



**UNIAnchieta**

Revista de

# DIREITO CONSTITUCIONAL

ISSN 2674-9750

## FICHA TÉCNICA

**Revista de Direito Constitucional - ISSN 2674-9750, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019**

**Capa:** Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

**Editoração e Diagramação:** Gláucia Satsala

**Revisão:** Isabel Cristina Alvares de Souza

**Editora:** UNIANCHIETA

**Prof. Me. João Antonio de Vasconcellos**

*Diretor Acadêmico*

**Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada**

*Coordenador do Curso de Direito*

**Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo**

*Coordenador-adjunto do Curso de Direito*

**Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova**

*Coordenador-Geral das Revistas Temáticas*

*FADIPA – UNIANCHIETA*

**Prof. Dra. Maria Cristina Zucchi**

*Coordenadora da Revista de Direito Constitucional*

## CONSELHO EDITORIAL

**Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada** (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta / TJ-SP)

**Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo** (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta)

**Prof. Dra. Maria Cristina Zucchi** (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta / TJ-SP)

**Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo** (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta)

**Prof. Me. João Carlos José Martinelli** (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta)

**Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova** (PUC/SP, USF e FADIPA-UniAnchieta)

## SUMÁRIO

<b>Apresentação.....</b>	<b>3</b>
	<i>Profa. Dra. Maria Cristina Zucchi</i>
<b>Sistema Parlamentarista de Governo: o mais adequado para o Brasil?.....</b>	<b>5</b>
	<i>Paulo Adib Casseb</i>
<b>Do sistema, subsistema e princípios constitucionais.....</b>	<b>13</b>
	<i>Sérgio Igor Lattanzi</i>
<b>Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos.....</b>	<b>24</b>
	<i>João Carlos José Martinelli</i>
<b>Acesso à justiça.....</b>	<b>33</b>
	<i>Samuel Antônio Merbach de Oliveira</i>
<b>A relevância da Seguridade Social na agenda das políticas públicas.....</b>	<b>48</b>
	<i>Sebastião Augusto de Camargo Pujol</i>
<b>O Direito e a vida do Direito.....</b>	<b>66</b>
	<i>Maria Cristina Zucchi</i>

## APRESENTAÇÃO

Foi com muito prazer que recebi o convite do professor Levada para coordenar a Revista de Direito Constitucional de nossa instituição de ensino, ainda mais que ela, junto com as demais Revistas de Direito, promete ser a primeira da esperada série de mais um instrumento de ensino de nosso corpo docente, bem como de operadores de Direito interessados no indispensável aprimoramento em cada área do Direito, dada a sua constante dinâmica.

E muito me apraz coordenar uma Revista que tem como tema uma área do Direito que tenho como a mais importante área, pois todos nós sabemos que o Direito Constitucional pode ser considerada a mãe de todas as áreas, a viga mestra do Direito como ciência.

E afirmo isso com a experiência de magistério na área há tantos anos e nas excelentes contribuições de meus estimados colegas para a presente Revista.

A diversidade dos temas é a confirmação dessa assertiva, bastando observar o questionamento feito pelo professor Paulo Adib Casseb no seu artigo *Sistema parlamentarista de governo – o mais adequado para o Brasil?*, em que explora a possibilidade de um novo sistema de governo no nosso país, em substituição ao sistema vigente desde a proclamação da República, como forma de buscar uma nova política, ante a necessidade de os Poderes Executivo e Legislativo passarem a ter um convívio mais harmonioso, por haver a necessidade de aprovação do Parlamento para composição do Gabinete governante, composto pelos ministros.

O brilhante trabalho do professor Sérgio Igor Lattanzi, *Do sistema, subsistema e princípios constitucionais*, demonstra a importância do Direito Constitucional para adequado entendimento dos princípios que norteiam uma área do Direito que com certeza atinge a totalidade da população brasileira. Nesse trabalho, parte da dissertação de Mestrado do seu autor, observa-se a preocupação com o direito constitucional e os seus princípios, normatizados ou não, para a devida compreensão do direito tributário, pois o direito é formado por um sistema, composto de normas jurídicas, que tem como ponto de referência as normas constitucionais.

A *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*, de autoria de nosso festejado professor João Carlos José Martinelli, é outro exemplo do direito constitucional reforçando a necessidade de sempre nos recordarmos de

que o direito deve ter um limite, mormente quando trata da vida e da genética, preocupação antiga e mundial. É o direito constitucional da cidadania limitando a ciência.

O trabalho do professor Samuel Antonio Merbach de Oliveira tem como tema um assunto de relevância à sociedade, protegido em nossa Constituição como um dos direitos fundamentais do cidadão, o *Acesso à justiça*. A relevância do tema repousa no fato de ser a cada dia uma constante maior litigiosidade, diante de violação de normas jurídicas criadas, exatamente, para evitar os conflitos.

*A relevância da Seguridade Social na agenda das políticas públicas*, tratada pelo prestigiado professor Sebastião Augusto de Camargo Pujol, cuida de um tema que tem seus direitos ampliados conforme a evolução social, normatizando-se na Constituição e, por isso, exigindo de nosso Governo uma atenção especial para que esses direitos constitucionais não sejam violados em um futuro próximo por falta de um tratamento adequado.

