente orwellianos. Não há razões para acreditar na existência de um poder “maligno”, centralizado e capaz de coordenar uma única prática de *surveillance*. Não se trata de um fenômeno “essencialmente” negativo, especialmente se for compreendido como parte integrante do cotidiano, como forma inescapável de mover-se num mundo cada vez mais conectado. (MENEZES NETO, 2016a, p. 34, grifo do autor).

O fenômeno, como referido, é extremamente complexo e o Estado ao mesmo tempo em que se serve deste fluxo de informações - dados e metadados<sup>21</sup> -, esbarra igualmente em uma tentativa clara de controle. Os efeitos, notadamente, não são sentidos apenas pelos Estados em sua ineficiência, mas ao mesmo tempo, observáveis nos seus nacionais (aqueles nos quais o Estado tem seu compromisso primevo), pois a temática em uma primeira resposta, não está diante de liberdades positivas como as dos antigos, mas sim, das liberdades negativas dos modernos (CONSTANT, 1819).<sup>22</sup> “O Estado – e o direito dele originado – parece incapaz de resolver, Estados para controlar e, mesmo barrar a circulação do fluxo de informações [...]”.

20 Segundo Elias Jacob de Menezes Neto e Jose Luis Bolzan de Moraes (2013, p. 895): “Preferiu-se utilizar o vocábulo em inglês em virtude dos problemas que conclusões equivocadas das traduções literais – vigilância, fiscalização, supervisão, olhar – poderiam resultar. Além disso, a grande maioria das obras dedicadas ao estudo do tema é em língua inglesa.”.

21 Metadados são todas as informações sobre os dados (dados sobre dados), como horário, localização, frequência. No fenômeno da *Surveillance* essas informações podem ser mais relevantes que os próprios dados.

22 “Assim, entre os antigos o indivíduo quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos seus movimentos; [...]. Entre os modernos, ao contrário, o indivíduo independente

exclusivamente, os problemas oriundos da violação de direitos fundamentais pelas técnicas de *surveillance*.” (MENEZES NETO, 2016a, p. 51, grifo do autor). Embora, alguns Estados possam estar neste panorama como mentores, estes também não conseguem garantir aos seus nacionais as mesmas condições que outros tantos mais fragilizados.

O déficit democrático produzido é a marca latente do fenômeno da *Surveillance*, pois mesmo que seja uma ferramenta, muitas vezes, estatal, frequentemente é utilizada sem qualquer transparência, muito antes pelo contrário, marcada por muito segredo como é o caso da composição e funcionamento da Rede TOR. No entanto, como no caso da referida rede, onde os EUA utilizavam para segurança de suas comunicações militares e, depois para interesses geopolíticos, pois permitia muitas vezes que opositores de Estados considerados inimigos pelos estadunidenses burlar as restrições de acesso e comunicações imposta à internet, é possível perceber que os mesmos desenvolvedores perderam qualquer espécie de influência/controlado/autoridade. Corroborando, Menezes Neto esclarece que:

O poder público, contudo, não é o único a empregar práticas de *surveillance*. A utilização dos bancos de informações pessoais pelos poderes privados é cada vez maior. Não se está falando apenas das empresas cuja especialidade é prestar serviços dessa natureza para o Estado, mas, muito além disso, de praticamente todos os serviços utilizados pelos indivíduos no seu cotidiano: operações financeiras, viagens, telefonia móvel, internet etc. Dos hábitos de compras à geolocalização por satélites transmitida pelos seus *smartphones*, a quantidade colossal de informações individualizáveis, utilizadas abertamente para fins publicitários, permitem a criação de *data-doubles*<sup>23</sup>, ou seja, de versões digitalizadas do ser humano que contém todas as informações por ele disponibilizadas de maneira consciente ou não. (MENEZES NETO, 2016a, p. 40, grifo do autor).

Muitos Estados ainda não conseguiram compreender que sua centralidade no cenário não é mais desejada/desejável, que a tecnologia permitiu que essa coleta de dados não se dê apenas por intermédio dos conhecidos bancos de dados oficiais. Ademais, em especial aos poderes privados, algo que pode ser considerado muito mais valioso foi inserido nesta relação, qual seja, os metadados (registros que podem ser utilizados para traçar perfis dos mais diversos interesses). O impacto deste contexto é desastroso nos direitos fundamentais, no Estado e na democracia, eis que os poderes privados passam a dominar um campo altamente especializado e que foge indubitavelmente da perspectiva de regulação no curto prazo.

É evidente que os impactos sociais deste problema ainda não foram experimentados em sua plenitude, mas apenas o potencial já é verdadeiramente assustador. Empresas como Facebook,

---

na vida privada, mesmo nos Estados mais livres só é soberano em aparência. Sua soberania restrita quase sempre interrompida; [...]” (CONSTANT, 1819, p. 3).

23 Em se tratando os eventuais riscos e das consequências, destaca-se no mesmo sentido que: “A formação desses *data-doubles* pela iniciativa privada permite o desenvolvimento de técnicas de classificação social das pessoas em determinadas categorias, o que pode resultar em novas práticas de discriminação social e violação da igualdade. Essas práticas, embora tornem o ser humano transparente ao olhar dos poderes econômicos, turvam a situação inversa, ou seja, criam relações assimétricas – e, portanto, antidemocráticas – de visibilidade, controle e poder.” (MENEZES NETO; MORAIS, 2013, p. 897, grifo do autor).

Google, Microsoft, Apple, Samsung e Sony (rol meramente exemplificativo) dispõe a cada dia de mais informações (dados e metadados) de seus consumidores. “Por sua vez, a *surveillance* ultrapassa a barreira do tempo real (presente), além de utilizar dados coletados no passado para interferir a possibilidade de um evento no futuro.” (MENEZES NETO, 2016b, p. 99, grifo do autor). Assim, estas informações circulam com velocidade inimagináveis e são compartilhadas com governos, quando interessa às gigantes da tecnologia. “Contudo, os critérios de coleta, análise e classificação das informações são opacos, especialmente em razão de se tratarem de conhecimentos eminentemente técnicos e, portanto, de difícil compreensão por leigos.” (MENEZES NETO; MORAIS, 2013, p. 900, grifo do autor).

A incapacidade dos Estados em controlar este cenário, inaugura parcerias nefastas e escusas, onde se privatiza de maneira sutil as funções inerentes ao Estado, em nome do compartilhamento destas informações. Como referido acima por Menezes Neto (2016b), se está diante de algo que não pode ser entendido apenas de maneira negativa, ou mesmo não se pode compreender com as lentes do passado, do velho Estado territorializado. Mas, é indispensável “[...] reelaborar um modelo de controle do exercício dos poderes associados à tecnologia da informação que colocam em risco os direitos fundamentais e a democracia.” (MENEZES NETO; MORAIS, 2013, p. 898, grifo do autor). É, por este motivo, que se faz necessário avançar nas questões que envolvem uma melhor compreensão da tecnologia e a dimensão de risco associado, pois como já mencionado os indivíduos são a fonte crescente e voluntária de cessão destas informações.

#### **4 RISCO E TECNOLOGIA: DIANTE DA (IN)DISSOCIABILIDADE DOS ACONTECIMENTOS FRENTE A AMBIVALÊNCIA DA TÉCNICA**

A Modernidade em toda sua perspectiva (Sólida/Líquida), trouxe uma aproximação conceitual da dimensão do Risco, que por muitos foi inicialmente confundida com a ideia de perigo de sociedades pré-modernas, pois embora estejam “[...] intimamente relacionados, [...] não são a mesma coisa. A diferença reside em se o indivíduo pesa ou não conscientemente as alternativas ao contemplar ou assumir uma linha de ação específica.” (GIDDENS, 1991, p. 45). O risco é um fenômeno moderno e portanto influente e influenciado no modelo econômico capitalista e pelos fluxos e influxos da globalização.

Os Estados também estão adstritos à necessidade de compreensão do conceito/contexto em que o risco se intermedeia, pois é um cenário não muito claro devido a sua complexidade. A função protetora/provedora assumida pelo Estado, o garantidor de certezas é seguramente colocada em xeque diante de um panorama de risco na contemporaneidade. Os meios pelos quais os Estados intervêm na questão, também não correspondem de maneira adequada, pois não há uma arquitetura supranacional ou cooperacional. Ocorre que, para Ulrich Beck os:

[...] riscos são inicialmente bens de rejeição, cuja inexistência é pressuposta até prova em contrário - de acordo com o princípio: “in dubio pro progresso”, e isto quer dizer: na dúvida, deixa estar. [...] Os riscos podem ser legitimados pelo

fato de que sua produção não foi nem prevista, nem desejada. As situações de ameaça precisam, portanto, na civilização cientificizada, romper o privilégio da tabularização que as cerca e “nascer cientificamente”. (BECK, 2011, p. 41, grifo do autor).

O problema da disciplina dos riscos (em geral), é justamente o mesmo do identificado na *Surveillance* (em específico), o Estado tenta resolver questões desterritorializadas com o direito territorial. Não há como se afastar completamente do panorama, eis que em maior ou menor medida todos serão atingidos se agirem com a racionalidade da modernidade sólida. “O efeito bumerangue também acaba por afetar países ricos, que justamente se haviam livrado dos riscos através da transferência [...]” (BECK, 2011, p. 53), mas que em alguma medida terão o retorno dentro de suas fronteiras<sup>24</sup>.

Este processo é acelerado, de toda sorte, quando o capitalismo e a globalização atingem um nível mais elevado de entrelaçamento, permitindo que se insiram avanços tecnológicos que alargariam os contextos até então vigentes. Embora Ulrich Beck possa ter objeções críticas acerca de sua concepção e extensão do Risco<sup>25</sup>, em especial por Zygmunt Bauman com aponta Menezes Neto (2016b), não se pode olvidar que o ponto de ancoragem apresentado para uma construção de Sociedade de Risco é extremamente relevante. Este esqueleto teórico desenvolvido, estabelece uma cristalina junção entre Tecnologia e Risco, além de identificar os referidos contributos do capitalismo e da globalização para o aprofundamento das desigualdades sociais.

A ciência na contemporaneidade já bastante colonizada pela técnica, aqui entendida de caráter potencialmente à serviço do capitalismo globalizado, expõe a fragilidade estatal, pois este não mais está na vanguarda da pesquisa científico-tecnológica, se é que em algum momento esteve. Assim como referido anteriormente em relação à *surveillance*, a técnica/tecnologia também não pode ser demonizada ou negatizada. “O aspecto ambivalente de toda ação técnica passou a implicar na impossibilidade de se distinguir e separar os efeitos bons e maus.” (BARRETTO, 2013, p. 322). Todavia, é imperativo perceber que igualmente como ocorre naquela, há uma intensa redução na participação decisória da sociedade, pois decisões técnicas ficavam frequentemente adstritas aos campos da ciência tecnicizada, sendo a Sociedade e o Estado meros espectadores.

Contudo, há uma singela modificação, pois “[...] se as pessoas vivenciam os riscos como algo real, *eles são reais*. Se eles são, contudo, reais nesse sentido, eles reviram a estrutura de competências sociais, políticas e econômicas.” (BECK, 2011, p. 95, grifo do autor). Assim, é possível identificar as razões das crises que o Estado está enfrentando, mas igualmente, há outros riscos oriundos dos processos tecnológicos, que sequer são meramente percebidos pela sociedade ou regulados pelo Estado, como é o caso da *Surveillance*.

Quando se está diante dos riscos (aqui entendidos como fenômenos da modernidade),

---

24 “A única proteção realmente eficaz sob essas condições seria *não* comer, *não* beber, *não* respirar. E mesmo isto ajuda apenas em parte.” (BECK, 2011, p. 43, grifo do autor).

25 “O núcleo da consciência do risco não está no presente, e sim *no futuro*. Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente. Em seu lugar, entra o futuro, algo todavia inexistente, construído e fictício como ‘causa’ da vivência e da atuação presente.” (BECK, 2011, p. 40, grifo do autor).

também se está diante de um processo desigual de redistribuição, tendo em vista que não obedece a mesma lógica da distribuição da riqueza. Ao mesmo tempo, é necessário discordar de algumas afirmações de Ulrich Beck (2011), pois não se pode conferir a mesma intensidade à quaisquer indivíduo independente de sua condição social, tendo em vista que embora seja impossível controlar seus efeitos como nas questões ambientais, os mais dependentes do Estado Social serão os mais fragilizados, inaugurando mais uma das crises mencionadas.

É indubitável que seja denominada de Sociedade de Risco (BECK, 2011) ou Sociedade da Técnica (BARRETTO, 2013), o momento do paradigma moderno que não se afasta da Tecnologia e, por tudo que já foi mencionado, a mesma igualmente não se percebe sem a presença do Risco. A potencialidade que a tecnologia dispõe frente aos controles que à ela são possíveis é quase identificável com uma disputa entre uma arma de brinquedo e uma bomba de hidrogênio. A presença dos ditames do capitalismo financeiro global na condução da ciência, ora tecnicizada, e o alargamento e popularização das mais diversas ferramentas tecnológicas são o espectro mais contundente que fenômenos com aportes tecnológicos como a *Surveillance* são promotores do risco. Afinal,

“[...] a *surveillance* é um fenômeno incapaz de ser reduzido a uma série de conceitos e, atualmente, só encontra dois limites, a saber, a capacidade técnica dos seus instrumentos e a criatividade dos indivíduos para criar novos sistemas de categorização e análise de dados.” (MENEZES NETO, 2016a, p. 47, grifo do autor).

Assim, a equação estabelecida é bastante fulgurante, pois as novas tecnologias da informação se ampliam na medida que os recursos investidos em seu desenvolvimento também se dilatam. Quando aplicadas à *Surveillance*, é possível perceber que estes recursos tecnológicos não estão exclusivamente de posse dos Estados e, muitos inclusive estão totalmente alijados, sendo apenas destinatários dos riscos. “As práticas da *surveillance*, auxiliadas pela tecnologia de informação, tornam visíveis mais dados ao pequeno grupo que dispõe de recursos econômicos e técnicos para processá-los.” (MENEZES NETO, 2016a, p. 47, grifo do autor). Permitindo que o cenário seja rapidamente consolidado em alguns poderes privados, de igual sorte promotores dos mais diversos riscos.

A tentativa frustrada de compreender a *Surveillance* como mera vigilância, de não identificar as relações entre Risco e Tecnologia, bem como não reconhecer as limitações da territorialidade fazem com que o Estado aprofunde as crises funcional e política. Este contexto, reserva uma necessidade de identificar novos caminhos à reconstrução democrática de um controle social destas práticas, com vistas até mesmo a legitimar as medidas do Estado e conformar a Teoria do Estado na contemporaneidade. Desta maneira, é importante um encerramento, mesmo que provisório da discussão, no âmbito das possibilidades de uma solução democrática aos desafios impostos, pois relegar estas decisões aos denominados poderes privados é abandonar a própria necessidade de debater o Estado.

## 5 OS FLUXOS GLOBAIS E A FRAGILIDADE DA TERRITORIALIDADE ESTATAL: POR UMA SOLUÇÃO DEMOCRÁTICA AO CENÁRIO DE CRISE

Os desafios oferecidos pela *Surveillance*, como já referido, assentam o Estado como incapaz de responder regulatoriamente no âmbito do seu direito interno, pois o fenômeno escapa à um racionalismo territorializado. Alguns Estados se serviram, e ainda se servem dos denominados poderes invisíveis contra seus próprios cidadãos, o que de toda sorte é incompatível com uma democracia, sendo um dos maiores enigmas assentados na modernidade líquida. Ademais, não se pode esquecer das parcerias com entidades (poderes) privados na prática da vigilância e controle, mas indubitavelmente o resultado, o produto destas práticas se transforma em algoritmos que o Estado não tem acesso e a sociedade sequer desconfia da sua existência.

Os gigantescos bancos de dados/metadados organizados pelos poderes privados são de potencial ainda inimaginável, pois de plano é simples compreender que os indivíduos segundo a lógica capitalista ou são (possíveis) consumidores ou não interessam. Da mesma forma, operam os Estados, em especial em casos de segurança interna contra o terrorismo - onde a *Surveillance* é utilizada frequentemente -, ou os indivíduos são (potenciais) agressores ou não. Ambos, podem classificar, catalogar e traçar perfis das pessoas, sem qualquer participação democrática, além de transformar em códigos computacionais que passarão a operar em um modelo predeterminado e oculto da sociedade.

Todavia, embora os Estados sejam usuários, o código fonte é do poder privado, que busca a todo momento se afastar de quaisquer regulamentações de ordem democrática e, por vezes, propondo até mesmo a forma de regulação via indicadores ou *standards* internacionais, sob os quais possuem grande influência. “O direito justo, por seu turno, não pode ser responsabilidade das partes afetadas, mas de poderes ‘públicos’ comuns, de um Estado em sentido lato.” (HÖFFE, 2005, p. 502, grifo do autor). Não obstante, este fato é conducente da Crise Institucional e Funcional do Estado, bem como um grande promotor de desigualdades por estas classificações de indivíduos (MENEZES NETO, 2016b).

É preciso ter presente, que embora o Estado não compreenda a plenitude da *Surveillance* e os riscos inerentes à democracia, este não pode abdicar às promessas assumidas, em especial em relação as liberdades (negativa e positiva).<sup>26</sup> “*La importancia y el atractivo de la idea del Estado moderno residen en la noción de un sistema de poder circunscrito cuyo cometido es respaldar un conjunto específico de regulaciones y controles que se impone a gobernantes y gobernados por igual.*” (HELD, 1997, p. 181). Todavia, escapam destes controles por força da globalização alguns dos principais atores da *Surveillance*, as transnacionais da tecnologia da informação e comunicação. Com isto:

---

26 Segundo Hans Kelsen (2000, p. 278): “A liberdade negativa, essencial à democracia moderna, existe na proibição constitucional de qualquer ato [...] restrinja [...] liberdades ou direitos humanos que uma constituição deve garantir para ser considerada democrática [...]”.

[...] a lei assegura a extensão e a controlabilidade do poder público e, portanto, delimita exatamente suas competências.” Assim, a ação estatal é rigidamente planejada pela lei, que estabelece fins, regras e deveres para o poder público. Esse é o modelo do poder legal-racional, previsível, mensurável, e, portanto, controlável. Do lado oposto, os sujeitos privados agem de acordo com interesses e objetivos próprios, visto que a lei define apenas o que lhes é vetado. (CASSESE, 2010, p. 137).

A grande dificuldade de levar a efeito a constatação do autor, se traduz justamente na fluidez diversamente mencionada ao longo do presente. Além disto, a repetitiva resposta territorializada do Estado, está sistematicamente ignorando que os indivíduos também necessitam participar deste processo. Afinal, são eles os diretamente atingidos, bem como os grandes fornecedores, voluntários, de seus dados/metadados. Embora, seja manifesto que “[...] *el Estado moderno se desarrolló como Estado-nación bajo la forma de democracia representativa liberal, y cómo este tipo de democracia llegó a predominar en el mundo político.*” (HELD, 1997, p. 75).

A democracia moderna alcançou seu ápice ao passo que também percebeu sua insuficiência na territorialidade, pois foi possível perceber que não só a participação política era mote único e indispensável. “*El desarrollo en el largo plazo de mecanismos de democracia directa también participó de ese movimiento de concentración, al presuponer que la plena realización del ideal democrático [...]*” (ROSANVALLON, 2010, p. 297). Neste sentido, a força motriz na qual se está esquadrinhando a mudança, é a concepção de autonomia do indivíduo no exercício democrático.

*La idea de autonomía implica que el ejercicio de la capacidad individual debe estar exento de restricciones inadecuadas - políticas, sociales e económicas - y que la autonomía debe ser articulada en términos de disposiciones que garantizan la autonomía de todos los miembros de la comunidad política. En consecuencia, la autonomía descansa tanto la habilitación como en la restricción; debe ser sustentada y limitada en su propio nombre.*(HELD, 1997, p. 265-266).

Em sentido contrário é possível identificar que “[...] *la teoría democrática moderna se ha preocupado sobre todo por las condiciones que fomentan o entorpecen la vida democrática de una nación.*” (HELD, 2012, p. 407). Mas, o que se pretende é compor uma nova possibilidade de refletir sobre a democracia que não seja sob a concepção do Estado Territorial. Por evidente, não se pretende amparar uma eventual superação do modelo estatal (um fim do Estado), mas de outra banda construir horizontes possíveis ao enfrentamento dos fluxos globais com soluções democráticas. Afinal: “*La consolidación del derecho público democrático es la fundación de la autonomía; promete protección y seguridad a todas y cada una de las personas que acepten su regulación.*” (HELD, 1997, p. 266).

Refletir sobre a democracia para além do Estado não é necessário superá-lo, mas ao mesmo é indispensável reconhecer que o enfrentamento da *Surveillance* não pode como referido por diversos momentos ser pensado sob o prisma da solidez da modernidade (ou parte dela) de outrora. A construção da democracia moderna se deu no interior dos Estados (de maneira conturbada

e complexa) e, é com esse suporte que poderá ser alargada além fronteiras.<sup>27</sup> Conquanto alguns autores como Otfried Höffe (2005) e David Held<sup>28</sup> (1991, 1997, 2012) desenvolvam concepções para além do Estado ou mesmo cosmopolitas de democracia, não há um cambio de horizontes possível, partindo de outro local que não seja o próprio Estado. Isto resta evidente quando Höffe se refere a República Mundial, pois:

Na edificação da estrutura global de Direito e Democracia, ela representa o último módulo, ela é o teto da coroa a construção. E se houver falhas na alvenaria, se houver graves *deficits* no tocante ao caráter de Estado de Direito e Democracia, a República Mundial auxiliará os Estados Nacionais. Mas não se deve esperar seu êxito com impaciência, querendo que tudo aconteça “de hoje para amanhã”. (HÖFFE, 2005, p. 507).

De outra banda, é importante destacar que mesmo superando todas estas eventuais barreiras à construção de uma democracia para além das fronteiras do Estado, não se pode olvidar que os poderes invisíveis exercidos pelos grandes conglomerados da tecnologia podem reagir. A reação dos poderes privados é em busca da manutenção do *status quo*, eis que as práticas da *Surveillance* lhes permitem ampliar sua influência e os lucros. Este efeito ricochete é o que Menezes Neto (2016b) denomina de filtro bolha, a informação que atinge o indivíduo é aquela que os poderes privados selecionam.

Assim, os elementos essenciais a democracia (visibilidade e *accountability*) restam prejudicados, com a capacidade das novas tecnologias da informação e comunicação à serviço da *Surveillance*, em nome da manipulação política e econômica. “Tal fato se dá porque a ‘transparência’ democrática, que permite a *accountability* dos detentores do poder, é diametralmente oposta à visibilidade proporcionada pela *surveillance*. (MENEZES NETO, 2016b, p. 199). É neste sentido, que se deve compreender que as insuficiências do Estado frente ao fenômeno devem ser superadas em conjunto com os indivíduos democraticamente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas das reflexões deslindadas no presente não são novidades nas discussões sobre a estatalidade, mas de outra banda estão longe de alcançar um consenso, seja na Teoria do Estado, seja em outro panorama possível. Fica evidente que as Crises do Estado, apresentadas por Morais (2005, 2011) são indispensáveis para pensar um futuro do Estado, bem como da própria Teoria

27 “Assim como se construiu paulatinamente a democracia dentro dos Estados-Nações, envolvendo um processo conflituoso e lento de extensão dos direitos e da participação política dos cidadãos, hoje esse processo começa a ocorrer no plano mundial, envolvendo a busca de ampliação dos direitos e da participação política dos Estados-

Nações no planeta Terra.” (FORJAZ, 2000, p. 48)

28 Todavia, David Held (1991, p. 179) adverte: “Mesmo que a teoria da democracia já não possa ser elaborada tão somente como teoria da comunidade política territorialmente delimitada, o Estado-nação não pode ser posto de lado como um ponto de referência central. Os processos globais não podem ser exagerados a ponto de eclipsar inteiramente o sistema de Estados ou de confundir-se simplesmente com a emergência de uma sociedade mundial integrada.”

do Estado. Neste sentido, é importante destacar que em maior ou menor medida as crises não são exclusivas de Estados pequenos ou grandes, desenvolvidos ou em desenvolvimento, pois atingem a todos de alguma maneira.

Ademais, não se pode olvidar que estes desafios ao Estado são constantes e remontam ao próprio surgimento do mesmo enquanto instituição político-jurídica da modernidade, pois muitas das promessas estabelecidas por ela, ficaram a cargo dele. Além disto, se percebe que o modelo econômico capitalista e o processo (múltiplos processos) de globalização também impuseram novos desafios à estatalidade, que por sua vez tenta sistematicamente regredir à sua cooriginaridade da modernidade sólida.

A soberania não compartilha de seu conceito de outrora, não é apenas no território que os desafios aos Estados estão localizados, as fronteiras de toda sorte são meras exclusões geográficas, servindo apenas de referência para fenômenos físicos. Os fluxos globais não respeitam a lógica do território e da fronteira, pois estão sob uma nova perspectiva da modernidade, sua feição líquida, ou seja, muros e guardas não podem impor restrições significativas como pensam alguns líderes mundiais, ainda hoje.

O avanço no campo da tecnologia (Novas Tecnologias da Informação e Comunicação) espriaram novamente a insuficiência regulatória do Estado Moderno (Sólido). Com isto, insurge a *Surveillance*, inicialmente como fenômeno constituído pela própria estatalidade (algumas), mas que rapidamente fogem ao seu controle, pois o Estado entendia a mesma como ferramentas de mera vigilância. Os riscos e a tecnologia são imbricados, não há como dissociar, assim como a *Surveillance*, a técnica aplicada à ciência é ambivalente, nem boa, nem ruim, ao passo que saída “[...] capaz de encerrar e processar os riscos chama-se: crítica da ciência, crítica do progresso, crítica dos especialistas, crítica da tecnologia.” (BECK, 2011, p. 241).

De toda sorte, restou por evidente que os problemas com a *Surveillance* alteram consideravelmente as relações sociais, pois os poderes invisíveis estão à serviço dos poderes privados e que os próprios indivíduos fazem questão de alimentar por pura ignorância. Os Estados também não os enfrentam na sua totalidade por não compreenderem ou por não lhes interessar, mas ao certo é que as desigualdades sociais (atualmente apenas em potencial) que podem decorrer são devastadoras.

Com efeito, o Estado, de alguma maneira estático frente as práticas da *Surveillance* na contemporaneidade, tende por expandir a relativização democrática, eis que os poderes privados, detentores da tecnologia, por diversas razões não comportam práticas democráticas em seu sentido estatal. É necessário compreender que o Estado é muito importante para o exercício democrático, mas nesta quadra, também é igualmente indispensável integrar novos sistemas democráticos. É preciso repensar o Estado e a Teoria do Estado, com vistas à que possam compreender um cambio de horizontes possível, eis que os problemas como a *Surveillance* não são meramente potenciais, são reais e atuais.

## REFERÊNCIAS

- AVELÃS NUNES, António José. **Do estado liberal à “revolução Keynesiana”**. 2007. Disponível em: <http://www.odiario.info/b2-img/avelasnunes.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2017.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização e as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999a.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999b.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal do estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- CASSESE, Sabino. **A crise do estado**. Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes Editora, 2010.
- CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Discurso pronunciado no Athénée Royal de Paris, 1819.
- FORJAZ, Maria Cecília Espina. Globalização e crise do estado nacional. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 40, n. 2, p. 38-50, 2000.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Ficker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 2012.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001.
- HELD, David. A democracia, o estado-nação e o sistema global. **Lua Nova**, São Paulo, v. 41, n. 23, p. 145-194, 1991.
- HELD, David. **La democracia y el orden global**. Traducción de Sebastián Mazzuca. Barcelona: Paidós, 1997.
- HELD, David. **Modelos de democracia**. Traducción de María Hernández Díaz. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 2012.

- HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.
- KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.
- MENEZES NETO, Elias Jacob. Os limites do estado e do regime democrático no controle da surveillance. *In*: MORAIS, Jose Luis Bolzan; SARAIVA, Bruno Cozza. **Estado e constituição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016a. p. 33-56.
- MENEZES NETO, Elias Jacob. **Surveillance, democracia e direitos humanos: os limites do Estado na Era do Big Data**. 2016. 293 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016b.
- MENEZES NETO, Elias Jacob; MORAIS, Jose Luis Bolzan. Direitos fundamentais, democracia e *surveillance*: as insuficiências do modelo estatal na sociedade em rede. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 2., 2013, Santa Maria. **Anais** [...]. Disponível em: <http://www.ufsm.br/congressodireito/anais>. Acesso em: 7 jul. 2017.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan. As crises do estado. *In*: MORAIS, José Luis Bolzan (org.). **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- PFETSCH, Frank Richard. Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de direito na era da globalização. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 41, n. 2, p. 102-117, 1998.
- ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**. Tradução de Traducción: Heber Cardoso. Madrid: Paidós, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

**Como citar:** MARQUES, Carlos Alexandre Michaello; ROCHA, Leonel Severo. Estado, surveillance e risco: caminhos tortuosos em tempos de relativização da democracia na esteira da tecnologia. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 68-90, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 68. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 14/11/2017.  
Aprovado em: 08/04/2019.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO COMO MODELO DE PROCESSO COLETIVO

EXTRAORDINARY APPEAL AS A MODEL FOR CLASS ACTION  
LAWSUITS

**Fabrício Veiga Costa\***  
**Alex Matoso Silva\*\***  
**Rosemary Cipriano da Silva\*\*\***

\*Pós-doutorado em educação pela UFMG. Doutorado em direito pela PUC MINAS. Mestrado em direito pela PUC MINAS. Professor do programa de pós-graduação *stricto sensu* em proteção dos direitos fundamentais da Universidade de Itaúna.

E-mail: fvcufu@uol.com.br

\*\*Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Mestrando em proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Especialista em direito público pela PUCMINAS

E-mail: alexmatososilva@gmail.com

\*\*\*Mestre em direito pela PUCMINAS. Advogada. Professora da graduação em direito na pela Universidade de Itaúna.

E-mail: rosecipriano.adv@gmail.com

**Como citar:** COSTA, Fabrício Veiga; SILVA, Alex Matoso; SILVA, Rosemary Cipriano da. Recurso extraordinário como modelo de processo coletivo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 91-108, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 91. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** A Emenda Constitucional 45 instituiu a repercussão geral de questão constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. O recorrente deve demonstrar que a pretensão recursal transcende os interesses individuais das partes. Pretende-se demonstrar que a repercussão geral de questão constitucional é parte integrante do mérito da pretensão recursal, revisitando sua natureza jurídica de requisito de admissibilidade. O modelo de processo coletivo democrático participativo assegura a todos os interessados o direito de participar da construção do provimento. A análise da repercussão geral deverá ocorrer no âmbito da análise do mérito da pretensão recursal, legitimando a participação dialógica de todos os interessados na construção do provimento, para que o recurso extraordinário seja visto como um modelo de processo coletivo. Pela pesquisa bibliográfica e documental foram apresentadas proposições críticas acerca do tema pesquisado.

**Palavras-Chave:** Repercussão geral de questão constitucional. Mérito processual. Processo coletivo democrático. Recurso extraordinário. Requisito de admissibilidade.

**Abstract:** The Brazilian Constitutional Amendment 45 established 'general repercussion' as a constitutional requirement for the admissibility of any extraordinary appeal. Additionally, appellants must demonstrate that their appeal transcends individual interests. Furthermore, this study demonstrates that the general repercussion of a constitutional problem is of fundamental importance to appeals. Moreover, the participatory

or collective democratic model ensures that all stakeholders have the right to participate in the foundation of any requisite of admissibility. Nonetheless, analysis of general repercussion should occur in the context of the analysis of the merits of the appeal, legitimizing dialogical participation of all interested parties in the construction of provisions, so that the extraordinary appeal is seen as a preferred model for democratic participation. This paper utilized literature review, whilst presenting critical examinations on the research topic.

**Key words:** General Repercussion of Constitutional Problems; Procedural merit; Democratic Collective Process; Extraordinary Appeal; Admissibility requirement.

## INTRODUÇÃO

O processo coletivo no Estado Democrático de Direito é o *locus* que legitima a construção participada do provimento final por todos os interessados difusos e coletivos, ou seja, por todos os sujeitos com aptidão de sofrer direta ou indiretamente os efeitos jurídicos do conteúdo decisório.

O objetivo geral da presente pesquisa é demonstrar que a atual sistemática proposta pelo Recurso Extraordinário no Brasil adota a mesma estrutura teórica do modelo de processo coletivo, pois seu objeto versa sobre questões de cunho transindividual. A obrigatoriedade de demonstração prévia da repercussão geral de questão constitucional atribuí ao recurso o caráter coletivo mencionado, evidenciado no efeito *erga omnes* e na impossibilidade de rediscussão do tema no âmbito nas instâncias ordinárias.

Sob o ponto de vista específico pretende-se analisar criticamente a natureza jurídica da repercussão geral de questão constitucional, vista de forma dogmática como um requisito de admissibilidade, embora seja uma análise antecipada do mérito que integra a pretensão recursal, uma vez que ao recorrente cabe demonstrar o caráter transindividual daquilo que foi alegado.

É nesse cenário que temos a delimitação do objeto da pesquisa: se o pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário é a demonstração da repercussão geral de questão constitucional, é possível afirmar que tal recurso adota a mesma moldura teórico-científica do modelo de processo coletivo? Se os efeitos jurídicos do julgamento do mérito do recurso extraordinário são *erga omnes*, por que todos os sujeitos atingidos pelos efeitos do provimento final não são legitimados a participar da sua construção discursiva?

A justificativa da escolha do tema decorre da sua relevância teórica e prática, haja vista que a implementação do modelo constitucional de processo coletivo democrático passa diretamente pela legitimação de todos os interessados participarem processualmente da formação da vontade coletiva.

A atual sistemática adotada pelo Brasil no que atine ao recurso extraordinário exige do recorrente a coletivização da pretensão recursal como pressuposto de admissibilidade. Somente mediante a demonstração da relevância social, jurídica, política ou econômica do objeto do recurso é que se torna viável o julgamento do mérito. Trata-se de técnica processual utilizada como parâmetro para limitar o duplo grau de jurisdição e, assim, diminuir a quantidade de recursos julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

Exigir do recorrente a demonstração prévia do caráter coletivo da pretensão recursal como pressuposto para o seu julgamento é impor o modelo de processo coletivo mediante a demonstração da existência de demandas de cunho metaindividual.

Nesse cenário, é importante ressignificarmos criticamente a repercussão geral de questão constitucional, com o objetivo de demonstrar que não se trata de mero requisito de admissibilidade, pois o que temos na realidade é um juízo de análise de mérito prévio ao julgamento do recurso proposto.

Todas essas indagações e proposições conduzirão o debate jurídico-constitucional do

objeto da presente pesquisa, cujo propósito central é evidenciar a legitimidade democrática de todos os interessados difusos e coletivos na construção discursivo-participada do provimento final de mérito dos recursos extraordinários. A realização de audiências públicas é ferramenta essencial para garantir a democraticidade do provimento final, haja vista que através delas teríamos a possibilidade dos interessados participarem do debate e da construção do provimento meritório.

Metodologicamente utilizou-se da pesquisa teórico-bibliográfica, por meio de consulta a autores que debatem proposições necessárias ao estudo crítico-epistemológico do objeto de estudo ora proposto. A realização da pesquisa documental, através da consulta do texto da Constituição brasileira de 1988 foi essencial para robustecer o entendimento sistemático do recurso extraordinário como um espaço processual de debate de questões de natureza coletiva.

A realização de análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas garantiu a compreensão do tema para além de proposições técnico-dogmáticas que limitam o exercício efetivo do duplo grau de jurisdição. Por meio do método dedutivo delimitou-se o objeto da pesquisa, partindo-se de uma concepção macroanalítica, qual seja, o estudo do recurso extraordinário, para investigar pontualmente a natureza jurídica da repercussão geral de questão constitucional como referencial lógico do modelo constitucional e democrático de processo coletivo participativo.

## 1 GÊNESE E OBJETO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: UM ESTUDO DO PROTAGONISMO JUDICIAL DOS MINISTROS DO STF

Historicamente o recurso extraordinário tem sua gênese no *writ of error* dos ingleses, cuja finalidade era sanar erros de direito em favor da parte prejudicada. A influência do Direito Estadunidense também é significativa nesse contexto, tendo em vista que em 24 de setembro de 1789 foi criado o *Judiciary act*, que “visava preservar a supremacia da Constituição, e das leis federais, em suas aplicações pelos tribunais estaduais” (BORGES, c2012). Já no século XX, nos EUA, “a Emenda Regimental 3, de 12-06-1975, e a EC 7/77, inspiraram-se, portanto, no *writ of certiorari*, expediente equivalente a um filtro, responsável pela seleção de recursos cujas causas fossem detentoras de alguma relevância para provocar a atuação da Corte Suprema.” (BARBOSA, 2008, p. 167).

O Supremo Tribunal Federal foi criado na Constituição Republicana de 1891, que em seu artigo 59 disciplinou de forma clara acerca da competência originária (inciso I) e recursal (inciso II). Em 16 de julho de 1934 entrou em vigor no Brasil a segunda Constituição Republicana, que ao Supremo Tribunal Federal deu a denominação de Corte Suprema. A Constituição brasileira de 1937 devolveu ao Pretório Excelso novamente o nome de Supremo Tribunal Federal, instituindo em seu artigo 101 a competência originária e recursal. As Cartas de 1946, 1967 e 1969, seguindo a esteira das constituições anteriores, mantiveram a competência originária e derivada do Supremo Tribunal Federal (BORGES, c2012).

A Constituição brasileira de 1988 trouxe expressamente em seu artigo 102, inciso III, a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do Recurso Extraordinário.

Evidencia-se que a nova ordem constitucional democrática confere ao Supremo Tribunal Federal a competência de guardião da Constituição, cabendo-lhe a preservação e a interpretação de normas constitucionais, uniformização da jurisprudência nacional por meio do controle abstrato de constitucionalidade e controle difuso, este último concretizado por meio do julgamento do recurso extraordinário, cujo propósito é assegurar inteireza do sistema jurídico vigente.

As alíneas “a, b, c, e d” do inciso III, artigo 102, da Constituição brasileira de 1988, traz as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário: decisões que contrariam dispositivo constitucional; decisões que declaram a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; decisões que julgam válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; decisões que julgam válida lei local contestada em face de lei federal (OZAKI, 2010).

O legislador constituinte foi claro, objetivo e assertivo ao instituir as hipóteses restritivas de cabimento do recurso extraordinário. Atribuiu-se ao Supremo Tribunal Federal, no âmbito do exercício da competência derivada, a legitimidade pressuposta de direcionar a interpretação constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, sanando divergências interpretativas em busca da maior segurança jurídica.

Observa-se que o legislador brasileiro conferiu aos ministros do Supremo Tribunal Federal a autolegitimação de interpretar solitariamente o texto constitucional, estendendo-se os efeitos jurídicos de suas interpretações à sociedade em geral, de forma vinculativa, sem permitir a esses destinatários do provimento final o direito de participarem discursivamente do debate meritório das questões atinentes aos seus interesses. A sistematização jurídica das competências do Supremo Tribunal Federal, especialmente no julgamento dos recursos extraordinários, reproduz um modelo de processo autocrático, em que o julgador é visto como a boca de lei. O protagonismo e a discricionariedade judicial, carregados da metajuridicidade advinda dos juízos axiológicos, direcionam o julgamento do mérito das pretensões recursais.

Os destinatários do provimento meritório ficam alheios ao debate processual, embora sofram diretamente os efeitos jurídicos daquilo que foi solitariamente deliberado pelos ministros. No exercício da jurisdição o juiz é soberano; “não há nada que se sobreponha ao juiz, nem a própria lei” (STRECK, 2012, p. 35). Mauro Cappelletti (1993, p. 31-33), em sua obra “*Juízes Legisladores?*”, enfatiza que a criatividade no exercício da função jurisdicional constitui um fenômeno típico de nosso século, ressaltando-se que escolhas no ato de decidir significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedades.

No exercício de sua função jurisdicional, especificamente no que atine ao julgamento do mérito dos recursos extraordinários, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidem de forma soberana e solitária, já que são protagonistas do decisionismo judicial. Pautados numa racionalidade pressuposta, advinda de percepções muitas vezes sensitivas, os julgadores definem os rumos da ciência do Direito e das pessoas, sem sequer consultá-las. Autolegitimam-se os senhores da lei, os criadores do Direito, que no entendimento de Luis Recaséns Siche, citado por Lídia Reis de Almeida Prado, “[...] na produção do julgado, destaca-se o papel do sentimento do juiz, cuja importância fica evidenciada pela etimologia da palavra sentença, que vem de *sentire*,

isto é, experimentar uma emoção, uma intuição emocional.” (PRADO, 2010, p. 18).

A intuição como critério regente das decisões judiciais traz no seu bojo a significação de que o jurisdicionado encontra-se em absoluta condição de subserviência ao subjetivismo, solipsismo e juízos axiológicos do julgador. Nesse mesmo sentido, Joaquim Dualde afirma que “[...] torna-se necessário que o juiz utilize a sensibilidade e a intuição como método de penetrar na realidade, corrigindo as desfigurações advindas da busca do conhecimento através de conceitos.” (PRADO, 2010, p. 19). Tais entendimentos perpetrados pelos estudiosos ora mencionados denotam claramente que os julgadores são vistos como pessoas pressupostamente dotadas de uma sabedoria inata, de natureza divino-sacerdotal, com a responsabilidade de assegurar às partes uma decisão justa, produto de seu sentimento e subjetividade. Seriam os magistrados pessoas escolhidas por entidades míticas para fazer valer a justiça entre os homens?

No Brasil, o jurista Miguel Reale, ao propor sua Teoria Tridimensional do Direito, enfatiza a necessidade da humanidade do juiz na implementação da justiça, uma vez que os juízos valorativos (subjetividade do julgador) devem ser vistos como os referenciais lógicos do magistrado no ato de julgar (PRADO, 2010, p. 22-23).

Esses autores certamente contribuem para a mitologização da figura do juiz como entidade divinizada, sacralizada e garantidora da justiça pressuposta aos jurisdicionados, reforçando substancialmente a autoridade e a autocracia daquele sujeito responsável pela decisão.

As críticas ao protagonismo judicial são fundamentais à investigação do objeto da presente pesquisa. No Brasil, a sistemática adotada quanto ao recurso extraordinário, reforça a clássica concepção de que o processo é o espaço em que o julgador faz prevalecer sua autoridade diante do julgamento do caso concreto, ignorando, muitas vezes, as alegações apresentadas pelas partes.

O modelo de processo adotado no estudo do recurso extraordinário no Brasil reproduz a autocracia judicial, o decisionismo, o solipsismo, a discricionariedade do decisor. As partes que sofrem diretamente os efeitos do provimento ficam alheias do debate processual do mérito, embora sejam por eles diretamente atingidas. Afastar ou impedir que as partes integrem o debate processual do mérito da pretensão recursal, mediante a realização de audiências públicas, é restringir o debate das questões meritórias, concentrando-se a decisão exclusivamente nas mãos dos julgadores, além de comprometer a legitimidade democrática do provimento.

Em contrapartida, o processo coletivo democrático-constitucional, pautado no modelo participativo, elastece e amplia o espaço processual, oportunizando a todos os sujeitos interessados a participação no debate as questões controversas que integram o mérito da demanda. A partir dessas novas proposições teóricas, pretende-se revisitar criticamente o atual sistema que rege o recurso extraordinário no Brasil, de modo a viabilizar maior democraticidade dos provimentos jurisdicionais.

## 2 PROCESSO COLETIVO DEMOCRÁTICO E MODELO PARTICIPATIVO

A constitucionalização no estudo do processo, visto como *locus* de discursividade ampla

das questões controversas que integram a demanda é o referencial teórico para o estudo crítico do objeto da respectiva pesquisa.

O princípio da supremacia da Constituição emerge como garantia fundamental do devido processo constitucional (DIAS, 2010, p. 82), ressaltando-se que a teoria constitucional do direito democrático somente será compreensível se fundada nas bases legitimantes da cidadania e soberania popular (LEAL, 2009, p. 86).

O processo constitucional democrático é um contraponto ao modelo autocrático de processo adotado no julgamento do recurso extraordinário no Brasil. O protagonismo judicial é revisitado por proposições teóricas que compreendem o processo como um espaço de debate amplo das questões controversas pelos interessados no provimento. Os princípios do contraditório, da ampla defesa, devido processo legal e isonomia processual regem a estrutura procedimental do debate da pretensão no âmbito processual pelas partes interessadas.

“O contraditório deixa de ser mero atributo do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo da própria inserção na estruturação de todos os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais” (LEAL, 2002a, p. 8). O contraditório não se limita à idéia de um mero dizer e contradizer; trata-se da igualdade jurídica de oportunidade de argumentação conferida às partes, ou seja, é a liberdade de poder debater os pontos controvertidos e vê-los apreciados pelo magistrado no julgamento do mérito.

A construção participada do provimento jurisdicional no Estado Democrático de Direito não é garantida apenas com a mera oportunização do debate meritório às partes interessadas; é necessário que o julgador se manifeste, de forma juridicamente racional, sobre as questões debatidas pelas partes no ato de decidir. Se o magistrado ignorar o que foi alegado pelas partes no âmbito processual, mesmo tendo garantido o direito de debate, não assegurará a legitimidade democrático-discursiva do provimento final. “O dever de fundamentar as decisões consiste em garantia da parte em obter resposta as suas alegações, o que demonstra estreita correlação da garantia da fundamentação das decisões com o contraditório.” (FREITAS, 2014, p. 32).

“O processo na Teoria do direito democrático é o ponto discursivo da igualdade dos diferentes.” (LEAL, 2002b, p. 75). É no âmbito processual que se deve assegurar às partes interessadas o efetivo direito de argumentar, participar e garantir a co-autoria de decisões que irradiam efeitos jurídicos diretos ou indiretos na esfera individual ou coletiva de cada sujeito. É “oportunizar a discussão de todos os interessados, garantindo-se a construção de um espaço procedimentalizado em contraditório, a fim de afastar protagonismos e a busca solitária pela aplicação do direito com justiça.” (PAOLINELLI, 2014, p. 52).

A argumentação processual pelas partes interessadas no provimento consiste em implementar a igual oportunidade de interpretação da lei a todos, ou seja, “erige ao julgador vedação a recursos interpretativos extrassistêmicos.” (GRESTA, 2014, p. 191).

É nesse contexto argumentativo que advém os estudos do processo coletivo democrático no modelo participativo. A democracia é um paradigma de Estado que preconiza o exercício amplo das liberdades dos cidadãos orientarem-se por meio da participação nos processos deliberativos dos

quais resultam decisões que poderão afetar toda a coletividade. A autodeterminação democrática é corolário do exercício da cidadania pelo princípio participativo.

Os espaços de interlocução buscam a formação de opiniões dos cidadãos por meio de redes de discussões que visam construir o consenso coletivo e a gestão dos dissensos, oferecendo subsídios, conteúdos e critérios para deliberações participadamente tomadas e que venham a atender o interesse da coletividade.

O processo coletivo no modelo participativo deve ser resultado da compreensão procedimental e discursiva dos direitos coletivos e difusos, no contexto da participação dos sujeitos interessados como agentes da formação da vontade democrática. A formação democrática da vontade decorre da convergência dos melhores argumentos apresentados ao debate no processo deliberativo. No espaço processual onde se desenvolverá o discurso democrático da pretensão coletiva nunca deverá prevalecer vontades individuais em detrimento dos direitos transindividuais. A própria finalidade e utilidade do discurso democrático é o amadurecimento das questões de mérito que conduzirão todo debate instaurado entre os legitimados ao provimento.

“O processo coletivo brasileiro deve ser estudado segundo os moldes instituídos a partir de 1988 e nesse sentido pautar-se na construção de normas procedimentais que o regerão.” (FERREIRA, 2016, p. 129). Considera-se coletivo o modelo de processo cujo objeto de discussão são pretensões que ultrapassam a esfera individual. São aquelas pretensões de relevante discussão jurídica, política, social ou econômica, que afetam um número indeterminado e pessoas.

A atual estrutura procedimental do recurso extraordinário no Brasil preconiza o debate de questões que não sejam de cunho eminentemente privado; individual. O pressuposto para a análise do mérito da pretensão recursal é que seu objeto verse sobre um tema de relevância para a sociedade brasileira ou um número indeterminado de pessoas. A implementação dessa sistemática ocorreu com o advento da repercussão geral de questão constitucional, decorrente da aprovação da Emenda Constitucional 45/2004.

Nesse contexto, é perfeitamente possível afirmar que o recurso extraordinário brasileiro é um espaço de deliberação de questões coletivas. Por isso, garantir a participação dos interessados difusos e coletivos no debate das questões de mérito é condição da legitimidade democrática do provimento. Concentrar a decisão dessas questões apenas nas mãos dos ministros do STF é retirar dos indivíduos o direito de exercício da cidadania; é uma forma de atentar contra a soberania popular, considerada um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, parágrafo único da Constituição de 1988) (BRASIL, [2016]).

### **3 REPERCUSSÃO GERAL DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

A repercussão geral de questão constitucional foi inspirada no *writ of certiorar* (KOSZUOSKI; PENACHIONI, 2010) de juízo de relevância do Tribunal Constitucional, da Suprema Corte norte-americana. Insta destacar que a relevância das questões postas em julgamento

pelas Cortes Constitucionais já estão previamente definidas, o que não acontece no Brasil, uma vez que a norma constitucional não define de forma exata o que vem a ser a repercussão geral, concentrando-se nas mãos dos membros do STF a legitimidade para interpretação jurídica de tal instituto.

A Emenda Constitucional 45, de 06 de dezembro de 2004, denominada de Reforma do Judiciário, instituiu no §3º, do artigo 102, a repercussão geral de questão constitucional. O motivo determinante que justifica tal alteração legislativa foi a crise do recurso extraordinário vivenciada pelo Supremo Tribunal Federal, que caracteriza na realidade a intenção de limitar o duplo grau de jurisdição e diminuir o número de recursos a serem julgados na instância extraordinária.

O §3º, do artigo 102 da Constituição de 1988, é uma norma jurídica de aplicabilidade limitada, que necessita de norma infraconstitucional para regulamentá-la. O conteúdo genérico e amplo trouxe para o texto constitucional um conceito aberto e indeterminado, cuja interpretação concentrava-se na criatividade do julgador. Por isso, em 20 de dezembro de 2006 foi publicada a Lei 11.418, criada especificamente com o objetivo de esclarecer para os juristas como interpretar e compreender racionalmente o respectivo instituto.

A norma infraconstitucional novamente trouxe um conceito aberto e indeterminado ao estabelecer que a repercussão geral caracteriza-se por ser aquelas pretensões nas quais o recorrente comprovadamente demonstra sua relevância jurídica, social, econômica ou política. Continuou concentrada nas mãos dos ministros do STF decidirem casuisticamente qual recurso extraordinário possui ou não repercussão geral.

Considerando-se que a repercussão geral de questão constitucional foi categorizada pelo direito brasileiro como um requisito de admissibilidade (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 715)<sup>1</sup>, verifica-se que o conhecimento ou não do recurso extraordinário ficará ao alvedrio do julgador, que de forma solitária e solipsista decidirá se o recorrente preencheu ou não o respectivo pressuposto de admissibilidade. Na realidade, “o dispositivo da repercussão geral possibilita que o Supremo Tribunal Federal escolha os recursos extraordinários que irão julgar, levando em consideração a relevância econômica, social, política ou jurídica da matéria a ser apreciada.” (KOSZUOSKI; PENACHIONI, 2010).

A implementação da repercussão geral no Brasil constitui uma forma subjetiva de analisar a admissibilidade do recurso extraordinário, colocando o recorrente e a sociedade civil absolutamente refém do julgador, que no âmbito de sua sabedoria oracular, por interesses pessoais, posicionamentos político, morais, religiosos poderá entender que inexistente tal pressuposto de admissibilidade em determinado caso de relevante envergadura e interesse da coletividade.

A indefinição jurídica de um conceito aberto no direito legitima a autocracia jurisdicional; fortalece a jurisdição sacerdotal; confere ao julgador uma legitimidade pressuposta para decidir solitariamente o que é de interesse da sociedade, sem ter a necessidade de consultar ou debater com os sujeitos interessados as questões que versam diretamente sobre seus direitos. Os indivíduos

---

<sup>1</sup> “[...] o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. Ou seja, precisará demonstrar que o tema discutido no recurso tem uma relevância que transcende aquele caso concreto, revestindo-se de interesse geral, institucional (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 715).

que sofrerão diretamente os efeitos do provimento final simplesmente ficam alheios e distantes do espaço processual onde se debate (ou não) as questões de cunho metaindividual.

A inclusão de tal técnica procedimental no ordenamento jurídico brasileiro reproduz mais uma vez o modelo autocrático de processo, centrado no decisionismo judicial. A limitação do direito fundamental de ampla argumentação fática e jurídico-legal da pretensão pelos seus interessados é um fenômeno que caracteriza o exercício da jurisdição no âmbito extraordinário. O contraditório é suprimido no momento em que se retira do jurisdicionado a possibilidade de participação efetiva na construção do provimento. Mesmo assim, esse jurisdicionado que teve tolhido o direito de argumentar discursivamente as questões controversas do mérito processual, sofrerá os efeitos jurídicos do conteúdo decisório.

A eficácia horizontal e vertical decorrente do caráter *erga omnes* e vinculante são características ínsitas das decisões de mérito proferidas no julgamento do recurso extraordinário. A segurança jurídica, economia dos atos processuais e a maior estabilidade das decisões são os argumentos frequentemente utilizados pelos defensores da repercussão geral. O dogma da celeridade processual também é uma justificativa para não ampliar a participação popular no julgamento dos recursos extraordinários no Brasil.

Com o objetivo de minimizar e amenizar o problema crônico da morosidade judiciária enfrentado pelo jurisdicionado no Brasil o legislador pátrio, de forma absolutamente hermética e dogmática, deflagrou uma seqüência de alterações legislativas no sentido de buscar maior celeridade, efetividade e economicidade processual, oferecendo aos cidadãos uma resolução mais rápida de seus conflitos de interesses. A criação da repercussão geral de questão constitucional é um exemplo que ilustra a intenção do legislador em dar uma resposta ideológica ao cidadão que busca maior agilidade na resolução dos conflitos de interesses.

A compreensão cronológica do princípio da celeridade processual, a busca incessante pela efetividade e o claro fetiche pela economia processual são estratégias sutis utilizadas pelo legislador para suprimir direitos, limitar o acesso legítimo ao Judiciário, desencadear o cerceamento de defesa e, acima de tudo, impossibilitar a discussão dos fundamentos e das questões de ordem fática e jurídicas que integram o mérito da pretensão deduzida pelos seus interessados.

A crítica científica proposta na presente pesquisa versa sobre os seguintes questionamentos: por que o legislador excluiu o cidadão do debate amplo das questões coletivas no âmbito processual? Por que a repercussão geral de questão constitucional é definida e debatida com exclusividade entre os julgadores, sem permitir a participação dos interessados no debate processual?

A primeira constatação a partir das indagações suscitadas é que no Brasil adotamos um modelo de processo que não privilegia a participação dos interessados na construção do provimento. Isso evidencia que o sistema participativo, constitucionalmente previsto, é uma realidade obscura e apenas instituída no plano das proposições teóricas.

Outra constatação relevante é que o processo brasileiro é visto e compreendido sob a ótica do tempo cronológico, ou seja, nosso legislador acredita que utilizando-se das técnicas de sumarização da *cognitio* e limitação do espaço processual de argumentação conseguirá oferecer ao

jurisdicionado decisões mais céleres. Ignora que os principais motivos que explicam a morosidade judicial no Brasil são o tempo morto do processo (o tempo que o processo fica parado nos gabinetes dos magistrados e nas secretarias dos juízos) e o excesso de litigiosidade decorrente das constantes violações de direitos fundamentais praticadas pelo Estado em prejuízo do cidadão. Tal concepção nada mais é do que uma ideologia utilizada para justificar a não implementação do modelo constitucional de processo democrático, cujo objetivo precípua é a garantia do amplo espaço processual argumentativo oferecido a todos os interessados no provimento jurisdicional.

Oportunizar a todos os interessados difusos e coletivos o direito de se manifestarem e debaterem (de forma ordenada) o mérito da pretensão não comprometerá o deslinde célere das pretensões judiciais. O cumprimento rigoroso dos prazos processuais próprios e impróprios e a superação do tempo morto do processo certamente garantirão ao cidadão uma prestação jurisdicional mais célere.

### **3.1 Releitura Crítica da Repercussão Geral Como Juízo Pré-Meritório**

Nos termos dispostos no artigo 102, §3º da Constituição brasileira de 1988 e na Lei 11.418/2006, a repercussão geral de questão constitucional é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Ao recorrente incumbirá o dever de demonstrar que a pretensão recursal transcende o caso concreto, ou seja, que se reveste de interesse geral, institucional, coletivo, social, político, jurídico ou econômico.

Trata-se de técnica processual que exige que o recorrente coletivize sua pretensão recursal, mesmo que seja originariamente individual. Caberá a quem propuser o recurso extraordinário demonstrar que além da envergadura constitucional a ser debatida, o objeto do recurso estende-se a um número indeterminado de pessoas, à toda sociedade civil ou a um determinado grupo de pessoas interessadas juridicamente no debate do tema.

A primeira indagação levantada nesse contexto é a seguinte: a atual sistemática processual limita o exercício do duplo grau de jurisdição? Ao exigir do jurisdicionado a coletivização de sua pretensão inicial como requisito imprescindível à análise do mérito o legislador reconhece que pretensões relevantes constitucionalmente, mas que não possuem dimensão coletiva, ficarão afastadas da possibilidade de serem debatidas e julgadas via recurso extraordinário. O Supremo Tribunal Federal perderá a oportunidade de debater questões de relevância constitucional quando o recorrente não demonstrar a transcendência do seu caso concreto ou quando não ficar claro quais outras pessoas além do jurisdicionado poderão ser afetadas pela discussão meritória.

É sabido que no direito brasileiro considera-se evidente a repercussão geral de questão constitucional naquelas pretensões que estampam claramente sua relevância jurídica, social, política ou econômica. Nesse cenário, oportuno o levantamento de outra aporia: há alguma contradição nos textos legislativos no momento em que define o que é repercussão geral de questão constitucional e ao mesmo tempo a classifica como um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário? Certamente sim, pois esse é um dos pontos nevrálgicos da presente pesquisa.

Considera-se requisito ou pressuposto de admissibilidade recursal as questões formais, extrínsecas ao mérito e consideradas procedimentalmente indispensáveis ao julgamento do mérito. A tempestividade, adequação, cabimento, regularidade formal, sucumbência, legitimidade para recorrer, preparo, esgotamento das instâncias ordinárias e o prequestionamento são alguns exemplos que ilustram bem que a noção teórica construída no direito brasileiro é que pressuposto de admissibilidade recursal são elementos que procedimentalizam o julgamento do mérito, mas com ele não se confunde.

Nesse cenário, indaga-se: a repercussão geral de questão constitucional é uma questão decorrente da técnica-procedimental ou integra o conteúdo meritório do recurso extraordinário? No momento em que o legislador exige do recorrente a demonstração da relevância jurídica, econômica, política ou social da pretensão recursal antecipa a análise do conteúdo de direito que integra o mérito da pretensão recursal. Teríamos, nesse contexto, um juízo pré-meritório, categorizado erroneamente pelo legislador pátrio como um requisito de admissibilidade.

No direito processual brasileiro o mérito pode ser compreendido como todas as matérias de fato e de direito que integram as questões controversas da demanda. Considera-se questão de fato a análise de provas necessárias a evidenciar fatos alegados em juízo, ou seja, reexame de provas configura matéria fática para fins processuais. Já a matéria de direito consiste na argumentação jurídico-constitucional e legal racionalmente construída a partir da interpretação sistemática do caso concreto. No recurso extraordinário admite-se apenas a alegação de matéria de direito, ou seja, o objeto do debate meritório na instância extraordinária consiste na análise pormenorizada do direito a ser aplicado ao caso concreto; da forma mais adequada e racional de interpretação do texto constitucional; do entendimento dialógico das normas infraconstitucionais interpretadas conforme a Constituição brasileira de 1988.

A repercussão geral de questão constitucional é parte integrante da matéria de direito alegada no recurso extraordinário. Trata-se da necessidade do recorrente demonstrar que a matéria de direito suscitada transcende o caso concreto, é de interesse coletivo, difuso, que integra o patrimônio material ou imaterial de um grupo ou número indeterminado de pessoas; que não se restringe aos interesses individuais das partes que integram a relação processual originária; que se trata de pretensão recursal de cunho metaindividual.

A análise prévia da transindividualização da pretensão recursal, vista como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário constitui clara contradição no sistema jurídico brasileiro vigente. Verificar se a matéria de direito suscitada no recurso proposto ultrapassa a esfera individual e exigir do jurisdicionado sua demonstração prévia é uma forma de antecipar a discussão e a análise do mérito, até porque atualmente o Supremo Tribunal Federal não goza de legitimidade de análise de pretensões recursais relevantes constitucionalmente, mas que não tenham dimensão transindividual.

A repercussão geral de questão constitucional não pode ser vista como uma questão meramente técnica, alheia ao mérito processual, adstrita ao formalismo procedimental. Todo elemento ou instituto que se encontra à margem do mérito processual não se relaciona com as

questões de fato e de direito que integram a pretensão. Um recente exemplo de questão que foi por muito tempo considerada equivocadamente extrínseca ao mérito é a possibilidade jurídica do pedido, que com o advento do Novo Código de Processo Civil deixou de ser hipótese ensejadora de sentença terminativa. No mesmo sentido encontra-se a repercussão geral, considerada atecnicamente como um pressuposto formal de admissibilidade do recurso, certamente com o condão de limitar o acesso ao Supremo Tribunal Federal no exercício da competência derivada e restringir o exercício amplo e legítimo do duplo grau de jurisdição a todos os interessados e comprovadamente sucumbentes.

#### 4 RECURSO EXTRAORDINÁRIO COMO MODELO DE PROCESSO COLETIVO E A IMPORTÂNCIA DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

A Emenda Constitucional 45 instituiu a repercussão geral de questão constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, ressignificando a sistemática do presente recurso, que não mais fica adstrito à análise de questões exclusivamente individuais. A partir de 2004 o recorrente passou a ser obrigado a demonstrar a transcendência do caso concreto, ou seja, que o mesmo não se limita apenas aos interesses das partes que integram a relação processual originariamente constituída.

Nesse cenário, verifica-se que o objeto do recurso extraordinário atualmente versa sobre questões que vão além da individualidade das partes em juízo. A coletivização das pretensões recursais passa a ser o pressuposto para o julgamento do caso concreto. Os efeitos jurídicos do julgamento de mérito são vinculantes, *erga omnes*, transcendentais, verticais e horizontais. O processo assume, assim, o modelo coletivo, com uma teorização própria, já que a sistemática do processo individual não poderá ser transplantada para a análise das questões debatidas em juízo.

Pensar o recurso extraordinário na perspectiva do processo civil é retirar dos interessados o direito de participação na construção do provimento. É necessário compreender que o modelo participativo de processo coletivo democrático-constitucionalizado é a forma mais viável de assegurar a legitimidade jurídica da decisão final, para que o mesmo materialize a formação discursiva da vontade coletiva. Concentrar a decisão do caso concreto apenas nas mãos dos julgadores é uma forma de excluir as partes interessadas do debate processual da pretensão recursal.

O estudo do recurso extraordinário sob a ótica da processualidade democrática é uma forma de reconhecer que o modelo constitucional de processo coletivo garante a todos os interessados a oportunidade isomênica<sup>2</sup> de construção discursiva do provimento final. É legitimar que todos aqueles afetados pelos efeitos do provimento integrem o espaço processual como legitimado ao debate amplo das questões controvertidas.

Nesse cenário, indaga-se: como procedimentalizar a participação de todos os interessados (difusos e coletivos) na construção do provimento de natureza coletiva, observando-se o princípio da celeridade processual e duração razoável do processo? A resposta a tal indagação passa

<sup>2</sup> Isomenia é a igualdade jurídica conferida às partes de interpretar, compreender e aplicar racionalmente o direito ao caso concreto.

diretamente pelo entendimento da teoria das ações coletivas como ações temáticas, de autoria do jurista mineiro Vicente de Paula Maciel Júnior (2008, p. 32-58).

O processo coletivo no modelo participado e visto sob a ótica das ações temáticas, compreende a legitimação para agir a partir do objeto, não mais do sujeito. Será o objeto do recurso extraordinário o referencial utilizado como parâmetro para definir quais são os legitimados a participar do debate processual. Não pode o legislador definir aprioristicamente quais são os legitimados ao processo coletivo, haja vista que dessa forma elegerá um grupo de sujeitos pressupostamente legitimados, excluindo-se aqueles que sofrerão os efeitos do provimento final.

No momento em que o Supremo Tribunal Federal admite um recurso extraordinário deverá tornar público o seu objeto, concretizando tal publicidade através de todos os meios legítimos de comunicação, como veículos da imprensa (escrito, televisionado e rádios), redes sociais e demais ferramentas tecnológicas que venham a permitir que todos os interessados conheçam a pretensão recursal que diz respeito aos direitos que lhes pertencem. A partir daí deve-se oportunizar a realização de audiências públicas nas mais diversas localidades do país, com a finalidade de que todos os interessados (difusos e coletivos) possam externar seus posicionamentos quanto ao objeto do recurso.

A realização de audiências públicas é essencial para assegurar a democraticidade do provimento final, Nessas audiências os interessados poderão definir os temas que são pertinentes e coerentes com o objeto do recurso, vinculando-se cada qual ao grupo temático que seja mais pertinente com seus direitos. Após a definição dos grupos temáticos, cada representante adequado do seu respectivo grupo levará ao Supremo Tribunal Federal os temas levantados pelos seus interessados.

Antes do julgamento do mérito da pretensão recursal deverá ser realizada uma audiência pública no Supremo Tribunal Federal, momento em que cada representante adequado apresentará os temas propostos e definidos pelos seus interessados. Essa será a oportunidade que a coletividade terá de participar do debate meritório do julgamento do recurso extraordinário, garantindo-se a legitimidade democrática do provimento.

Após a realização da audiência pública no Supremo Tribunal Federal seus ministros julgarão o mérito do recurso extraordinário, momento em que deverão se manifestar juridicamente sobre cada tema debatido em juízo, justificando racionalmente porque acolheu ou deixou os argumentos apresentados por cada grupo temático.

Nessa proposta teórica apresentada é possível garantir a democraticidade na formação da vontade coletiva, retirando dos ministros a exclusividade na decisão de questões coletivas e oportunizando a todos os interessados o direito de debater, opinar, divergir, convergir e construir discursivamente o provimento final.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A procedimentalização atual do recurso extraordinário no Brasil estabelece que a

repercussão geral de questão constitucional é considerada, nos termos disposto no artigo 102, §3º da Constituição de 1988, um requisito específico de admissibilidade. Ao recorrente incumbe demonstrar a relevância jurídica, social, política ou econômica da pretensão recursal; que a mesma transcende o objeto e os interesses das partes que originariamente constituíram a relação processual. Trata-se da necessidade de evidenciar que o objeto do presente recurso versa sobre questões de cunho metaindividual, ou seja, coletivo ou difuso.

Embora o legislador e a doutrina majoritária considerem a repercussão geral como um requisito de admissibilidade, verificou-se no presente trabalho que estamos diante de matéria de mérito processual. Considera-se mérito processual todas as questões de fato (provas) e de direito que integram pretensão deduzida em juízo. Sabe-se que o recurso extraordinário tem como objeto exclusivamente matéria de direito, haja vista que a função do Supremo Tribunal Federal é verificar a aplicabilidade do texto constitucional em questões que versam sobre direitos da coletividade.

Revisitar a natureza jurídica da repercussão geral de questão constitucional é demonstrar que se trata de juízo pré-meritório da pretensão recursal, não de questão meramente formal e indispensável à procedimentalização do recurso extraordinário. Ou seja, o recorrente deverá demonstrar que a matéria de direito alegada ultrapassa a individualização originária da pretensão deduzida. No momento em que tal questão é analisada pelo judiciário temos o enfrentamento inicial das questões de mérito que integram a pretensão recursal.

A transindividualização da pretensão recursal denota que o recurso extraordinário deverá ser pensado sob a égide do processo coletivo democrático. Utilizar o processo civil como referencial teórico do julgamento do mérito é concentrar o poder de decisão exclusivamente nas mãos dos julgadores, além de não permitir que os sujeitos afetados pelos efeitos *erga omnes* e vinculantes do provimento final participem discursivamente de sua construção.

O processo coletivo, na perspectiva da constitucionalidade democrática, é um *locus* (espaço) que deverá oportunizar a todos os interessados o direito de debater os pontos controversos da demanda, além de participar dialeticamente da formação da vontade coletiva. Deve ser assegurado a todos os sujeitos o exercício da cidadania mediante a igual oportunidade jurídica de interpretação da norma (isomenia); direito de opinar, convergir, divergir e dialogar sobre as questões de direito que integram o objeto do processo. É a forma de superar a autocracia jurisdicional, retirando dos julgadores a exclusividade e discricionariedade no julgamento solitário de questões cujos efeitos jurídicos estendem-se a um número indeterminado de pessoas.

No momento em que o legislador brasileiro condicionou o julgamento do mérito do recurso extraordinário à demonstração da repercussão geral de questão constitucional certamente o elevou à categoria de processo coletivo. Por isso, deve-se garantir a legitimidade jurídico-democrática do provimento final mediante a oportunidade de construção participada do mérito processual por todos os sujeitos interessados.

A aplicabilidade da teoria das ações coletivas como ações temáticas; a publicização do objeto do recurso extraordinário pelos meios de comunicação físicos e eletrônicos; a realização de audiências públicas em todo o Brasil que viabilize o direito dos interessados apresentarem

temas pertinentes com o objeto do recurso; a realização de audiência pública no Supremo Tribunal Federal, oportunizando aos representantes adequados o direito de debater os temas apresentados e relacionados com o objeto do recurso. A obrigatoriedade dos ministros do STF se manifestarem juridicamente sobre todos os temas suscitados por cada grupo temático, justificando porque acolheu ou deixou de acolher são algumas ferramentas e propostas apresentadas nessa pesquisa para garantir a legitimidade democrático-participativa do provimento final, além de superar o solipsismo e o decisionismo judicial.

Nesse sentido, conclui-se que o recurso extraordinário é um modelo de processo coletivo democrático-participativo, haja vista que se trata de espaço onde são debatidas pretensões de cunho metaindividual, cujos efeitos jurídicos do provimento se estendem a todos os interessados difusos e coletivos vinculados ao objeto do recurso. Reconhecer a repercussão geral de questão constitucional apenas como um requisito de admissibilidade, cuja análise do mérito processual do recurso proposto fica restrito aos ministros do Supremo Tribunal Federal, é retirar dos destinatários do provimento a possibilidade de participar de sua construção.

Compreender a repercussão geral de questão constitucional como juízo de mérito é uma forma de ampliar o espaço processual de debate das questões que integram a pretensão recursal, garantindo-se a democraticidade do provimento mediante a participação de todos os interessados por meio das audiências públicas.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. Reflexos da repercussão geral no sistema de interposição conjunta do recurso extraordinário e do recurso especial e a sugestão para o problema. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 158. p. 161-188, abr. 2008.

BORGES, Marcos Afonso. O recurso extraordinário e a repercussão geral. **Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, n.32/33, p. 111-119, c2012. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista32e33/revista32e33%20%20MARCOS%20AFONSO%20BORGES%20-%20O%20recurso%20extraordin%C3%A1rio%20e%20a%20Repercuss%C3%A3o%20geral.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.418, de 19 de Dezembro de 2006**. Acrescenta a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20042006/2006/Lei/L11418.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2006/Lei/L11418.htm). Acesso em: 18 mar. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

- FERREIRA, Juliana Maria Matos. **Teoria do processo coletivo no modelo participativo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- FREITAS, Gabriela Oliveira. **A uniformização de jurisprudência no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. (Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo, v.4).
- GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. (Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo, v. 1).
- KOSZUOSKI, Adriana; PENACHIONI, Bruna Thaisa Dias. Repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Cuiabá, v. 12, n. 2, 2010. Disponível em: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/pc/Meus%20documentos/Downloads/180-672-1-PB.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2017.
- LEAL, André. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002a.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002b.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: Ltr, 2008.
- OZAKI, Veridiana Tonzar Ristori. Repercussão geral no recurso extraordinário. **Caderno de Pesquisa**, Franca, v.1, n. 1, 2010. Disponível em: <http://ojs.franca.unesp.br/ojs/index.php/cardernopesquisa/article/view/214/260>. Acesso em: 17 jan. 2017.
- PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. (Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo, v.3).
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. 5. ed. Campinas: Millennium, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 11.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

**Como citar:** COSTA, Fabrício Veiga; SILVA, Alex Matoso; SILVA, Rosemary Cipriano da. Recurso extraordinário como modelo de processo coletivo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 91-108, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 91. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 22/11/2017.  
Aprovado em: 01/07/2019.

**A CONFERÊNCIA DE ESTOCOLMO DE 1972 E SUA  
INFLUÊNCIA  
NAS CONSTITUIÇÕES LATINOAMERICANAS**

THE STOCKHOLM CONFERENCE OF 1972 AND ITS  
INFLUENCE  
IN LATIN AMERICAN CONSTITUTIONS

**Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro\***  
**Luís Eduardo Gomes Silva\*\***

\* Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1996), Mestrado (2005) Doutorado (2008) em Direito pela mesma Universidade. Pós-doutor pela Università degli Studi di Messina/IT. Professor de Direito Penal do curso de Graduação e de Direito Penal Ambiental do curso de Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Membro do Conselho Científico e Acadêmico do Ministério Público. Examinador de Direito Penal e Direito Processual Penal (GT II) do LII, LIII e LIV Concursos para ingresso na carreira do Ministério Público de Minas Gerais. Membro Avaliador da Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, da Revista Brasileira de Ciências Criminais e do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Autor de obras jurídicas de direito penal, processual penal, criminologia e direito ambiental.

E-mail: lgribeirobh@gmail.com

\*\* Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete. Oficial de Justiça Avaliador no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

E-mail: luisdudugomes@gmail.com

**Como citar:** RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; SILVA, Luís Eduardo Gomes. A Conferência de Estocolmo de 1972 e sua influência nas constituições latinoamericanas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 109-135, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 109. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** O trabalho analisa a influência da Conferência de Estocolmo de 1972 em textos constitucionais de países latino-americanos no tocante à proteção do meio ambiente. O corpo da pesquisa possui uma estrutura que tem por escopo demonstrar, primeiramente, as principais características da Conferência de Estocolmo e a evolução constitucional dos países da América Latina no tocante ao trato do meio ambiente, por influência da Convenção. A pesquisa, que é analítica e exploratória dos textos constitucionais, demonstra que, não obstante a importância da Convenção para os fins de inspiração constitucional de tutela ambiental, alguns textos constitucionais apenas referenciam o Meio Ambiente não o erigindo, todavia, como outras, em direito fundamental de seus povos.

**Palavras-chave:** Conferência de Estocolmo de 1972. Constituições Latino-Americanas. Meio ambiente.

**Abstract:** This paper examines the influence of the 1972 Stockholm Conference on the constitutional texts of Latin American countries in regards to environmental protection. Firstly, this research points out the main hallmarks and features of the Stockholm Conference and the constitutional evolution of Latin America countries in relation to their treatment of the environment, under the Convention's influence. This research, which is of an analytical and exploratory nature, shows that Latin American Constitutions and the Environment Convention of the 1972 Stockholm Conference serves as models for other

constitutional texts, because many countries still disregard the environment as a fundamental right for all peoples and beings.

**Keywords:** 1972 Stockholm Conference; Latin American Constitutions; Environment.

## INTRODUÇÃO

O tema exposto nesta pesquisa mostra-se de suma importância para os pesquisadores da atualidade, eis que o assunto ambiental está em voga, além de ser bastante novo no ordenamento jurídico de vários países do mundo.

A inserção do tema ambiental nas constituições latino-americanas ocorreu com mais vigor após a celebração da Conferência de Estocolmo, de 1972, oportunidade em que se tratou da primeira tentativa de conciliar as relações entre o homem e o meio ambiente, eis que a comunidade científica já detectava vários problemas ambientais e a intensificação destes no futuro. Percebeu-se então que o meio ambiente não era uma fonte inesgotável de riquezas, havendo a elaboração de um documento intitulado “Os Limites do Crescimento”.

A partir daí, as constituições Latino-americanas fizeram inserir a temática ambiental em seus textos, sendo que cada Estado o fez de uma forma, seja mais superficialmente, como na Constituição de Honduras de 1982, ou de forma mais ampla, declarando o meio ambiente como portador de direitos inalienáveis, como no caso da Constituição do Equador de 2008.

Assim, a abordagem dessa pesquisa ocorre no sentido de demonstrar a importância e a grandeza da Conferência de Estocolmo, bem como de mostrar o quanto ela influenciou os textos constitucionais dos diversos países da América-latina, além de comprovar que o tema vem se desenvolvendo com o passar do tempo. Tal afirmação encontra lastro em trechos de várias constituições e comentários no corpo do trabalho.

O texto trata, inicialmente, da Conferência de Estocolmo sobre o ambiente humano das Nações Unidas de 1972, e, após, dos textos inseridos nas constituições com a temática ambiental.

Para a realização do presente estudo foi utilizada uma abordagem analítica e qualitativa, através de pesquisa exploratória, que proporcionou o aprofundamento do tema. Concluiu-se, após a pesquisa aos textos constitucionais dos países latino-americanos, que o meio ambiente é hoje objeto de preocupação nos mais diversos países. Há, todavia, textos constitucionais que não atribuem ao meio ambiente a importância externada pela Convenção de Estocolmo de 1972.

### **1 CONFERÊNCIA DE ESTOCOLMO SOBRE O AMBIENTE HUMANO DAS NAÇÕES UNIDAS DE 1972**

Conhecida mundialmente como o marco na proteção do meio ambiente, a Conferência de Estocolmo de 1972 trata-se da primeira grande conferência realizada pela ONU, entre os dias 5 e 16 de junho de 1972, na capital da Suécia, Estocolmo, para debater a relação entre o homem e o meio ambiente.