Encerra-se a presente Revista com um artigo de minha autoria que busca demonstrar que o Direito precisa de vida, para garantia de seus titulares, o que, na maioria das vezes, apenas é possível com a intervenção do Estado-Juiz, ante o não respeito do Direito por grande parte de nossos órgãos governamentais. Daí o Poder Judiciário, embora integrante do governo, não se omitir no reconhecimento de um Direito violado por outro Poder da República, quase sempre o Executivo.

Assim, acredito que a leitura desta Revista apresentar-se-á demasiadamente interessante, diante da atualidade de seus artigos e do brilhantismo de seus autores, e contando que esta seja a primeira de muitas outras com não menos interessantes artigos e brilhantismo de seus autores.

*Profa. Dra. Maria Cristina Zucchi*  
**Coordenadora da Revista de Direito Constitucional**

## SISTEMA PARLAMENTARISTA DE GOVERNO: O MAIS ADEQUADO PARA O BRASIL?

*Por Paulo Adib Casseb<sup>1</sup>*

O presente artigo visa a contribuir com o debate que renasce no Brasil acerca dos sistemas de governo, sem a pretensão de qualificar o tema como o remédio para todos os males do país, mas com o intento de exprimir que eventual modificação do sistema de governo vigente desde a proclamação da República poderia dar novo alento à política nacional, a partir da institucionalização de novo relacionamento entre os Poderes Legislativo e Executivo, ajustado ao sistema parlamentarista.

Espera-se que, diferentemente do que houve em 1993, as autoridades constituídas promovam debate sério e autêntico sobre o tema, o que na década de noventa do século XX somente ocorreu no âmbito da sociedade civil, nos anos que antecederam ao plebiscito realizado em 21 de abril de 1993, sobre formas e sistemas de governo.

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da FMU. Magistrado do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, no qual exerceu os cargos de Corregedor Geral (2012/2013) e Presidente (2014/2015). Titular da Cadeira nº 40 da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Coordenador da área Justiça Militar da AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros. Presidente da Associação Internacional das Justiças Militares.

Impende aqui sublinhar, desde logo, que a doutrina examina sob a expressão “sistemas de governo” os modelos políticos de relacionamento entre os Poderes Legislativo e Executivo. De acordo com a relação de proximidade ou distanciamento entre eles ter-se-á parlamentarismo ou presidencialismo, ou mesmo semipresidencialismo.

Este texto contém algumas reflexões sobre o sistema presidencial que rege a relação Legislativo/Executivo no Brasil desde o advento da República e, principalmente, a respeito do sistema parlamentarista, originário da evolução lenta das instituições políticas inglesas, que merece ser alvo de detido exame por parte dos brasileiros.

Segundo lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>2</sup>, os aspectos fundamentais do parlamentarismo repousam, inicialmente, na divisão de funções do poder estatal em legislativa, executiva e judicial, distribuídas a órgãos distintos.

Outro aspecto caracterizador do sistema parlamentarista é o fato de que os Poderes Legislativo e Executivo são interdependentes, enquanto o Judiciário é independente de ambos.

A interdependência do Legislativo e do Executivo decorre do mecanismo parlamentarista segundo o qual o Gabinete governante, composto pelos Ministros, depende, para sua formação e

---

<sup>2</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 9 e ss.

permanência no poder, do apoio da maioria parlamentar. Tem-se, então, o Executivo dependente do Legislativo.

A composição do Governo deriva das eleições legislativas, haja vista que o partido ou coligação vencedora desse pleito indicará o Chefe de Governo, o qual preencherá as vagas de Ministro que compõem o Ministério ou Gabinete. A manutenção do Governo persistirá enquanto houver apoio do Parlamento e, caso porventura venha a perdê-lo, mediante votação de questão de desconfiança, ou rejeição de questão de confiança, deixará o poder para a designação de novo Gabinete.

Essa engenharia institucional, que admite a queda do Governo mediante ação do Legislativo, denota a chamada responsabilidade política ministerial, que marca profunda diferença entre o Ministério no parlamentarismo, órgão dotado de autoridade política própria, e os Ministros de Estado no presidencialismo, no qual se posicionam os Ministros como meros secretários, auxiliares do Presidente da República, a este subordinados.

Para Maurice Duverger<sup>3</sup>,

[...] a responsabilidade política do Governo perante o Parlamento, constitui o elemento essencial do regime parlamentar. Mesmo que os outros dois elementos não existam (por exemplo, se não houver dualismo do Executivo, como no Governo provisório francês de 1945-1946, ou direito de dissolução), este basta para que haja regime parlamentar.

<sup>3</sup> DUVERGER, Maurice. *Os grandes sistemas políticos*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 136 e 137.