Os elementos históricos pré Conferência de Estocolmo mostraram-se taxados por indagações em relação aos modelos de desenvolvimento ocidentais e socialistas. Na América do Norte, mais especificamente nos Estados Unidos, nos idos de 1960, ocorreram diversas manifestações que contemplavam direitos civis, assim como os deslindes da Guerra do Vietnã.

A Europa ocidental, na década de 60 do século passado, vivenciou protestos por direitos e reconhecimento das liberdades individuais e opções ideológicas, em franca oposição aos Estados mais conservadores. Neste mesmo período “a União Soviética passava por transição de doutrina, se aproximando dos princípios vistos na doutrina Monroe” (LAGO, 2007, p. 26).

Neste contexto também surgiram grupos da classe média dos países ricos em prol da preservação do meio ambiente, preocupados que estavam com a degradação causada pela industrialização de grande monta desde os idos de 1950 e com a ocorrência de algumas catástrofes ambientais.

A necessidade de debater os temas ambientais se fazia latente, eis que diversos países já detectavam que alterações meio-ambientais sérias estavam ocorrendo em várias partes do mundo, como, por exemplo, secas em lagos e rios, inversões térmicas, ondas de calor, etc. O homem começava a perceber que o meio ambiente não era uma fonte inesgotável de exploração de recursos, como se pensava até então.

Em 1968 um grupo de cientistas, conhecido como “Clube de Roma”, reuniu-se e travou discussões acerca dos problemas ambientais, vindo a publicar um estudo, chamado de “Os limites do crescimento”, no qual o grupo fez projeções matemáticas acerca de eventuais efeitos futuros danosos ao meio ambiente, tendo em vista o crescimento descontrolado da população, a industrialização, a poluição e o consumo desenfreado dos recursos ambientais. Segundo Brúzeke (1993, p. 4-5) “essas projeções se mostraram incorretas e alarmistas, no entanto, contribuíram para mudanças de comportamento e como alerta a população”.

Portanto, diante da preocupação com o meio ambiente e das projeções alarmantes, a Organização das Nações Unidas (ONU), juntamente com 113 países, além de mais de 400 instituições governamentais e não governamentais, realizou a primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente em Estocolmo, capital da Suíça, em 1972, oportunidade em que temas como chuva ácida e o controle da poluição do ar foram intensamente debatidos entre os participantes.

Os países em desenvolvimento se opunham ao debate, eis que suas economias baseavam-se praticamente em fontes industriais, altamente danosas ao meio ambiente, enquanto os países desenvolvidos não resistiam ao debate.

Assim, a conferência ficou marcada por calorosas discussões, principalmente entre aqueles que pugnavam pelo desenvolvimento a qualquer custo, como no caso dos países em desenvolvimento, e aqueles que queriam o desenvolvimento completamente paralisado, com o fito de que a natureza se recuperasse, tese essa defendida ferrenhamente pelos países desenvolvidos.

Estudos contendo dados técnicos, perícias, laudos, bem como dezenas de discursos foram apresentados durante a conferência, tanto por parte dos que queriam a estagnação dos danos causados ao meio ambiente, quanto por parte dos que pugnavam pelo desenvolvimento a qualquer custo, oportunidade em que, ao final, foi elaborado um documento denominado de “limites para o crescimento”.

A Conferência de Estocolmo foi um marco no que se refere ao reconhecimento do

meio ambiente como um meio necessário ao desenvolvimento humano sadio e adequado, tendo direcionado suas deliberações sobre a poluição atmosférica e sobre a intensa exploração dos recursos naturais para todo o mundo, algo até então inédito da forma como apresentada, sempre com a intenção de passar a possibilidade de relação harmônica entre o homem e o meio ambiente.

## **2 CONSTITUIÇÕES LATINOAMERICANAS PÓS DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO**

Com o fim da Conferência de Estocolmo e a elaboração do texto final, denominado de “Limites para o crescimento”, diversas Constituições por todo o mundo, que até então não tratavam, sequer em uma linha, sobre o tema ambiental, passaram a trazer previsões em seus textos, ora superficiais, ora com dedicação ao tema em dezenas de artigos.

As Constituições latino-americanas tiveram grande influência da Conferência de Estocolmo, tendo em vista as características suportadas pelos países da região bem como o cenário político vivido por cada um deles. Em muitos países da região, a necessidade de mudanças social e política faziam-se necessárias. Movimentos políticos, muitas vezes violentos, conduziram a tais mudanças, azo pelo qual novas constituições foram elaboradas pós 1972.

Nesse contexto de mudanças sócio-políticas na região, houve a eclosão global do tema ambiental, momento em que, como dito alhures, houve a realização da Conferência de Estocolmo, além de outras cúpulas e eventos de menor grandeza. Assim, diante da necessidade de mudanças constitucionais, bem como da eclosão do tema ambiental mundo adentro, o constitucionalismo latino-americano passou a inserir a temática em questão em seus textos, encontrando o meio ambiente, assim, sede constitucional apropriada.

Um outro elemento digno de análise diz respeito ao fato de que o tema ambiental foi inserido nas constituições latino-americanas ante a grande dependência dos recursos ambientais. Além da necessidade de preservação, “surgiu também a necessidade de proteção do ambiente, eis que a dependência dos países em relação ao meio ambiente se mostrava muito grande, situação que ainda é uma realidade na América Latina.” (SANTOS, 2008, p. 2-3).

Diante do explanado, a inserção de temas relacionados à exploração, conservação, preservação e soberania sobre os recursos naturais se mostra coerente com as necessidades e com a realidade suportadas pela região.

O desenvolvimento e a evolução da temática ambiental mostram-se claros quando da comparação dos textos constitucionais da América-latina, os quais aqui serão apresentados de forma cronológica para que a comparação seja facilmente compreendida por parte do leitor.

### **2.1 Constituição do Panamá de 1972, Reformada em 1994**

A Constituição do Panamá, reformada pela última vez em 1994, ocupa-se do tema ambiental em um capítulo específico, denominado de “Regime Ecológico” que prevê o dever fundamental do Estado de proporcionar um meio ambiente sadio e promover o combate a poluição,

conforme orientação de seus Artigos 118 a 121 (antigos 114 a 117).

O artigo 118<sup>1</sup> traz o dever fundamental do Estado de garantir que a população viva em um ambiente são e livre de contaminação. Assim, ar, água e os alimentos devem satisfazer os reclames do desenvolvimento adequado da vida humana. Tem-se, com isso, a primeira Constituição a reconhecer o dever estatal para com a proteção do ambiente e o direito humano a um ambiente (PANAMÁ, 2004).

O artigo 119<sup>2</sup> preconiza que este dever do Estado, acima citado, se estende a todos os habitantes do território nacional (PANAMÁ, 2004).

Já em relação ao artigo 120<sup>3</sup>, há a previsão de que o uso do meio ambiente se dê racionalmente, de maneira a assegurar a preservação e a renovação da natureza (PANAMÁ, 2004).

O artigo 121<sup>4</sup> determina à lei a regulamentação do aproveitamento dos recursos naturais não renováveis, de maneira que se evite que este cause prejuízos sociais, econômicos e ambientais (PANAMÁ, 2004).

Assim, trata-se de uma Constituição, na medida do possível, evoluída para a época, visto que outros textos não dedicavam muitas palavras à temática.

No texto maior panamenho, como visto, há um capítulo específico dedicado ao meio ambiente, que incumbe a todos o dever de proteção ambiental; todavia, como na maioria das Constituições, não há a previsão de mecanismos efetivos à mencionada proteção, ou seja, prevê os direitos mas não as formas de garanti-los.

## 2.2 Constituição de Cuba de 1976, Reformada em 1992

A Constituição Cubana, reformada em 1992, já trazia em seu texto original o artigo 27, alocado no capítulo primeiro, que tratava dos “Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos Del Estado”, com a previsão de temas relacionados ao meio ambiente:

Art. 27. Para asegurar el bienestar de los ciudadanos, el Estado y la sociedad protegen la naturaleza. Incumbe a los órganos competentes y además a cada ciudadano, velar porque sean mantenidas limpias las aguas y la atmósfera, y se proteja el suelo, la flora y la fauna. (CUBA, 1976).

Em 1992, com a reforma constitucional sofrida, houve a modificação da redação do

---

1 CAPITULO 7º RÉGIMEN ECOLÓGICO ARTICULO 118. Es deber fundamental del Estado garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación, en donde el aire, el agua y los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo adecuado de la vida humana.

2 ARTICULO 119. El Estado y todos los habitantes del territorio nacional tienen el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas.

3 ARTICULO 120. El Estado reglamentará, fiscalizará y aplicará oportunamente las medidas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna terrestre, fluvial y marina, así como de los bosques, tierras y aguas, se lleven a cabo racionalmente, de manera que se evite su depredación y se asegure su preservación, renovación y permanencia.

4 ARTICULO 121. La Ley reglamentará el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, a fin de evitar que del mismo se deriven perjuicios sociales, económicos y ambientales.

mesmo artigo, que passou a vigorar com os dizeres:

**ARTÍCULO 27.** El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política. Es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza (CUBA, 1976).

Outra previsão de suma importância, também inserida na Constituição cubana de 1976, vem alocada no artigo 11<sup>5</sup>, que preceitua pertencer a Cuba o exercício da soberania sobre o meio ambiente e sobre os recursos naturais do país, previsão parecida com a inserida no artigo 15<sup>6</sup>.

O artigo 39, em sua alínea h<sup>7</sup>, já no capítulo que cuida da educação e da cultura, traz em seu texto a defesa da identidade da cultura cubana, a conservação do patrimônio natural, os monumentos nacionais e os lugares notáveis por sua beleza natural ou por seu reconhecido valor artístico e histórico.

Observa-se claramente a evolução do pensamento ambiental entre 1976 e 1992, quando da reforma da Constituição, ocasião em que termos como “preservação das gerações atuais e futuras” e “desenvolvimento econômico e social sustentáveis” passam a constar no texto maior cubano. Vê-se que, em 1976, o ambientalismo ainda era tema novo e a norma constitucional trouxe algumas previsões vagas.

### 2.3 Constituição do Peru de 1979, Reformada em 1993

Primeiramente, houve a previsão constitucional do tema ambiental na Constituição peruana de 1979, modificada em 1993 e aprimorada no tocante à normatização relacionada ao meio ambiente.

Já em 1979, a Constituição trouxe um capítulo direcionado aos “Recursos naturais”, vindo o artigo 123 da carta trazer a previsão sobre o “meio ambiente adequado”, o fazendo nos seguintes termos:

Artículo 123. Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar

5 **ARTÍCULO 11.** El Estado ejerce su soberanía: b) sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país; c) sobre los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas, el lecho y el subsuelo de la zona económica marítima de la República, en la extensión que fija la ley, conforme a la práctica internacional.

6 **ARTÍCULO 15.** Son de propiedad estatal socialista de todo el pueblo: a) las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o cooperativas integradas por éstos, el subsuelo, las minas, los recursos naturales tanto vivos como no vivos dentro de la zona económica marítima de la República, los bosques, las aguas y las vías de comunicación;

7 **ARTÍCULO 39.** El Estado orienta, fomenta y promueve la educación, la cultura y las ciencias en todas sus manifestaciones. h) el Estado defiende la identidad de la cultura cubana y vela por la conservación del patrimonio cultural y la riqueza artística e histórica de la nación. Protege los monumentos nacionales y los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico;

dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental (PERU, 1993).

Como na Constituição cubana, há a previsão, no artigo 118<sup>8</sup>, de que os recursos naturais renováveis e não renováveis são patrimônio da nação, atribuindo a lei a regulamentação sobre referidos recursos pelos particulares.

Pioneiramente, o texto de 1979 trouxe a previsão, em seu artigo 119<sup>9</sup>, da promoção da industrialização para impulsionar o desenvolvimento econômico, mediante um racional aproveitamento dos recursos naturais.

Com a nova Constituição de 1992, houve a modificação das disposições ambientais, passando a prever o “ambiente equilibrado e adequado ao desenvolvimento de sua vida” como um Direito fundamental no artigo 2, inciso 22, este inserido no capítulo intitulado de “Derechos Fundamentales de la persona”.

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho: 22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (PERU, 1993).

Como nas constituições da época, também passa a trazer a previsão de que os recursos naturais renováveis e não renováveis são patrimônio da nação, dizendo que o Estado é soberano em seu aproveitamento (artigo 66<sup>10</sup>), exatamente como preceituado na Constituição cubana de 1976, reformada em 1992, além de trazer o uso sustentável dos recursos naturais, assim o fazendo em seu artigo 67<sup>11</sup> (PERU, 1993).

Um artigo de suma importância, trazido primeiramente pela reforma constitucional de 1993, trata da questão do desenvolvimento sustentável da Amazônia, por meio de uma legislação adequada, vindo o texto peruano informar que: “Artículo 69.- Desarrollo de la Amazonía El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.”

Infelizmente, trata-se de norma completamente vaga, lacunosa, eis que não há maiores elementos acerca do que seria uma “legislação adequada”.

## 2.4 Constituição do Equador de 1979, Reformada em 1998 e 2008

Trata-se de uma Constituição que, ao longo do tempo, sofreu muitas modificações, eis que, desde 1972, foi reformada em três oportunidades.

8 Artículo 118.Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por este y de su otorgamiento de los particulares.

9 Artículo 119.El Estado evalúa y preserva los recursos naturales. Asimismo fomenta su racional aprovechamiento. Promueve su industrialización para impulsar el desarrollo económico.

10 Artículo 66.- Recursos Naturales Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

11 Artículo 67.- Política Ambiental El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

Em seu texto de 1979, mais especificamente no artigo 19, que trata “Dos direitos da pessoa”, há a primeira previsão sobre a temática ambiental:

Art. 19.- Toda persona goza de las siguientes garantías: El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona (EQUADOR, 2008).

Com a reforma de 1998, foi introduzido capítulo específico para o meio ambiente, denominado de “Del medio ambiente”.

O artigo 86 veio para tratar do tema de forma ampla, modernizando a temática ambiental com os termos atualizados, como, por exemplo, “desenvolvimento sustentável”, “meio ambiente são e ecologicamente equilibrado”, etc.

Art. 86.- El Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable. Velará para que este derecho no sea afectado y garantizará la preservación de la naturaleza. Se declaran de interés público y se regularán conforme a la ley: 1. La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país. 2. La prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados, el manejo sustentable de los recursos naturales y los requisitos que para estos fines deberán cumplir las actividades públicas y privadas. 3. El establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos, de conformidad con los convenios y tratados internacionales (EQUADOR, 2008).

No artigo 87<sup>12</sup> ficou determinado que lei disporá sobre as infrações cíveis, administrativas e criminais aos que violem o meio ambiente, prevendo punição, inclusive às pessoas jurídicas.

Já sendo uma Constituição pioneira, devido a amplitude com que tratou a temática ambiental, o preceito insculpido sob o número 88<sup>13</sup>, inserido no articulado maior, veio com o propósito de estimular a preservação do meio ambiente, o fazendo de forma a fomentar o uso de tecnologias limpas, com estímulos tributários àqueles que realizassem ações ambientalmente sãs, além informar sobre a necessidade de se regulamentar sobre a biossegurança, o uso, a comercialização e a importação de organismos geneticamente modificados, temas até então novos e desconhecidos por grande parte das constituições latino-americanas.

O artigo 90<sup>14</sup> estabelece a proibição no território acerca da introdução de resíduos nucleares

12 Art. 87.- La ley tipificará las infracciones y determinará los procedimientos para establecer responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, por las acciones u o misiones en contra de las normas de protección al medio ambiente.

13 Art. 89.- El Estado tomará medidas orientadas a la consecución de los siguientes objetivos: 1. Promover en el sector público y privado el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes. 2. Establecer estímulos tributarios para quienes realicen acciones ambientalmente sanas. 3. Regular, bajo estrictas normas de bioseguridad, la propagación en el medio ambiente, la experimentación, el uso, la comercialización y la importación de organismos genéticamente modificados.

14 Art. 90.- Se prohíben la fabricación, importación, tenencia y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos. El Estado normará la producción,

e dejetos sólidos.

Outrossim, a Constituição Equatoriana de 1998 trouxe a previsão da responsabilização civil do Estado por danos ambientais causados, o fazendo nos termos do artigo 91<sup>15</sup>.

Da mesma forma que a Constituição Peruana de 1979, reformada em 1993, também houve previsão sobre a preservação da Amazônia, conforme preceituado no artigo 240<sup>16</sup> do texto de 1998.

Com a reforma de 2008, o pioneirismo do constitucionalismo Equatoriano destacou-se novamente, trazendo o texto o que há de mais moderno em matéria de preservação do meio ambiente.

No artigo 3º, destaca-se a previsão de que é dever primordial do Estado a preservação do patrimônio natural do país. Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: 7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país.

Trata-se da primeira Constituição no mundo a reconhecer em seu texto direitos inalienáveis à natureza, a tornando, assim, sujeito de direitos, com a abordagem sobre o tema em capítulo específico, denominado de “Derechos de la Naturaleza”, com um total de quatro artigos.

O primeiro deles, qual seja, o artigo 71, informa que a natureza tem direito a que se respeite integralmente sua existência e permanência, além de informar que cabe a todas as pessoas nacionais exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza.

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, comunidad, 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 los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema (EQUADOR, 2008).

No artigo 72<sup>17</sup>, preceituou-se que a natureza tem direito à restauração, vindo o artigo 73<sup>18</sup>

---

importación, distribución y uso de aquellas sustancias que, no obstante su utilidad, sean tóxicas y peligrosas para las personas y el medio ambiente.

15 Art. 91.- El Estado, sus delegatarios y concesionarios, serán responsables por los daños ambientales, en los términos señalados en el Art. 20 de esta Constitución. Tomará medidas preventivas en caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica de daño. Sin perjuicio de los derechos de los directamente afectados, cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, podrá ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente.

16 Art. 240.- En las provincias de la región amazónica, el Estado pondrá especial atención para su desarrollo sustentable y preservación ecológica, a fin de mantener la biodiversidad. Se adoptarán políticas que compensen su menor desarrollo y consoliden la soberanía nacional.

17 Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

18 Art. 73.- El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

a informar sobre a possibilidade da aplicação de medidas de precaução e preservação em relação às atividades tendentes a provocar danos à natureza, de modo amplo.

Assim, trata-se, como mencionado alhures, de uma Constituição pioneira, no que tange à amplitude dos direitos dispensados ao meio ambiente, sujeito de direitos e garantias constitucionais.

## 2.5 Constituição do Chile de 1980

A Constituição chilena de 1980 trata do tema ambiental de forma bastante superficial, vindo a garantir a todas as pessoas o direito a viver em um meio ambiente livre de contaminação, além de facultar à lei a possibilidade de estabelecer restrições em detrimento da proteção do meio ambiente, o fazendo no capítulo III, que trata dos direitos e deveres constitucionais.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 8° El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente (CHILE, 1980).

Assim, vê-se que mesmo de forma simplificada o meio ambiente não deixou de ser reconhecido como uma importante questão para a qualidade de vida da população chilena.

## 2.6 Constituição de Honduras de 1982

Trata-se de uma Constituição que sofreu inúmeras reformas, mais especificamente vinte e uma, sendo a última em 2005.

Mesmo com tantas modificações, inclusive com a última tão recente, a Constituição hondurenha não traz inovações em relação à temática ambiental, e traz previsão de apenas um artigo sobre o tema.

No capítulo destinado à saúde, no artigo 145, há a previsão de que o Estado conservará o meio ambiente adequado para proteger a saúde das pessoas.

**ARTICULO 145.-** Se reconoce el derecho a la protección de la salud. El deber de todos participar en la promoción y preservación de la salud personal y de la comunidad. El Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas (HONDURAS, 1982).

Entretanto, como se percebe, não há nenhuma inovação no que se refere à proteção ambiental mais específica, fazendo-se necessária uma nova reforma para tratar da questão.

## 2.7 Constituição de El Salvador de 1983

Trata-se de uma Constituição muito pouco desenvolvida, no que se refere à temática ambiental e traz apenas duas previsões acerca do tema, no capítulo que trata da “Ordem Econômica”.

O artigo 113 trata do fomento dispensado às associações de tipo econômico que incrementem a riqueza nacional mediante um melhor aproveitamento de todos os recursos naturais e humanos.

ARTICULO 113.- Serán fomentadas y promovidas las asociaciones de tipo económico que tiendan a incrementar la riqueza nacional mediante un mejor aprovechamiento de los recursos naturales y humanos, y a promover unajusta distribución de los beneficios provenientes de sus actividades. En esta clase de asociaciones, además de los particulares, podrán participar el Estado, los municipios y las entidades de utilidade pública (EL SALVADOR, 1983).

No artigo 117<sup>19</sup>, declarou-se de interesse social a proteção, restauração, desenvolvimento e aproveitamento dos recursos naturais.

## 2.8 Constituição da Guatemala de 1993

A Constituição da Guatemala de 1993 mostra-se bastante frágil e superficial, pois trata do tema ambiental de forma a não proteger o meio ambiente da forma em que as constituições da época já o faziam.

No artigo 64<sup>20</sup>, este inserido no capítulo que se destina à cultura, há a previsão de que são de interesse nacional a proteção, a preservação e a melhoria do patrimônio natural da nação, cabendo à lei criar a proteção da flora e da fauna que são espécies indispensáveis para contribuir na composição do meio ambiente natural (GUATEMALA, 1993).

Segundo o artigo 97<sup>21</sup> do texto, inserido que está no capítulo destinado à saúde, segurança e assistência social, cabe não apenas ao Estado a obrigação de propiciar o desenvolvimento social, econômico e tecnológico, mas também às municipalidades e aos habitantes do território nacional (GUATEMALA, 1993).

## 2.9 Constituição do Brasil de 1988

Trata-se da primeira Constituição democrática brasileira pós período ditatorial e que trouxe ampla previsão do tema ambiental em seu texto.

19 ARTICULO 117.- Se declara de interés social la protección, restauración, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales. Es Estado creará los incentivos económicos y proporcionará la asistencia técnica necesaria para el desarrollo de programas adecuados.

20 Artículo 64.- Patrimonio natural. Se declara de interés nacional la conservación, protección y mejoramiento del patrimonio natural de la Nación. El Estado fomentará la creación de parques nacionales, reservas y refugios naturales, los cuales son inalienables. Una ley garantizará su protección y la de la fauna y la flora que en ellos exista.

21 Artículo 97.- Medio ambiente y equilibrio ecológico. El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico. Se dictarán todas las normas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna, de la flora, de la tierra y del agua, se realicen racionalmente, evitando su depredación.

Inaugurando o tema, como previsão principal, há o artigo 225, que em seu *caput* trata dos direitos em relação ao meio ambiente frente ao homem.

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 (BRASIL, 2016).

Esse artigo está inserido no capítulo VI, especialmente destinado ao meio ambiente, e traz expressões como “meio ambiente ecologicamente equilibrado” e “presentes e futuras gerações”.

A última expressão remete, ainda que implicitamente, à questão do desenvolvimento sustentável.

Ainda no mesmo artigo 225, há previsão em seus parágrafos dos deveres do poder público e daqueles, pessoas físicas e/ou jurídicas, que exploram recursos minerais acerca de suas obrigações quanto à tutela ambiental, o que se encontra externado, respectivamente, nos parágrafos 1º, 2º e 3º.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. § 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (BRASIL, 2016).

Como em constituições já tratadas anteriormente, o texto brasileiro de 1988, em seu artigo 225, §4<sup>22</sup>, também faz alusão à Floresta Amazônica, e traz referências aos outros biomas brasileiros, todos componentes do patrimônio nacional.

---

22 § 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Como algo relativamente novo nas Constituições latino-americanas, a Constituição brasileira trata da previsão do uso da chamada Ação Popular no artigo 5º, inciso LXXIII<sup>23</sup>, como forma de garantia do direito fundamental preceituado no *caput* e parágrafos do artigo 225, sendo que esta modalidade de demanda se presta a dizer que “qualquer cidadão é parte legítima para propor Ação Popular que pretenda anular ato lesivo ao [...] meio ambiente [...], ficando o autor, salvo má fé comprovada, isento das custas judiciais e dos ônus da sucumbência” (BRASIL, 2016).

Assim, a Constituição brasileira foi inovadora na região, eis que tratou de temas até então novos em relação à proteção do meio ambiente.

## 2.10 Constituição do México de 1917, reformada em 2013

A Constituição mexicana de 1917 foi reformada em inúmeras oportunidades, ocorrendo, as mais importantes, em 1992, 1999, 2012 e 2013, sendo este o ano da última modificação do texto maior da República Federativa do México.

Bem no começo da Constituição, no Título I, há a previsão, no primeiro capítulo, do tema relacionado aos Direitos Humanos, com a denominação de “Los Derechos Humanos y sus Garantías”. Nesse capítulo, o artigo 4º, sobre o meio ambiente, faz as seguintes considerações:

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley (Reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de febrero de 2012) (MÉXICO, 2008).

Vê-se que o texto, já reformado, é bem objetivo quanto ao tema ambiente; todavia, trata-o como direito, importante para o desenvolvimento e bem-estar, o que deve ser garantido pelo Estado, havendo, inclusive, previsão constitucional de responsabilização por danos causados.

No mesmo artigo 4º<sup>24</sup>, a Constituição traz a previsão do direito ao uso sustentável da água, por parte da população.

Já no artigo 27, este bastante extenso, como grande parte dos artigos dessa Constituição, há, no parágrafo 3º<sup>25</sup>, a previsão de direitos e deveres dos cidadãos frente ao meio ambiente.

23 LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e dos ônus da sucumbência.

24 Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines. (Adicionado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de febrero de 2012)

25 La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar

Observa-se um texto constitucional bem abrangente e coerente com os ditames do tempo em que foi modificado. Apesar dos artigos serem bem longos, estes se mostram de fácil compreensão e bem abrangentes.

## 2.11 Constituição da Colômbia de 1991

A Constituição Colombiana é chamada por muitos de “Constituição Verde”, pois traz previsão, em nada menos que quarenta artigos, acerca da temática ambiental.

A Constituição possui um capítulo específico para tratar das questões ambientais, e assim o faz no capítulo III, denominado de “DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DEL AMBIENTE”. Quanto aos artigos principais, o 79<sup>26</sup> informa ser dever do Estado proteger a diversidade e a integridade do meio ambiente, assim como ser dever das pessoas e dos cidadãos proteger os recursos naturais do país e velar pela conservação de um ambiente são (COLÔMBIA, 1991).

Pelos ditames desse artigo, nota-se o direito das pessoas de gozar de um ambiente são, que se mostra garantido pela Ação de tutela, prevista no artigo 86<sup>27</sup>.

Ainda em relação às formas de se garantir a tutela dos direitos relacionados ao meio ambiente, há previsão, no artigo 88<sup>28</sup>, do dever de regulamentação por lei das chamadas “Ações Populares”, bem como da aplicação da teoria da Responsabilidade Objetiva por danos causados ao meio ambiente.

Os artigos 86 e 88 estão inseridos no Capítulo 4, que trata da Proteção e aplicação dos direitos.

O texto traz ainda a previsão, em seu artigo 58<sup>29</sup>, do reconhecimento da função ecológica

y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad. (Reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1992).

26 Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

27 Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos esulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede Contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

28 Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

29 Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidade pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es

da propriedade, inovando na temática. A relação entre a educação e o meio ambiente é tratada no artigo 67<sup>30</sup>, e a garantia da participação da comunidade nas decisões que possam afetá-la, no artigo 79<sup>31</sup>. (COLÔMBIA, 1991).

Como dito em momento anterior, trata-se de uma Constituição bastante ampla, visto que trata da questão ambiental em dezenas de artigos. Assim, em linhas gerais, a Constituição Colombiana de 1991 se mostra bastante extensa, abrangente, eis que tenta garantir ao meio ambiente o maior nível possível de proteção constitucional.

## 2.12 Constituição do Paraguai de 1992

A Constituição paraguaia de 1992 traz a previsão, em capítulo específico, do trato de temas relacionados à vida e ao meio ambiente. O capítulo, denominado de “Dela Vida y del Ambiente”, contém, na seção II, intitulado “Del Ambiente”, dois artigos acerca do tema ambiental.

O artigo 7º trata do direito a um ambiente saudável, e preceitua que toda pessoa tem direito a habitar um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado; e mais, em sua segunda parte, trata dos objetivos prioritários de interesse social.

### Artículo 7 - DEL DERECHO A UN AMBIENTE SALUDABLE

Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental pertinente (PARAGUAI, 1992).

Já o artigo 8<sup>32</sup> informa a responsabilidade por dano causado ao meio ambiente e contém também termos modernos, que dão conta da necessidade de regulamentação em relação ao tráfico

una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente.

30 Artículo 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social: con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente. El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

31 Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

32 Artículo 8 - DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo, ésta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas. Se prohíbe la fabricación, el montaje, la importación, la comercialización, la posesión o el uso de armas nucleares, químicas y biológicas, así como la introducción al país de residuos tóxicos. La ley podrá extender esta prohibición a otros elementos peligrosos; asimismo, regulará el tráfico de recursos genéticos y de su tecnología, precautelando los intereses nacionales. El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar.

de recursos genéticos e de sua tecnologia em prol dos interesses nacionais.

No artigo 38<sup>33</sup>, o meio ambiente é tratado como direito difuso, estando ali disposto que toda pessoa tem direito, individualmente ou coletivamente, a reclamar às autoridades públicas medidas para o interesse do ambiente. Assim, como se nota, a Constituição do Paraguai de 1992 mostra-se evoluída no que toca à preservação do meio ambiente em prol do desenvolvimento da vida e da sociedade de modo geral, com destaque, inclusive, ao crescimento com sustentabilidade.

Já no capítulo VII, relacionado à educação e cultura, há, no artigo 81, a combinação entre a proteção do ambiente e o patrimônio cultural e histórico, nos seguintes termos:

Artículo 81 - DEL PATRIMONIO CULTURAL

Se arbitrarán los medios necesarios para la conservación, el rescate y la restauración de los objetos, documentos y espacios de valor histórico, arqueológico, paleontológico, artístico o científico, así como de sus respectivos entornos físicos, que hacen parte del patrimonio cultural de la Nación (PARAGUAI, 1992).

### 2.13 Constituição da Argentina de 1994

A Constituição Argentina é bem objetiva no que se refere à previsão sobre a matéria ambiental, sendo o primeiro texto nacional a tratar do assunto. Todavia, antes dele, as Constituições Provinciais já tratavam do assunto, e assim o faziam referendadas pela Carta Maior, ante ao disposto no seu artigo 5, *in litteris*:

Artículo 5o.- Cada provincia dictara para si una Constitucion bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitucion Nacional y que asegure su administracion de justicia, su regimen municipal y la educacion primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones (ARGENTINA, 1994).

As Constituições provinciais se anteciparam em relação à temática ambiental, valendo citar as constituições de Catamarca (1988), Córdoba (1987), Corrientes (1993), Formosa (1991), Jujuy (1986), La Rioja (1986), Rio Negro (1988), Salta (1986), San Juan (1986), San Luis (1987), Santiago del Estero (1986), Tierra del fuego (1991) e Tucumán (1990), sendo que muitas delas serviram de base para a formulação do artigo principal da Constituição da Argentina de 1994, que trata do tema ambiental.

Em âmbito nacional, a Constituição traz a previsão ambiental reunida em um único artigo; trata-se, todavia, de um artigo bem amplo, que dá margem à mais ampla tutela ambiental.

O artigo 41, inserto no Capítulo segundo, denominado de “Nuevos Derechos y Garantías”,

33 Artículo 38 - DEL DERECHO A LA DEFENSA DE LOS INTERESES DIFUSOS Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo.

faz previsão de que todos os habitantes têm direito a um ambiente são, equilibrado, apto para o desenvolvimento humano. Ele trata da proteção ambiental para a preservação das gerações futuras, da responsabilidade por dano ambiental causado, da preservação do patrimônio cultural e natural, da educação ambiental e prevê, ainda, que cabe à Nação ditar as normas básicas sobre proteção ambiental, ficando, às Províncias, o dever de complementá-las.

Artículo 41o.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generara prioritariamente la obligacion de recomponer, segun lo establezca la ley. Las autoridades proveeran a la proteccion de este derecho, a la utilizacion racional de los recursos naturales, a lapreservacion del patrimonio natural y cultural y de ladiversidad biologica, y a la informacion y educacion ambientales. Corresponde a la Nacion dictar las normas que contengan los presupuestos minimos de proteccion, y a las provincias, las necesarias para complementarias, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos (ARGENTINA, 1994).

Assim, com a normatização prevista em um único artigo, mas bem completo, a Constituição Argentina replica partes de textos de outros Estados latino-americanos, tratando do direito ao ambiente são, do desenvolvimento humano, das atividades produtivas, da responsabilização por danos causados, da educação ambiental, do patrimônio cultural, etc. Como dito, há também previsões já contidas nas Constituições Provinciais, a quem se outorgou o dever de complementação das normas gerais em prol do ambiente.

## 2.14 Constituição da Costa Rica de 1949

Inúmeras foram as reformas constitucionais empreendidas na Constituição costarriquenha. A principal delas ocorreu em 1994, quando a temática ambiental foi formalmente inserida no artigo 50, com o propósito de assim dispor:

Artículo 50.- (\*) El Estado procurará el mayor bien estar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes. (\*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 7412 de 24 de mayo de 1994, publicada en La Gaceta No. 111 de 10 de junio de 1994 (COSTA RICA, 1949).

Trata-se de uma previsão bastante vaga, visto que inexistentes garantias constitucionais

para que a proteção ambiental seja efetivada. Outrossim, ela não trata de temas atuais, como o fizeram outras constituições de meados de 1994, data da reforma do artigo em debate.

## 2.15 Constituição do Uruguai de 1967, Reformada em 2004

A Constituição uruguaia de 1967 não trouxe qualquer previsão expressa acerca da temática ambiental. O texto principal, após sofrer várias reformas, passou a prever a proteção ambiental.

Como dito, foram várias as reformas constitucionais, sendo a última delas no ano de 2004. Todavia, a mais importante em relação ao tema em questão, foi a de 1997, quando a Constituição passou a se ocupar de maneira explícita dos temas ambientais.

No artigo 47, reformado em 1997, há a previsão de que a proteção do meio ambiente é de interesse geral, com a previsão de que a lei regulamentará o artigo e poderá prever sanções para os transgressores.

Artículo 47.- La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores (URUGUAI, 1996).

No transcorrer deste artigo, a temática ambiental gira sempre em torno da preservação da água e do saneamento, sendo estes consagrados como direitos fundamentais essenciais à vida.

El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales. 1) La política nacional de aguas y saneamiento estará basada en: a) el ordenamiento del territorio, conservación y protección del Medio Ambiente y la restauración de la naturaleza. b) la gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas. c) el establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ellas, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones. d) el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico. Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto. 2) Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico. 3) El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales. 4) La ley, por los tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua, a otro país, cuando éste se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad (URUGUAI, 1996).

Todavia, sobre o tema, nada mais é mencionado.

## 2.16 Constituição da Venezuela de 1999

A Constituição venezuelana de 1999, também chamada de Constituição Bolivariana, mostra-se bem evoluída no que se refere à temática ambiental, e faz referência ao assunto em nada menos do que 30 (trinta) artigos.

Já em seu preâmbulo, a Constituição Bolivariana faz referência ao meio ambiente, informando que:

[...] promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad [...]. (VENEZUELA, 1999).

A Constituição traz um capítulo específico acerca do tema, nominado de “De Los Derechos Ambientales”, que é constituído por três artigos tidos como os mais importantes.

O artigo 127 traz novel comando, por dispor ser direito e dever de cada geração proteger e manter o ambiente em benefício de si mesma e do mundo futuro. “Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro” (VENEZUELA, 1999).

Ainda no mesmo artigo, há a previsão de temas bem atuais, como a proteção ao genoma humano, à genética, aos processos ecológicos, aos parques nacionais, e faz previsão de lei para o trato dos princípios bioéticos.

Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia. Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley. (VENEZUELA, 1999).

O artigo 128 traz a previsão de que o Estado elaborará uma política de ordenação do território, atendendo às realidades mais amplas do país, de acordo com as premissas do desenvolvimento sustentável.

Artículo 128. El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana. Una ley orgánica desarrollará los principios y criterios para este ordenamiento. (VENEZUELA, 1999).

Há a previsão constitucional de estudos de impacto ambiental quando do desempenho de atividades potencialmente danosas, previsão esta contida no texto do artigo 129<sup>34</sup>.

Para garantir todos os direitos ambientais, o artigo 26<sup>35</sup> traz a previsão de que todas as pessoas têm interesse de acessar os órgãos de administração da justiça para fazer valer seus interesses coletivos e difusos, obtendo com prontidão a decisão correspondente.

Assim, como dito anteriormente, a Constituição da Venezuela de 1999 mostra-se bastante ampla, protegendo o meio ambiente e prevendo garantias aos cidadãos para que tenham acesso à justiça com o fim de que os direitos difusos sejam protegidos.

## 2.17 Constituição da Bolívia de 2009

A Constituição boliviana foi elaborada recentemente, trazendo o que há de mais moderno no que se refere à temática meio-ambiental. Trata-se de texto recheado de artigos relacionados ao tema, sendo aqui abordados apenas os principais.

No princípio do texto constitucional, em seu artigo 9º, inserido no capítulo segundo, que trata dos princípios, valores e fins do Estado, já há a previsão da saúde ambiental:

CAPÍTULO SEGUNDO, PRINCIPIOS, VALORES Y FINES DEL ESTADO.  
Artículo 9. Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: 6. Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras (BOLÍVIA, 2009).

De forma inovadora, a Constituição Bolivariana de 2009 traz um Título, com mais

34 Artículo 129. Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural. El Estado impedirá la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas. Una ley especial regulará el uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas. En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que involucren los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenientes y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley.

35 Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

de 60 artigos, destinado ao tema ambiental, sendo este denominado de “TÍTULO II MEDIO AMBIENTE, RECURSOS NATURALES, TIERRA Y TERRITORIO”, sendo vários os capítulos que o compõem.

Ao longo do texto, o tema foi subdividido em capítulos: o primeiro trata do meio ambiente, o segundo dos recursos naturais, o terceiro dos hidrocarbonetos, o quarto do minério e metalurgia, o quinto dos recursos hídricos, o sexto da energia, e o sétimo da biodiversidade, coca, áreas protegidas e recursos naturais. Este capítulo está subdividido em seções, as quais tratam dos temas separadamente. Na sequência, o capítulo oitavo trata da Amazônia e, por último, o capítulo nono trata da terra e do território.

O capítulo primeiro destina-se, como dito, ao meio ambiente e já no primeiro artigo há a previsão de ser dever do Estado e também da população a conservação, proteção e aproveitamento de maneira sustentável dos recursos naturais. Nota-se que a temática ambiental mais moderna tomba-se para a questão da sustentabilidade.

Artículo 342. Es deber del Estado y de la población conservar, proteger y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales y la biodiversidad, así como mantener el equilibrio del medio ambiente. (BOLÍVIA, 2009).

O artigo 345 refere-se às diretrizes da política de gestão ambiental e aduz que esta se baseará em três tópicos, quais sejam:

Artículo 345. Las políticas de gestión ambiental se basarán en: 1. La planificación y gestión participativas, con control social. 2. La aplicación de los sistemas de evaluación de impacto ambiental y el control de calidad ambiental, sin excepción y de manera transversal a toda actividad de producción de bienes y servicios que use, transforme o afecte a los recursos naturales y al medio ambiente. 3. La responsabilidad por ejecución de toda actividad que produzca daños medioambientales y su sanción civil, penal y administrativa por incumplimiento de las normas de protección del medio ambiente. (BOLÍVIA, 2009).

Assim, a política de gestão ambiental adotada pela Constituição de 2009 mostra-se bastante completa e rígida, prevendo a aplicação dos sistemas de avaliação de impacto ambiental e o controle da qualidade ambiental, sem exceção e de maneira transversal a toda atividade de produção de bens e serviços que use, transforme ou afete os recursos naturais e o meio ambiente, além de prever a responsabilização cível, penal e administrativa por execução de qualquer atividade que produza danos ambientais.

De forma inovadora, a Constituição da Bolívia prevê a imprescritibilidade dos delitos praticados contra o meio ambiente, o fazendo expressamente no artigo 347, inciso I.

Artículo 347. I. El Estado y la sociedad promoverán la mitigación de los efectos nocivos al medio ambiente, y de los pasivos ambientales que afectan al país. Se declara la responsabilidad por los daños ambientales históricos y la

imprescriptibilidad de los delitos ambientales. (BOLÍVIA, 2009).

Ainda no mesmo artigo, no inciso II, há a previsão da necessidade da prevenção e reparação dos danos causados:

II. Quienes realicen actividades de impacto sobre el medio ambiente deberán, en todas las etapas de la producción, evitar, minimizar, mitigar, remediar, reparar y resarcir los daños que se ocasionen al medio ambiente y a la salud de las personas, y establecerán las medidas de seguridad necesarias para neutralizar los efectos posibles de los pasivos ambientales. (BOLÍVIA, 2009).

O texto é muito amplo e completo, e engloba a temática social juntamente com a ambiental, com promoção de políticas de redistribuição da riqueza entre a população (artigos 316<sup>36</sup>, 319<sup>37</sup>, 378<sup>38</sup>, 381<sup>39</sup>, 382<sup>40</sup> e 383<sup>41</sup>).

O texto maior também informa sobre a propriedade do povo boliviano sobre os recursos naturais, delegando sua administração ao Estado (artigos 310<sup>42</sup> e 349<sup>43</sup>).

36 Artículo 316. La función del Estado en la economía consiste en: 1. Conducir el proceso de planificación económica y social, con participación y consulta ciudadana. La ley establecerá un sistema de planificación integral estatal, que incorporará a todas las entidades territoriales. 2. Dirigir la economía y regular, conforme con los principios establecidos en esta Constitución, los procesos de producción, distribución, y comercialización de bienes y servicios. 3. Ejercer la dirección y el control de los sectores estratégicos de la economía 4. Participar directamente en la economía mediante el incentivo y la producción de bienes y servicios económicos y sociales para promover la equidad económica y social, e impulsar el desarrollo, evitando el control oligopólico de la economía. 5. Promover la integración de las diferentes formas económicas de producción, con el objeto de lograr el desarrollo económico y social. 6. Promover prioritariamente la industrialización de los recursos naturales renovables y no renovables, en el marco del respeto y protección del medio ambiente, para garantizar la generación de empleo y de insumos económicos y sociales para la población. 7. Promover políticas de distribución equitativa de la riqueza y de los recursos económicos del país, con el objeto de evitar la desigualdad, la exclusión social y económica, y erradicar la pobreza en sus múltiples dimensiones. 8. Determinar el monopolio estatal de las actividades productivas y comerciales que se consideren imprescindibles en caso de necesidad pública. 9. Formular periódicamente, con participación y consulta ciudadana, el plan general de desarrollo, cuya ejecución es obligatoria para todas las formas de organización económica. 10. Gestionar recursos económicos para la investigación, la asistencia técnica y la transferencia de tecnologías para promover actividades productivas y de industrialización. 11. Regular la actividad aeronáutica en el espacio aéreo del país.

37 Artículo 319. I. La industrialización de los recursos naturales será prioridad en las políticas económicas, en el marco del respeto y protección del medio ambiente y de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y sus territorios. La articulación de la explotación de los recursos naturales con el aparato productivo interno será prioritaria en las políticas económicas del Estado. II. En la comercialización de los recursos naturales y energéticos estratégicos, el Estado considerará, para la definición del precio de su comercialización, los impuestos, regalías y participaciones correspondientes que deban pagarse a la hacienda pública.

38 Artículo 378. I. Las diferentes formas de energía y sus fuentes constituyen un recurso estratégico, su acceso es un derecho fundamental y esencial para el desarrollo integral y social del país, y se regirá por los principios de eficiencia, continuidad, adaptabilidad y preservación del medio ambiente.

39 Artículo 381. I. Son patrimonio natural las especies nativas de origen animal y vegetal. El Estado establecerá las medidas necesarias para su conservación, aprovechamiento y desarrollo. II. El Estado protegerá todos los recursos genéticos y microorganismos que se encuentren en los ecosistemas del territorio, así como los conocimientos asociados con su uso y aprovechamiento. Para su protección se establecerá un sistema de registro que salvaguarde su existencia, así como la propiedad intelectual en favor del Estado o de los sujetos sociales locales que la reclamen. Para todos aquellos recursos no registrados, el Estado establecerá los procedimientos para su protección mediante la ley.

40 Artículo 382. Es facultad y deber del Estado la defensa, recuperación, protección y repatriación del material biológico proveniente de los recursos naturales, de los conocimientos ancestrales y otros que se originen en el territorio.

41 Artículo 383. El Estado establecerá medidas de restricción parcial o total, temporal o permanente, sobre los usos extractivos de los recursos de la biodiversidad. Las medidas estarán orientadas a las necesidades de preservación, conservación, recuperación y restauración de la biodiversidad en riesgo de extinción. Se sancionará penalmente la tenencia, manejo y tráfico ilegal de especies de la biodiversidad.

42 Artículo 310. El Estado reconoce y protege las cooperativas como formas de trabajo solidario y de cooperación, sin fines de lucro. Se promoverá principalmente la organización de cooperativas en actividades de producción.

43 Artículo 349. I. Los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo

Em relação ao capítulo oitavo, que trata exclusivamente sobre a Amazônia, é importante citar os artigos 391<sup>44</sup> e 392<sup>45</sup>, que tratam respectivamente dos deveres e diretrizes estatais para com a região. Há também previsão de incentivo ao desenvolvimento dos povos que habitam a floresta e da preservação dos símbolos do ecossistema, como a castanha e da seringueira.

Novamente inovando, o texto constitucional boliviano de 2009 traz a previsão de um título denominado de “DESARROLLO RURAL INTEGRAL SUSTENTABLE”, que possui cinco artigos sobre o tema.

Nesses artigos, há a previsão de que o desenvolvimento rural integral sustentável é parte fundamental das políticas econômicas do Estado.

Artículo 405. El desarrollo rural integral sustentable es parte fundamental de las políticas económicas del Estado, que priorizará sus acciones para el fomento de todos los emprendimientos económicos comunitarios y del conjunto de los actores rurales, con énfasis en la seguridad y en la soberanía alimentaria, a través de: 1 El incremento sostenido y sustentable de la productividad agrícola, pecuaria, manufacturera, agroindustrial y turística, así como su capacidad de competencia comercial. 2 La articulación y complementariedad interna de las estructuras de producción agropecuarias y agroindustriales. 3 El logro de mejores condiciones de intercambio económico del sector productivo rural en relación con el resto de la economía boliviana. 1 La significación y el respeto de las comunidades indígenas originarios campesinas en todas las dimensiones de su vida. 2 El fortalecimiento de la economía de los pequeños productores agropecuarios y de la economía familiar y comunitaria (BOLÍVIA, 2009).

Assim, sem sombra de dúvidas, o meio ambiente, na Constituição boliviana de 2009, mostrou-se bastante pródigo em previsões, sendo abarcado em todas as vertentes e em capítulos específicos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O marco para a inserção do tema ambiental nas constituições latino-americanas se deu, com mais vigor, após a celebração da Conferência de Estocolmo de 1972, oportunidade em que

---

boliviano, y corresponderá al Estado su administración en función del interés colectivo. II. El Estado reconocerá, respetará y otorgará derechos propietarios individuales y colectivos sobre la tierra, así como derechos de uso y aprovechamiento sobre otros recursos naturales. III. La agricultura, la ganadería, así como las actividades de caza y pesca que no involucren especies animales protegidas, son actividades que se rigen por lo establecido en la cuarta parte de esta Constitución referida a la estructura y organización económica del Estado.

44 Artículo 391. I. El Estado priorizará el desarrollo integral sustentable de la amazonia boliviana, a través de una administración integral, participativa, compartida y equitativa de la selva amazónica. La administración estará orientada a la generación de empleo y a mejorar los ingresos para sus habitantes, en el marco de la protección y sustentabilidad del medio ambiente. I. El Estado fomentará el acceso al financiamiento para actividades turísticas, ecoturísticas y otras iniciativas de emprendimiento regional. II. El Estado en coordinación con las autoridades indígena originario campesinas y los habitantes de la amazonia, creará un organismo especial, descentralizado, con sede en la amazonia, para promover actividades propias de la región.

45 Artículo 392. I. El Estado implementará políticas especiales en beneficio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos de la región para generar las condiciones necesarias para la reactivación, incentivo, industrialización, comercialización, protección y conservación de los productos extractivos tradicionales. II. Se reconoce el valor histórico cultural y económico de la siriga y del castaño, símbolos de la amazonia boliviana, cuya tala será penalizada, salvo en los casos de interés público regulados por la ley.

se tratou, pela primeira vez, da conciliação das relações entre o homem e o meio ambiente, ante a preocupação com o futuro do planeta e das gerações. Percebeu-se que o meio ambiente não era uma fonte inesgotável de riquezas, vindo a conferência a elaborar um documento chamado de “Os Limites do Crescimento”.

A evolução da proteção do meio ambiente nas constituições latino-americanas mostrou-se clara com o passar do tempo. Ditas constituições fizeram inserir a temática ambiental em seus textos, com certas peculiaridades, seja de forma mais superficial, como as Constituições do Panamá (1972), Cuba (1976), Chile (1980) e Honduras (1982), ou, de forma mais ampla, como as Constituições do Equador (2008), que declara o meio ambiente sujeito de direitos inalienáveis, do Brasil (1988), que trouxe a necessidade de preservação do meio ambiente para as gerações futuras, e Bolívia (2009), que trouxe mais de 60 artigos acerca do tema divididos em dois títulos distintos em disposições atualizadas. Destaca-se ela, por isso, como uma das mais modernas Constituições do mundo, no que se refere ao tema ambiental.

O direito ao meio ambiente saudável e de todos mostra-se um tema relativamente novo, levando-se em conta o período de existência do Direito como um todo. Nota-se que a temática ambiental vem evoluindo com o passar do tempo e que a consciência ambiental também se desenvolve a ponto de impulsionar o legislador constituinte, originário ou reformador, a fazer inserir textos que se amoldam às necessidades da região e à maior e melhor tutela do ambiente.

## REFERÊNCIAS

ARGENTINA. [Constitucion (1994)]. **Constitucion de La Nacion Argentina de 1994**. Santa Fé: Convencion Nacional Constituyente, 1994. Disponível em: <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>. Acesso em: 15 maio 2017.

BOLÍVIA. [Constitución (2009)]. **Constitución Política de La República de Bolivia de 2009**. Bolívia, Congreso Nacional, 2009. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 out. 2017.

BRÜZEKE, Franz Josef. O problema do desenvolvimento sustentável. **Papers do NAEA**, Belém, n. 13, 1-12, 1993. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/129475167/O-Problema-do-desenvolvimento-sustentavel-Franz-Bruseke>. Acesso em: 6 maio 2017.

CHILE. [Constitución (1980)]. **Constitución Política de La República de Chile**. Santiago: Ministerio del Interior, 1980. Disponível em: [https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion\\_politica.pdf](https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf). Acesso em: 22 maio 2017.

COLOMBIA. [Constitucion (1991)]. **Constitucion Política de Colombia 1991**. [Colombia]: Asamblea Nacional Constituyente, 1991. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>. Acesso em: 26 maio 2017.

COSTA RICA. [Constitución (1949)]. **Constitución Política y sus reformas de la República de**

**Costa Rica 1949.** [Costa Rica]: Asamblea Nacional Constituyente, 1949. Disponível em: <https://www.tse.go.cr/pdf/normativa/constitucion.pdf>. Acesso em: 24 maio 2017.

CUBA. [Constitución (1976)]. **Constitución de La República de Cuba.** [Cuba]: Asamblea Nacional del Poder Popular, 1976. Disponível em: <http://www.cubadebate.cu/cuba/constitucion-republica-cuba/>. Acesso em: 22 maio 2017.

EL SALVADOR. [Constitución (1983)]. **Constitución de la República de El Salvador.** [El Salvador]: Asamblea Constituyente, 1983. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/Pt/slv/index.html>. Acesso em: 22 maio 2017.

EQUADOR. [Constitución (2008)]. **Constitución Política de la República del Ecuador.** [Ecuador]: Asamblea Nacional Constituyente, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoEcuador.pdf>. Acesso em: 28 maio 2017.

GUATEMALA. [Constitución (1993)]. **Constitución Política de la República de Guatemala de 1993.** [Guatemala]: Congreso de La República, 1993. Disponível em: [http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/gtm/sp\\_gtm-int-text-const.pdf](http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf). Acesso em: 2 jun. 2017.

HONDURAS. [Constitucion (1982)]. **Constitucion de la Republica de Honduras de 1982.** [Honduras]: Asamblea Nacional Constituyente, 1982. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Honduras/hond82.html>. Acesso em: 5 jun. 2017.

LAGO, André Aranha Corrêa do. **Estocolmo, Rio, Joanesburgo: o Brasil e a três conferências ambientais das Nações Unidas.** São Paulo: Thesaurus Editora, 2007. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/al000189.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

MÉXICO. [Constitución (1917)]. **Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos de 1917.** [México]: Congreso Constituyente, 2008. Disponível em: [http://www.oas.org/juridico/mla/sp/mex/sp\\_mex-int-text-const.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/mex/sp_mex-int-text-const.pdf). Acesso em: 5 jun. 2017.

PANAMÁ. [Constitución (1972)]. **Constitución Política de la República de Panamá de 1972.** Panamá: Asamblea Legislativa, 2004. Disponível em: [https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pan/sp\\_pan-int-text-const.pdf](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pan/sp_pan-int-text-const.pdf). Acesso em: 7 jun. 2017.

PARAGUAI. [Constitución (1992)]. **Constitución Política de de la República de Paraguay de 1992.** Asunción: Convención Nacional Constituyente, 1992. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1992.html>. Acesso em: 7 jun. 2017.

PERU. [Constitucion (1993)]. **Constitucion Política del Peru de 1993.** [Peru]: Congreso Constituyente Democrático, 1993. Disponível em: [https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion\\_1993pdf](https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion_1993pdf). Acesso em: 7 jun. 2017.

SANTOS, Orlando Rey. **El desarrollo del constitucionalismo ambiental en América Latina.** Havana: Programa regional de capacitación en derecho y políticas ambientales, 2008. Disponível em: <http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/VIProgramaRegional/9a%20PERS%20SEC%20REG%20Y%20LOC%20PARA%20DER%20AMB/38%20Rey%20Santos%20Desarrollo%20del%20constitucionalismo%20ambiental.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

URUGUAI. [Constitucion (1967)]. **Constitucion de la Republica del Uruguay.** [Uruguay: Parlamento Del Uruguay], 1996. Disponível em: [http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp\\_ury-](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp_ury-)

int-text-const.html. Acesso em: 7 jun. 2017.

VENEZUELA. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999**. [Venezuela]: Asamblea Nacional Constituyente, 1999. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1999.html>. Acesso em: 10 jun. 2017.

**Como citar:** RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; SILVA, Luís Eduardo Gomes. A Conferência de Estocolmo de 1972 e sua influência nas constituições latinoamericanas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 109-135, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 109. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 24/09/2017.

Aprovado em: 28/01/2019.

## A TUTELA DE URGÊNCIA NO ÂMBITO DO PROCESSO AMBIENTAL: EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

PRELIMINARY INJUNCTION IN ENVIRONMENTAL PROCESS:  
EFFECTIVENESS OF THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE

**Giovani Orso Borile\***  
**Cláudia de Moraes Arnold\*\***  
**Cleide Calgaro\*\*\***

\* Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Graduando em Sociologia pela Universidade Paulista – UNIP. Integrante do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica”.  
E-mail: goborile@ucs.br

\*\*Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio. Bacharel em Direito pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direito Ambiental Crítico” e “Direito Público e Meio Ambiente”.  
E-mail: claudia.arnoldm@gmail.com

\*\*\*Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-doutorado em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutoranda em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Mestre em Direito e em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Atualmente é Professora e pesquisadora no Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado - e na Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. É vice-líder do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica”.  
E-mail: ccalgaro1@hotmail.com

**Como citar:** BORILE, Giovani Orso; ARNOLD, Cláudia de Moraes; CALGARO, Cleide. A tutela de urgência no âmbito do processo ambiental: efetivação do princípio da precaução. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 136-150, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 136. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** O presente estudo averigua o instituto da tutela de urgência no Direito Processual Civil, visando a discussão acerca da necessária proteção jusfundamental do meio ambiente. Dessa forma, inicialmente, se analisa em que medida a interpretação e aplicação de tais instrumentos de tutela de urgência podem contribuir eficazmente com a tutela precaucional do bem ambiental. Após, se faz um estudo quanto à aplicabilidade do princípio da precaução, o qual deve nortear as tutelas ambientais, inclusive as de caráter provisório, sob um contexto de tendências precaucionais, para evitar ou minimizar danos ao meio ambiente. Para tal o método utilizado é o analítico.

**Palavras-chave:** Direito processual civil. Tutela de urgência. Princípio da precaução. Meio ambiente.

**Abstract:** This study analyzes the institute of the preliminary injunction in Civil Procedural Law. Moreover, this paper also tries to find resolutions for the many problems facing the jusfundamental protection of the environment. In this way, this paper initially examines the extent of the application of such precautionary measures as a means for protecting the environment effectivity. Afterwards, this paper explores the applicability of the precautionary principle, which should guide environmental protection, including those of a provisional nature, in a context of precautionary tendencies, in order to avoid or minimize damages

to the environment. This paper utilized the analytical approach.

**Key words:** Civil Procedural Law; Preliminary injunction. Precautionary Principle. Environment.

## INTRODUÇÃO

No presente trabalho analisa-se o instituto da tutela de urgência no Direito Processual Civil, tendo em vista que o ordenamento processual civil vem sofrendo alterações normativas, a fim de se adequar à evolução dos conflitos da atualidade, além trazer à baila em que medida o instituto processual da Tutela de Urgência pode contribuir para uma adequada tutela jurisdicional do meio ambiente, como ferramenta instrumental a ser interpretada pelo Estado-Juiz.

Inicialmente, são traçados parâmetros básicos e conceituais sobre as tutelas de urgência no Código de Processo Civil, a evolução dos instrumentos com a mais recente reforma da legislação processual e a importância da efetividade das medidas urgentes no âmbito jurídico.

Pondera-se, ainda, acerca da necessária proteção jusfundamental ao meio ambiente, delineando-se em que medida a interpretação e aplicação de tais instrumentos de tutela de urgência podem contribuir eficazmente com a tutela precaucional do bem ambiental.

A concepção dogmática do processo civil é colocada à prova no trato da jurisdição acerca da tutela efetiva do bem ambiental, exigindo-se assim uma quebra de paradigma e a discussão pelos operadores do Direito.

Para tanto, se faz um estudo quanto à aplicabilidade do princípio da precaução, o qual deve nortear as tutelas ambientais, inclusive as de caráter provisório, sob um contexto de tendências precaucionais, para evitar ou minimizar danos ao meio ambiente. (TIETENBERG; LEWIS, 2018).

O debate deve ser pautado na preexistente aceitação de um direito constitucional ambiental, bem como da importância do tema na atualidade, especialmente por tratar-se de bem jurídico a ser tutelado de interesse de todos e essencial à manutenção da vida na Terra. O método empregado para a análise é o analítico onde se utiliza de estudo bibliográfico e pesquisa literária na busca pelo entendimento acerca da temática.

Pretende-se, ao final, inferir que o Novo Código de Processo Civil pode ser uma importante ferramenta para os operadores do Direito no trato das ações envolvendo o meio ambiente e sua proteção na sociedade moderna.

## 1 TUTELA DE URGÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O processo civil moderno dispõe de importantes instrumentos garantidores da tutela jurisdicional, especialmente quando o processo de conhecimento ordinário é incapaz de garantir tempestivamente o direito perquirido em face de eventual ameaça de lesão a direito. Assim, por ser a morosidade da atividade jurisdicional, muitas vezes, responsável pela perda do objeto buscado no procedimento judicial, as tutelas de urgência foram criadas a fim de garantir, ainda que provisoriamente, o direito buscado (SILVA, 2016, p. 21).

Nessa senda, Rodrigues (2011, p. 127) afirma que a tutela de urgência “visivelmente imunizadora dos efeitos deletérios que o tempo causa ao processo (instrumento) ou ao seu conteúdo (direito material), constitui um arcabouço de técnicas processuais que devem ser prontas e rápidas,

sob pena de se tornarem inúteis.”

A tutela jurisdicional de urgência deve ser alcançada com a urgência necessária para a satisfação do direito. Conforme Rodrigues (2011, p. 135) não basta existir processos, procedimentos e provimentos de urgência, quando na prática o processo civil não consegue tornar a medida efetiva. Rodrigues continua afirmando que os mecanismos garantidores da pretensão posta em juízo, nas tutelas de urgência “recaem sobre o *processo* (alterações nas regras de cognição e no conteúdo do debate), sobre o *procedimento* (na forma com que se desenvolve essa relação jurídica) e sobre os *provimentos* (na natureza, na força, na intensidade)” os quais ditarão a imposição da solução requerida (RODRIGUES, 2011, p. 135).

Em busca da efetividade do procedimento, as tutelas de urgência foram divididas em medidas cautelares e tutelas antecipatórias no Código de Processo Civil de 1973. Ambas, por serem medidas de urgência, possuem como características a instrumentalidade, a provisoriedade e a cognição sumária, e exigem a presença, correspondentemente, do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, e da verossimilhança da alegação ou prova inequívoca e do dano irreparável ou de difícil reparação.

Todavia, diferenciavam-se basicamente pelo momento de concessão da pretensão, ou seja, enquanto a medida cautelar assegura o direito buscado, resguardando-o, para entrega-lo ao final da lide, a tutela antecipada entrega imediatamente o direito buscado, tendo, portanto, caráter satisfativo.

Corroboram Wambier e Talamini (2011, p. 401), acerca da cautelar, denominando-a como “aquela em que se concede providência consistente em pressuposto para a viabilização da eficácia da ação principal ou provimento final, e não a própria eficácia”, enquanto que para a tutela antecipada os mesmos processualistas afirmam tratar-se de “tutela satisfativa, no sentido de que o que se concede ao autor liminarmente coincide, em termos práticos e no plano (embora reversível e provisoriamente)” (WAMBIER; TALAMINI, 2011, p. 401) com a pretensão mesma deduzida em juízo.

Em que pese a diferenciação dos institutos, trazida rigorosamente com a edição da Lei nº 8.952/94, o Processo Civil Brasileiro caminha, desde o Código de Processo Civil de 1973, para a modificação conceitual das tutelas de urgência. A grande semelhança das medidas, em contrapartida às diferenças mínimas, e os inúmeros imbrólios causados na prática forense, resultaram na edição do artigo 273, com o acréscimo do parágrafo 7º, em 2002, prevendo a fungibilidade entre os institutos.

No Projeto de Lei do novo Código de Processo Civil, nº 8.046/2010<sup>1</sup>, a antecipação de tutela e a medida cautelar foram tratadas no mesmo título, denominado *Das tutelas de urgência e de evidência*, trazendo disciplina unificada a respeito.<sup>2</sup> Além disso, houve inserção de importante

1 Importante observar o site da Câmara (BRASIL, 2010).

2 Cabe ressaltar que segundo Souza (2016) “a evidência é a situação em que um direito se revela muito provável em um determinado processo, autorizando a concessão da tutela, estando diretamente ligada a prova. A tutela de urgência será sempre satisfativa, inexistindo tutela de evidência antecedente ou cautelar”. Cf. (SOUZA, 2016, p. 275). Gonçalves (2016) adiciona ainda que “a expressão “tutela de evidência” traduz a ideia de que a medida caberia sempre, que não sendo possível promover o julgamento antecipado, total ou parcial, da lide, haja a possibilidade de

previsão processual no artigo 275, prevendo a tramitação prioritária dos feitos com tutelas de urgência concedidas. (FERREIRA; GOMES, 2017, p. 626-643).

Depreende-se, pois, que o novo Código de Processo Civil torna irrelevante a discussão acerca da diferenciação entre medidas cautelares e tutela antecipada, possibilitando que o debate recaia sobre a importância desse instrumento e sua efetividade ao tutelar pretensão de direito ameaçado por risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Nesse sentido, Rodrigues (2011, p. 139-140):

Se aqui falamos de *efetivação* da tutela em razão da urgência, certamente estaremos cuidando de técnicas processuais que imprimam a determinados tipos de provimentos uma força tal que os permita alcançar o resultado pretendido (cautelar ou satisfativo) num tempo que seja curto o suficiente para impedir a concretização do ilícito ou do dano iminente.

A efetivação da tutela de urgência é alcançada com a realização em concreto de solução prevista em abstrato no ordenamento jurídico. A efetividade da medida urgente é, desta feita, fundamental para a tutela de direitos em que, quando ameaçados, a reparação seja impossível ou muito difícil.

Assim sendo, as tutelas de urgência são importantes instrumentos no âmbito do direito ambiental, além de estarem diretamente relacionadas ao alcance do princípio da precaução e reparação específica do dano ambiental (BORILE; PIAZZETTA; PEREIRA, 2016).

## 2 DA URGÊNCIA NA TUTELA JURISDICIONAL AO MEIO AMBIENTE

Primeiramente, deve-se partir da noção de direito ambiental como direito fundamental e humano a viver em um ambiente equilibrado, saudável e seguro (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 44-49). A crise ecológica mundial fez surgir a preocupação crescente com a conservação do meio ambiente, elevando-o como direito social em diversas cartas políticas. Nesse passo, o Estado passa a ser importante agente de ação positiva nas relações socioeconômicas, bem como ambientais.

Segundo Lunelli (2012, p. 148):

A Constituição brasileira de 1988 insere-se nesse contexto, consolidando direitos de natureza social, abarcando diferentes gerações, dentre as quais o direito ao

---

aferir a existência de elementos que não só evidenciem a probabilidade do direito, mas a sua existência. Contudo, como se verá nos capítulos seguintes, sob o título de “tutela de evidência” o legislador enumerou situações bastante heterogêneas, nem todas associadas propriamente à ideia de evidência do direito”. Cf. (GONÇALVES, 2016, p. 349). Outrossim, já no que toca à urgência esclarece Rossi *et al.* (2017) que a “tutela de urgência tem como intenção prevenir o perigo de dano, “perigo ou risco” de dano, por essa circunstância frequentemente acaba-se sendo obrigação do magistrado a pronúncia da sentença fundada em cognição sumária. [...] Possuindo fundamentos que evidenciem a probabilidade do direito, é a maneira de dizer que é fundamental ter um direito evidenciado de modo satisfatório para apoiar o requerente. Entretanto, o legislador além de prever o perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo, também se preocupou com a necessidade da probabilidade do direito, ou seja, tem que possuir um direito de prova sumária, mas suficientes, tal como obriga a ser imediatamente protegido.”.(Cf. ROSSI; SOUZA, 2017, p. 151.).

meio ambiente ecologicamente equilibrado. Todavia, a efetivação dessas garantias depende da atuação do Estado, em particular dos governos na oferta de políticas públicas capazes de concretizar os direitos reconhecidos e, ainda, da efetividade da tutela jurisdicional.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito ao meio ambiente como direito social no artigo 225, introduzindo, no *caput*, os deveres de preservação e proteção ao Estado e aos particulares, bem como trazendo elementos de proteção visivelmente precaucionais (por exemplo, o estudo de impacto ambiental, previsto no parágrafo primeiro do mesmo artigo supracitado) (BRASIL, 1988).

Essa constitucionalização do direito ambiental demonstra, desde logo, a relevância do tema. No entanto, os mecanismos criados para sua proteção são alicerçados, em sua maioria, no direito privado, sendo que o maior desafio contemporâneo é a visão publicista do processo, como forma de efetivação da tutela jurisdicional ambiental. Nesse sentido, segundo Marin e Lunelli (2011, p. 311-330), deve-se analisar o direito ambiental como direito transindividual coletivo, “porque representa interesses da coletividade”, além de serem seus titulares indeterminados.

Ainda, no que tange ao direito constitucional ao meio ambiente, este deve ser inserido na categoria de direitos difusos, já que seus titulares, indeterminados, ligam-se pela mesma situação de fato.<sup>3</sup>

Asseveram Marin e Lunelli (2011, p. 315):

A tutela desses interesses difusos mereceu amparo constitucional. Conquanto não constituam direitos subjetivos propriamente ditos, merecem a tutela do Estado, por sua relevância social. É esse sentido social, ou genérico, que é abstrato, que representa o interesse público que se faz presente nesses direitos difusos. E ao se tratar de um bem que tem peculiar sentido social, na medida em que poderá afetar a qualidade de vida dos indivíduos, mesmo que não envolvidos diretamente no conflito.

Analisados os aspectos característicos do direito constitucional ambiental, importante considerar três caracteres fundamentais do direito ambiental, que justificam a relevância das tutelas de urgência na seara ambiental. Rodrigues (2011, p. 144-147) traz três aspectos a serem observados: ubiquidade, instabilidade e essencialidade à sadia qualidade de vida:

Assim, esses três aspectos do bem ambiental dão a exata noção da importância e da fragilidade do bem ambiental, mostrando que a palavra de ordem em relação ao equilíbrio ecológico é a tutela preventiva. Enfim, deve o Estado ofertar as técnicas processuais aptas a evitar o desequilíbrio ecológico.

---

3 Como bem menciona Souza “por se tratarem de bens que podem ser utilizados por qualquer pessoa do povo, coletiva ou individualmente, esta utilização se reveste em típico direito constitucional que, pela indeterminação dos agentes que podem exercê-lo, recebe o nome de DIREITO DIFUSO. A esta modalidade de direito, constitucionalmente assegurado, o legislador tratou de criar instrumentos eficazes para a garantia de seu exercício, como se verá nos tópicos adiante. É, na medida em que o meio ambiente é classificado, no texto constitucional, como sendo um bem de uso comum do povo, a consequência imediata de tal classificação é a de que o meio ambiente se constitui como um típico direito difuso, merecendo as garantias e defesas a este reservadas [...] “. (Cf. SOUZA, 2010, p. 29).

Quanto ao primeiro aspecto, a ubiquidade, Rodrigues (2011) refere ser o bem ambiental geograficamente impossível de ser limitado. Ou seja, não há como o homem delimitar fronteiras para o bem ambiental tutelado.

Quanto à instabilidade, trata-se do caráter químico, físico e biológico do bem ambiental, uma vez que o equilíbrio do meio ambiente depende das reações de fenômenos químicos incontroláveis pelo ser humano, que podem ocorrer a qualquer tempo, colocando em risco ou mesmo tornando irreversível a situação anterior.

Por fim, quanto à sadia qualidade de vida, o meio ambiente está diretamente interligado às questões da saúde humana, já que imprescindível à vida e proteção dos seres vivos. (HIGGS et al., 2018). Portanto, em razão dessas características próprias do direito, impõem-se a aplicação de medidas mais eficientes a fim de alcançar sua preservação.

Verifique-se Lunelli (2012, p. 149), onde aduz que:

A crise do sistema processual, que se representa pela sua incapacidade de atender aos reclamos sociais, demonstra a necessidade de adoção de novos modos de compreensão dos institutos processuais. Assim, com o propósito de garantir a tutela do bem ambiental, é preciso romper com a dogmática jurídica, utilizando novos mecanismos que se revelem capazes de trazer ao Direito Processual instrumentos que garantam sua efetividade. É preciso fazer a adequada leitura da crise renitente que assola o processo, especialmente quando se trata de tutelar os direitos transindividuais, como é o bem ambiental, reconhecendo-a como um sinal de que é necessário adotar nova postura.

Nessa senda, tem-se cristalina a importância que deve ser dada ao direito ambiental. A fragilidade do direito ambiental justifica a necessidade de aplicação de medidas urgentes em seu campo jurídico de proteção e, além disso, um processo diferenciado, voltado às especificidades do bem a ser tutelado.

Marin e Lunelli (2011, p. 317-318) afirmam que esse processo terá um “caráter sócio-coletivo, norteado pela importância a ser atribuída, acima de tudo, à tutela do bem em questão. O objetivo primário é o de obter-se, rapidamente, o bem ambiental almejado.”

Conforme já destacado anteriormente, a tutela do bem ambiental desenvolve-se sob o enfoque de dois princípios fundamentais na proteção do meio ambiente, os princípios da precaução (ADAMS; BLACKSHER; BURKE, 2019) e da prevenção. A tutela do bem ambiental visa a preservação do meio ambiente, e não a reparação do dano. Por isso, a tutela deve ser urgente, uma vez que, se concedida tardiamente, se torna vazia.

Portanto, o lapso temporal considerando a morosidade do processo civil traz danos irreversíveis, quando se trata de matéria ambiental, sendo necessária a aplicação de medidas de urgência a fim de efetivar o direito material. Aí está a necessidade de elementos processuais eficazes na tutela de direitos difusos transindividuais como o direito ao meio ambiente equilibrado.

### 3 APLICAÇÃO DA PRECAUÇÃO NA TUTELA DE URGÊNCIA

A tutela de urgência estabelecida no novo Código de Processo Civil confere ao legislador, em razão de sua técnica processual, o fim de minimizar os resultados danosos causados pelo tempo que o tramite processual impõe as partes. Ou seja, o objetivo da tutela é impedir que o tempo comprometa a efetividade do processo.

Nessa seara Tesheiner (1993, p. 156) refere que “trata-se de instrumentos de litisregulação que visam regular de forma provisória a situação fática, objeto do litígio.”

Desta forma entende-se que as tendências precaucionais devem nortear as tutelas ambientais, principalmente as de caráter provisório, para evitar ou minimizar danos ao meio ambiente, tendo o princípio da precaução<sup>4</sup> como ferramenta instrumental a ser interpretada e aplicada pelo Estado-Juiz.

Segundo Leite (2000, p. 48), o princípio da precaução:

[...] está associado à atuação preventiva, como instrumento da justiça ambiental e do direito ambiental. A diferença entre os princípios da prevenção e da precaução está na avaliação do risco do meio ambiente. Precaução surge quando o risco é alto. Este deve ser acionado nos casos onde a atividade pode resultar em degradação irreversível, ou por longo período, do meio ambiente, assim como nos casos onde os benefícios derivados das atividades particulares é desproporcional ao impacto negativo ao meio ambiente. Já a prevenção constitui o ponto inicial para alargar o direito ambiental e, especificamente o direito ambiental internacional. A maioria das convenções internacionais é fundamentada no princípio de que a degradação ambiental deve ser prevenida através de medidas de combate à poluição, em vez de esperar que esta ocorra, e tentar combater os efeitos.

Outrossim, diante das preocupações com as questões ambientais na sociedade moderna, em face de um cenário contaminado pelo sistema capitalista, o Estado-Juiz, no trato processual, deve adotar postura com base no princípio da precaução para que possa alcançar a proteção eficiente do bem ambiental (DILLING; MARKUS; 2018).

Sob essa perspectiva Machado (2001, p. 50) salienta que:

[...] a implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente

---

4 Leve-se em consideração a análise desenvolvida por Moraes, onde “o princípio da precaução não promove apenas a escolha de uma alternativa à outra; não pretende apontar o caminho seguro (no máximo, o mais seguro sob determinadas circunstâncias). O princípio da precaução deve ser entendido como a decisão tomada pelas pessoas que serão atingidas pelos riscos que procuram evitar. Em outras palavras, o princípio da precaução, ao invocar as noções de risco, incerteza científica e danos irreversíveis, chama à esfera jurídica o debate social faltante na sociedade de risco global, e que altera as bases próprias da racionalidade moderna e do direito moderno. Nesse sentido, busca transformar os instrumentos de responsabilidade e compensação pecuniária, de “apolitização” da ciência, de desenvolvimento econômico insustentável, de desconsideração com o “outro” e com as gerações futuras. É claro que o sucesso do princípio da precaução depende de mudanças profundas nas instituições internacionais e domésticas, bem como nos valores morais que circundam o direito e a política. Mas a própria racionalidade promovida pelo princípio da precaução pode ser o primeiro passo para que tais mudanças sejam possíveis.” (Cf. MORAES, 2011, p. 193).

no planeta. A precaução deve ser visualizada não só em relação às gerações presentes, como em relação ao direito ao meio ambiente das gerações futuras.

A tutela do direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado não pode se valer do direito liberal privatista das relações individuais, mas numa teoria da decisão que agregue conteúdo e prática democrática. Conforme leciona Marin (2012, p. 89):

É preciso engendrar uma teoria da decisão que supere a estandardização da causa que inunda o mundo jurídico atual. Não se pode aderir à concepção modulada do julgador que agrega padrão infalível decisional. A decisão precisa ser compartilhada e fruto de um todo não narcísico, de uma construção democrática

A partir do século XX, a noção dos riscos foi profundamente alterada, e conceitos como prevenção e precaução, sendo estes princípios jurídicos, adquiriram estatuto diferente, tendo características normativas que deixaram de justificar seu uso como noção de princípio (ÁVILA, 2004).

Assevera Caubet (2005, p. 23-30), “estamos num contexto político-social de desconstrução. Uma das manobras mais delicadas da globalização consiste em desconstruir construções jurídicas normativas tradicionais, que ofereciam garantias contra perdas de toda a ordem.”

A responsabilidade pelo dano ambiental, na sua grande maioria, se traduz em reparação pecuniária e não em torno do bem ambiental, face a reparação do meio ambiente ser difícil e incerta. (MIRRA, 2011, p. 9). Nessa linha, leciona Caubet (2005, p. 78):

O fato de qualificar uma atividade como sendo o risco tem o efeito de apagar a obrigação clássica de reparar, com sua forte pressão preventiva e retroativa sobre o autor. Essa pressão aparecia como direta e posterior à realização do dano (reparação); ou como indireta e anterior, levando à adoção de medidas de prevenção ou precaução que objetivam impedir a realização de dano. Era melhor prevenir do que remediar. Tornou-se bem mais em conta privatizar os bons resultados e socializar os efeitos perniciosos.