O mencionado autor ressalta que a responsabilidade política ministerial nada mais é do que uma revogação dos membros do Governo pelas Assembleias, revogação coletiva, pois a totalidade do Gabinete se demite diante do voto hostil do Parlamento. Mesmo que o Legislativo refira-se especificamente a determinado membro do Ministério, a regra é a solidariedade dos demais, provocando-se a queda do conjunto (o que denomino de princípio da solidariedade ministerial). É importante observar que nem todo voto hostil do Parlamento faz emergir a responsabilidade política do Gabinete, mas apenas aquele concernente às questões de desconfiança e de confiança.

Em contrapartida, é inerente ao sistema parlamentar mecanismo gerador de dependência do Legislativo, mais precisamente da Câmara baixa, em relação ao Executivo, uma vez que este poderá determinar a dissolução do Parlamento, convocando novas eleições legislativas.

Duverger<sup>4</sup> aponta esse instrumento governamental de dissolução legislativa como peça-chave do parlamentarismo, ao observar que

A dissolução é assim considerada como uma das traves-mestras do parlamentarismo, porque só ela permite contrabalançar a influência do Parlamento sobre os ministros, por meio da responsabilidade política. Sem a dissolução, o Gabinete encontra-se praticamente desarmado

<sup>4</sup> DUVERGER, Maurice. *Os Grandes sistemas... cit.*, p. 138.

face a um Parlamento que o pode derrubar a seu gosto. A dissolução restabelece o equilíbrio dos poderes: perante um voto de desconfiança da Câmara, o Gabinete pronunciará a dissolução e os eleitores serão chamados a resolver o conflito. A arbitragem do povo, pela via das eleições gerais, é assim a pedra angular do regime parlamentar.

Em razão dessa engrenagem constitucional de vinculação entre Legislativo e Executivo, pode-se considerar o parlamentarismo um sistema de cooperação de Poderes e não de independência entre eles. Como destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>5</sup>, citando o próprio Duverger,

[...] a colaboração de poderes se caracteriza por três ideias: 1 – a distinção das funções do Estado confiadas a órgãos diferentes; 2 – a existência de campos de ação comuns a esses órgãos e 3 – a existência de meios de ação recíproca entre os mesmos.

Mais um aspecto definidor do parlamentarismo, qual seja, a estrutura dualista do Poder Executivo, revela-se marcante. Este Poder encontra-se segmentado, no sentido de que suas atribuições são divididas entre o Chefe de Estado, monarca ou presidente, e Chefe de Governo, comumente conhecido como Primeiro-Ministro, o qual, com os demais Ministros por ele indicados, compõem o Gabinete.

---

<sup>5</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Democracia, organização política e regime de governo*. In “Revista da Universidade Católica de São Paulo”. São Paulo: Universidade Católica, 1964, vol. 28 (separata).

No parlamentarismo puro, o papel do Chefe de Estado é essencialmente o de representação oficial do Estado, interna e externamente, constituindo o símbolo vivo do Estado, e o grau de sua influência na tomada das decisões políticas depende de cada regime<sup>6</sup> parlamentarista.

Em certos regimes, confere-se ao Chefe de Estado atribuições como a promulgação das leis, assinatura de decretos, ratificação de tratados e, conforme o caso, o ato de dissolução do Parlamento, a pedido do Primeiro-Ministro.

A título ilustrativo, o parlamentarismo espanhol confere ao Chefe de Estado (Rei) importante papel político, expresso em terminologia nitidamente inspirada na Constituição Imperial do Brasil de 1824 que, a partir da teoria constitucional sobre a divisão dos poderes de Benjamin Constant, previu o Poder Moderador de titularidade do Monarca. Assim prescreve o art. 56, 1, da Constituição espanhola de 1978: “O Rei é o Chefe de Estado, o símbolo da sua unidade e permanência, arbitra e modera o funcionamento regular das instituições, assume a mais alta representação do Estado espanhol nas relações internacionais, especialmente com as nações da sua comunidade

---

<sup>6</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho emprega o termo “regime” para designar um arranjo institucional aplicado na prática, ou seja, no sentido de regras concretamente postas em prática em cada um dos Estados (cf. *O Parlamentarismo...cit.*, p. 135).

histórica, e exerce as funções expressamente conferidas a ele pela Constituição e leis”.

Muitas vezes, no sistema parlamentarista, o Chefe de Estado encarna papel praticamente honorífico, emitindo atos meramente simbólicos, o que provocou a espirituosa afirmação de Duverger<sup>7</sup> que “*de certo modo, ele não passa de uma máquina de assinar, que não pode recusar a sua assinatura*”. Não se olvide, no entanto, da força que os símbolos possuem, especialmente símbolos vivos, dotados do prestígio da história e da tradição, cujos pronunciamentos valem, frequentemente, bem mais que mil decretos (ou medidas provisórias).

Em geral, o efetivo exercício do governo, a organização e gestão da administração pública, cabe, precipuamente, ao Ministério, órgão colegiado composto pelo conjunto dos Ministros comandados pelo Chefe de Governo, cujo nome é designado pela maioria parlamentar (com a chancela meramente formal do Chefe de Estado, conforme o regime).