O princípio da precaução no ordenamento jurídico surge no cenário nacional com a Declaração do Rio de 1992<sup>5</sup>, tendo o princípio como objetivo, em compatibilidade com o progresso científico e tecnológico, buscando minimizar e gerir os riscos ao meio ambiente causados por esse progresso (BORILE; CALGARO, 2016, p. 7-14).

Considerando a semelhança semântica dos conceitos de prevenção e precaução, bem como o elemento de risco estar presente em ambos, sob configurações diferentes, pode-se dizer que o princípio da prevenção dá-se diante de perigo concreto, e o princípio da precaução se dirige ao perigo abstrato e/ou que pode vir a ocorrer (SETH; DIENES, 2018).

5 Princípio 15: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com a sua capacidade. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012).

Também, nessa linha assenta Aragão (2011, p. 65) que “o princípio da precaução afirma a ausência de certeza científica quanto aos riscos de uma atividade ou produto a ser levado à sociedade, enquanto a prevenção se pauta pela certeza de tais riscos.”

O princípio busca o agir, visando assegurar casos tais como: poluição dos rios pelo despejo de resíduos industriais, dentre tantos outros previsíveis e não compelidos pela sociedade e o Estado, passem a ser combatidos (JAECKEL, 2017).

Contudo não se trata de proibir tudo ou deixar a proibição sob a livre-escolha do aparato estatal, mas olhar para a proteção do meio ambiente voltado ao possível dano a tais bens, pois diante da incerteza, deve-se nos amparar na precaução. (EWALD; GOLLIER; SADELEER, 2001, p. 15-23).

Nessa linha Giddens (1991, p. 131) refere que:

A mistura de risco e oportunidade é tão complexa em muitas das circunstâncias envolvidas que é extremamente difícil para os indivíduos saberem até onde atribuir confiança a prescrições os sistemas específicos e em que medida suspendê-la. Como se pode conseguir comer “saudavelmente”, por exemplo, quando todos os tipos de alimentos possuem qualidades tóxicas de uma espécie ou de outra e quando o que é afirmado como sendo “bom para você” por peritos nutricionistas varia com a mudança de estado do conhecimento científico.

Sabe-se que o risco pode se tornar perceptível, uma vez que muitos produtos e serviços são diariamente aprovados, passando pelo aval das autoridades estatais, desta forma deve-se motivar a revisão de tal ato pelo Poder Judiciário, em razão de riscos iminentes e/ou em longo prazo (BECK, 1995, p. 31).

No que tange a análise dos institutos das tutelas previstas no Novo Código de Processo Civil<sup>6</sup>, ganha o ordenamento pátrio profunda relevância prática para a tutela jurisdicional do meio ambiente, contudo a iniciativa legislativa no âmbito dos projetos substitutivos processuais em comento, fora um tanto acanhadas no trato da tutela jurisdicional ambiental (ALLEMAR, 2005, p. 172-183).

Entretanto, constituiu-se importante ferramenta aos operadores do Direito, em especial ao Poder Judiciário para antecipar ameaça e dano futuro ao meio ambiente. Neste aspecto o instituto da tutela de urgência e o princípio da precaução podem ter relação de instrumentalidade, uma vez que o primeiro garanta a efetiva aplicação do segundo (MIRRA, 2001, p. 93-99)

A aplicabilidade do princípio da precaução em decisão judicial de mérito terá sua eficácia limitada, se havendo exposição de risco de dano no curso da demanda e/ou ocorrendo o dano que se pretendia afastar, por isso a tutela de urgência tem o papel fundamental para evitar que o dano ambiental ou a exposição dele ocorra durante o processo (REHBINDER, 1994).

Desta forma os institutos processuais previsto no ordenamento, devem contribuir para uma tutela precaucional do meio ambiente, permitindo assim uma precaução maior do dano e não apenas a reparação deste já efetivado (TEIXEIRA, 2008, p. 7).

6 Ver cf. Brasil (2015).

Contudo as questões ambientais não podem ser deduzidas da “letra fria da lei”, nem numa concepção individualista do conflito, mas como uma visão interdisciplinar da tutela do meio ambiente, devendo se valer de todos os instrumentos processuais consagrados em nosso ordenamento pátrio em suas mais modernas aparições (GREEN; FIELDING; BROWNSON, 2018).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto processual da tutela de urgência moldada pelo Novo Código de Processo Civil, pode se traduzir em importante ferramenta para os operadores do Direito no trato das ações tanto individuais e, principalmente, das ações coletivas envolvendo direitos difusos, coletivos, e individuais homogêneos, dentre esse o meio ambiente.

Sabe-se que a proteção ao meio ambiente, como direito difuso transindividual, é matéria de suma importância, uma vez que o direito ao meio ambiente equilibrado diz respeito também à saúde, condição básica da vida humana.

Todavia, considerando que os danos ambientais são de difícil reparação ou, por vezes, irreversíveis, a tutela de urgência mostra-se essencial para sua proteção.

O princípio da precaução exige que o risco de dano ambiental seja prevenido ou mitigado, portando, não se deve assumir o risco de grave dano ao meio ambiente enquanto se busca consenso científico sobre tal, assim não é necessário que haja certeza quanto ao possível dano para se adotarem medidas precaucionais.

De tal modo, uma das formas de garantir a efetiva aplicação do princípio da precaução é a tutela de urgência, já que pode impedir o dano ambiental ou afastar o risco do dano até que a decisão meritória seja proferida.

As tutelas previstas no ordenamento jurídico, na sua nova roupagem trazida pelo Código de Processo Civil, poderão, caso sua interpretação não seja modulada pela jurisprudência, contribuir para uma tutela precaucional do meio ambiente, permitindo uma precaução maior do dano e não apenas a reparação do dano já efetivado.

Portanto, os danos ao meio ambiente, causados pelo atual cenário social, se dissipam a passos largos, e os instrumentos processuais devem atender e acompanhar esse caminho com a mesmo vigor e velocidade.

A solução para as questões ambientais não pode ser deduzida da letra fria da lei, nem de uma concepção individualista do conflito, mas com uma visão interdisciplinar da tutela do meio ambiente, com análise do caso concreto, sopesamentos e debates a fim de se obter uma solução eficaz das contendas ambientais.

## REFERÊNCIAS

ADAMS, Charleen D.; BLACKSHER, Erika; BURKE, Wylie. The precautionary principle for shift-work research and decision-making. **Public Health Ethics**, Oxford, v. 12, n. 1, p. 44-53,

abr. 2019. Disponível em: <https://academic.oup.com/phe/article/12/1/44/4930654>. Acesso em: 25 mar. 2018.

ALLEMAR, Aguinaldo. A sustentabilidade do desenvolvimento econômico e os princípios da precaução e da prevenção. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v.33, n. 1-2, 2005.

ARAGÃO, Alexandre. Direito constitucional do ambiente da união europeia. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004.

BECK, Ulrich. **Ecological politics in an age of risk**. Cambridge: Polity, 1995.

BORILE, Giovani Orso; CALGARO, Cleide. Análise e considerações da vulnerabilidade do consumidor e do ambiente em face da constante industrialização atual: a proteção do consumidor nas relações de consumo através da aplicação do princípio da precaução. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, Málaga, v. 34, p. 1-16, 2016.

BORILE, Giovani Orso; PIAZZETTA, Clauderson; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. A aplicação do princípio da precaução como forma de proteção ao consumidor nas relações de consumo e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. *In*: CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe (org.). **Consumo, democracia e meio ambiente**: os reflexos socioambientais. Caxias do Sul: EDUCS, 2016. p. 58.

BRASIL [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 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: 19 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 3 mar. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 8.046, de 22 de dezembro de 2010**. Código de Processo Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em: 3 mar. 2018.

CAUBET, Christian Guy. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico: governo dos riscos. *In*: VARELLA, Marcelo Dias (org.). **Governo dos riscos**: rede Latino-Americana - Européia sobre governo dos riscos. Brasília: Unitar, 2005. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79059964.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2018.

DILLING, Olaf; MARKUS, Till. The transnationalisation of environmental law. **Journal of Environmental Law**, Oxford, v. 30, n. 2, p. 179-206, jul. 2018. Disponível em: <https://academic.oup.com/jel/article/30/2/179/4917799>. Acesso em: 9 mar. 2018.

EWALD, François; GOLLIER, Christian; SADELEER, Nicolas. **Le principe de précaution**. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

FERREIRA, L. José; GOMES, M. Federici. A teoria neoinstitucionalista do processo e a possibilidade de concessão de tutela provisória liminar para a proteção do direito fundamental ao meio ambiente. **Revista Argumentum**, Marília, v. 18, n. 3, p. 625-643, set./dez. 2017. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/284/243>. Acesso em: 22 mar. 2018.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Edunesp, 1991.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GREEN, Lawrence W.; FIELDING, Jonathan E.; BROWNSON, Ross C. The debate about electronic cigarettes: harm minimization or the precautionary principle. **Annual Review of Public Health**, Palo Alto, v. 39, p. 1-15, 2018. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev-publhealth-102417-124810>. Acesso em: 22 mar. 2018.

HIGGS, Eric S.; HARRIS, Jim A.; HEGER, Tina; HOBBS, Richard J.; MURPHY, Stephen D.; SUDING, Katharine N. Keep ecological restoration open and flexible. **Nature Ecology & Evolution**, London, v. 2, n. 580, 2018. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41559-018-0483-9>. Acesso em: 15 mar. 2018.

JAECKEL, A. L. The international seabed authority and the Precautionary Principle balancing deep seabed mineral mining and marine environmental protection. **Leiden Journal of International Law**, Boston, v. 18, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0922156518000079>. Acesso em: 23 mar. 2018.

LEITE, José Rubens Morato. **Inovações em direito ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

LUNELLI, Carlos Alberto. Por um novo paradigma processual nas ações destinadas à proteção do bem ambiental: a contribuição do contempt of court. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson Dytz (org.). **Estado, meio ambiente e jurisdição**. Rio Grande do Sul: EDUCS, 2012. p. 148.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MARIN, Jeferson Dytz. A necessidade de superação da standardização do processo e a coisa julgada nas ações coletivas de tutela ambiental. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson Dytz (org.). **Estado, meio ambiente e jurisdição**. Caxias do Sul: EducS, 2012. p. 89.

MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. Processo ambiental, efetividade e as tutelas de urgência. **Veredas do Direito: direito ambiental e desenvolvimento sustentável**, Belo Horizonte, v. 7, n. 13/14, p. 311-330, 2011. Disponível em: <http://domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/17>. Acesso em: 3 mar. 2018.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 92-102, jan./mar. 2001.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Participação, processo civil e defesa do meio ambiente**. São

Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MORAES, Gabriela B. de Almeida. **O princípio da precaução no direito internacional do meio ambiente**. 2011. 211 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento de 1992**. 2012. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2018.

REHBINDER, Eckard. Precaution and sustainability: two sides of the same coin? *In*: KISS, Alexander Charles. **A law for the environment: essays in honour of Wolfgang E. Burhenne**. Genebra: IUCN, 1994. p. 94.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROSSI, Angelica P. C.; SOUZA, Vinicius R. P. Tutela de evidência e tutela de urgência de acordo com o Novo Código de Processo Civil de 2015. **Revista Científica do Unisalesiano**, Lins, ano 8, n. 16, jan./jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SETH, Anil K.; DIENES, Zoltan. The value of bayesian statistics for assessing credible evidence of animal sentience: commentary on birch on precautionary principle. **Animal Sentience**, [S. l.], v. 16, n. 22, 2018. Disponível em: <http://animalstudiesrepository.org/animsent/vol2/iss16/22/>. Acesso em: 11 mar. 2018.

SILVA, Raphael Almeida Corrêa. **A tutela de urgência antecipada e antecedente e a estabilização como opção do requerente da medida**. 2016. 154 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/19513/2/Raphael%20Almeida%20Corr%C3%AAa%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. O meio ambiente como direito difuso e a sua proteção como exercício de cidadania. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 25, jan./jun. 2010.

SOUZA, Vinicius Roberto Prioli. **Novo código de processo civil: alterações e inovações comentadas**. Birigui: Boreal, 2016.

TEIXEIRA, Antônio E. M. **Processo ambiental: uma proposta de razoabilidade na duração do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TIETENBERG, Thomas H.; LEWIS, Lynne. **Environmental and natural resource economics**. 11. ed. New York: Routledge, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

**Como citar:** BORILE, Giovani Orso; ARNOLD, Cláudia de Moraes; CALGARO, Cleide. A tutela de urgência no âmbito do processo ambiental: efetivação do princípio da precaução. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 136-150, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 136. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 31/03/2018.

Aprovado em: 14/01/2019.

**A DESJUDICIALIZAÇÃO E OS MEIOS ALTERNATIVOS  
DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SOB A ÉGIDE DO PÓS-  
POSITIVISMO**

DISJUDICIALIZATION AND ALTERNATIVE DISPUTE  
RESOLUTION UNDER THE POST-POSITIVISM AEGIS

**Daiane Schwabe Minelli\***  
**Sergio Alves Gomes\*\***

\* Mestranda em Direito Negocial (UEL). Especialista em Direito Civil e Processo Civil (UCDB). Especialista em Direito Notarial e Registral (Anhanguera-Uniderp). Oficial de Registro de Imóveis na cidade de Peabiru.  
E-mail: dddaia@hotmail.com

\*\* Doutor em Direito: Filosofia do Direito e do Estado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Mestre em Direito e Pós-graduado em Filosofia Política pela Universidade Estadual de Londrina; Professor adjunto do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina; Professor no curso de Especialização em Direito Constitucional, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus de Londrina; Juiz de Direito (aposentado).  
E-mail: sergiodinaura@uol.com.br

**Como citar:** MINELLI, Daiane Schwabe; GOMES, Sergio Alves. A desjudicialização e os meios alternativos de resolução de conflitos sob a égide do pós-positivismo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 151-167, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 151. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** Diante do cenário da desjudicialização que vem ganhando destaque a partir da concepção ampliada do acesso à justiça, sob um enfoque pós-positivista, mostra-se de grande relevância a análise de meios que possam tornar efetivo o acesso a uma ordem jurídica justa. A complexidade e massificação da sociedade hodierna demanda uma resposta jurisdicional célere e efetiva, que concretize o acesso à justiça, o que não vem sendo assegurado adequadamente diante da situação caótica em que se encontra o sistema judicial brasileiro. Nesse sentido, as formas alternativas de resolução de conflito, diante do processo de desjudicialização, representam um significativo avanço, ensejando alterações legislativas em prol da valorização da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Pós-positivismo. Neoconstitucionalismo. Desjudicialização. Meios alternativos de resolução de conflitos.

**Abstract:** Given the scenario of disjudicialization that has gained prominence from the widening conception of access to justice, under a post-positivist doctrine, it is of great importance to analyze the mechanisms that can effectively provide access to a justice. The complexity and massification of today's society demands a speedy and effective judicial response, which should guarantee access to justice, even though it has not been properly guaranteed given the fact that the Brazilian judicial system is at most times chaotic. Hence, the alternative forms of conflict resolution, promoted by the disjudicialization movement. This represents a significant advance, as it can lead to legislative

changes that promotes private autonomy and the dignity of the human person.

**Key-words:** Post-positivism. Neoconstitutionalism. Disjudicialization. Alternative dispute resolution.

## INTRODUÇÃO

Como fonte de constantes conflitos, a sociedade contemporânea, complexa e pluralista, demanda uma prestação jurisdicional cada vez mais célere e efetiva. Assim, o direito fundamental de acesso à justiça, como um direito que se amolda aos fatos sociais, segue essa mesma tendência, porém, qualificado pelo valor inerente ao Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.

Esse entendimento encontra respaldo no atual ordenamento jurídico graças à hermenêutica constitucional inspirada pelo modelo pós-positivista, que teve em Ronald Dworkin seu grande expoente, acompanhado de Robert Alexy, ao defender a superação do positivismo com seu modelo de regras formal e impermeável aos valores morais.

No presente cenário pós-positivista o direito não pode ser pensado nos acanhados limites de um sistema normativo puro, baseado exclusivamente em regras, devendo tornar-se permeável a princípios e valores morais que indicam uma direção a seguir, um critério norteador que seja ao mesmo tempo o alicerce e o ápice de qualquer sociedade: a pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana representa hoje, portanto, a fonte máxima de toda hermenêutica que se pretenda constitucional e, portanto, deve ser ela a diretriz de toda interpretação dada ao direito fundamental de acesso à justiça, visto por muitos como um simples direito de acesso à tutela jurisdicional, ou mero direito de acesso aos tribunais.

É nesse sentido que se buscará analisar esse direito tão fundamental à existência humana e que promove a efetivação de tantos outros direitos fundamentais: a interpretação humana do acesso à justiça sob a égide pós-positivista, levando em consideração a valorização da autonomia privada e o estímulo à justiça coexistencial por meio da efetivação dos meios alternativos de resolução de conflitos, diante da ampliação do significado do direito de acesso à justiça.

## 1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PÓS-POSITIVISMO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O positivismo jurídico<sup>1</sup> sempre foi – e continua sendo para alguns –, a única referência de um modelo de regras válido num sistema jurídico: a lei como única fonte legítima para solucionar todas as situações fáticas, devendo ser aplicada de forma independente dos valores morais<sup>2</sup>. É nesse sentido que afirma Calsamiglia (1998, p. 209) que “la teoría positivista del derecho sostiene básicamente que el único objeto de la ciencia del derecho es el derecho dictado por los hombres

---

1 A expressão “positivismo jurídico”, de acordo com Norberto Bobbio (1995, p. 15), pode ser encontrada na “locução direito positivo contraposta àquela de direito natural”, de forma que, para que se possa compreender o positivismo jurídico, faz-se necessário entender a expressão “direito positivo”. Para tanto o autor cita, inicialmente, uma passagem de NottiAttiche, de Aulo Gellio, da época romana, que diz o seguinte: “Quod P. Nigidus argutissime docuit nomina non positiva esse, sed naturalia”, distinguindo entre aquilo que é por natureza (physis), ou seja, o direito natural, daquilo que é por convenção, ou posto pelos homens (thésis), isto é, o direito positivo (BOBBIO, 1995, p. 15).

2 Luis Roberto Barroso (2005) afirma que o pós-positivismo pode ser entendido como um movimento jurídico-filosófico ainda em construção, buscando superar os modelos do jusnaturalismo e do positivismo.

y que, además, la teoría posee los métodos adecuados para determinar qué es lo que establece el derecho”.

Ronald Dworkin (2002) demonstrou de forma original e combativa, a necessidade de superar a teoria positivista<sup>3</sup>, que defende o apego às regras jurídicas, conforme sua análise crítica das concepções de John Austin (direito como comandos do soberano) e, principalmente, de H.L.A. Hart (direito como conjunto de regras primárias e secundárias), ao demonstrar que esses modelos de regras são insuficientes para resolver a complexidade de casos concretos (“casos difíceis”) que emergem nos tribunais, insistindo numa leitura moral da Constituição e “denunciando a hipocrisia do pressuposto da neutralidade proposta pelo positivismo” (CALSAMIGLIA, 1998, p. 213) reconhecendo a importância dos princípios.

Ao analisar alguns casos concretos de tribunais norte-americanos, em que regras jurídicas foram afastadas diante de máximas gerais<sup>4</sup>, critérios de equidade e de justiça, afirma Dworkin (2002, p. 39) que a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica, posto que ambos apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em situações específicas, mas “distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem”, sendo que as regras são aplicáveis à maneira do “tudo-ou-nada”: ou a regra é válida e então, a resposta que oferece para os fatos que estipula, deve ser aceita, ou não é válida e, portanto, de nada adianta para a decisão (DWORKIN, 2002, p. 39).

Para o autor, princípio seria “um padrão que deve ser observado” por ser uma “exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36), sem apresentar “consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”, nem “estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária”, sendo que apenas enunciam uma razão hábil a conduzir o argumento em certa direção, necessitando ainda de uma decisão particular (DWORKIN, 2002, p. 40). Os princípios possuem a dimensão do peso ou importância, ausente nas regras, de modo que quando em conflito, quem vai resolvê-lo deve levar em consideração a força relativa de cada um. Quanto às regras, quando em conflito, uma delas não se mostra válida<sup>5</sup> (DWORKIN, 2002, p. 43).

De acordo com Bittar e Almeida (2018, p. 530), entende Dworkin que normas e princípios compõem o sistema jurídico, “na medida em que normas válidas se aplicam, e normas jurídicas inválidas não se aplicam, enquanto que princípios sempre se aplicam, com maior ou menor intensidade aqui e ali, mas sempre serão considerados subsídios para que a interpretação de cada

3 A despeito da interessante evolução histórica de que emergiu o positivismo jurídico, passando pelas concepções de Montesquieu no século XVIII, pela escola histórica e pelo rigor da escola da exegese do início do século XIX, na França, apenas para citar alguns marcos, destacam-se como expoentes desse modelo de regras, tomando aqui como base o estudo de Dworkin em “Levando os Direitos à Sério”, os ingleses John Austin, no século XIX, com sua concepção do direito como comando, e Herbert L.A. Hart, com sua obra “The concept of law” (O conceito de Direito).

4 Um dos exemplos citados pelo autor é de uma decisão do Tribunal de Nova Iorque (*Riggs contra Palmer* – 1889), no sentido de que, o assassino do avô, mesmo contemplado no testamento, não teve o direito à herança, diante do princípio segundo o qual a ninguém será permitido lucrar com a sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos (DWORKIN, 2002, p. 37).

5 Prossegue o autor: “Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes” (DWORKIN, 2002, p. 43).

caso esteja escorada em valores morais de grande força e peso socioinstitucional”<sup>6</sup>.

Com base nesses e em outros estudos, e diante da crise pela qual passava o positivismo, novas ideias ganharam força no sentido de aproximar o direito da moral emergindo o pensamento jusfilosófico do pós-positivismo. Esse movimento trouxe a lume, inicialmente, a importância dos princípios e valores para a interpretação da lei<sup>7</sup>, consagrando a importância do homem e a sua função como norte axiológico de todo o ordenamento jurídico e demandando a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Segundo Sergio Alves Gomes (2011, p. 215), essa perspectiva “revela cada vez mais que, sem a inclusão dos valores no âmbito jurídico, o Direito se resumiria a um arcabouço de normas passíveis de qualquer conteúdo, inclusive daqueles que ao invés de dignificar o ser humano, poderiam convertê-lo em mera ‘coisa’”, como a escravidão, que foi disciplinada e legitimada pelo ordenamento jurídico.

Com a superação do positivismo, abriu-se segundo Barroso (2005, p. 4) “caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação”, que caracterizam o pós-positivismo, na medida em que busca “ir além da legalidade estrita”, sem desprezar o direito posto, recorrendo a uma leitura moral do Direito, sem recorrer a categorias metafísicas (BARROSO, 2005, p. 4). Para o autor:

[...] O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. [...] O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo [...] inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito [...] (BARROSO, 2006, p. 27-28).

O modelo de regras de Dworkin mostra-se de grande importância pela sua natureza crítica ao positivismo e por promover a ideia de que o Direito não pode ser entendido apenas como um conjunto de regras, sendo também integrado por princípios, vinculando valores morais ao direito, principalmente diante dos casos difíceis, em que os princípios desempenham um papel

6 No mesmo sentido, ensina Bonavides (2003, p. 282) ao analisar a contribuição de Dworkin para a teoria dos princípios que “um princípio aplicado a um determinado caso, se não prevalecer, nada obsta a que, amanhã, noutras circunstâncias, volte ele a ser utilizado, e já então de maneira decisiva”. E completa o autor, diferenciando esse entendimento daquele aplicado a um sistema de regras, em que “não se pode dizer que uma regra é mais importante do que outra”. Não se pode dizer, portanto, que uma regra prevalece sobre outra devido ao seu maior peso (BONAVIDES, 2003, p. 282).

7 Miguel Reale já relacionava direito e valores morais, ao afirmar que: “O certo é que toda norma enuncia algo que deve ser, em virtude de ter sido reconhecido um valor como razão determinante de um comportamento declarado obrigatório. Há, pois, em toda regra um juízo de valor, cuja estrutura mister é esclarecer, mesmo porque ele está no cerne da atividade do juiz ou do advogado” (REALE, 2001, p. 31).

fundamental<sup>8</sup>, em razão de seu caráter vinculante (DWORKIN, 2002, p. 56-57). Estará, assim, resguardada a efetivação dos direitos fundamentais, não com base em uma racionalidade apodítica, segundo Bittar e Almeida (2018, p. 537), mas buscando sempre o razoável, por meio de uma leitura moral do direito. Nesse contexto, em que “a ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas” (SARMENTO, 2009, p. 119), estrutura-se o marco filosófico do novo direito constitucional (BARROSO, 2005, p. 4), o neoconstitucionalismo<sup>9</sup>.

Por meio desse movimento, expressão do paradigma pós-positivista, e pela força atribuída aos princípios, o Poder Judiciário passou a atuar mais ativamente na defesa dos valores constitucionais e a Constituição passa a ser a referência, o norte do ordenamento jurídico e da jurisprudência, como uma das fontes criadoras do direito (SARMENTO, 2009). As Constituições passam a veicular alto teor axiológico, iniciando uma nova etapa: a constitucionalização do ordenamento jurídico, levando a uma nova maneira de interpretar e entender a atuação do judiciário, tendo como fundamento a constituição. Passam os princípios, portanto, a assumir importância vital para o ordenamento jurídico, “sobretudo se lhes analisarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio” (BONAVIDES, 2003, p. 289)<sup>10</sup>.

Nesse contexto, verifica-se no neoconstitucionalismo, o ideal humanitário e uma perspectiva otimista, com o aprofundamento “do projeto político da Modernidade, de emancipação pelo uso da razão, através dos instrumentos do Direito Constitucional, sobretudo os direitos fundamentais” (SARMENTO, 2009, p. 123). No que tange à relação entre direito e moral, Sarmento explica que:

As fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, e a diferenciação entre eles, essencial nas sociedades complexas, permanece em vigor, mas as fronteiras entre os dois domínios tornam-se muito mais porosas, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça, e a cultura jurídica começa a levá-los a sério (SARMENTO, 2009, p. 121).

Ao analisar as características do que chama de “constitucionalização do Direito”, Figueroa menciona Ricardo Guastini, para quem a constitucionalização é o processo e o resultado

8 Segundo o autor, depois que o caso é decidido, ele ilustra uma regra particular que não existia antes, de forma a justificar uma nova interpretação da lei, podendo o juiz, inclusive, alterar uma regra diante de um princípio, quando este for mais importante do que outros. (DWORKIN, 2002, p. 46).

9 Para alguns autores, o termo pós-positivismo representa mera “nomenclatura de transição”, tendo expressado apenas a fase inicial do que hoje chamamos de neoconstitucionalismo, segundo Eduardo Ribeiro Moreira (2008, p. 48). Sarmento (2009, p. 115) afirma que não existe um único neoconstitucionalismo, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes que justifica serem agrupadas sob um mesmo rótulo. Fernandes e Bicalho (2011, p. 111) afirmam que o pós-positivismo é o embasamento da filosofia do direito para o neoconstitucionalismo: o pós-positivismo é a “matriz jusfilosófica que embasa as ideias neoconstitucionais”.

10 O estudo acerca da juridicidade dos princípios encontra em Paulo Bonavides (2008, p. 259-266) uma contextualização em que se visualizam três fases: 1 – Jusnaturalista: os princípios reconhecidos dentro de sua esfera ético-valorativa, pela ideia que inspira os postulados de justiça; 2 – Positivista: os princípios eram compreendidos como fonte normativa subsidiária, hierarquicamente subordinados às leis e com reconhecidos se contidos nas leis; 3 - Pós-positivismo: os princípios atingem grande prestígio jurídico-normativo, sendo conduzidos pela nova hermenêutica constitucional, sob a égide contemporânea da hegemonia axiológica. Esse momento é marcado pela admissão dos princípios constitucionais como norteadores de todo o ordenamento jurídico.

da transformação do Direito causado pela Constituição. São características de um sistema constitucionalizado, segundo o autor: uma constituição rígida; uma garantia jurisdicional da constituição (controle de constitucionalidade); a força vinculante da constituição, que deve ser considerada como verdadeira norma jurídica; sobre-interpretação, que enaltece a analogia e a invocação de princípios constitucionais de forma a responder toda e qualquer controvérsia; a aplicação direta da constituição; a interpretação das leis conforme a constituição e a influência da constituição nas relações políticas (FIGUEROA, 2003, p. 163-164).

Desse processo de constitucionalização do pensamento jurídico decorre o termo constitucionalismo e, mais precisamente, o neoconstitucionalismo<sup>11</sup>, que é o conjunto de teorias que vem proporcionando uma cobertura justeórica conceitual e/ou normativa na constitucionalização do Direito em termos normalmente não positivistas (FIGUEROA, 2003, p. 164).

No Brasil, o neoconstitucionalismo<sup>12</sup> decorre do processo de redemocratização, trazido pela Constituição Federal de 1988, que possibilitou o rompimento com a ordem até então vigente, trazendo “amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões – direitos individuais, políticos, sociais e difusos – aos quais conferiu aplicabilidade imediata (art. 5º, Parágrafo 1º) e protegeu diante do próprio poder de reforma” (SARMENTO, 2009, p. 125). Esse paradigma denota a necessidade de uma aplicação mais justa do Direito, atribuindo ao intérprete o dever de construção de sentido (GOMES, 2011, p. 93), tendo o homem como protagonista do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, as ideias de Dworkin e Alexy ganham destaque na medida em que enfatizam “o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais”, com destaque para a influência dos direitos fundamentais, passando a emergir a “preocupação com valores e democracia, repleta de novas categorias, importadas, sobretudo do Direito germânico, como o ‘mínimo existencial’, a ‘reserva do possível’ e a ‘proibição do retrocesso’” (SARMENTO, 2009, p. 127). O neoconstitucionalismo abre, pois, as portas do Direito para o debate moral, “ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social” (SARMENTO, 2009, p. 120).

Nesse cenário neoconstitucionalista, a dignidade da pessoa humana deixa de ser vista apenas como uma regra de aplicação limitada, para consolidar-se como um valor ético fundamental que embasa um princípio de observância obrigatória para a própria manutenção da existência humana. É nesse sentido que segue o conceito de dignidade da pessoa humana desenvolvido por Ingo Wolfgang Sarlet:

11 Para o autor, são aspectos do constitucionalismo: o aspecto material da constituição, com o Direito representado por um forte carga axiológica, oposta ao positivismo jurídico; o aspecto estrutural da constituição, que elenca a estrutura das normas constitucionais (princípios constitucionais que permitem a onipresença da Constituição de Alexy e a ponderação, como um sistema dinâmico de argumentos); e o aspecto político, que permite o protagonismo do judiciário (FIGUEROA, 2003, p. 165-167).

12 No Brasil, o uso do termo neoconstitucionalismo foi utilizado a partir da obra Neoconstitucionalismo(s), organizada por Miguel Carbonell e publicada em 2003. Alguns autores aderiram explicitamente à corrente (Luis Roberto Barroso, Lênio Luiz Streck, Antonio Cavalcanti Maia, Ana Paula de Barcellos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Paulo Ricardo Schier, Eduardo Moreira, Écio Otto Ramos Duarte e Thomas Rosa de Bustamante); outros a criticaram (José Ribas Vieira, Dimitri Dimoulis e Humberto Ávila). (SARMENTO, 2009, p. 129).

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 asseguram 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 (SARLET, 2001, p. 60).

Assim, pode-se conceituar dignidade da pessoa humana como uma qualidade inerente ao ser humano, que o torna digno de respeito pela sociedade e pelo Estado, devendo a ele ser assegurados os direitos fundamentais de que depende para ter uma existência digna, ou em outras palavras, as condições mínimas de sobrevivência. Para a doutrina em geral, costuma-se mencionar a garantia de um mínimo existencial, composto por esse núcleo mínimo de direitos, sem os quais se pode afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. Nesse sentido, deve ser considerada a implementação dos direitos à educação básica, à saúde, à assistência social e o acesso à justiça (BARCELLOS, 2002, p. 305).

Trata-se de garantia essencial à organização da vida em sociedade e fundamental à própria manutenção da existência humana, na medida em que assegura condições mínimas, básicas e indispensáveis a ela. É por isso que sem o seu reconhecimento, como elemento de todo ser humano, “os demais valores ficam sem uma referência que lhes possibilite produzir sentido coerente com a ideia de democracia.” (GOMES, 2011, p. 284).

Nesse sentido é que se pode afirmar que ocupa a posição de alicerce do Estado Democrático de Direito, ou seu fundamento, conforme estabelece a própria Constituição Federal em seu art. 1º, III, emanando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e fortalecendo os ideais de liberdade e cidadania na busca de progresso e pacificação social, na medida em que, é por respeito ao valor maior da dignidade da pessoa humana que os demais valores (vida, liberdade, igualdade, segurança, justiça, propriedade) devem ser assegurados (GOMES, 2011, p. 284).

## **2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

O caminho para a consolidação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana passa, principalmente, pelo efetivo acesso à justiça, que possa proporcionar a concretização dos direitos fundamentais que integram aquele núcleo mínimo de existência digna de todos os seres humanos. Para tanto, é necessário compreender que a concepção clássica e formal de acesso à justiça deve passar por uma releitura à luz do modelo pós-positivista do direito em seu viés neoconstitucionalista.

Com base em seu poder de império, o Estado chamou para si o poder de resolver conflitos sociais com definitividade, por meio da garantia constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário ou da proteção judiciária, não sendo permitido aos indivíduos realizar justiça com as

próprias mãos. De acordo com a Constituição Federal, na redação do artigo 5º, inciso XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.” Houve assim, expressa vinculação do direito fundamental de acesso à justiça à necessária intervenção do Estado-juiz.

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, o acesso à Justiça passou a ser reconhecido como requisito fundamental de um sistema que vise garantir – e não apenas proclamar – direitos de todos, sendo “o mais básico dos direitos humanos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12). Diante da visão pós-positivista dos princípios, tendo como base a dignidade da pessoa humana, fundamento de um Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça passa a ser reconhecido como um direito fundamental, uma vez que é por meio de sua garantia que pode ser dada adequada tutela aos direitos fundamentais dos indivíduos. Quer-se com isso dizer que a ele deve ser atribuída uma conotação diversa, que o identifique como um direito-garantia, na medida em que por meio dele é possível que as pessoas exerçam sua cidadania e provoquem o reconhecimento de outros direitos essenciais à vida humana.

As constantes transformações sociais e o surgimento de necessidades mais complexas diante do advento de novos interesses promoveram essa alteração de entendimento, uma vez que o acesso à justiça não poderia mais limitar-se apenas ao direito de pleitear solução de conflitos perante o Poder Judiciário, mas de garantir o efetivo acesso a uma ordem jurídica justa e tempestiva (WATANABE, 2011, p. 385). Nesse sentido, conclui Sardinha (2018, p. 17) ao afirmar que “não pode assumir a significância exclusiva de acessibilidade ao Poder Judiciário, haja vista que o referido termo abarca também o acesso a toda uma ordem de direitos e valores”.

O acesso à justiça tem se consolidado, portanto, não apenas como um direito formal, de acesso aos tribunais, mas também como direito de acesso a uma ordem jurídica justa (WATANABE, 2011, p. 385), que efetivamente proporcione uma tutela que promova a realização do direito material e voltado, essencialmente, à pacificação social (DINAMARCO, 1996, p. 20). Assim é que se entende que uma sociedade justa e igualitária só existe quando há “a aplicabilidade efetiva do direito de acesso à justiça”, tendo em vista que “tal direito é, por lógica, a condição primeira e essencial, para que os outros direitos que também são de natureza fundamental sejam efetivados” (SARDINHA, 2018, p. 14).

Entretanto, o exercício excessivo desse direito-garantia, embora essencialmente destinado à efetivação de direitos e à consolidação de um Estado Democrático de Direito, acabou por trazer consequências negativas para a sociedade atual. A amplitude desse acesso estimulou um processo de judicialização, ou seja, de crescimento de litígios cíveis, gerando a situação caótica em que encontra esse órgão atualmente, congestionado e com alto grau de morosidade. Teve então início, um grande problema, segundo Suter e Cachapuz (2016, p. 59):

O Estado ao conceder acesso amplo e irrestrito à justiça não estava preparado para maior número de demandas nos tribunais. Assim, insatisfações e reclamações no tocante a lentidão nas resoluções dos litígios, mostraram a ingerência e a desorganização do Poder Judiciário Brasileiro a dar resposta ao cidadão e a promover a paz social.

O Poder Judiciário, engessado em razão do formalismo excessivo e da enorme quantidade de processos, não se mostra mais apto a lidar com a enorme quantidade de lides que vem se formando, gerando uma significativa restrição à garantia de acesso daqueles que dependem de uma atuação estatal.

Nesse cenário, sob a ótica da hermenêutica constitucional pós-positivista, emerge a preocupação com a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, cuja realização é dever fundamental do Estado. Reconheceu essa necessidade o Supremo Tribunal Federal ao afirmar que: “A prestação jurisdicional é uma das formas de se concretizar o princípio da dignidade humana, o que torna imprescindível seja ela realizada de forma célere, plena e eficaz” (Reclamação nº 5.758. Rel. Min. Cármen Lúcia - julgado em 13/05/2009. Plenário DJE de 07/08/2009). Mais do que um princípio, o acesso à justiça destaca-se, segundo Cândido Dinamarco, “como síntese de todos os princípios e garantias do processo, tanto no âmbito constitucional quanto infraconstitucional, em sede legislativa, doutrinária e jurisprudencial”. (DINAMARCO, 1996. p. 303).

Soma-se, assim, a esse cenário a inafastável garantia da razoável duração do processo, positivada no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, porém garantida há muito por alguns instrumentos internacionais, como a Convenção Europeia de Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), enunciando em termos gerais que todo indivíduo tem direito à devida prestação jurisdicional em prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, condenando o atraso na prestação jurisdicional.

Essa nova perspectiva do direito de acesso à justiça muito se deve aos estudos realizados por Mauro Cappelletti e Bryant Garth em seu projeto Florença, ao analisar os problemas que envolvem a prestação jurisdicional e geram restrição àquele direito fundamental. Entendem os autores ser necessário o atendimento a duas finalidades do sistema jurídico: a acessibilidade igualitária a todos e a produção de resultados individual e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8), propondo as soluções por eles denominada de “ondas renovatórias” de universalização do acesso<sup>13</sup>.

Como objeto da terceira onda renovatória encontra-se a remoção dos obstáculos processuais que impedem um resultado rápido, eficiente e satisfatório do conflito. A partir dessa conclusão, novo enfoque deve ser dado ao acesso à justiça, mediante a busca de novas formas de resolver os conflitos, dando ênfase à atividade extrajudicial, uma vez que não pode a via jurisdicional ser considerada o único caminho que conduz à Justiça.

Essa busca de novos caminhos, conforme ensinamento de Fernanda Tartuce, “há de ser multifacetada”, abrangendo meios variados de solução de controvérsias, que possam ser eficazmente tratados por técnicas peculiares (TARTUCE, 2018, p. 36). Assim, dentro da perspectiva da dignidade

---

13 A primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representações jurídicas para interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça”, porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 28).

da pessoa humana e, tendo como pano de fundo, a inspiração pós-positivista, faz-se necessário pensar além, de forma a assegurar a autonomia privada dos indivíduos e implementar medidas que propiciem a mais adequada solução de seus problemas jurídicos, como direito fundamental de acesso a uma ordem jurídica justa.