A sistemática do parlamentarismo apresenta interessantes vantagens em relação ao presidencialismo. A primeira a merecer contundente destaque é o fato de que o sistema parlamentar rompe com a onipotência do Poder Executivo presidencialista. Nasceu o presidencialismo da edificação de um Executivo forte, com estrutura monocrática, afinal o Presidente da República (e só

há presidencialismo em Repúblicas) aglutina a Chefia de Estado e a Chefia de Governo.

A Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 criou o sistema presidencialista a partir de um Poder Executivo todo-poderoso. Essa foi a real intenção dos integrantes da Convenção de Filadélfia, instaurada em 1786 para a revisão dos Artigos de Confederação e que acabou por decidir pela formação de um só Estado soberano. Alexander Hamilton<sup>8</sup>, integrante da Convenção, testemunhou esse intento de erigir um sólido e vigoroso Poder Executivo, ao expor as discussões sobre o tema realizadas pelos autores da Constituição dos Estados Unidos:

Ao definir um bom governo, um dos elementos salientes deve ser a energia por parte do Executivo. É essencial para proteger a comunidade contra os ataques do exterior; é não menos essencial para a firme administração das leis; para a proteção da propriedade contra essas combinações irregulares e arbitrárias que por vezes interrompem o curso normal da justiça; para a segurança da liberdade contra as empreitadas e ataques da ambição, do espírito faccioso e da anarquia. O homem mais ignorante da história de Roma sabe quando desde logo se viu obrigada essa república a buscar refúgio no poder absoluto de um só homem, amparado pelo título formidável de Ditador, o mesmo contra as intrigas de indivíduos ambiciosos que aspiravam a tirania e os movimentos sediciosos de classes inteiras da comunidade cuja conduta punha em perigo a existência de todo governo, como contra as invasões de inimigos de fora que ameaçavam conquistar e destruir Roma.

---

<sup>7</sup> DUVERGER, Maurice. *Os Grandes sistemas...cit.*, p. 135.

---

<sup>8</sup> HAMILTON, A., MADISON, J. e JAY, J. *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 297 e 298 (tradução para o português, minha).

(...) Um Executivo débil significa uma execução débil do governo. Uma execução débil não é senão outra maneira de designar uma má execução; e um governo que executa mal, seja o que for em teoria, na prática tem que resultar um mau governo.

Supondo, conseqüentemente, que todos os homens sensatos convirjam no sentido de que é necessário um Executivo enérgico, unicamente falta verificar quais os ingredientes que constituem essa energia (...).

Os ingredientes que resultam na energia do Executivo são: primeiro, a unidade; segundo, a permanência; terceiro, prover-se adequadamente sua conservação; quarto, poderes suficientes.

(...)

Os políticos e homens de Estado que gozaram de reputação devido à solidez de seus princípios e exatidão de suas opiniões se pronunciaram a favor de um Executivo único e de uma legislatura numerosa. Com muita razão estimaram que a energia constitui a qualidade mais necessária ao primeiro e acreditaram que existirá sobretudo se o poder encontrar-se em apenas uma mão.

Naquele momento histórico, edificou-se o sistema presidencialista a partir da intenção de obter-se, nas palavras de Hamilton, um Executivo enérgico, único, como antídoto contra um governo débil, pois a “*unidade tem a energia*”<sup>9</sup>. Esse o sistema que teve êxito somente nos Estados Unidos da América.

O Poder Executivo enérgico, transportado para a América Latina, gerou governos unipessoais e, não raras vezes, ditatoriais. Borges de Medeiros<sup>10</sup>, com precisão poética, asseverou que o

<sup>9</sup> Palavras de Hamilton, in *El Federalista...cit.*, p. 298.

<sup>10</sup> MEDEIROS, Antônio Augusto Borges de. *Opoder moderador na República presidencial*. Pernambuco: Diário de Pernambuco, 1933, pp. 55-57.

presidencialismo, “*transportado para o solo ardente da América Latina*”, principalmente para o Brasil, “*um país de temperamento político ardente*” favoreceu o aflorar do “*poder pessoal do presidente*”. Este o resultado invariável do presidencialismo fora dos Estados Unidos, especialmente nos países latinos.

Não menos enfático, Raul Pilla, rebatendo argumentos de Afonso Arinos em debate sobre sistemas de governo<sup>11</sup>, afirmou que

[...] não se pode ignorar o Sr. Afonso Arinos ser a adjudicação, a uma só pessoa, do incomparável poder representado pela Presidência da República no atual regime, o que condiciona e degrada toda nossa vida política, e gera periodicamente uma crise que, limitada antes a poucos meses, cada vez mais se foi dilatando, até chegar a preencher todo o período presidencial.

Além disso, o advento do Estado social, consolidado no início do século XX, agigantou a Administração Pública e posicionou o Poder encarregado de governar, o Executivo, em uma condição de hegemonia em relação aos demais, hegemonia esta mitigada no sistema parlamentarista e amplificada a níveis estratosféricos no presidencialismo.

O parlamentarismo garante, simultaneamente, o equilíbrio dos Poderes,

<sup>11</sup> FRANCO, Afonso Arinos de Melo e PILLA, Raul. *Presidencialismo ou parlamentarismo?* Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1958, p. 383. Esta obra reproduz o célebre

reduzindo a síndrome de exibicionismo do Executivo, propiciando o necessário entendimento e coordenação entre Governo e Legislativo, o que imprime agilidade e eficiência na gestão dos negócios públicos.

O protagonismo do Legislativo em relação ao Executivo, gerado pelo sistema parlamentar, é até desejável, pois, como analisa Rodrigues Alves Filho<sup>12</sup>, ardoroso partidário deste sistema,

é o governo do povo. É o governo através do Parlamento, que, no fim das contas, é a Casa em que se reúnem os representantes do povo (...) a predominância do Parlamento é a garantia de que a soberania da nação continua intacta, uma vez que o Parlamento é o povo representado. Parlamentarismo, então, será o sistema de governo onde a democracia mais se acentua, porque o povo controla e fiscaliza o Governo. Quando este não satisfaz aos interesses da nação, cai pelo voto do Parlamento, não pelas armas de uma quartelada ou um golpe de Estado, onde quase sempre não é a vontade nacional que se manifesta, mas a vontade de grupos contrariados em seus interesses e ambições.

A técnica do voto de desconfiança, pelo qual o Parlamento provoca a queda do Governo, permite, a qualquer tempo, a substituição de governos ineptos sem que se tenha que aguardar, aflitivamente, o término de um mandato. A acentuada democraticidade do parlamentarismo é evidenciada pela responsabilidade política

---

debate entre Afonso Arinos e Raul Pilla por ocasião da discussão da emenda parlamentarista nº 4, de 29.03.1949.

<sup>12</sup> FILHO, Rodrigues Alves. *O que é parlamentarismo?* São Paulo, 1961, p. 17.

ministerial, que garante a existência de Gabinetes que reflitam os anseios populares, vez que sempre terão suporte na maioria parlamentar. Como antídoto contra sucessivas deposições de Ministérios, o sistema parlamentar contempla o mecanismo da dissolução da Câmara seguida de novas eleições, submetendo-se ao titular do poder a solução da controvérsia entre Governo e Legislativo.

Percebe-se que o parlamentarismo faz com que o exercício do poder seja constantemente confiado ao consentimento dos cidadãos. Nas palavras de João Camillo de Oliveira Torres<sup>13</sup>,

no sistema presidencial, o Presidente e o Congresso, uma vez eleitos, acham-se livres de qualquer controle por parte do povo. Possuindo mandatos fixos, seguem governando até que esses se encerrem, sem maiores dificuldades. Ora, no sistema parlamentar, a qualquer momento pode cair o Governo, se a maioria da Câmara, sensível às manifestações da opinião pública, o derrubar. Por outro lado pode o Chefe de Estado dissolver o Parlamento e convocar novas eleições.

Conforme ressaltado anteriormente, o presidencialismo estadunidense não funcionou na América Latina, inclusive no Brasil. Ao contrário, desvirtuou-se. Prado Kelly<sup>14</sup> lembra que o presidencialismo implantado no país visou ao

---

<sup>13</sup> TORRES, João Camillo de Oliveira. *Cartilha do parlamentarismo*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1962, pp. 34 e 35.

<sup>14</sup> KELLY, Prado. *As transformações do presidencialismo brasileiro*. In “Revista Brasileira de Estudos Políticos”, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, nº especial, nov/1959, p. 98.

rompimento dos laços que atavam as “mãos” das províncias, mas

desatou-os incompleta e ciosamente, guardando para si o maior quinhão na partilha de competência. E quanto mais conservou privilégios centralizadores, tanto mais acrescentou a autoridade, o prestígio, o comando do Chefe de Estado (...) Estava lançada a semente para a função despótica, de que nos livraram alguns governos pela educação democrática dos seus titulares, mas vicejou, de espaço a espaço, nas graves crises do regime e sobretudo nos torvos períodos do seu eclipse.

O debacle do presidencialismo brasileiro, como já vislumbrava Prado Kelly no final da década de sessenta do século XX, afigura-se hoje ainda mais intenso. Um regime presidencialista durante o qual, nos últimos 90 anos, apenas cinco presidentes eleitos diretamente completaram seus mandatos, decididamente não prosperou. Ao contrário, soçobrou. Poderá falhar também eventual sistema parlamentar? Tudo é possível, mas partimos de uma certeza: o presidencialismo em nossa pátria não deu certo. É o momento de se debater a possibilidade da futura adoção do parlamentarismo, um sistema que, independentemente da curtíssima experiência do início dos anos sessenta, já frutificou no Brasil do século XIX<sup>15</sup>, durante o reinado de D. Pedro II.

---

<sup>15</sup> Revelou-se interessante a controvérsia entre Afonso Arinos de Melo Franco e Raul Pilla, exposta na obra anteriormente citada (*Presidencialismo ou parlamentarismo?*), se teria havido ou não verdadeiro parlamentarismo no tempo do Império. Afonso Arinos defendeu que jamais existiu parlamentarismo no Império, haja vista que, pela Constituição, o Poder Moderador possuía a faculdade de demitir os Ministros

Tivemos à época o “parlamentarismo à brasileira”<sup>16</sup>, que nos rendeu estabilidade política e alternância saudável de governos sob os olhares zelosos do Chefe de Estado, ao longo de praticamente 50 anos.