### 3 A DESJUDICIALIZAÇÃO E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS SOB A ÉGIDE DO PÓS-POSITIVISMO

Diante do contexto atual em que se encontra a teoria dos princípios, denominado por Paulo Bonavides de “estado principal” (BONAVIDES, 2003, p. 293), mostra-se importante analisar o movimento da desjudicialização no Brasil e sua relevância para a efetividade da dignidade da pessoa humana, sob a égide do pós-positivismo, considerando que a morosidade do Poder Judiciário tem, de fato, potencial para lesar direitos fundamentais que deveriam ser tutelados pelo Estado.

O reconhecimento do indivíduo como universo de valores promovido pelo liberalismo gerou uma sociedade pluralista e multicultural, que demanda respostas rápidas, úteis e adequadas, tornando inviável ao cidadão a busca pelo Poder Judiciário como única via de acesso para resolução de conflitos. Verifica-se uma insatisfação crescente com os processos autoritários de tomada de decisões, que não se adequam aos interesses das partes, e possuem custos elevados (MUNIZ, 2014, p. 56). Daí surgir a necessidade de uma política de desjudicialização, que estimule a resolução de conflitos de outras formas<sup>14</sup>.

O processo de desjudicialização trouxe a possibilidade da resolução consensual de conflitos na via extrajudicial, como uma opção plausível para a resolução de problemas jurídicos, por meio da conciliação e da mediação<sup>15</sup>. Esses meios de resolução de conflitos mostram-se como importantes instrumentos para preservar a dignidade humana, num contexto de expansão da democracia e da autonomia privada.

Analisando o movimento de desjudicialização que vem ocorrendo em Portugal dentro de um contexto maior, por ele denominado “desjuridificação”, e que pode ser aplicado ao sistema brasileiro pela similaridade de cenários, Pedrosa (2002, p. 17) afirma que o processo de desjudicialização decorre de um contexto de reforma da administração da justiça, que permite a prevenção de um litígio:

---

14 Os meios jurisdicionais mostram-se cada vez mais ineficientes e insuficientes com o desenvolvimento contínuo da humanidade, constatando Tânia Lobo Muniz que essa situação levou à busca “de procedimentos alternativos ao juízo estatal, menos formais, mais eficazes na resolução efetiva das questões e que possibilitem uma maior pacificação e justiça, conduzindo aos meios alternativos de resolução de conflitos, dentre as quais destacam-se a arbitragem e a negociação, que pode se dar por meio da conciliação e da mediação” (MUNIZ, 2014, p. 34).

15 Conforme os parágrafos 2º e 3º do art. 165 do Código de Processo Civil, na conciliação, um terceiro imparcial atuará como conciliador preferencialmente nas situações em que não existia vínculo anterior entre as partes, podendo sugerir soluções para o litígio, uma vez que o intuito é obter o acordo. Por outro lado, na mediação, o mediador atua preferencialmente nas situações em que há vínculo anterior entre as partes, auxiliando os interessados a compreender os conflitos, restabelecendo a comunicação entre os mesmos, de forma que as soluções consensuais gerem benefícios mútuos (SARDINHA, 2018, p. 92).

Os processos de desjuridificação incluem ainda as categorias de “informalização da justiça” e de “desjudicialização” [...] através de criação de processos, instâncias e instituições descentralizadas, informais e desprofissionalizadas que assumem a resolução de litígios outrora privativa dos tribunais judiciais. Os conceitos de informalização e desjudicialização, em sentido amplo, manifestam-se através de diferentes realidades que permitem prevenir ou resolver um litígio, ou seja, um conflito social que dois ou mais interessados pretendam que seja dirimido sem recurso ao tribunal judicial (PEDROSO, 2002, p. 18).

As primeiras referências a esse movimento encontradas no Brasil foram inspiradas na segunda metade do século XX, pelo movimento internacional gerado pelas ondas renovatórias do acesso à justiça (relatório Florença<sup>16</sup>), quando passou a haver um grande incremento de normas no sentido de promover a desobstrução do sistema judicial. Políticas públicas nesse sentido passaram a ser promovidas, tendo por enfoque o estímulo aos chamados “meios alternativos de resolução de conflitos” (MARCs), em alusão ao seu correspondente inglês “*Alternative Dispute Resolution*” (ADR). Nesse sentido, destaca-se a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, implementada pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 125/2010.

Ao estabelecer uma política pública de estímulo à resolução consensual de conflitos de forma extrajudicial, o Conselho Nacional de Justiça apresentou um modelo em que busca ampliar o acesso à justiça e estimular um comportamento mais ativo das pessoas que estão envolvidas no conflito, considerando que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses e a quantidade de recursos.

Embora destinada ao âmbito judicial, essa normativa promoveu o primeiro passo rumo a um novo enfoque dado aos conflitos por meio de uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento daqueles meios, ao qual se seguiram o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), a Lei nº 13.140/2015 (lei de mediação) e o Provimento nº 67/2018 do Conselho Nacional de Justiça.

A conciliação e a mediação passam a ser oficialmente consideradas como efetivos instrumentos de pacificação social, tanto na solução quanto na prevenção de litígios, diante da redução da judicialização de conflitos que são capazes de promover. Esse também foi um dos motivos pelo qual o Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu art. 3º, §§ 2º e 3º, previsão no sentido de priorizar a realização de conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, apresentando-os como princípio geral para o direito processual civil (SUTER, 2018, p. 15).

Ao dar preferência à opção pelos métodos extrajudiciais de solução de conflitos, o Código de Processo Civil, conforme interpretação de seu artigo 3º, oportunizou a busca pela solução

---

16 O projeto Florença foi coordenado por Mauro Cappelletti, em colaboração com Bryant Garth e Nicolò Trocker retratando, a partir de estudos empíricos, em três ondas renovatórias, os entraves para o acesso à Justiça (MENDES; SILVA, 2015. p. 1827-1858).

jurídica mais adequada pelas partes, além da via judicial, buscando instaurar uma cultura de paz, demonstrando a adoção de um “sistema multiportas de acesso à justiça”<sup>17</sup>, idealizado por Frank Sander (“*Multidoor Couthouse system*”), que busca oferecer soluções diversas do Judiciário e mais adequadas às peculiaridades de cada demanda (TARTUCE, 2018, p. 72).

Nessa toada foi publicada a lei nº 13.140/2015, que trata da mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares, sendo seu marco legal no país. A opção pela via extrajudicial de acesso à justiça, segundo Sardinha (2018, p. 39), “confere aos cidadãos uma maior liberdade e poder de decisão sobre a forma como será solucionado o seu caso concreto, reduzindo a interferência do Estado que não mais substitui a vontade das partes por meio de uma decisão judicial”. Por meio dessa via, podem ser atendidos a necessidade individual das partes, que não ficam dependentes da morosidade e dos entraves do sistema judicial, e também, o interesse coletivo, uma vez que, em longo prazo, haverá progressiva desobstrução daquele sistema e maior pacificação social, como objetivo comum de uma sociedade.

Ao possibilitar a realização de autocomposição das partes em centros extrajudiciais, a desjudicialização veio ao encontro da realização da democracia, incentivando comportamentos que desenvolvem a cidadania e oportunizando aos envolvidos uma posição de protagonismo na busca da solução mais adequada ao seu problema jurídico, em prol da liberdade negocial e dando maior efetividade à dignidade da pessoa humana. Com isso, constrói-se a sociedade correspondente a um Estado Democrático de Direito que, segundo Tania Lobo Muniz, “deve ser construída diariamente por meio da persecução de valores como a liberdade e a igualdade; do exercício da cidadania pelo povo, alcançada pelo desenvolvimento cultural e pela educação; e pelo exercício do poder voltado para os interesses sociais” (MUNIZ, 2014, p. 43).

Diante de uma sociedade cada vez mais complexa e pluralista, o afastamento de conflitos da justiça tradicional possibilita a sua resolução por meio do consenso<sup>18</sup> entre as pessoas, uma vez que aquela via não satisfaz adequadamente às suas necessidades, abrindo caminho para a valorização da justiça coexistencial ou conciliatória, mediante o reconhecimento de ser o próprio indivíduo o responsável por seu destino. É essa a solução trazida por Cappelletti, no sentido de contrapor a justiça contenciosa, baseada na decisão adjudicada<sup>19</sup>, pela ideia da justiça coexistencial (CAPPELETTI, 1992, p. 128).

De acordo com Cappelletti, a oralidade, como pressuposto de uma justiça conciliatória, sempre representou forma de democratização e de garantia maior do contraditório participativo, de forma a tornar possível um “remendo” de uma “situação de ruptura ou tensão, em vista da preservação de bem mais duradouro, a convivência pacífica de sujeitos que fazem parte de um

---

17 A doutrina considera a adoção de um “sistema multiportas” de acesso à justiça no Brasil, termo cunhado pelo americano Frank Sander (“MultiDoors CourtHouse”) para se referir à possibilidade de escolha de diferentes métodos de resolução de conflitos integrados ao Judiciário (ALMEIDA, 2015, p. 85).

18 Segundo Tania Lobo Muniz, citando Martinelli, “a negociação sempre envolve movimento em busca de um consenso que é a [...] concordância genuína graças a total coincidência das visões, das necessidades e dos desejos legítimos dos diversos participantes” (2014, p. 35).

19 Cappelletti entende ser necessário o estímulo à justiça em bases conciliatórias, de forma a “por um limite às intervenções da máquina do Estado, que com frequência se revelou demasiado lenta, formal, rígida, burocraticamente opressiva” (CAPPELETTI, 1992, p. 134).

grupo ou de uma relação complexa” (CAPPELLETTI, 1992, p. 133). Esse é o objetivo da justiça coexistencial, ou seja, a resolução de conflitos que surgem no cotidiano dos indivíduos como integrantes de um grupo social, como “justiça que tenha em vista a inteira situação na qual se insira o episódio contencioso, e que tenda a ‘curar’, não exasperar, a situação de tensão.” (CAPPELLETTI, 1992, p. 133).

Com a política pública de estímulo à resolução consensual de conflitos de forma extrajudicial, o Conselho Nacional de Justiça apresentou, portanto, um modelo de justiça coexistencial<sup>20</sup>, em que se busca ampliar o acesso à justiça e estimular um comportamento mais ativo das pessoas que estão envolvidas no conflito, considerando que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses e a quantidade de recursos, já que busca resolver conflitos considerando uma perspectiva futura, visando restaurar as relações entre as partes para que retomem o convívio.

Nesse sentido, ao analisar o crescimento dos meios alternativos de solução de conflitos nos Estados Unidos, em especial, a mediação, afirma Oscar G. Chase, que “*Mediation’s constructive power is based on its informality and consensuality, both of which “allow parties to define problems and goals in their own terms, thus validating the importance of problems and goals in the parties’ lives”*”<sup>21</sup> (CHASE, 2005, p. 110).

A autocomposição ocorre por meio de técnicas que estimulam a aproximação das partes e a resolução de controvérsias, de uma forma menos traumática, uma vez que não é imposta por uma decisão adjudicada, revelando-se mais eficiente na solução de conflitos, diante da manifestação espontânea de vontade das partes e aceitação mútua quanto às questões existentes, obtida por meio do consenso, em prol da pacificação social. Destaca-se, assim, a importância da atuação extrajudicial, por meio das serventias extrajudiciais, uma vez que um agente mais próximo da comunidade<sup>22</sup> está mais apto a analisar o caso de forma equitativa, no intuito de solucionar os conflitos que impedem o retorno a convivência social.

Os meios alternativos de solução de conflitos advindos do movimento de desjudicialização, como a mediação e a conciliação, devem ser estimulados e difundidos, portanto, sob a égide do pós-positivismo, como formas democráticas de exercício da cidadania, uma vez que todos os envolvidos no problema possuem liberdade para discutir sobre suas razões em posições igualitárias, chegando a um consenso que será o mais adequado a eles e que resultará numa melhor aceitação do resultado, promovendo uma via de acesso capaz de assegurar a efetividade do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana mediante a ampliação do acesso à justiça e

20 Sob uma perspectiva comunitarista, pode-se dizer que ao estabelecer uma política pública de estímulo à resolução consensual de conflitos, o Conselho Nacional de Justiça apresentou um modelo em que se busca ampliar o acesso à justiça e desenvolver hábitos corretos, que façam indivíduos de bom caráter, já que é daí que decorre a educação moral (SANDEL, 2012, p. 245).

21 Em livre tradução: “O poder construtivo da mediação é baseado em sua informalidade e consensualidade, os quais ‘permitem que as partes definam os problemas e as metas em seus próprios termos, validando, assim, a importância desses problemas e metas em suas vidas’”. (Tradução nossa).

22 Segundo análise de Oscar Chase, um dos efeitos mais revolucionários desses meios de resolução de conflitos, é o que ele chama de criação de justiça da vizinhança: “*Creation of neighborhood justice centers for the mediation of Community disputes*” (2005, p. 96).

à valorização da autonomia privada<sup>23</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente judicialização das relações sociais foi determinante para a crise verificada no Judiciário a partir de meados do século XX. Esse cenário vem ao encontro da busca pela constitucionalização e efetivação de direitos fundamentais, diante da complexidade da sociedade atual e da insegurança em relação à efetividade da atividade jurisdicional.

O acesso à Justiça não pode mais ser contextualizado nos acanhados limites dos órgãos judiciais existentes, limitado na visão formal de mero acesso aos tribunais. Considerando a constituição Federal como um sistema aberto de princípios e regras, deve aquele direito ser visualizado como meio de realização dos direitos fundamentais e de consolidação de um Estado democrático de direito, devendo a ele ser dada a interpretação mais ampla possível, sob a égide pós-positivista.

Os entraves que envolvem a prestação jurisdicional não podem mais constituir óbice para a realização efetiva da justiça, devendo ser promovido pelo Estado o acesso a uma ordem jurídica justa e efetiva, mediante uma política pública que estimule a opção pelos meios alternativos de resolução de conflitos, assegurando o respeito à autonomia das partes sem olvidar a segurança jurídica.

Essas políticas encontram na via extrajudicial sua saída mais viável, o que vem sendo realizado por meio da desjudicialização, um processo que vem ganhando espaço já há alguns anos, e que permite a realização de mediação e conciliação como forma de resolver conflitos nas serventias extrajudiciais, consagrando a justiça coexistencial.

Com a autocomposição os interessados podem livremente definir a solução mais adequada para seus problemas jurídicos, num ambiente democrático, em que o diálogo é estimulado, promovendo a cidadania e a solidariedade social, como pressupostos para a consolidação da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr., 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 18 nov. 2018.

**BARROSO, Luis Roberto**. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional

<sup>23</sup> Corroborar esse entendimento a PEC nº 108/2015 que tramita no Congresso Nacional e busca acrescentar o inciso LXXIX ao art. 5º, da Constituição Federal, de forma a estabelecer o emprego de meios extrajudiciais de solução de conflitos como um direito fundamental (BRASIL, 2015).

Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In*: BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.1-48.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 108, de 2015**. Acrescenta inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para estabelecer o emprego de meios extrajudiciais de solução de conflitos como um direito fundamental. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122592>. Acesso em: 18 jun. 2018.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa**, Alicante, v. 21, n. 1, 1998. Disponível em: <file:///C:/Users/rinaldorodrigues/Desktop/postpositivismo-0.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 17, n. 65, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CHASE, Oscar G. **Law, culture, and ritual**: disputing systems in cross-cultural context. New York University Press: New York, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do Positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar., 2011.

FIGUEROA, Alfonso García. La Teoría del Derecho em Tiempos de Constitucionalismo. *In*: CARBONEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p.159-186.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional**: um contributo à construção do estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2011.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Capelletti e Bryant Garth a partir do Brasil 40 anos depois. **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1827-1858, 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19385>. Acesso em: 22 jul. 2018.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da constituição. São Paulo:

Método, 2008.

MUNIZ, Tânia Lobo. O conflito, os modelos de solução, o acesso à justiça e a estrutura oficial de solução de conflitos. *In*: MUNIZ, Tânia Lobo; ARAÚJO JR., Miguel Etinger. (org.). **Estudos em direito negocial e os meios contemporâneos de solução de conflitos**. Birigui: Boreal Editora, 2014. v. 1, p. 28-68.

PEDROSO, João et al. **O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão**. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa: Centro de Estudos Sociais, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARDINHA, Cristiano de Lima Vaz. **Cartórios e acesso à justiça: a contribuição das serventias extrajudiciais para a sociedade contemporânea, como alternativa ao poder judiciário**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

SUTER, José Ricardo. **Mediação no direito de família: gestão democrática de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SUTER, José Ricardo; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação e conciliação como meios de resolução de conflitos e acesso à justiça. *In*: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI. 5., 2016, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 58-75.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed. São Paulo: Método, 2018.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 195, p. 381-389, maio, 2011.

**Como citar:** MINELLI, Daiane Schwabe; GOMES, Sergio Alves. A desjudicialização e os meios alternativos de resolução de conflitos sob a égide do pós-positivismo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 151-167, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 151. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 13/05/2019.

Aprovado em: 14/06/2019.

## AS DISPOSIÇÕES SOBRE DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO BRASIL

THE PROVISIONS ON ADVANCE DIRECTIVE OF WILL IN BRAZIL

Juliana Carvalho Pavão\*  
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador\*\*

**Como citar:** PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. As disposições sobre diretivas antecipadas de vontade no brasil. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 14, n. 2, p. 169-187, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 169. ISSN: 1980-511X

\* Mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Advogada.  
E-mail: juliana.pavao@hotmail.com

\*\* Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora do Programa de Mestrado em Direito Negocial e da graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina.  
E-mail: rita.tarifa@gmail.com

**Resumo:** Atualmente, graças as novas biotecnologias que permitem o prolongamento de forma artificial da vida e a reafirmação do princípio da autonomia da pessoa, questões sobre o término da vida e uma morte digna estão sendo cada vez mais discutidas. Como forma de efetivar os desejos do indivíduo sobre a sua vida e a sua saúde surgiram as diretivas antecipadas de vontade. As diretivas correspondem a negócios biojurídicos nos quais a pessoa deixa expressa a sua vontade sobre tratamentos médicos. No Brasil há uma carência de regulamentação jurídica sobre o assunto, resultando na existência de demandas judiciais requerendo uma decisão sobre a possibilidade de respeitar ou não o disposto nas diretivas. Frente a esse cenário, o trabalho tem como problema discutir a situação das diretivas no Brasil e o papel do Poder Legislativo, concluindo que é necessária uma regulamentação sobre o assunto, devendo haver a discussão e votação dos projetos de lei. O método adotado é o dedutivo, realizando uma análise bibliográfica e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Autonomia. Diretiva Antecipada de vontade. Legislação. Negócio biojurídico.

**Abstract:** Today, thanks to the new biotechnologies that allow the artificial prolongation of life and the reaffirmation of the principle of the autonomy of the human person, questions regarding the end of life and a dignified death are being increasingly discussed. Advancement in directives emerged as an effective instrument to guarantee the will of an individual, such as questions regarding their life and health. These directives embody biojuristic acts in which the individual asserts their will over medical treatments. Specifically, in Brazil, there is a lack of legal regulation regarding

this subject, which has led to many lawsuits that depend on a judge's decision on whether to comply with the provisions of the directives. Nonetheless, this study discusses the current directives in Brazil and the role of the Legislative Branch. Finally, this research concludes that legal regulation is necessary; thus, legislative discussion and debates are necessary for the regulation of this issue. This paper utilized the deductive method, from a bibliographical and jurisprudential analysis.

**Keywords:** Autonomy. Advance Directive of Will. Legislation. Biojuristic Acts.

## INTRODUÇÃO

Os negócios jurídicos constituem a base das relações privadas, permitindo com que elas se formem e se desenvolvam. Em decorrência das transformações sociais e tecnológicas, os negócios jurídicos passaram a envolver vários objetos, como o próprio ser humano.

Nesse contexto de novos negócios jurídicos, no caso específico negócios biojurídicos, surgiram as diretivas antecipadas de vontade. As diretivas antecipadas de vontade têm como objeto a disposição da vontade do declarante sobre tratamentos médicos, podendo aceitá-los ou recusá-los. Sua aplicação ocorre normalmente para eventos futuros, quando o paciente não puder expressar a sua vontade.

Esse negócio biojurídico está sendo realizado em território nacional, assim como em outros países. Contudo, no Brasil não há uma regulamentação jurídica sobre a assunto. Frente a isso, a problemática desse trabalho é compreender a situação das diretivas antecipadas de vontade no território nacional e questionar acerca do papel do Poder Legislativo.

A questão é de extrema relevância tendo em vista que se trata de um assunto atual e com uma discussão muito incipiente. Assim, cabe à Academia discutir esse assunto, propondo atitude para os Poderes. Ademais, o tema envolve de forma central o respeito pelo princípio da autonomia do paciente que é importantíssimo para a efetivação dos direitos individuais.

Para poder estudar as diretivas antecipadas de vontade deve, primeiramente, realizar um estudo sobre os negócios jurídicos e negócios biojurídicos, uma vez que as diretivas estão inseridas na segunda categoria. Posteriormente deve-se compreender o que são as diretivas antecipadas de vontade e os casos internacionais relevantes. Por fim, deve-se debater a situação das diretivas no Brasil e as regulamentações em vigor e propostas pelo Poder Legislativo e pelo Conselho Federal de Medicina. O método utilizado é o dedutivo, realizando uma análise bibliográfica e de julgados nacionais e estrangeiras.

Após essa breve introdução deve-se iniciar os estudos pela teoria dos negócios jurídicos e suas modificações.

## 1 NEGÓCIOS JURÍDICOS E NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS

As relações privadas se desenvolvem tendo como base os negócios jurídicos. Assim, o Direito Civil, ao regulamentar a questão dos negócios jurídicos, atuou de forma importantíssima para a tratativa das relações entre os particulares.

Diante disso, deve-se destacar que a teoria do negócio jurídico tem sua origem no Direito Civil alemão, no qual foi inserido como categoria do fato jurídico (GALGANO, 1992, p. 39). Então, podia conceituá-lo como “el negocio jurídico ha sido construido como la sola declaración de voluntad, para cuyo pensamiento basta la referencia a un solo individuo” (GALGANO, 1992, p. 39).

O negócio jurídico era compreendido como uma manifestação de vontade das partes

destinada a produzir efeitos naquela relação. Apesar da origem alemã do instituto, o grande avanço e difusão dessa teoria decorreu dos efeitos da Revolução Francesa, movimento revolucionário de grande relevância para o Direito Civil.

Antes da Revolução, o regime existente na França era o absolutismo, formado pelo rei soberano e a divisão entre clero, burguesia e povo. Devido ao descontentamento da burguesia com os gastos exorbitantes da nobreza e do clero, aquela classe encabeçou uma das revoluções com maiores reflexos no direito, a Revolução Francesa.

Com a Revolução, sob o tema de “liberdade, igualdade e fraternidade”, houve a ascensão da burguesia como classe dominante e a mudança na forma de Estado, do Absolutismo para o Estado Liberal. Diante disso, as relações privadas foram separadas das atividades do Estado, resultando na não intervenção do Estado no campo privado (PONA, 2015, p. 127).

Então os particulares podiam se relacionar livremente, uma vez que eram considerados livres e iguais, não cabendo ao Estado determinar os limites para essas tratativas. Isso significa que as atividades do Estado deveriam ficar centradas ao âmbito público, não devendo interferir nas atividades privadas.

Nesse campo os negócios jurídicos cresceram tendo como base a grande liberdade concedida aos indivíduos. Nessa esteira, Francisco Amaral apresenta a conceituação e a noção de negócio jurídico influenciadas pelas ideias revolucionárias:

O negócio jurídico resulta, assim, de um processo de abstração, a partir da liberdade e da igualdade formal de todos perante o direito, processo que se inicia com a Revolução Francesa e que tem por objetivo estabelecer um direito geral e abstrato, aplicável a todos, sem distinção de classe. Vontade e liberdade dentro do processo social e do processo econômico, em que se reconhece a propriedade privada dos bens de produção e a circulação dos bens como processo de cooperação entre os indivíduos (AMARAL, 2014, p. 414).

Frente a isso, os negócios jurídicos tinham como objeto questões patrimoniais, tendo em vista que era a grande preocupação do Direito Civil, o zelo pelo patrimônio. Contudo, o mundo passou por revoluções sociais, industriais e tecnológicas que promoveram mudanças cruciais nas associações humanas.

Ficou evidente que o modelo de Estado Liberal possibilitava relações desequilibradas entre os particulares, havendo a exploração do homem pelo homem. Assim, essa forma de Estado mostrou-se ineficaz diante das mudanças na sociedade. Então, o Estado Liberal entrou em declínio, ascendendo o Estado Intervencionista (PONA, 2015, p. 137).

O Estado Intervencionista tem como função determinar os limites de atuação dos indivíduos no campo privado, não havendo mais a separação entre matéria de ordem pública e de ordem privada. No Brasil ocorreu o processo de constitucionalização do Direito Civil, refletindo no Código Civil de 2002. Esse processo foi descrito por Gustavo Tepedino como:

Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição

da ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais (TEPEDINO, 2004, p. 22).

A dignidade da pessoa humana, assim como valores de ordem não patrimonial constituíram os limites às relações privadas, logo, os negócios jurídicos não têm mais a liberdade de forma ampla, havendo restrições para a própria proteção dos indivíduos.

Nesse novo cenário do Direito Civil Constitucional, o ser humano encontra-se no centro de todo o ordenamento jurídico (TEPEDINO, 2004). Consequentemente, os aspectos existenciais superam os patrimoniais, isso significa a prevalência do plano do ser sobre o ter.

A noção de negócio jurídico não é mais centrada apenas como a manifestação de vontade das partes. Com todas as mudanças de ordem social e jurídica, o negócio jurídico na contemporaneidade deve ser entendido como “mecanismo de cooperação interpessoal e de respeito aos interesses públicos, que são irradiações, respectivamente, da boa-fé objetiva e da função social” (MARQUESI; MARTINS, 2016, p. 143). O negócio jurídico passa a ser entendido como forma de influenciar a vida das partes e exercer reflexos em toda a sociedade, logo, deve haver o respeito ao interesse público (PAVÃO; ESPOADOR, 2018, p. 251).

Ademais, a visão de negócio jurídico apenas com viés patrimonial não é mais condizente com a realidade do mundo, havendo hoje negócios jurídicos existenciais. O surgimento desses novos tipos de negócios decorreu dos avanços tecnológicos e sociais que geraram situações jurídicas existenciais. Sobre o surgimento das situações jurídicas existenciais e sua relação com o negócio jurídico, Rose Melo Vencelau Meireles afirma “que surgem a partir do ato voluntário, com o intuito criativo, modificativo ou extintivo, têm como substrato fático o negócio jurídico” (MEIRELES, 2009, p. 122-123).

No tocante a formação dos negócios jurídicos existenciais, Paulo Lôbo apresenta:

Em seu cotidiano, na sociedade contemporânea, a pessoa insere-se constantemente em relações jurídicas negociais, às vezes sem consciência disso. Os negócios jurídicos de fornecimento de produtos e serviços públicos, como água, luz, telefonia, são contínuos e vinculam a pessoa contínua e permanentemente. O transporte público que toma, o alimento que adquire, a chamada telefônica que faz são situações existenciais apreendidas em negócios jurídicos (LOBO, 2009, p. 239-240).

Frente a isso deve-se entender que os negócios jurídicos existenciais envolvem situações jurídicas existenciais, atuando sobre os aspectos essenciais para a vida do ser humano, como água, luz, energia, educação. Assim o objeto desse instrumento é o “mínimo existencial das pessoas, o que lhes confere o caráter de essencialidade, no sentido de que acessam bens jurídicos fundamentais como a liberdade, a honra, a moradia, a educação etc.” (MARQUESI; MARTINS, 2016, p. 152).

Então, deve-se perceber que a ampliação da teoria dos negócios jurídicos para envolver os negócios existenciais constitui um avanço natural e de acordo com a ordem social presente. Contudo, as transformações não terminaram. As biotecnologias têm apresentado avanços rotineiros cada vez maiores, afetando diretamente a vida do ser humano. Diante dessa nova realidade, na prestação dos serviços médicos surgiram negócios que tinham como objeto o próprio ser humano e o seu corpo, negócios até então nunca sonhados pelo legislador pátrio no momento da confecção do Código Civil de 2002, esses novos tipos de negócios são chamados de negócios biojurídicos.

A terminologia “negócio biojurídico” foi apresentada de forma exclusiva pela autora Rose Melo Vencelau Meireles, tendo essa autora como grande precursora do termo. Infelizmente, o termo “negócios biojurídicos” ainda é pouco difundido na doutrina nacional, em grande medida devido a carência de discussão sobre o assunto. Todavia, dada a especificidade desses tipos de negócios, o presente trabalho entende como essencial a adoção dessa classificação própria para essas formas de negociação (PAVÃO; ESPOLADOR, 2018).

Então, os negócios biojurídicos têm como objeto a saúde e o corpo do agente (MEIRELES, 2016, p. 113), logo, o ser humano atua como sujeito do negócio e seu objeto. Exemplos de negócios biojurídicos são as diretivas antecipadas de vontade, contrato de armazenamento do sangue do cordão umbilical e contrato de reprodução assistida.

A respeito da noção de negócios biojurídicos é interessante observar as palavras de Rose Melo Vencelau Meireles:

A biotecnologia está no cerne dessa questão, na medida em que possibilita a escolha sobre aspectos do próprio corpo que podem promover efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos. Nesses casos, conforme antes mencionado, a autonomia ganha a forma de negócio jurídico. Como têm por referencial objetivo aspectos da saúde e do corpo do declarante, foram aqui chamados de biojurídicos (MEIRELES, 2016, p. 115).

A possibilidade de existência desses negócios encontra fundamento na norma civil. As normas sobre negócios jurídicos estão dispostas inicialmente de forma geral no Código Civil, assim podem versar tanto sobre situações patrimoniais como extrapatrimoniais. Ademais, tendo em vista a especificidade dos casos envolvendo negócios biojurídicos, é possível a edição de normas especiais para atuação sobre essas situações. Assim segundo Rose Melo Vencelau Meireles a existência de normas gerais “não significa que não possam ser excepcionalmente afastadas para ceder lugar a normas mais apropriadas para situações jurídicas específicas.” (MEIRELES, 2009, p. 119).

Contudo, nem todas as normas da teoria geral dos negócios jurídicos dispostas no Código Civil podem ser aplicadas aos negócios biojurídicos. Por exemplo o artigo 111 da legislação civil afirma que o silêncio será considerado anuência nos casos que não for necessária a manifestação de vontade. Tendo em vista que negócios biojurídicos atuam sobre o corpo do indivíduo, podendo envolver pessoas incapacitadas de manifestar a sua vontade, compreender o silêncio como anuência

acarretaria o prejuízo para a autonomia do paciente e para a sua integridade corpórea (NICOLAU, 2003). Frente a isso é importantíssimo que haja regulamentação sobre esses tipos de negócios, uma vez que a sua complexidade e objeto impedem a incidência de todas as normas gerais do Código, havendo hoje a utilização da interpretação com base nos princípios para nortear o entendimento desses instrumentos.

No tocante a ausência de regulamentação dos negócios biojurídicos, Noemi Lidia Nicolau<sup>1</sup> apresenta suas críticas:

Creemos que, en cambio, es imprescindible contar con un núcleo básico de principios bien regulados en el Código para ser aplicados a todos los actos de naturaleza personalísima. En especial nos preocupa el negocio jurídico que nace de la relación médico-paciente, respecto del cual nos parece fundamental incluir en un código de derecho privado una mínima y precisa regulación del principio de autonomía del paciente, el derecho a la información y los elementos esenciales para la validez del negocio jurídico personalísimo, denominado “consentimiento” del paciente<sup>2</sup> (NICOLAU, 2003).

Dessa forma, percebe-se que é muito importante a categorização dos negócios envolvendo a saúde da pessoa, devendo haver uma interpretação e normas específicas. Frente a lacuna legislativa, é fundamental utilizar os princípios constitucionais e civis para nortear a confecção desses instrumentos.

Os negócios biojurídicos podem ser classificados como os demais tipos de negócios, então eles podem ser: unilaterais ou bilaterais, gratuitos, *inter vivo* ou *mortis causa* (MEIRELES, 2016, p. 115). Para ilustrar essa classificação, pode-se pensar no contrato de armazenamento do material genético em uma clínica. Uma pessoa pode decidir congelar seu material genético para utilizar no futuro para a geração da sua prole; o contrato entre a clínica e o paciente ocorre por meio de um contrato de depósito, contudo com algumas características específicas. O depositário deve guardar as células reprodutoras nas melhores condições cientificamente disponíveis, realizando a sua manutenção (FERRAZ, 1991, p. 53). O depositante entrega o seu material e paga uma contraprestação pecuniária pelo depósito. Por fim, a devolução do material deve ser ao depositante ou, em caso de falecimento, a viúva ou a beneficiário indicado por última vontade do depositante (FERRAZ, 1991, p. 53).

Observando as características desse contrato, pode-se concluir que se trata de um negócio bilateral, realizado entre a clínica e o depositante, oneroso, havendo a contraprestação, e *inter vivos*, uma vez que os efeitos são gerados durante a vida do depositante. Ademais é um negócio

1 A autora não utiliza o termo “negócio biojurídico” mas a terminologia “negocio jurídico personalísimo”. Apesar da divergência na terminologia, as noções dos dois negócios é a mesma. Os negócios jurídicos personalíssimos apresentados por Noemi Lidia Nicolau envolvem a integridade física e os direitos da personalidade dos envolvidos. Frente a isso, é possível considerar que as críticas da autora sobre a falta de regulamentação dos negócios jurídicos personalíssimos podem ser aplicadas aos negócios biojurídicos.

2 Tradução livre: “Creemos que, na mudança, é imprescindível contar com um núcleo básico de principios bem regulados com o Código para serem aplicados a todos os atos de natureza personalíssima. Em especial nos preocupa o negócio jurídico que nasce da relação médico-paciente, a respeito do qual nos parece fundamental incluir em um código de direito privado um mínimo e precisa regulação do principio da autonomia do paciente, o direito a informação e os elementos essenciais para a validez do negocio jurídico personalísimo, denominado ‘consentimento informado’”

biojurídico por afeta a integridade do ser humano.

Após observar as mudanças na teoria geral dos negócios jurídicos e o surgimento dos negócios biojurídicos, deve iniciar o estudo sobre as diretivas antecipadas de vontade, tipo de negócio biojurídico.

## 2 HISTÓRICO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

As diretivas antecipadas de vontade surgiram nos Estados Unidos da América e constituem instrumentos que visam apresentar a vontade do paciente sobre os tratamentos médicos que deseja ou não se submeter em caso de estar incapacitado para expressar a sua vontade. Assim, o paciente deixa a sua vontade expressa quanto aos tratamentos médicos, para que, em caso de impossibilidade de manifestação de vontade, seus médicos saibam como proceder. Dessa forma, a diretiva constitui um mecanismo de efetivação da autonomia do indivíduo, não deixando a decisão sobre o tratamento para os familiares.

A diretiva antecipada de vontade constitui um gênero com duas espécies: *living will* e *durable power of attorney for health* (PONA, 2015, p. 37). O primeiro é conhecido no Brasil como Testamento Vital, foi criado em 1967 nos Estados Unidos da América. O Testamento Vital<sup>3</sup> é o instrumento no qual a pessoa expressa a vontade de não se submeter a determinados tratamentos, quando estiver em estado vegetativo persistente ou doença crônica incurável que a impossibilite de manifestar a sua vontade (DADALTO, 2013, p. 89). Contudo, deve-se entender que é possível que a pessoa expresse no testamento vital o desejo de se submeter a um determinado tratamento médico, logo, o documento pode ser utilizado tanto no aspecto rejeicionista como de aceitação.

Então o conceito de testamento vital deve ser entendido como:

[...] um documento, por meio do qual o indivíduo manifesta antecipadamente a sua vontade em relação aos tratamentos e cuidados médicos que deseja ou não receber nas situações nas quais não possa expressar, por si próprio, sua vontade, de forma temporária ou permanente, esteja ou não em situação de fim de vida (PONA, 2015, p. 48).

Já o mandato duradouro, ou *durable power of attorney for health*, é:

[...] documento no qual o paciente nomeia um ou mais procuradores que devem ser consultados pelos médicos no caso de incapacidade temporária ou definitiva para tomar alguma decisão sobre o tratamento ou procedimento quando não houver manifestação prévia de vontade, ou, em havendo, se nesta há lacuna obscura que impeça a plena compreensão por parte de quem atende ao paciente

---

3 O termo “Testamento Vital” é criticado pela doutrina nacional porque aplica o conceito de “testamento”, um instituto do direito sucessório com efeitos a partir do falecimento do agente, para um documento sem efeitos sucessórios e com incidência durante a vida da pessoa, sendo aplicado para momentos em que o indivíduo está vivo mas incapaz de expressar sua vontade. Apesar da crítica conter fundamentos razoáveis, o trabalho irá adotar o termo “testamento vital” porque é o mais difundido em território nacional, não cabendo a esse trabalho propor uma mudança terminológica, mas discutir a sua regulamentação.

(DADALTO, 2013, p. 107).

A grande diferença entre o mandato duradouro e o testamento vital é que naquele um terceiro, já escolhido pelo paciente, irá decidir sobre os tratamentos médicos que o paciente será submetido. Enquanto que no testamento vital a manifestação de vontade quanto aos tratamentos é realizada pelo próprio paciente.

No tocante as diretivas antecipadas de vontade, em caráter geral, dois casos internacionais ganharam grande repercussão, permitindo com que o tema viesse à tona para diversas discussões, os casos foram: Eluana Englaro e Nancy Cruzan.

O primeiro caso, Eluana Englaro, ocorreu na Itália. Eluana era uma mulher que em 1992 sofreu um acidente de carro (STRIANO; BIFULCO; SERVILLO, 2009). A vítima ficou dois meses na UTI, chegando até a abrir os olhos, mas infelizmente não recobrou a consciência. Após passar dois anos nessa situação, os médicos constataram que Eluana estava em estado vegetativo persistente (PONA, 2017, p. 74).

O pai de Eluana, sabendo que a filha não desejava ser mantida viva em caso de inconsciência, iniciou uma batalha judicial para que a vontade da filha fosse observada e a alimentação artificial fosse retirada. Infelizmente, na primeira tentativa que o pedido foi realizado ao Judiciário Italiano, ele foi negado sobre a afirmação que o direito italiano protegia incondicionalmente a vida humana e que a alimentação e hidratação artificial eram cuidados básicos, não tratamentos médicos, logo não poderiam ser recusados pelo paciente (PONA, 2017, p. 74).

Todavia, em 2000 surgiu o argumento de que a alimentação e a hidratação artificial eram tratamentos médicos, logo, poderiam ser recusados pelo paciente. Como base nessa nova argumentação, o genitor de Eluana ingressou novamente ao Judiciário requerendo a interrupção da alimentação. A corte entendeu ser necessário a nomeação de um curador para Eluana devido a um suposto conflito de interesses com o genitor (PONA, 2017, p. 74-75).