Ives Gandra da Silva Martins<sup>17</sup> ensina, com a costumeira maestria, que,

Mais estável no período monárquico que no republicano, época em que usufruiu o país de paz interna e impôs a externa, viu sua estabilidade desaparecer, menos por deméritos da Monarquia e mais pelo intelectualismo reprodutor de teorias alienígenas, que desembocou no movimento de 15 de novembro de 1889.

Graças ao golpe que derrubou Dom Pedro II, o Brasil substituiu a estabilidade dinâmica do parlamentarismo pela instabilidade estática do presidencialismo, a estrutura evolutiva da monarquia constitucional, no sentido daquelas que ainda hoje representam as mais desenvolvidas democracias da atualidade

---

independentemente da manifestação de desconfiança do Parlamento (p. 17). Do outro lado da arena, Raul Pilla visualizou verdadeiro parlamentarismo naquele período, pois os Ministros jamais foram nomeados sem prévia consulta às várias correntes de opinião representadas no Parlamento, sendo que apenas um Ministério fora destituído sem haver pedido demissão (pp. 158 e seguintes). O fato é que a prática da vida política no Segundo Reinado, com o estímulo e contribuição de D. Pedro II, permitiu o desenvolvimento de autêntico regime parlamentarista, mesmo sem previsão expressa na Constituição de 1824, mas sem que com ela tal prática colidisse.

<sup>16</sup> Expressão inspirada no título da obra de Armando Alexandre dos Santos, *Parlamentarismo, sim! Mas à brasileira: com monarca e poder moderador eficaz e paternal*. São Paulo: Artpress, 1992. Sobre o parlamentarismo brasileiro no período imperial, v. também Torres, João Camillo de Oliveira. *A democracia coroada*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1957.

<sup>17</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma breve teoria sobre o constitucionalismo*. Porto Alegre: Lex Magister, 2015, pp. 105 e 106.

(Inglaterra, Espanha, Suécia, Noruega, Holanda e Bélgica) pela falta de estrutura representada pela república, tendo conhecido, desde sua adoção, períodos de ampla ditadura, de autoritarismo pouco democrático, de manipulações eleitorais e de algum hiato de plena democracia. Por fim, substituiu o unitarismo herdado dos romanos e portugueses pela Federação copiada dos Estados Unidos, cujo mérito maior foi nunca ter existido a não ser nas páginas dos textos que foram sendo alteradas após 1891.

A tentativa de novo sistema de governo apresenta-se como ingrediente importante para o saneamento da vida política nacional, mas não pode ser compreendida como a panaceia para todos os nossos males. A grande causa dos males dos setores público e privado contemporaneamente é a crise de valores que pesa sobre a sociedade egoísta e materialista da “Era Tecnológica”.

Urge uma transformação no modo de pensar e de agir, no resgate da ideia de valores, de respeito, de bem comum. Sem isso, pouco se pode esperar de qualquer sistema político. Contudo, não podemos aguardar transformações desse porte aprisionados pela estática do desânimo. Que se dê um passo adiante. Começar pela discussão das vantagens e desvantagens de cada sistema de governo é um bom sinal de mudança e, sobretudo, esperança.

#### **Referências:**

DUVERGER, Maurice. *Os Grandes sistemas políticos*. Coimbra: Almedina, 1985.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. *Democracia, organização política e regime de governo*. In “Revista da Universidade Católica de São Paulo”. São Paulo: Universidade Católica, 1964, vol. 28 (separata).

FILHO, Rodrigues Alves. *O que é parlamentarismo?* São Paulo, 1961.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo e PILLA, Raul. *Presidencialismo ou parlamentarismo?* Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1958.

HAMILTON, A., MADISON, J. e JAY, J. *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

KELLY, Prado. *As transformações do presidencialismo brasileiro*. In “Revista Brasileira de Estudos Políticos”, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, nº especial, nov/1959.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma breve teoria sobre o constitucionalismo*. Porto Alegre: Lex Magister, 2015.

MEDEIROS, Antônio Augusto Borges de. *O poder moderador na República presidencial*. Pernambuco: Diário de Pernambuco, 1933.

TORRES, João Camillo de Oliveira. *Cartilha do parlamentarismo*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1962.

\_\_\_\_\_. *A democracia coroada*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1957.

## DO SISTEMA, SUBSISTEMA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

*Por Sérgio Igor Lattanzi<sup>18</sup>*

### **Palavras introdutórias**

Antes de adentrarmos especificamente ao tema proposto, faz-se necessário um alerta ao leitor deste artigo, pois conforme podemos observar em nosso cotidiano, ouvimos a todo o instante comentários, aplicações ou verdadeiras divagações sobre a expressão princípios constitucionais. Entretanto, podemos constatar que perdeu-se a essência do que, efetivamente, significa a acepção princípio, uma vez que referida expressão vem sendo utilizada de forma vulgar e sem a devida análise tanto no âmbito da academia quanto nos meios jurídicos em geral, esquecendo-se - aqueles que vêm utilizando referido instituto (princípios) - de sua verdadeira significação.

Referido alerta vem sendo dado por vários juristas de escol nos últimos anos, pois os

profissionais do direito, inclusive os seus aplicadores, fundamentam, muitas vezes, suas conclusões ou decisões em princípios, sem, contudo, entender efetivamente o seu alcance e o seu significado.

Restou-nos tentar esclarecer, um pouco, o seu real significado e sua importância para o ordenamento jurídico.

Para tanto, me utilizarei de estudos realizados e discutidos no ano de 2000, quando da minha defesa de dissertação para a obtenção do título de mestre frente à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo<sup>19</sup>. Cumpre esclarecer que apesar de ter como tema específico o direito tributário, a mesma não poderia ter sido realizada sem a análise profunda do direito constitucional, em especial a análise dos princípios constitucionais.

É certo que os princípios vêm carregados de valores e a sua aplicação será o resultado das experiências pessoais de seus aplicadores, assim, identificamos um critério subjetivo significativo, quando nos depararmos com um conflito real entre eles. Apesar da dose de subjetividade na hierarquização dos princípios, não podemos deixar de observar que, após a instituição das súmulas vinculantes, esta subjetividade se tornou mais restritiva, em especial nas decisões de primeiro grau.

---

<sup>18</sup> Possui Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009) e Mestrado em Direito pela mesma instituição (2000). Atualmente é professor de direito tributário no curso da Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta - UniAnchieta, colaborador do Instituto dos Advogados de São Paulo, ex-professor dos cursos de pós-graduação em direito tributário do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET, professor e coordenador do curso de pós-graduação *latu sensu* em direito tributário da Faculdade de Direito de Itu e professor convidado da pós-graduação *latu sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário.

---

<sup>19</sup> A regra-matriz de incidência do imposto predial e territorial urbano. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - 2000.

É verdade que a análise de determinada questão que já tenha sido objeto de súmula vinculante - caso seja analisada sob novos aspectos ou argumentos diversos dos tratados anteriormente - poderá, a nosso ver, sim, ser objeto de nova análise.

Para termos um noção séria e um pouco mais compreensível do que significa a expressão princípio constitucional, deveremos, como condição *sine qua non*, fazer alguns esclarecimentos sobre o conceito de Sistema, do qual os princípios são partes integrantes e fundamentais.

### **Do sistema da ciência do Direito**

Antes de começarmos a tratar do tema princípios constitucionais, torna-se necessário, como salientamos alhures, traçarmos alguns comentários sobre o que é sistema. Assim, tomando como ponto de referência o magistério de Marcelo Neves<sup>20</sup> que classifica os sistemas em reais (também chamados empíricos) e sistemas proposicionais. O sistema de maior interesse no nosso estudo é o proposicional, no qual nos deteremos de forma um pouco mais alongada.

Os sistemas reais ou empíricos, em breves linhas, são os sistemas que se constituem através dos objetos do mundo físico e social. Neste sistema, é totalmente irrelevante sabermos se os objetos que se

apresentam na forma de sistema foram dados ou construídos. Como exemplo dos sistemas reais temos os seguintes: Sistema solar, Sistema nervoso, sistema hidroviário e etc.

Por outro lado, como já havíamos alertado, temos os sistemas proposicionais, que se dividem em: *sistemas proposicionais nomológicos* e *sistemas proposicionais nomoempíricos*. Os sistemas nomoempíricos, por sua vez, subdividem-se em sistemas *nomoempíricos descritivos* (próprio das ciências, em especial da ciência do direito) e sistemas *nomoempíricos prescritivos* (próprio do sistema das regras jurídicas).

Ao sistema proposicional meramente formal, onde as partes que o compõem sejam entidades ideais (como ocorre com a matemática e a lógica), damos o nome de *nomológico*.

Agora, ao sistema formado por proposições referenciais empíricas, damos o nome de sistema *nomoempírico*.

Daremos ênfase ao sistema nomoempírico, especificamente ao sistema nomoempírico prescritivo, por ser ele próprio do direito posto.

Na Constituição, temos, como asseverou Kelsen<sup>21</sup>, a norma fundamental e hipotética como ponto de convergência de todas as demais normas jurídicas existentes. Graças a esse axioma criado pelo grande jurista austríaco, não há o que se tentar descobrir ou discutir o que ocorreu antes da criação

---

<sup>20</sup> *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, p. 4.

---

<sup>21</sup> *Teoria pura do Direito*, p. 240.

da norma fundamental hipotética, ou seja, a Constituição. Foi graças a esse esforço intelectual, criado por Kelsen, que o direito passou a ser estudado como uma ciência autônoma.

O nosso estudo parte exatamente desta premissa, qual seja, o traço metodológico e a área de abrangência de atuação dos nossos esforços não ultrapassarão as normas jurídicas do nosso direito. Nós nos basearemos, sempre, nos veículos introdutórios de normas gerais e abstratas e individuais e concretas (Constituição, Emendas à Constituição, Leis Complementares, Ordinárias, Decretos Legislativos, Resoluções do Senado, decisões judiciais, jurisprudências, súmulas e etc).