Em 2006, em decisão da Primeira Instância de Lecco, foi negado o pedido do pai de Eluana. Felizmente em 2007, a *Corte di Cassazione* compreendeu ser possível a retirada da nutrição desde que comprovado a vontade de Eluana e que seu estado de saúde fosse irreversível. Diante disso, deve-se observar a decisão da Corte:

Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in

base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa<sup>4</sup> (ITÁLIA, 2007)

Ademais, para concluir essa decisão, a Corte, dentre diversos argumentos, ponderou o seguinte:

Essi investono la Corte - oltre che del quesito se la terapia praticata sul corpo di XXX YYY, consistente nell'alimentazione e nella idratazione artificiali mediante sondino nasogastrico, possa qualificarsi come una forma di accanimento terapeutico, sull'asserito rilievo che si verserebbe in fattispecie di trattamento invasivo della persona, senza alcun beneficio od utilità per la paziente che vada oltre il prolungamento forzoso della vita, perché oggettivamente finalizzato a preservarne una pura funzionalità meccanica e biologica – anche della questione se ed in che limiti, nella situazione data, possa essere interrotta quella somministrazione, ove la richiesta al riguardo presentata dal tutore corrisponda alle opinioni a suo tempo espresse da XXX su situazioni prossime a quella in cui ella stessa è venuta, poi, a trovarsi e, più in generale, ai di lei convincimenti sul significato della dignità della persona<sup>5</sup> (ITÁLIA, 2007).

Assim, a Corte analisou o tratamento que a Eluana estava sendo submetida e a utilidade para a manutenção da sua vida. Além disso, a dignidade foi novamente levantada como forma de argumentar sobre o destino da vida dela.

Após essa decisão, em julho de 2008, a Corte de Apelação de Milão considerou que

4 Tradução livre: “Onde o paciente esteve deitado por muitos anos (neste caso, mais de quinze) em um estado vegetativo permanente, com uma consequente incapacidade radical de se relacionar com o mundo exterior, e é mantido vivo artificialmente por meio de sonda nasogástrica que provê sua nutrição e hidratação, a pedido do tutor que o representa, e em contradição com o curador especial, o juiz pode autorizar a desativação deste serviço de saúde (sujeito à aplicação das medidas sugeridas pela ciência e prática médica no interesse do paciente), somente na presença dos seguintes suposições: (a) quando a condição de estado vegetativo é, com base em uma apreciação clínica rigorosa, irreversível e não há base médica, de acordo com padrões científicos internacionalmente reconhecidos, o que sugere a menor possibilidade de alguns, embora débil, recuperação da consciência e retorno a uma percepção do mundo, por exemplo Terno; e (b) desde que essa solicitação seja realmente expressiva, baseada em evidências claras, inequívocas e convincentes, da própria voz do paciente, tirada de suas declarações anteriores ou de sua personalidade, seu estilo de vida e suas convicções, correspondendo ao seu modo de conceber, antes de cair num estado de inconsciência, a própria ideia da dignidade da pessoa. Se um ou outro pressuposto não existir, o juiz deve negar a autorização, uma vez que o direito à vida deve ter prevalência incondicional, independentemente do grau de saúde, autonomia e capacidade de compreensão e da vontade do sujeito interessado. e da percepção que os outros podem ter da qualidade de vida em si.”

5 Tradução livre: “Eles investem na Justiça - além da questão de saber se a terapia praticada no corpo de YYY XXX, que consiste em alimentação artificial e hidratação por sonda nasogástrica, pode ser qualificada como uma forma de obstinação terapêutica, sobre a suposta importância que seria paga neste caso. tratamento invasivo da pessoa, sem qualquer benefício ou utilidade para o paciente que vá além do prolongamento forçado da vida, objetivamente objetivando preservar uma funcionalidade puramente mecânica e biológica - também da questão se e em que medida, na situação dada, pode ser interrompida aquela administração, onde o pedido a este respeito submetido pelo guardião corresponde às opiniões expressas na altura por XXX em situações próximas àquela em que ela mesma veio, então, para se encontrar e, mais geralmente, às suas convicções no significado de dignidade da pessoa”

os requisitos exigidos pela *Corte di Cassazione* estavam preenchidos (PONA, 2017, p. 75-76). Assim, compreendeu que as provas da vontade de Eluana estavam expressas em seus diários; além disso, haviam testemunhas que depuseram sobre as vontades dela.

Apesar do preenchimento dos requisitos, o pai de Eluana não conseguiu interromper imediatamente a alimentação artificial da sua filha. Porque houve um pedido para a Corte Constitucional afirmando que haveria um conflito de competência sobre a decisão entre as atribuições do Parlamento e do Judiciário (PONA, 2017, p. 76).

A *Corte di Cassazione* entendeu que não havia conflito de atribuições sobre a decisão do caso Englaro. Além disso, afirmou que o assunto não estava esgotado, podendo o Parlamento regulamentar de forma específica a questão:

che la vicenda processuale che ha originato il presente giudizio non appare ancora esaurita, e che, d'altra parte, il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti<sup>6</sup> (ITÁLIA, 2008).

Frente a essa decisão, foi possível a retirada da alimentação artificial da paciente Eluana, resultando na terminalidade da sua vida. Assim, esse caso tornou-se um marco para o direito italiano no tocante a autonomia do paciente e a sua vida.

Outro caso de grande repercussão no cenário internacional foi de Nancy Cruzan nos Estados Unidos da América. A norte-americana sofreu um acidente de carro em 1983, ficando muito ferida. Como consequência do desastre, Nancy ficou em estado vegetativo persistente, não tendo mais consciência e precisando se alimentar e se hidratar de forma natural, sendo necessário a utilização de alimentação por aparelhos (RAPOSA, 2011, p. 173).

Tendo os pais de Nancy o conhecimento que a filha não desejava ser mantida viva por aparelhos estando completamente inconsciente, e constatando que o estado da paciente era irreversível, os genitores ingressaram no Judiciário Americano a fim de obterem a autorização para a retirada da alimentação (RAPOSA, 2011, p. 173).

Sobre a manutenção da vida em caso de terminalidade, a Suprema Corte Norte-Americana pontuou de forma bem esclarecida:

The Cruzan family's continuing concern provides a concrete reminder that Nancy Cruzan's interests did not disappear with her vitality or her consciousness. However commendable may be the State's interest in human life, it cannot pursue that interest by a appropriating Nancy Cruzan's life as a symbol for its own purposes. Lives do not exist in abstraction [p357] from persons, and to pretend otherwise is not to honor but to desecrate the State's responsibility for protecting life. A State that seeks to demonstrate its commitment to life may do so by aiding those who are actively struggling for life and health. In this endeavor, unfortunately, no State can lack for opportunities: there can be no need to make an example of tragic

---

6 Tradução livre: “[...] que o julgamento que deu origem a este julgamento não parece ter sido esgotado e que, por outro lado, o Parlamento pode a qualquer momento adotar uma regulamentação específica sobre o assunto, baseada em pontos de equilíbrio adequados entre os ativos constitucionais fundamentais envolvidos [...]”

cases like that of Nancy Cruzan<sup>7</sup> (UNITED STATES, 1990).

Deve-se sempre considerar que mesmo a pessoa estando incapacitada de expressar a sua vontade no momento, não se pode olvidar que aquele indivíduo apresenta interesses concretos. Assim, a sua vontade manifestada em períodos de consciência deve ser considerada quando estiver inconsciente.

Frente a isso, o tribunal compreendeu que, desde que fosse demonstrado de forma absoluta a vontade manifestada anteriormente por Nancy, os aparelhos de alimentação poderiam ser retirados. Os pais conseguiram comprovar a vontade da filha por meio de prova testemunhal, obtendo a autorização judicial para a retirada dos tubos de alimentação, o que resultou no falecimento de Nancy em 1990 (RAPOSA, 2011, p. 173-174).

Esses dois casos ilustram a batalha judicial que duas famílias enfrentaram para conseguirem fazer com que as vontades das filhas fossem realizadas. Assim como a pessoa, em momento de lucidez, pode decidir no tocante aos rumos da sua vida e dos tratamentos médicos, ela também deve ser capaz de poder deixar as suas vontades expressas para que sejam seguidas quando ela estiver inconsciente.

Em ambos os casos as famílias conheciam e tinham provas das vontades das filhas, que estavam em estado vegetativo irreversível. Contudo, levaram anos para que os desejos das filhas fossem respeitados, havendo assim um prolongamento da vida sem haver reais chances de melhoras no quadro clínico das pacientes.

Com esses casos ascendeu as discussões sobre as diretivas antecipadas de vontade, devendo analisar no último tópico como essas diretivas são regulamentadas no cenário nacional.

### **3 A REGULAMENTAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO BRASIL**

Conforme apresentado anteriormente, as diretivas antecipadas de vontade constituem negócios biojurídicos, nos quais o indivíduo deixa registrada a sua vontade no tocante ao seu corpo e sua saúde para que seja respeitada quando estiver impossibilitado de manifestar seus desejos. Então, por meio das diretivas há o conhecimento dos desejos da pessoa, podendo ser sobre negativa a determinado tratamento ou autorização.

As diretivas antecipadas de vontade são realizadas com base no princípio da autonomia dos particulares, sendo realizadas na forma de negócios biojurídicos, uma vez que envolvem o sujeito e seu corpo.

Segundo Everton Willian Pona<sup>8</sup> as características desse negócio são: unilateral, gratuito,

---

7 Tradução livre: “A contínua preocupação da família Cruzan fornece um lembrete concreto de que os interesses de Nancy Cruzan não desapareceram com sua vitalidade ou sua consciência. Por mais louvável que seja o interesse do Estado pela vida humana, não pode perseguir esse interesse adotando a vida de Nancy Cruzan como um símbolo para seus próprios fins. As vidas não existem na abstração das pessoas, e fingir o contrário não é honrar, mas profanar a responsabilidade do Estado por proteger a vida. Um Estado que procura demonstrar seu compromisso com a vida pode fazê-lo, ajudando aqueles que estão lutando ativamente por vida e saúde. Neste esforço, infelizmente, nenhum Estado pode carecer de oportunidades: não pode haver necessidade de fazer um exemplo de casos trágicos como o de Nancy Cruzan.”

8 O autor utiliza o termo “negócio jurídico” de forma ampla para se referir as diretivas antecipadas de vontade, assim

revogável e personalíssimo (PONA, 2015, p. 170). A unilateralidade ocorre porque deve ser feito apenas pelo paciente, orientado pelo médico sobre todas as consequências dos procedimentos médicos. Dada a complexidade dos tratamentos médicos, é essencial que haja os esclarecimentos por um profissional da saúde quanto aos riscos e benefícios, todavia, ele não configura como parte integrante do negócio, apenas um auxiliar.

A gratuidade é uma característica obrigatória, tendo em vista que o objeto é o próprio indivíduo e o seu corpo. Assim, pela legislação nacional é vedado qualquer estipulação pecuniária sobre a integridade física do ser humano.

O ato deve ser realizado pelo próprio paciente, não cabendo a utilização de um procurador, uma vez que é um mecanismo de concretização da autonomia do paciente. Dito isso, o negócio é personalíssimo. Ademais, é cabível a revogação a qualquer momento pelo indivíduo.

No Brasil não há regulamentação civil vigente sobre as diretivas. Existindo apenas, no âmbito jurídico, o Enunciado nº 37 do Conselho Nacional de Justiça (2012):

ENUNCIADO Nº 37 As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

Esse enunciado foi apresentado na Jornada de Direito da Saúde, indicando uma preocupação jurídica com a regulamentação da questão. Contudo, infelizmente não existe nenhum dispositivo civil em vigor no país, havendo regulamentação pelo órgão de classe médico.

Então, o Conselho Federal de Medicina aborda a questão por meio da Resolução nº 1.995/2012. Segundo a Resolução as diretivas são “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Além disso, a Resolução prevê que as diretivas devem ser aplicadas quando o paciente estiver incapaz de se comunicar “ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades.” No parágrafo terceiro do artigo segundo da Resolução fica evidente que as diretivas devem sempre prevalecer no tocante aos tratamentos médicos sobre o paciente, inclusive sobre os desejos dos familiares. Todavia, a Resolução afirma que caso o documento disponha de forma contrária aos preceitos do Código de Ética Médica, o médico não poderá considerá-la (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

No cenário nacional iniciou o debate sobre a questão das diretivas antecipadas de vontade há pouco tempo. Havendo ainda uma carência legislativa sobre o assunto, mas uma regulamentação por parte do Conselho Federal de Medicina. Frente a existência do direito à vida no âmbito

como a autora Luciana Dadalto. Contudo, conforme demonstrado nesse trabalho, deve-se incluir esse negócio a categoria específica de negócio biojurídico.

constitucional e o princípio da autonomia para a confecção da diretiva, os médicos encontram-se em uma situação muito delicada sobre a atitude a ser realizada, na medida em que não existe uma resposta legislativa sobre a adoção da diretiva.

Dessa forma, quando há a recusa do paciente sobre um tratamento, manifestando de forma escrita ou verbal<sup>9</sup>, o hospital recorre ao Judiciário para sanar a questão, porque existe o entendimento da classe médica que a vida deve ser preservada, conforme princípio constitucional.

Então, na jurisprudência brasileira pode-se encontrar dois julgados que versaram sobre a manifestação do paciente de recusa do tratamento, realizando para isso uma diretiva antecipada de vontade.

O primeiro caso de 20 de novembro de 2013 foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nesse julgado, um paciente estava com um pé necrosado e negou à amputação. No momento da negativa o paciente estava consciente e esclarecido sobre os riscos da não realização do procedimento. Apesar da manifestação clara do paciente, o hospital ingressou com o pedido para a realização do procedimento, sendo indeferido em primeira instância.

Na segunda instância, o Tribunal manteve a decisão do juiz *a quo*, apresentando a seguinte ementa do caso:

**APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL.**

1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida.
2. O caso se insere no denominado *biodireito*, na dimensão da *ortotanásia*, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural.
3. O direito à vida garantido no art. 5º, *caput*, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o *direito à vida*, não o *dever à vida*, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal.
4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado *testamento vital*, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina.
5. Apelação desprovida (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

O segundo julgado também é o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de 3 de setembro

<sup>9</sup> Conforme disposto na Resolução do Conselho Federal de Medicina, não é obrigatório que o paciente deixe por escrito a sua vontade, podendo expressá-la para o médico que procederá com a anotação no prontuário. Diante da segurança jurídica, compreendemos que o mais adequado seria a disposição escrita da vontade.

de 2015. No caso, um paciente negou a realização de um tratamento médico e sua madrasta, conhecendo a vontade do enteado, assinou o termo de recusa do tratamento. Apesar da nítida vontade do paciente, houve o pedido de autorização judicial para a realização do procedimento. Felizmente, a vontade do paciente preponderou na decisão do Tribunal.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. autorização para realização de procedimento cirúrgico. NEGATIVA DO PACIENTE. necessidade de ser respeitada a vontade do PACIENTE.**

1. O direito à vida previsto no artigo 5º da Constituição Federal não é absoluto, razão por que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra a sua vontade, não cabendo ao Poder Judiciário intervir contra esta decisão, mesmo para assegurar direito garantido constitucionalmente.

2. Ademais, considerando que “não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano”, o Conselho Federal de Medicina (CFM), publicou a Resolução nº 1.995/2012, ao efeito de dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente, devendo sempre ser considerada a sua autonomia no contexto da relação médico-paciente.

3. Hipótese em que o paciente está lúcido, orientado e consciente, e mesmo após lhe ser explicado os riscos da não realização do procedimento cirúrgico, este se nega a realizar o procedimento, tendo a madrasta do paciente, a seu pedido, assinado termo de recusa de realização do procedimento em questão, embora sua esposa concorde com a indicação médica.

4. Por essas razões, deve ser respeitada a vontade consciente do paciente, assegurando-lhe o direito de modificar o seu posicionamento a qualquer tempo, sendo totalmente responsável pelas consequências que esta decisão pode lhe causar.

**NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO (RIO GRANDE DO SUL, 2015, grifo do autor).**

Em ambos os casos o Tribunal compreendeu de forma muito acertada que a vontade do paciente, lúcida e esclarecida, deveria prevalecer sobre a sua saúde. Nesses casos, os pacientes estavam lúcidos no momento de ingresso no Judiciário, contudo, assim como os casos internacionais, houve a manifestação da vontade dos indivíduos, sendo denominadas de diretivas antecipadas, entretanto para serem observadas foi necessário utilizar-se do Poder Judiciário.

No contexto nacional a existência dessa instabilidade quanto ao cumprimento das diretivas dá-se em grande parte a falta de discussão e regulamentação da questão, gerando uma grande insegurança para os profissionais da saúde. Frente a isso, é competência do Estado regulamentar a questão para que os direitos do paciente e o respeito ao princípio da autonomia sejam preservados.

Nesse sentido, existe no Senado Federal o Projeto de Lei nº 149 de 2018 que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamento de saúde. Atualmente, o projeto está aguardando designação do relator na Comissão de Assuntos Sociais.

Dentre as diversas justificativas, o senador Lasier Martins, autor do projeto, apresenta como objetivo do projeto a supressão da lacuna existente no Brasil sobre o assunto, tendo como

princípio o respeito à dignidade e à autonomia do paciente. Caso o texto integral do projeto seja aprovado as diretivas deverão ser realizadas por escritura pública lavrada em Cartório, isso significa que haverá uma formalidade legal com relação a esse documento (BRASIL, 2018).

A possibilidade de alteração das diretivas é disposta no art. 4º do projeto, podendo inclusive ser na forma verbal ao prestador dos cuidados à saúde. Então, nesse caso cabe ao médico assistente a realização do registro no prontuário sobre as alterações (BRASIL, 2018).

Um artigo importante do projeto que deve ser destacado é o artigo 5º. Segundo esse artigo, as diretivas deverão ser obrigatoriamente acatadas pelos profissionais de saúde e de serviço, sejam públicos ou privados, assim como pelos familiares, responsáveis legais e representantes do declarante. Contudo, é possível a recusa da observância das diretivas nos seguintes casos: se estiverem contrárias aos preceitos éticos da profissão médica; em situação de urgência ou perigo imediato para a vida do paciente; não houver tempo hábil para acessar a diretiva sem causar risco à saúde ou à vida do declarante; ou quando a diretiva estiver em evidente desatualização com relação ao progresso dos meios terapêuticos (BRASIL, 2018).

Assim, o Projeto de Lei consegue determinar pontos importantes para a devida regulamentação das diretivas. Além disso, proporciona segurança jurídica para o declarante e a equipe de saúde envolvida.

Além desse projeto de alcance nacional, no estado do Paraná foi apresentado no ano de 2019 o Projeto de Lei nº 19 para dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade no Estado. O projeto apresenta um foco maior na organização dos cuidados paliativos.

No tocante a formalidade das diretivas, o projeto as denomina como “Instruções Prévias da Vontade em Saúde” e não apresenta requisitos formais específicos. Apenas no art. 7º é disposto que o governo estadual deve criar e regulamentar o registro estadual das diretivas, todavia realiza a ressalva que cabe a legislação federal aprovar esse ponto, apresentando um Registro Nacional (BRASIL, 2019).

Ressalva-se que as disposições sobre as diretivas antecipadas de vontade devem ser tratadas de forma geral pela União, por se tratar de matéria civil, logo, é competência do governo federal de acordo com o art. 22, I da Constituição Federal. Entretanto, os Estados Membros podem legislar de forma complementar sobre questões específicas, assim, é possível a existência de lei estadual.

Diante da ausência legislativa em vigor no país, esses dois projetos de lei são fundamentais para possibilitar a devida regulamentação da questão das diretivas antecipadas de vontade, fornecendo segurança jurídica e respeito à autonomia dos indivíduos.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se observar que os negócios jurídicos passaram por transformações. Graças aos avanços tecnológicos na área da saúde, hoje existem tecnologias capazes de afetar diretamente a vida e a saúde do indivíduo, possibilitando uma manutenção da

sua vida além do imaginado.

Entretanto a melhoria da manutenção da vida gera indagações sobre a qualidade da vida e a dignidade da morte. Ademais, as escolhas das pessoas quanto a sua saúde e o encerramento da vida passam a ser cada vez mais discutidas. Assim, nesse cenário surgiram as diretivas antecipadas de vontade, um negócio biojurídico confeccionado com o intuito de manifestar os desejos do declarante sobre tratamentos médicos. Por meio das diretivas, as pessoas terão conhecimento sobre a vontade do paciente, mesmo no caso dele estar inconsciente.

O respeito pela vontade do paciente em detrimento da vida resultou em disputas judiciais no âmbito internacional. Dois casos muito conhecidos, um nos Estados Unidos da América e outro na Itália, ilustram a luta de familiares para que os desejos de seus entes queridos fossem respeitados e tivessem uma morte digna.

Frente a essa repercussão internacional e a vontade das pessoas de poderem tomar decisões sobre a sua vida e o seu corpo, começou a discutir no Brasil sobre as diretivas antecipadas de vontade. Infelizmente a discussão ainda é muito incipiente, carecendo de uma legislação em vigor sobre o assunto.

O Conselho Federal de Medicina regulamenta a questão, entretanto ainda existe muita insegurança, principalmente pelos profissionais da saúde, sobre a aplicação das diretivas, especialmente quando envolver o risco de vida para o paciente. Isso resultou em demandas judiciais para suprimir essa lacuna jurídica e fornecerem uma resposta para essa latente demanda.

Todavia, é dever do Estado a regulamentação, via Poder Legislativo, sobre a questão, fornecendo uma legislação de caráter nacional no tocante as diretivas. Isso fará com que não seja mais necessário sempre recorrer ao Poder Judiciário.

Felizmente hoje existem dois projetos de lei dispondo sobre as diretivas antecipadas de vontade em âmbito federal e estadual. Esses projetos correspondem a uma atitude louvável do legislador de dispor sobre o assunto, e assim fornecer maior fundamento para que as diretivas sejam realizadas e sejam respeitadas. Assim, é papel essencial e iminente do legislador debater esses projetos e votar para que essa demanda social seja suprida.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. **Projeto de Lei nº 19/2019**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade, a organização dos cuidados paliativos no Paraná. Autoria do Deputado Michele Caputo. Disponível em: [http://portal.alep.pr.gov.br/modules/mod\\_legislativo\\_arquivo/mod\\_legislativo\\_arquivo.php?leiCod=81674&tipo=I](http://portal.alep.pr.gov.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=81674&tipo=I). Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 149 de 2018**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Autoria: Senador Lasier Martins. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-.getter/documento?dm=7653326&ts=1553282043981&disposition=inline>. Acesso em: 10 abr. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução CFM nº 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, p. 269-70, 31 ago. 2012, Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf). Acesso em: 10 abr. 2019.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

GALGANO, Francesco. **El negocio jurídico**. Traducción de Francisco de Paula Blasco Gascó, Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo blanch, 1992.

ITALIA. Corte Costituzionale. **Ordinanza** nº 334 (Confronti di Attribuzione). Relator: Ugo de Siervo. Camera dei Deputati e Senato della Repubblica vs. Corte di Cassazione e Corte di Appello di Milano. Roma, 8 ottobre, 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/yyr2n4ko>. Acesso em 9 abr 2019.

ITALIA. Supreme Corte di Cassazione. **Sentenza** nº 21748. Sezione Prima Civile. Relatores: A. Giusti. Roma. 16 ottobre 2007. Disponível em: [https://it.wikisource.org/wiki/Sentenza\\_Corte\\_di\\_Cassazione\\_n.\\_21748-2007](https://it.wikisource.org/wiki/Sentenza_Corte_di_Cassazione_n._21748-2007). Acesso em: 9 abr 2019.

MARQUESI, Roberto Wagner; MARTINS, Priscila Machado. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e negócios jurídicos existenciais. *In*: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016. p. 139-156.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Negócios Biojurídicos. *In*: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016. p. 109-120.

NICOLAU, Noemí Lúcia. Una peculiaridad del modelo jurídico derivado del nuovo código civil brasileño. **Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, v. 16, 2003.

PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Paradigma Contemporâneo e os negócios biojurídicos: seleção embrionária. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 2, p. 244-271, jul.2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p244.

PONA, Éverton Willian. Enquanto você dormia: fim de vida e o debate sobre o caso Eluana Englaro: o testamento vital faria diferença? *In*: VEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino; GOMES, Luiz Geraldo do Carmo (org.). **Bioética & cinema**. Maringá: Miraluz, 2016. p. 67-88.

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada**: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade. Curitiba: Juruá, 2015.

RAPOSA, Vera Lúcia. Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 125, p. 169-217. jan./mar. 2011. Disponível em: [http://rmp.smp.pt/wp-content/uploads/2011/05/Revista\\_MP\\_N125\\_EstudosReflex\\_5.pdf](http://rmp.smp.pt/wp-content/uploads/2011/05/Revista_MP_N125_EstudosReflex_5.pdf). Acesso em: 9 abr. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento: AI 70065995078 - RS**. Agravo de instrumento. direito público não especificado. Direito à saúde. Autorização para realização de procedimento cirúrgico. Relator: Sergio Luiz Grassi Beck. Publicado DJ, 10 set. 2015. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/230669134/agravo-de-instrumento-ai-70065995078-rs/inteiro-teor-230669136?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 abr. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível: AC 70054988266 - RS**. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Relator: Irineu Mairani. Data de Julgamento: 20 de novembro de 2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs>. Acesso em: 10 abr. 2019.

STRIANO, Pasquale; BIFULCO, Francesca; SERVILLO, Giuseppe. The saga of Eluana Englaro: another tragedy feeding the media. **Intensive Care Medicine**, v. 35, n. 6, p. 1129-1131, June 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

UNITED STATES. Supreme Court. **Cruzan by Cruzan v. Director, Missouri Department of Health (nº 88-1503)**. 25 jun 1990. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/497/261>. Acesso em: 10 abr 2019.

**Como citar:** PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. As disposições sobre diretivas antecipadas de vontade no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 169-187, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 169. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 10/06/2019.

Aprovado em: 19/08/2019.

**O ORDENAMENTO JURÍDICO E SEUS ATRIBUTOS SOB A  
PERSPECTIVA DE NORBERTO BOBBIO**

JUDICIAL SYSTEM AND ITS ISSUES FROM THE PERSPECTIVE  
OF NORBERTO BOBBIO

**Reis Friede\***

**Como citar:** FRIEDE, Reis. O ordenamento jurídico e seus atributos sob a perspectiva de Norberto Bobbio. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 188-202, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 188. ISSN: 1980-511X

\* Desembargador Federal, Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).  
E-mail: [assessoriareisfriede@hotmail.com](mailto:assessoriareisfriede@hotmail.com)

**Resumo:** o presente artigo discorre sobre o ordenamento jurídico e os atributos pertinentes (unidade, coerência e completude) sob a perspectiva de Norberto Bobbio, enfrentando, ainda, o problema das antinomias e respectivos critérios solucionadores.

**Palavras-chave:** Ordenamento jurídico. Unidade. Coerência. Completude. Antinomia.

**Abstract:** This paper analyzes the Brazilian judicial system and its characteristics (unity, coherence and completeness) from the perspective of Norberto Bobbio, whilst examining the problem of antinomies and their respective criteria solutions.

**Keywords:** Judicial system; unity; coherence; completeness; antinomy.

## INTRODUÇÃO

Em uma definição preliminar, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico constituiu-se em um complexo sistema de normas jurídicas (regras e princípios), significação que denota, desde logo, que as normas em questão não se encontram dispostas isoladamente, mas, ao contrário, relacionam-se umas com as outras, formando um genuíno *sistema* provido de determinados *atributos* (*unidade, coerência e completude*), conforme será abordado no presente texto.

## 1 ORDENAMENTO JURÍDICO

O ordenamento jurídico, caracterizado por sua complexidade intrínseca, pode ser traduzido, em linhas gerais, como um *conjunto de normas jurídicas*. Não obstante a simplicidade de tal definição, trata-se de expressão que abrange muito mais elementos, independente das diversas naturezas e classificações que se lhe possam atribuir, conforme observa Ferraz Junior:

O ordenamento jurídico brasileiro é o conjunto de todas as suas normas, em que estão incluídas todas as espécies que mencionamos [...]. No entanto, não apenas. Nele estão contidos critérios de classificação, como é o caso das classificações legais das coisas (Código Civil Brasileiro de 1916, arts. 43 ss e Código Civil de 2002, arts. 79 ss) que organizam a matéria, esclarecem as relações de integração, mas não são normas, não constituem imposição vinculante e institucionalizada. Também nele se encontram meras definições (que não se confundem com as definições normativas, isto é, com a imposição compulsória de uma definição) como é, por exemplo, a definição de doação (Código Civil Brasileiro de 1916, art. 1.165; Código Civil de 2002, art. 538): a definição constante do Código é uma orientação, mas que não decide inapelavelmente sobre o sentido, pois a lei pode ter fornecido uma noção que, observando-se o contexto em que se insere (o chamado *regime* jurídico), pode revelar-se ou como estreito ou demasiadamente abrangente. Descobrir se uma definição é compulsória ou não nem sempre é tarefa fácil, provocando, às vezes, disputas doutrinárias. Há ainda os preâmbulos, exposições oficiais de motivos, em que o legislador esclarece as razões e as intenções pelas quais as normas foram estabelecidas. Nos preâmbulos, aparecem considerações de ordem avaliativa, nomeiam-se valores, indicam-se situações de fato etc. (veja, por exemplo, o Preâmbulo da Constituição de 1988). A própria ordem em que os conceitos aparecem em uma norma é um elemento não normativo, indicando, eventualmente, uma preferência que não precisa ser vinculante. Por exemplo, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro [Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro] prescreve: ‘Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’. A ordem, na enunciação, pode ser uma orientação – primeiro se tenta a analogia, depois, os costumes e, por último, os princípios –, mas ela não é compulsória, não estabelece impositivamente uma relação de superioridade da analogia sobre os costumes e destes sobre os princípios. Um ordenamento, em relação ao qual a pertinência de uma norma a ele é importante para identificá-la como norma válida, além de ser um *conjunto de elementos* normativos (normas) e não normativos, é

também uma estrutura, isto é, um *conjunto de regras* que determinam as relações entre os elementos.(FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 139-140).

No preâmbulo do capítulo I da obra intitulada *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Bobbio (1999, p. 19) menciona uma frase cuja essência sintetiza boa parte do conteúdo teórico a ser desenvolvido no presente texto: “as normas jurídicas nunca existem isoladas, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”. A presente citação evidencia, em primeiro lugar, que “as regras jurídicas constituem sempre uma totalidade”, isto é, formam um *ordenamento jurídico*, não obstante a existência de normas das mais variadas naturezas temáticas (constitucionais, processuais, penais, civis, administrativas, eleitorais, tributárias, ambientais, etc). Da mesma forma, a referida elocução põe em relevo a importância não apenas do estudo da norma jurídica individualmente considerada (assunto a ser abordado no âmbito da *Teoria da Norma*), mas, também, de sua inter-relação com outras normas integrantes de um dado *sistema*, vocábulo que, segundo argumenta Soares (2013, p. 111), pode ser *semanticamente* definido como “toda ordenação racional de elementos naturais ou sociais, a qual pode ser decomposta analiticamente em duas dimensões”, quais sejam, o *repertório* (elementos que integram o sistema) e a *estrutura* (padrão de organização dos referidos elementos sistêmicos).

Bobbio, reconhecendo que a norma jurídica era tradicionalmente a única perspectiva através da qual se estudava o Direito, posto que não se concebia o ordenamento jurídico como um objeto *autônomo* de estudo, propõe, na aludida obra, uma teoria destinada a analisá-lo, separada e particularmente. Assim, diante da verificação de que as normas jurídicas *não existem*, mas, sim, *coexistem*, é possível afirmar que a *Teoria do Ordenamento Jurídico* constitui-se em uma das mais relevantes contribuições de Bobbio para a compreensão do fenômeno jurídico no seu aspecto *global*. Afinal, conforme afirma o autor italiano, o ordenamento jurídico, “além de regular o comportamento das pessoas, *regula também o modo pelo qual se devem produzir as regras*”. Igualmente considerando o caráter sistêmico inerente ao ordenamento jurídico, Kelsen (1987, p. 207), na célebre *Teoria Pura do Direito*, assevera que “todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma *norma fundamental* formam um *sistema de normas*, uma *ordem normativa*”. Nota-se, portanto, que Kelsen e Bobbio, nas mencionadas obras, procuram demonstrar que o fenômeno jurídico não é representado apenas pela norma particularmente concebida, mas também por um autêntico sistema normativo.

A doutrina nacional também alude a tal caráter sistêmico do ordenamento jurídico, atributo assinalado, por exemplo, por Silva (2015, p. 35), mormente quando afirma que o Direito é um “fenômeno histórico-cultural, realidade ordenada, ou ordenação normativa da conduta segundo uma conexão de sentido”, consistindo, portanto, em um “sistema normativo”, fenômeno que se operou ao longo do tempo, conforme explica Lafer:

A ideia de sistema constitui um aspecto fundamental da contribuição do Direito Natural à jurisprudência europeia, que deixou de limitar-se à exegese e à interpretação prudencial de textos singulares e passou a ter características de

uma estrutura lógico-demonstrativa. Ora, transposta e positivada pelos códigos e pelas constituições a visão jusnaturalista de um Direito racional e sistemático, foi perdendo significado a ideia de outro Direito que não o Direito do Código e da Constituição. Por isso, o fundamento do Direito deixou de ser buscado nos ditames da razão e passou a afirmar-se como a vontade do legislador, independentemente de qualquer juízo sobre a conformidade desta vontade com a razão. Nesse sentido, o processo de laicização e sistematização do Direito terminou por confluir com o fenômeno da crescente positivação do Direito pelo Estado, que é outro processo característico no mundo moderno. (LAFER, 1988, p. 39)

## 2 ATRIBUTOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Bobbio, em sua *Teoria do Ordenamento Jurídico*, discorre sobre os atributos da *unidade*, *coerência* e *completude* do ordenamento jurídico, refletindo a respeito das seguintes questões: *a) As normas jurídicas que integram um determinado ordenamento constituem uma unidade? b) O ordenamento jurídico pode ser entendido como um sistema coerente? c) E, da mesma forma, pode ser considerado completo?* As respostas para tais questões serão expostas a seguir.

### 2.1 Unidade

É cediço que as normas jurídicas que integram o ordenamento jurídico não se encontram isoladas, mas interligadas e entrelaçadas, constituindo um todo harmônico. As normas, como as pessoas, não vivem isoladas, mas em conjunto e, como consequência, formam o que se denomina ordenamento jurídico.

De acordo com Kelsen, um dado conjunto de normas jurídicas, para que possa efetivamente formar um ordenamento jurídico, precisa ser dotado, entre outros predicados, de *unidade*. Assim, segundo tal qualidade, as normas que integram determinado sistema normativo podem ser reconduzidas a uma única norma, aquela que Kelsen denominou de *norma fundamental*, caracterizando o Direito como uma unidade institucional.

Como a norma fundamental é fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem jurídica, ela constitui a *unidade* na pluralidade destas normas. Esta unidade também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que *não se contradizem* (KELSEN, 1987, p. 220).

O texto acima transcrito permite inferir que Kelsen considera válida uma norma jurídica quando se fundamenta em outra norma que lhe é *hierarquicamente* superior, ou seja, a norma inferior decorre de uma *derivação* daquela que lhe é superior, concepção da qual se extrai uma visão *hierarquizada* e *escalonada* do sistema, representado por uma *pirâmide normativa*. Diante de tal pensamento kelseniano, e conforme referido por Soares (2013, p. 113), “uma norma jurídica não vale somente porque tem determinado conteúdo”, vale dizer, “porque seu conteúdo pode ser

deduzido *materialmente* pela via de um raciocínio lógico de um preceito normativo superior, mas porque ela é criada de uma *forma* determinada pela normatividade jurídica superior”.

Significa afirmar, pois, que a validade de uma norma jurídica deve ser analisada sob os prismas *material* (o conteúdo da norma inferior deve ser compatível com o que prescreve a norma superior) e *formal* (a norma inferior deve ser produzida de acordo com a forma prescrita pela norma superior, ou seja, pelo órgão competente para elaborá-la, e em conformidade com o procedimento previsto para tal mister). Por exemplo, assevera o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição de 1988 que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Posteriormente, prevê o art. 22, inciso I, da Lei Maior que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal, do que se infere que a validade formal de uma lei penal (norma inferior) exige que sua produção obedeça ao disposto no Texto Magno. Assim, somente ao Congresso Nacional (Senado Federal e Câmara dos Deputados) cabe elaborar uma lei de natureza penal, a ser sancionada pelo Presidente da República, em fiel subordinação ao processo legislativo (conjunto de fases pertinentes à elaboração de textos legais) fixado pela norma superior (a Constituição Federal).

Bobbio, para quem a dita norma fundamental configura um “termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico”, acolhe, nitidamente, a *Teoria Escalonada* proposta por Kelsen:

Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que *as normas de um ordenamento jurídico não estão todas num mesmo plano*. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. É essa a norma fundamental. Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado ‘ordenamento’ (BOBBIO, 1999, p. 49).

Observa-se, portanto, que a noção de *norma fundamental* (*Grundnorm*), categoria extraída da profícua reflexão de Kelsen, configura, para Bobbio, um dos pontos cardeais, mormente quando o professor italiano afirma que tal *norma fundamental* cumpre justamente o papel de conferir *unidade* às demais normas jurídicas integrantes do sistema, funcionando, deste modo, como um autêntico *ponto de unidade*, sem o qual as normas se constituiriam tão somente em um emaranhado normativo, jamais em um ordenamento. Ademais, consoante explica Bobbio, as “normas de um ordenamento são dispostas em *ordem hierárquica*”, o que resta evidente diante da constatação de que existem normas *superiores e inferiores*.

Em síntese, de acordo com tal princípio, as normas fundam-se em (ou derivam de) outras normas, constituindo uma linha de descendentes sucessivos a partir de um ascendente comum (a *norma fundamental*), em relação à qual as demais normas (as *normas fundadas*) buscam as

respectivas validades.

## 2.2 Coerência

Uma vez constatado que o ordenamento jurídico configura uma *unidade*, o ilustre autor italiano passa a conjecturar a respeito de sua *sistematicidade*, o que significa perquirir se as normas jurídicas que integram um dado sistema são *coerentes* entre si. Para Bobbio (1999, p. 71) o termo *sistema* pode ser definido como “uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”. Por conseguinte, o Direito, enquanto autêntico *sistema normativo*, não condiz com a noção de *antinomia*, ou seja, não admite a existência de normas (pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade) incompatíveis entre si.

Definimos a antinomia como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento (BOBBIO, 1999, p. 86).

Cabe salientar que o próprio Bobbio (1999, p. 87) reconhece que a definição supra não está completa, razão pela qual adverte que o fenômeno da *antinomia*, para que possa ocorrer no plano fático, requer duas condições, a saber: em primeiro lugar, “as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento”; e, ainda, ambas as “normas devem ter o mesmo âmbito de validade”. A respeito de tal característica e respectiva importância, afirma Bobbio:

A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria (BOBBIO, 1999, p. 113).

Com efeito, *unidade* e *coerência* são reconhecidamente dois atributos que devem necessariamente assinalar um dado Ordenamento Jurídico, conforme já decidiu, inclusive, o Supremo Tribunal Federal.

Os postulados que informam a teoria do Ordenamento Jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma *unidade institucional*, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um *vínculo de essencial coerência*. O Ato das Disposições Transitórias, promulgado em 1988

pelo legislador constituinte, qualifica-se, juridicamente, como um estatuto de índole constitucional. A estrutura normativa que nele se acha consubstanciada ostenta, em consequência, a rigidez peculiar às regras inscritas no texto básico da Lei Fundamental da República. Disso decorre o reconhecimento de que inexistem, entre as normas inscritas no ADCT e os preceitos constantes da Carta Política, quaisquer desníveis ou desigualdades quanto à intensidade de sua eficácia ou à prevalência de sua autoridade. Situam-se, ambos, no mais elevado grau de positividade jurídica, impondo-se, no plano do ordenamento estatal, enquanto categorias normativas subordinantes, à observância compulsória de todos, especialmente dos órgãos que integram o aparelho de Estado (BRASIL, 1994).

### 2.3 Completude

Por *completude*, segundo a lição de Bobbio, “entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”. Diante de tal definição preambular, e considerando que a ausência de uma norma é tradicionalmente denominada de *lacuna*, reveladora de uma imperfeição do sistema, o termo *completude*, por conseguinte, traduz exatamente a falta de lacuna.

Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema (BOBBIO, 1999, p. 115).

Bobbio (1999, p. 116) identifica a existência de um nexos entre os atributos da *coerência* e da *completude*. Para o autor italiano, a noção de *coerência* exprime a “exclusão de toda situação a qual pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem”, ao passo que a *completude* significa a eliminação “de toda situação na qual não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem”. Deste modo, *incoerente* é o “sistema no qual existem tanto a norma que proíbe um certo comportamento quanto aquela que o permite”, enquanto que *incompleto* é o “sistema no qual não existem nem a norma que proíbe um certo comportamento nem aquela que o permite”.

Ao analisar historicamente o atributo da *completude*, Bobbio (1999, p. 119-120) comenta que tal dogma, isto é, “o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade”, é considerado, por alguns autores, “como um dos aspectos relevantes do Positivismo Jurídico”, sendo fruto, provavelmente, da “tradição românica medieval, dos tempos em que o Direito romano vai sendo, aos poucos, considerado como o Direito por excelência, de uma vez por todas enunciado no *Corpus Iuris*”, dotado de “regras que dão ao bom intérprete condições de resolver todos os problemas jurídicos apresentados ou por apresentar”. Tal dogma, segundo afirma Bobbio, é objurgado, pela primeira vez, pela designada *Escola do Direito Livre*.

Se quisermos criticar o fetichismo legislativo dos juristas, precisaremos em

primeiro lugar abolir a crença de que o Direito estatal é completo. A batalha da Escola do Direito Livre contra as várias escolas da exegese é uma batalha pelas lacunas. Os comentadores do Direito constituído acreditavam que o Direito não tivesse lacunas e que o dever do intérprete fosse somente o de tornar explícito aquilo que já estava implícito na mente do legislador. Os sustentadores da nova escola [a Escola do Direito Livre] afirmam que o Direito constituído está cheio de lacunas e, para preenchê-las, é necessário confiar principalmente no poder criativo do juiz, ou seja, naquele que é chamado a resolver os infinitos casos que as relações sociais suscitam, além e fora de toda a regra pré-constituída (BOBBIO, 1999, p. 123).

Não obstante a crítica acima, os defensores do dogma da completude lançaram mão de uma série de argumentos para combatê-la, sendo o primeiro deles o que Bobbio convencionou chamar de *espaço jurídico vazio*, assim explicado:

Um caso ou está regulado pelo Direito, e então é um caso jurídico ou juridicamente relevante, ou não está regulado pelo Direito, e então pertence àquela esfera de livre desenvolvimento da atividade humana, que é a esfera do *juridicamente irrelevante*. Não há lugar para a lacuna do Direito. [...]. Até onde o Direito alcança com as suas normas, evidentemente não há lacunas; onde não alcança, há espaço jurídico vazio e, portanto, não há lacuna no Direito, mas a atividade indiferente ao Direito (BOBBIO, 1999, p. 129).

Em síntese, a teoria em questão apregoa que o ordenamento jurídico não possui *lacunas*, notadamente “porque, onde falta o ordenamento jurídico, falta o próprio Direito e, portanto, deve-se falar mais propriamente em *limites* do ordenamento jurídico do que de lacunas” (BOBBIO, 1999, p. 132). O ponto fraco de tal argumento, diz Bobbio (1999, p. 130), reside no fato de que a teoria do *espaço jurídico vazio* “nasce da falsa identificação do jurídico com o obrigatório”, o que levou o mencionado autor a formular a seguinte indagação: “aquilo que não é obrigatório, e, portanto, representa a esfera do permitido e do lícito, deve ser considerado juridicamente irrelevante ou indiferente? Aqui está o erro”.

Tendo em vista o insucesso da teoria anterior (que alude à existência de um *espaço jurídico vazio*), os adeptos da ideia de *completude* desenvolveram uma nova proposição, sustentando, da mesma forma, não haver lacunas, “mas pela razão inversa, isto é, pelo fato de que o Direito nunca falta”.

Uma norma que regula um comportamento não só limita a regulamentação e, portanto, as consequências jurídicas que desta regulamentação derivam para aquele comportamento, mas ao mesmo tempo *exclui* daquela regulamentação todos os outros comportamentos. Uma norma que proíbe fumar exclui da proibição, ou seja, permite, todos os outros comportamentos que não sejam fumar. Todos os comportamentos não-compreendidos na *norma particular* são regulados por uma *norma geral exclusiva*, isto é, pela regra que exclui (por isso é exclusiva) todos os comportamentos (por isso é geral) que não sejam aqueles previstos pela *norma particular* (BOBBIO, 1999, p. 133).

Bobbio (1999, p. 135-136), igualmente, refuta o argumento acima e, para tanto, assevera que no ordenamento jurídico não existem apenas “um conjunto de *normas particulares inclusivas* e uma *norma geral exclusiva* que as acompanha”, havendo, também, “um terceiro tipo de norma, que é *inclusiva* como a primeira e *geral* como a segunda”, chamada por Bobbio de *norma geral inclusiva*, cuja característica é “regular os casos não-compreendidos na norma particular, mas semelhantes a eles, de *maneira idêntica*”; desta feita, diante de um caso não-regulamentado (havendo, portanto, uma lacuna), utiliza-se a *norma geral inclusiva*.

### 3 O PROBLEMA DAS ANTINOMIAS

Conforme visto anteriormente, a *coerência* é uma das características do ordenamento jurídico. Assim, segundo Bobbio (1999, p. 113), “onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e, portanto, ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a *certeza*, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a *justiça*, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria”, fenômeno que demanda uma solução a ser buscada no âmbito do próprio sistema normativo, e que originou uma série de critérios destinados a resolver os quadros antinômicos.

#### 3.1 Classificação das Antinomias

No âmbito de uma abordagem classificatória, Diniz (2000, p. 470-472) apresenta as antinomias a partir dos seguintes critérios:

a) Quanto à solução: *antinomias aparentes* (“quando os critérios destinados à solução das antinomias forem normas integrantes do próprio ordenamento jurídico”) e *antinomias reais* (“quando não houver, na ordem jurídica, qualquer critério normativo apto a solucioná-las, razão pela qual a eliminação do problema demanda a edição de uma nova norma”).

b) Quanto ao conteúdo: *antinomias próprias* (“quando uma conduta aparece, ao mesmo tempo, como prescrita e não-prescrita, proibida e não-proibida, prescrita e proibida”) e *antinomias impróprias* (“que decorrem do próprio conteúdo material das normas”). As *antinomias impróprias*, por sua vez, desdobram-se em *antinomias de princípios* (“se houver desarmonia numa ordem jurídica pelo fato de dela fazerem parte diferentes ideias fundamentais”), *antinomias valorativas* (“quando o legislador não se mostra fiel a uma valoração realizada por ele próprio”) e *antinomias teleológicas* (“quando há incompatibilidade entre os fins alvitados por uma norma e os meios previstos por outra para a consecução dos aludidos fins”).

c) Quanto ao âmbito: *antinomias de Direito Interno* (“que ocorrem entre normas de um mesmo ramo do Direito ou mesmo entre aquelas de diferentes ramos jurídicos”), *antinomias de Direito Internacional* (“que aparecem entre convenções internacionais, costumes internacionais,

princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas, decisões judiciais, opiniões dos publicistas mais qualificados como meio auxiliar de determinação de normas de Direito, conforme preceitua o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, normas criadas pelas organizações internacionais e atos jurídicos unilaterais”) e *antinomias de Direito Interno-Internacional* (“que surgem entre uma norma de Direito Interno e uma norma de Direito Internacional, e resumem-se no problema das relações entre dois ordenamentos, da prevalência de um sobre o outro na sua coordenação”).

d) Quanto à extensão da contradição: sob tal perspectiva, e segundo categorização proposta por Alf Ross, citado por Diniz (2000, p. 471-472), as antinomias podem ser do tipo: *antinomia total-total* (“quando uma das normas não puder ser aplicada, em nenhuma circunstância, sem conflitar com a outra”), *antinomia total-parcial* (“quando uma das normas não puder ser aplicada, em nenhuma hipótese, sem conflitar com a outra, que tem um campo de aplicação conflitante com a anterior apenas em parte”) e *antinomia parcial-parcial* (“quando as duas normas tiverem um campo de aplicação que, em parte, entra em conflito com o da outra e, em parte, não”).

### 3.2 Critérios Solucionadores das Antinomias

Kelsen, na sua *Teoria Geral das Normas (Allgemeine Theorie der Normen)*, adverte que o conflito normativo pressupõe a existência de duas normas jurídicas válidas. Destarte, caso uma delas não seja dotada de tal predicado, o fenômeno da antinomia, por consectário lógico, não restará configurado.

Tendo em vista que as antinomias traduzem um nítido conflito aparente de normas, carecem, pois, de critérios que viabilizem a respectiva solução e, em última análise, a manutenção da aludida coerência ínsita ao sistema. Quanto às antinomias e respectivos critérios solucionadores, Bobbio (1999, p. 92-93) também as distingue entre *antinomias insolúveis* ou *reais* (quando o ordenamento jurídico não contém regra capaz de resolver o conflito diagnosticado, sendo solucionado, portanto, pela doutrina e jurisprudência a partir de decisões casuisticamente pensadas para cada caso) e *antinomias solúveis* ou *aparentes* (quando o ordenamento jurídico contém regra apta a solucionar o conflito *aparente* de normas, cuja resolução encontra-se nas próprias normas em situação *aparentemente* conflituosa), sendo estas resolvíveis a partir da incidência de um dos seguintes critérios:

a) O *critério cronológico* (*lex posterior derogat priori*; lei posterior derroga lei anterior): de fácil compreensão, o princípio da *lex posterior* é adotado, no Brasil, pelo art. 2º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), segundo o qual a lei posterior revoga a anterior quando entre elas houver incompatibilidade.

b) O *critério hierárquico* (*lex superiori derogat inferiori*; lei superior derroga lei inferior) preconiza que, havendo duas normas incompatíveis, deve prevalecer a hierarquicamente superior, consequência que se extrai justamente do princípio da hierarquia normativa.

Uma das consequências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior (BOBBIO, 1999, p. 93).

c) O critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*, lei especial derroga lei geral): de acordo com Bobbio (1999, p. 93), “a lei especial deve prevalecer sobre a lei geral”, posto que “representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento”, de modo que “bloquear a lei especial frente à geral significaria paralisar esse desenvolvimento”.

Bobbio (1999, p. 97) reconhece que os critérios acima referidos são insuficientes para resolver a denominada *antinomia de segundo grau*, na qual o problema não consiste mais em uma incompatibilidade entre *normas*; no caso em particular, incompatíveis são os próprios *critérios* (cronológico, hierárquico e da especialidade) apontados para a solução da questão antinômica.

Ao lado do conflito entre as normas, que dá lugar ao problema das antinomias, há o conflito dos critérios para a solução das antinomias, que dá lugar a uma *antinomia de segundo grau*. (BOBBIO, 1999, p. 107).

Resumindo tal insuficiência, Bobbio assevera que o “critério cronológico serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o critério hierárquico serve quando duas normas incompatíveis estão em nível diverso; o critério de especialidade serve no choque de uma norma geral com uma norma especial”. No entanto, conforme adverte o referido autor, “pode ocorrer antinomia entre duas normas contemporâneas; do mesmo nível e ambas gerais” (BOBBIO, 1999, p. 97). De fato, a chamada *antinomia de segundo grau* revela, na realidade, uma incompatibilidade entre os próprios critérios aplicáveis para a solução do problema. A doutrina, não obstante a existência de controvérsia sobre o assunto, admite, no confronto entre os mencionados critérios (hierárquico *versus* cronológico, especialidade *versus* cronológico e hierárquico *versus* especialidade), as seguintes propostas solucionadoras:

a) Critério hierárquico *versus* critério cronológico: o primeiro prevalece sobre o segundo, ou seja, incide a *norma superior*, eliminando-se, por conseguinte, a *norma inferior*. Assim, “na hipótese de haver conflito entre o critério *hierárquico* e o *cronológico*, a meta-regra *lex posterior inferiori non derogat priori superiori*, resolveria o problema, isto é, o critério cronológico não seria aplicável quando a lei nova for inferior à que lhe veio antes”, prevalecendo, pois, “o critério hierárquico, por ser mais forte que o cronológico, visto que a competência se apresenta mais sólida do que a sucessão no tempo” (DINIZ, 2000, p. 475).

b) Critério da especialidade *versus* critério cronológico: conforme explica Bobbio, tal conflito tem lugar quando uma *norma anterior-especial* é incompatível com uma *norma posterior-geral*. Nesta hipótese, o conflito deve ser resolvido em favor da primeira norma, ou seja, a “*lei geral*”

*sucessiva* não tira do caminho a *lei especial precedente*” (BOBBIO, 1999, p. 108). Deste modo, “em caso de antinomia entre o critério de especialidade e o cronológico, valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica” (DINIZ, 2000, p. 475). No entanto, conforme adverte a autora, “a meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, tendo em vista certas circunstâncias presentes. Não há uma regra definida, pois, conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério” (DINIZ, 2000, p. 475).

Assim, o Supremo Tribunal Federal, analisando o conflito existente entre uma *norma anterior-especial* (art. 7º, inciso V, do Estatuto da Advocacia – Lei nº 8.906/94) e uma *norma posterior-geral* (a Lei nº 12.258/01, que alterou o art. 295 do Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689/41), decidiu, para efeito de solução da antinomia, pela incidência do critério da especialidade em detrimento do cronológico.

O Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), em norma não derogada pela Lei nº 10.258/2001 (que alterou o art. 295 do CPP), garante, ao Advogado, enquanto não transitar em julgado a sentença penal que o condenou, o direito de ‘não ser recolhido preso [...], senão em sala de Estado-Maior [...] e, na sua falta, em prisão domiciliar’ (art. 7º, inciso V). Trata-se de prerrogativa de índole profissional – qualificável como direito público subjetivo do Advogado regularmente inscrito na OAB – que não pode ser desrespeitada pelo Poder Público e por seus agentes, muito embora cesse com o trânsito em julgado da condenação penal. Doutrina. Jurisprudência. Essa prerrogativa profissional, contudo, não poderá ser invocada pelo Advogado, se cancelada a sua inscrição (Lei nº 8.906/94, art. 11) ou, então, se suspenso, preventivamente, o exercício de sua atividade profissional, por órgão disciplinar competente (Lei nº 8.906/94, art. 70, § 3º). A inexistência, na comarca ou nas Seções e Subseções Judiciárias, de estabelecimento adequado ao recolhimento prisional do Advogado confere-lhe, antes de consumado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o direito de beneficiar-se do regime de prisão domiciliar (RTJ 169/271–274 – RTJ 184/640), não lhe sendo aplicável, considerado o princípio da especialidade, a Lei nº 10.258/2001. Existe, entre o art. 7º, inciso V, do Estatuto da Advocacia (norma anterior especial) e a Lei nº 10.258/2001 (norma posterior geral), que alterou o art. 295 do CPP, situação reveladora de típica antinomia de segundo grau, eminentemente solúvel, porque superável pela aplicação do critério da especialidade (*‘lex posterior generalis non derogat priori speciali’*), cuja incidência, no caso, tem a virtude de preservar a essencial coerência, integridade e unidade sistêmica do ordenamento positivo (RTJ 172/226-227), permitindo, assim, que coexistam, de modo harmonioso, normas em relação de (aparente) conflito (BRASIL, 2012).

No julgado acima, a Corte Suprema deliberou a respeito de um conflito entre os critérios da especialidade (*norma anterior-especial*, art. 7º, inciso V, do Estatuto da Advocacia) e cronológico (*norma posterior-geral*, Lei nº 10.258/01, que promoveu alteração no art. 295 do CPP), fazendo prevalecer o especial sobre o cronológico, ou seja, na hipótese examinada, a Lei nº 10.258/01 (*norma geral-posterior*) não derogou, ou seja, não revogou parcialmente, o aludido dispositivo do Estatuto da Advocacia (*norma anterior-especial*).

Da mesma forma, em outra ocasião, o Pretório Excelso conferiu primazia ao critério da especialidade.

Não se ignora que a existência de antinomia de primeiro grau, quando solúvel, poderá ser superada pela utilização de critérios vários, entre os quais o da especialidade (*‘lex posterior generalis non derogat priori speciali’*), cuja incidência tem a virtude de preservar a essencial coerência, integridade e unidade sistêmicas do ordenamento positivo (RTJ 172/226-227), permitindo, assim, que coexistam, de modo harmonioso, normas em relação de (aparente) conflito. Também não se desconhece que o magistério jurisprudencial dos Tribunais, ao proceder ao exame comparativo entre o art. 1º da Lei nº 8.137/90 e o art. 334 do CP, reconhece a existência de mencionada antinomia, a ser superada mediante utilização do critério da especialidade [...]” (BRASIL, 2013).

No *decisum* anterior, a Corte Magna, ao verificar um conflito entre os critérios da especialidade (*norma anterior-especial*, art. 334 do CP, Decreto-Lei nº 2.848/40) e cronológico (*norma posterior-geral*, art. 1º da Lei nº 8.137/90), corretamente entendeu pela prevalência daquele em relação a este.

c) Critério hierárquico *versus* critério da especialidade: em tal hipótese, constata-se uma incompatibilidade entre dois *critérios fortes* (o hierárquico e o da especialidade), isto é, uma *norma superior-geral* apresenta-se incompatível em relação a uma *norma inferior-especial*. Na presente hipótese, explica Bobbio que:

A gravidade do conflito deriva do fato de que estão em jogo dois valores fundamentais de todo ordenamento jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia e, portanto, do critério da superioridade, e o da justiça, que exige a adaptação gradual do Direito às necessidades sociais e, portanto, respeito do critério da especialidade. (BOBBIO, 1999, p. 107)

Segundo leciona Diniz (2000, p. 475), “no conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade, havendo uma *norma superior-geral* e outra *inferior-especial*, não será possível estabelecer uma meta-regra geral dando prevalência ao critério hierárquico, ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do Direito. Poder-se-á, então, preferir qualquer um dos critérios, não existindo, portanto, qualquer predominância”.

## CONCLUSÃO

Em sua obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Bobbio (1999, p. 19) menciona uma frase cuja essência sintetiza boa parte do conteúdo desenvolvido no presente texto: “as normas jurídicas nunca existem isoladas, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”. A presente citação evidencia, em primeiro lugar, que “as regras jurídicas constituem sempre uma totalidade”, isto é, formam um *ordenamento jurídico*. Da mesma forma, a referida elocução põe em relevo a importância não apenas do estudo da norma jurídica individualmente considerada,

mas, também, de sua inter-relação com outras normas integrantes de um dado *sistema*.

Bobbio, reconhecendo que a norma jurídica era tradicionalmente a única perspectiva através da qual se estudava o Direito, posto que não se concebia o ordenamento jurídico como um objeto *autônomo* de estudo, propõe, na aludida obra, uma teoria destinada a analisá-lo, separada e particularmente. Assim, diante da verificação de que as normas jurídicas *não existem*, mas, sim, *coexistem*, é possível afirmar que a *Teoria do Ordenamento Jurídico* se constitui em uma das mais relevantes contribuições de Bobbio para a compreensão do fenômeno jurídico no seu aspecto *global*.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário nº 160.486/SP**. Precatório – Pagamento parcelado – ADCT, art.33 – Natureza Jurídica das normas integrantes do ADCT – Relações entre o ADCT e as disposições permanentes da Constituição – autonomia aparente – a questão da coerência do ordenamento positivo – recursos extraordinário conhecido e provido. Recorrente: Município de Santos. Recorrido: Santos e Ferreira LTDA. Relator: Min. Celso de Mello, 11 de Outubro de 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus HC 109.213/SP**. Advogado – condenação penal meramente recorrível – prisão cautelar – recolhimento a “sala de estado-maior” até o trânsito em julgado da sentença condenatória – prerrogativa profissional assegurada pela lei nº 8.906/94 (estatuto da advocacia, art. 7º, V) – inexistência, no local do recolhimento prisional, de dependência que se qualifique como “sala de estado-maior” – hipótese em que se assegura, ao advogado, o recolhimento “em prisão domiciliar” (estatuto da advocacia, art. 7º, V, “in fine”) – superveniência da lei nº 10.258/2001 – inaplicabilidade desse diploma legislativo aos advogados – existência, no caso, de antinomia solúvel – superação da situação de conflito mediante utilização do critério da especialidade – prevalência do estatuto da advocacia – confirmação da medida liminar anteriormente deferida – pedido de “habeas corpus” deferido. Paciente: Paulo Rogerio Pollak. Advogado: Guilherme Gibertoni Anselmo. Relator: Min. Celso de Mello, 28 de Agosto de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus HC105.181/SC**. “Habeas Corpus” – condenação penal pela prática dos delitos de descaminho (cp, art. 334, § 1º, “c”) e de sonegação fiscal (lei nº 8.137/90, art. 1º, IV) – suposta ocorrência de antinomia de primeiro grau – alegada inobservância do critério da especialidade, consideradas as regras legais que definem ambas as infrações – incoincidência entre as mercadorias objeto do crime de descaminho e aquelas que figuram nas notas fiscais falsamente elaboradas – sonegação de tributos ocorrida anteriormente à introdução clandestina, no território nacional, dos objetos expostos à venda – denúncia e sentença penal condenatória que demonstram a total independência, no caso, das condutas perpetradas – inexistência, na espécie, de situação de conflito a ser superada mediante utilização do critério da especialidade – ocorrência de iliquidez quanto aos fatos subjacentes à impetração – controvérsia que, ademais, implica exame aprofundado de fatos e confronto analítico de matéria essencialmente probatória – inviabilidade na via sumaríssima do “habeas

corpus” – pedido indeferido. Paciente: Márcio Cardoso. Impretante: Rafael Fonseca Pimentel e Outro. Relator: Min. Celso de Mello, 9 de Abril de 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão, dominação**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das letras, 1988.

SOARES, Ricardo M. F. **Elementos de teoria geral do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

**Como citar:** FRIEDE, Reis. O ordenamento jurídico e seus atributos sob a perspectiva de Norberto Bobbio. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 188-202, ago. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n2p. 188. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 10/10/2017.

Aprovado em: 28/01/2019.

**RESENHA / REVIEW****O MISTÉRIO DO CAPITAL**

## THE MYSTERY OF CAPITAL

**Gabriela Amorim Paviani<sup>1</sup>**

SOTO, Hernando de. **O mistério do capital**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

Posterior a queda do muro de Berlim, restou demonstrado que o capitalismo era a forma mais adequada de se organizar “racionalmente” a economia, de modo que, diante das baixas das receitas, os países em desenvolvimento não apresentavam segurança para investimentos externos, tornando o Estados Unidos da América o ambiente mais confiável para tal tipologia de ação econômica.

Diante dessa realidade, e a ponderar que a globalização foi e é capaz de aumentar a interdependências dos territórios, é que muitos países desenvolvidos cessaram apoios as nações em desenvolvimento, a julgar o desnível econômico como fruto de empreitadas malsucedidas em certos contextos.

Portanto, com o fulcro de elucidar os motivos pelos quais levaram os países desenvolvidos a não crescerem economicamente quando se comparado com os países capitalistas, em sua grande parte ocidentais, é que Hernando de Soto elenca cinco mistérios do capital, quais sejam: Mistério da informação ausente: estudos enfatizaram a miséria, mas não a capacidade de acumulação; Mistério do capital: o que é o capital como se relaciona e como é produzido?; Mistério da percepção política: por que os governos não tentam explorar a riqueza do capital morto?; Mistério das lições esquecidas da História dos Estados Unidos: por que ficamos tão hipnotizados pelo fracasso de tantas nações na transição para o capitalismo que acabamos não conseguindo enxergar o que deu certo nas outras?; Mistério do fracasso legal: por que a lei de propriedade não funciona fora do ocidente? Como fazer a lei funcionar para gerar capital, esse é o mistério.

Nesse sentido, o primeiro mistério diz respeito a necessidade da legalidade, sendo está o grande elemento que levou os países desenvolvidos, de quando do seu passado de desorganização à uma reconstrução, ou seja, ganhou-se espaço legal.

Diante disto, Soto realiza uma ligação entre a extra legalidade dos negócios e o desenvolvimento de um país, na medida em que a um negócio legal é capaz de gerar uma maior lucratividade. E qual seria a dificuldade para se alcançar-se o campo protegido por leis? O autor descreve que a grande empecilho está na burocratização demasiada, tanto para se obter uma atividade legal, quanto para se permanecer na legalidade.

Salienta-se que tal conclusão é fruto de uma pesquisa empírica, realizada por Hernando de Soto em conjunto com o grupo de pesquisadores, os quais avaliaram a extra legalidade dos imóveis de cinco cidades de países de terceiro mundo: Cairo, Lima, Manila, Cidade do México e Port-au-Princ,

Cabe esclarecer que o motivo de se optar por uma avaliação de imóveis é exatamente que essa é um fator preponderante e mais visível quando se busca analisar a ilegalidade. Assim, puderam constatar a existência de diversas ocupações irregulares, desde a ocupação de terras do governo à construção de barracos.<sup>1</sup>

Portanto, todas essas ocupações irregulares, que geram negócios também irregulares, são tratadas

1 Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina: gabrielapaviani@gmail.com

como um capital morto, rico em potencial de trabalho, capaz de gerar energia, lucro e mais-valia, porém esquecido, sendo este o foco do segundo mistério. Com a finalidade de se trazer esse capital morto para o universo das Leis, se faz primordial a adoção de perspectivas daqueles que estão fora da legalidade, ou seja, compreender quais os mecanismos e os efeitos do extralegal.

De acordo com Soto, os sistemas formais de propriedade ocidentais produzem seis efeitos que permitem a seus cidadãos gerarem capital. “fixação do potencial econômico dos ativos; integração das informações dispersas em um único sistema; responsabilização das pessoas.; integração dos próprios cidadãos ao sistema de propriedade; transformação dos ativos em bens fungíveis; e por fim, a proteção das transações

Por sua vez, o mistério da percepção política corresponde a necessidade de um sistema de propriedade integrado que funcione, sendo que é este o requisito para a adesão da população, a qual se encontra a margem da legalidade. Comparando-se com os países ocidentais, esses utilizaram-se da tecnologia da informação a fim de assegurar um sistema de propriedade adequado e que funcione, o que demonstra que apenas regularizar o capital não é o suficiente, é necessário integrá-lo.

A ausência de políticas governamentais integradoras, fazem com que as pessoas se aglomerem em grupos extralegais separados, até o momento em que o governo seja capaz de lhes ofertar um sistema legal adequado, que atenda as necessidade daqueles que estão fora da redoma de vidro, ou seja, aqueles que vivem informalmente, as sombras do governo,

O quarto mistério passa a analisar o fracasso da Lei coercitiva, imposta por muitos países ocidentais, dentre eles os Estados Unidos da América. A Lei coercitiva, quando se trata de trazer pessoas que estão fora do sistema legal, diante do esquecimento governamental ou pela alta burocratização ou pela perda da lucratividade do negócio pelo cidadão, ou ainda por esses três motivos juntos, não é o suficiente, uma vez que por mais que se exista boas intenções, há concomitantemente uma enorme distância entre o que a lei prescreve e o que deve ser feito para a mesma funcionar.

Uma propriedade é construída socialmente, fruto de acordos de propriedade, os quais funcionam melhor quando as pessoas formam um consenso sobre a posse de ativos e as regras que regem seus usos e trocas. Do mesmo modo, para um Direito ser legítimo, não necessariamente deve ser definido por uma Lei formal, que um grupo de pessoas firmemente apoie em uma convenção particular, sendo essa a razão pelo qual a lei de propriedade e títulos imposta sem referência ao contrato social existente continuam a fracassar, ou seja, carecem de legitimidade.

Em seguida, o quinto mistério se propõe investigar os motivos pelos quais a Lei de propriedade não funciona fora dos países ocidentais, ao ponto que Soto, a partir de uma perspectiva de não acesso as leis por grande parcela dos cidadãos, elenca uma série de motivos: “aquelas que adentram aos sistemas extralegais ou clandestinos, o fazem para evitar o pagamento de impostos; os ativos em imóveis não são posses legais porque não foram apropriadamente levantados, mapeados e registrados; decretar Leis obrigatórias de propriedade não é o bastante, posto que os governo não podem ignorar os custos de execução dessas leis; os acordos sociais podem ser ignorados em um sistema forma de propriedade; é necessário uma liderança política de alto escalão, para se atingir a convicção das pessoas ou o modo como mantém seus ativos, sejam legais ou extralegais.

Por conseguinte, criar um sistema de propriedade que seja acessível a todos é essencialmente uma função política, de modo a propiciar o acesso ao capital nas mãos de toda a nação.

## RESENHA / REVIEW

**MÁS ALLÁ DE LA IGUALDAD FORMAL ANTE LA LEY: ¿QUÉ LES DEBE EL ESTADO A LOS GRUPOS DESAVENTAJADOS?****BEYOND FORMAL EQUALITY BEFORE THE LAW: WHAT DOES THE STATE OWE TO DISADVANTAGED GROUPS?**

SABA, Roberto. **Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?** 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.

**Taluana Wenceslau Rocha<sup>1</sup>**

As pesquisas do professor doutor argentino Roberto Saba sobre as concepções de igualdade no direito, tanto a partir de seus estudos comparados de tradição estadunidense - fruto de seu mestrado e doutorado na Universidade de Yale junto ao professor emérito Owen Fiss-, como desde os avanços jurisprudenciais e legais da Argentina e da América Latina em geral, resultado de sua longa trajetória acadêmica e profissional na região, derivaram na obra aqui resenhada.

As primeiras reflexões e páginas que dariam início às teorias apresentadas no seu livro começaram a ser pensadas e escritas durante a crise político-econômica que a Argentina sofreu em 2001. Aqueles acontecimentos o levaram a analisar como o reconhecimento do princípio da igualdade perante a lei, estabelecido na constituição nacional argentina, poderia impor ao Estado obrigações e deveres em relação aos cidadãos em situações de desvantagem estrutural. Embora a igualdade seja um pilar do sistema jurídico argentino e das democracias constitucionais da América Latina em geral, os desenvolvimentos doutrinários acerca deste princípio não estariam à altura de sua relevância na ordem democrática, conforme apontam os juristas Bergallo e Gargarella na apresentação da obra.

O pilar teórico para compreender as discussões levadas a cabo por Saba é a distinção entre duas concepções de igualdade: a igualdade como não discriminação (“no discriminación”) e a igualdade como não submissão (“no sometimiento”).

A concepção comumente aceita da igualdade como garantia de um tratamento não arbitrário, tal como entendem a doutrina e a jurisprudência argentina e internacional predominantes, ao interpretarem a Constituição nacional ou os tratados de direitos humanos ratificados pelos países da região, é problematizada pelo autor, ao indagar sobre a relação entre o ideal de igualdade constitucional e a situação de desvantagem estrutural na qual se encontram grupos de pessoas que compartilham certa condição ou atributo, tais como exemplifica: mulheres, indígenas, pessoas com deficiência, imigrantes ou os pobres.

Embora reconheça que a ideia de igualdade como “não discriminação” é o ideal básico da igualdade perante a lei, Saba entende que essa noção de igualdade não apenas é inapropriada ou insuficiente para capturar problemas de desigualdade estrutural, como também gera uma interpretação incorreta dessas normas. A igualdade exigida pela Constituição e pelos direitos humanos também impõe obrigações ao Estado em relação ao “desmantelamento de situações de subordinação de grupos que são vítimas de práticas sociais e normas que contribuem para aprofundar sua situação de desvantagem estrutural” (livre tradução, p. 20).

<sup>1</sup> Assistente de pesquisa bolsista do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (PPGDP-UFG). Mestre e Especialista em Direito Internacional de Direitos Humanos pela Universidad de Buenos Aires (Argentina) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (Brasil).

Em substituição ao princípio da igualdade como não discriminação, é proposta a concepção da igualdade como “não submissão” - como não sujeição, noção que compreende a igualdade como contrária à criação ou perpetuação de grupos em situação de subordinação. Essa seria a concepção que melhor corresponderia à essência valorativa das normas constitucionais e convencionais do ordenamento jurídico de países como a Argentina e é a que pode justificar intervenções positivas a favor da igualdade, por exemplo, as ações afirmativas voltadas para mulheres e para pessoas com deficiência.

A noção de igualdade como não submissão compele a redefinir a concepção das categorias consideradas suspeitas na identificação de desigualdade e a delimitar o exercício de direitos fundamentais associados com a liberdade pessoal (tais como a liberdade de contratar e de se associar); além de impactar na elaboração de políticas públicas e de obrigar a reformular o papel dos tribunais. Esses são os tópicos desenvolvidos nos outros três capítulos do livro -além do inicial, e no seu epílogo.

Um dos núcleos teóricos centrais das reflexões de Saba (não somente neste livro) é o que ele denomina de categorias suspeitas (“sospechosas”). Tais categorias teriam sido geradas pela compreensão de igualdade como não arbitrariedade e se encontram refletidas nas normas de direito positivo, de que é possível enumerar *a priori* categorias proibidas ou contrárias ao princípio da igualdade. Por exemplo, o artigo 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece a proibição de discriminar “por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.” Contudo, para dismantelar situações de desigualdade estrutural, justamente há que tratar de maneira diferenciada a grupos associados a essas categorias, portanto, poderia haver inicialmente um conflito entre a razoabilidade e o tratamento preferencial, desde a interpretação da igualdade como não discriminação. Assim, conceber a igualdade como não submissão exige uma nova forma de pensar essas categorias, não podendo ser definidas previamente e em abstrato, pois somente seriam suspeitas de gerar desigualdade se resultasse na perpetuação da subordinação de um grupo.

A relação entre o ideal constitucional da igualdade e o modo como os particulares devem se tratar também é abordada pelo jurista, que ressalta que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial argentino e internacional sobre esse tema é quase nulo quanto à América Latina. Por isso, ele convida a pensar sobre um modo de superar a relação problemática entre o princípio da igualdade constitucional e o exercício de outros direitos que se alicerçam no ideal de autonomia, tais como, os direitos de associação e de livre contratação.

A interferência estatal no âmbito da autonomia pessoal requer uma fundamentação consistente dentro do direito argentino, além disso, deveria estar relacionada com o próprio princípio da proteção da autonomia pessoal. Ao menos dois modos de exercer essa interferência são citados pelo autor: assegurar a razoabilidade do tratamento ou dismantelar as situações de desigualdade estrutural.

A cristalização de um sistema estrutural desigual -ao qual Saba chega a se referir ao longo da obra como um sistema de castas- atenta contra a igualdade entendida como não submissão e, mais do que violar, destrói a autonomia das pessoas que vivem conforme “os mandatos de uma estrutura social dominada por um sistema de exclusão e segregação que não podem modificar por si mesmas nem mediante ações individuais” (livre tradução, p. 225). Diante de uma situação de tamanha gravidade e contradição com o princípio de autonomia, o autor entende que não é apenas uma opção, mas sim uma obrigação o Estado intervir em relação a decisões de particulares que contribuam para criar, fomentar e manter tal desigualdade estrutural.

No último capítulo, Saba sugere repensar o papel dos/as magistrados/as ao aplicarem a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no que se refere ao controle de constitucionalidade, especialmente nos casos que impactam a desigualdade estrutural. O modelo de controle judicial de constitucionalidade aplicado em muitos países da América Latina vincula-se

a uma noção individualista dos direitos e pressupõe um papel dispensável do Estado como meio para alcançar seu exercício. Esse modelo clássico de controle judicial de constitucionalidade, que ele denomina de “máxima autorrestrição”, resultaria absolutamente inadequado para aqueles casos em que a igualdade como não submissão esteja afetada. Na verdade, o autor ressalta que a visão tradicional do papel dos juízes é inadequada não somente para as situações de desigualdade estrutural como também para aquelas de matriz estrutural.

Os casos de direito à saúde dão dados como exemplo, inclusive mencionando a situação brasileira, bem como a argentina e a colombiana, países onde um bem sucedido ativismo de direitos humanos levou a uma proliferação de demandas aos tribunais relacionadas com requisição de medicamentos e cobertura de serviços por planos de saúde, com elevada quantidade de decisões favoráveis aos demandantes. Contudo, Saba tece interessante crítica a esse cenário, considerando que é uma postura que reforça o “paradigma do modelo clássico e tradicional do controle judicial de constitucionalidade, individualista e com uma visão retrospectiva, cego ao contexto e ao fator estrutural” (livre tradução, p. 59); deste modo, embora essa judicialização e suas decisões favoráveis possam ser celebradas, esse modelo deve ser revisto, posto que poderia chegar até a consolidar as desigualdades (para fortalecer esse argumento, ele cita os trabalhos de Paola Bergallo quanto à Argentina e de Octavio L. Motta Ferraz em relação ao Brasil).

Quando o Poder Judiciário procura remediar problemas estruturais, pode surgir um elemento de arbitrariedade, como reconhece o autor, entretanto compreende que ignorá-los seria um problema ainda maior que a suposta arbitrariedade. Assim, o Poder Judiciário da América Latina deve procurar erradicar as desigualdades estruturais e, para isso, é necessário que revise práticas que, à primeira vista, possam parecer inocentes, mas que, na verdade, criam e perpetuam a subordinação dos grupos em desvantagem estrutural. Quando a desigualdade for produto de práticas sociais e estatais que levam à sujeição de grupos, é preciso visualizar o impacto do direito a nível coletivo e pensar os remédios judiciais a níveis estruturais, duas perspectivas que, a seu ver, os juízes deveriam incorporar ao exercer o controle de constitucionalidade nesses tipos de casos.

No epílogo, o autor retoma o contexto inicial que o levou a pesquisar sobre o tema em relação à Argentina e à América Latina e discorre sobre a desigualdade estrutural e a pobreza na região. Não obstante deixe o aprofundamento dessa relação para uma futura pesquisa, afirma que a situação a qual estão submetidos os indivíduos em situação de pobreza extrema e perpétua é contraditória com o ideal de igualdade constitucional que ele defende. Destarte, alenta o Direito a tomar parte nessa reflexão e se firmar como um instrumento efetivo de transformação social.