Assim, entendemos, como Barros Carvalho<sup>22</sup>, que o direito posto é, sim, formado por um sistema, e este sistema é composto de normas jurídicas que têm como ponto de referência, sempre, a norma Constitucional.

Cumprido ressaltar que ao asseverar que o direito é um sistema, não estamos afirmando que dentro dele não possa haver contradições. Entretanto, referidas contradições são resolvidas por instrumentos existentes no próprio direito, caso próprio das antinomias aparentes de normas ou conflitos aparentes de normas.

São vários os conceitos de sistema, sendo certo que podemos destacar os seguintes:

...é um conjunto ordenado de elementos segundo uma perspectiva unitária (Juan Manuel Teran)<sup>23</sup>

... é o conjunto de elementos interligados harmonicamente e agrupados em torno de princípios fundamentais. Princípios, por sua vez, são regras basilares de um sistema (Eduardo M. F. Jardim)<sup>24</sup>.

...o sistema aparece como objeto formado de porções que se vinculam debaixo de um princípio unitário ou como composição de partes orientadas por um vetor comum. Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema. (Paulo de Barros Carvalho)<sup>25</sup>

Como podemos observar, os conceitos aqui lançados são conceitos de base da palavra sistema, mas como não poderia deixar de ser, dão um indicador bastante preciso deste instituto para o mundo jurídico.

Partindo do ponto de referência de que sistema é um conjunto harmônico de elementos agrupados em torno de princípios fundamentais segundo uma perspectiva unitária, podemos concluir que o direito posto é, sim, formado por um sistema. O conjunto harmônico seria o número das várias normas jurídicas que tratam das relações interpessoais, os princípios fundamentais seriam as regras básicas deste sistema e a perspectiva unitária seria ter, como referência e objetivo, sempre, o respeito à constituição.

---

<sup>22</sup> *Curso de direito tributário*, p. 99.

---

<sup>23</sup> *Filosofia del derecho*, p. 14.

<sup>24</sup> *Manual de direito financeiro e tributário*, p. 143.

## Das normas de estrutura e de comportamento

Extraímos do nosso sistema do direito posto, firmado no texto supremo, que a sua formação compõe-se de dois tipos de normas: a) *de comportamento* e b) *de estrutura*.

As *normas de comportamento* são todas as normas voltadas a regular as relações interpessoais dos cidadãos; prescrevem, assim, qual o comportamento que deverá ser adotado por todas as pessoas que estiverem sob a sua égide. As *normas de comportamento* trazem o dever-ser modalizado em permitido (P), obrigatório (O) e proibido (V), sendo certo que para qualquer comportamento caberá, certamente, nas palavras do saudoso professo Lourival Vilanova<sup>26</sup>, um dos três modais deônticos.

De outro lado, temos as normas de estrutura, sendo certo que podemos defini-las como sendo as normas que regulam e dispõem como deverão ser criadas, transformadas e expulsas do sistema as regras jurídicas. Nestas o dever-ser não se modaliza, permanecendo neutro (como exemplo podemos destacar o art. 148 da CF, que prescreve: Compete à União, mediante lei complementar, instituir empréstimo compulsório).

Ao estudarmos o sistema constitucional, nos deparamos com o Título IV, Capítulo I e seguintes de nossa Constituição Federal, que trata do

---

<sup>25</sup> *Curso de direito tributário*, p. 95.

<sup>26</sup> *As estruturas lógicas do direito*, p. 78.

Sistema Tributário Nacional, sendo que a precisão semântica peculiar de Paulo de Barros Carvalho chamou-o de subsistema Constitucional Tributário<sup>27</sup>. Podemos verificar que o mesmo está dividido em seis seções: I) Dos princípios gerais; II) Das limitações ao poder de tributar; III) Dos impostos da União; IV) Dos impostos dos Estados e do Distrito Federal; V) Dos impostos dos Municípios e VI) da repartição das receitas tributárias. Pela disposição constitucional do subsistema poderemos observá-los em outras matérias dentro do nosso texto maior, como ocorre com os Partidos Políticos (Capítulo V, artigos 17 e seguintes da CF); Da Administração Pública (Capítulo VII, artigos 37 e seguintes da CF); Da Ordem Econômica e Financeira e etc...

## Princípios constitucionais: valores e limites objetivos

Antes de nos debruçarmos sobre a conceituação e a classificação dos princípios, deveremos sempre nos lembrar do alerta feito por Alf Ross<sup>28</sup> ao descrever serem as palavras, em sua

---

<sup>27</sup> *Curso de direito tributário*, p. 102/103. Se é correto mencionarmos a Constituição brasileira, como sistema de proposições normativas, integrante de outro sistema de amplitude global que é o reordenamento jurídico vigente, podemos, é claro, analisar os subconjuntos que nele existem. O que nos interessa agora é a subclasse, o subconjunto ou o subsistema constitucional tributário, formado pelo quadro orgânico das normas que versem sobre a matéria tributária em nível constitucional.

<sup>28</sup> Sobre el derecho y la justicia. P. 30. “la mayor parte de las palabras son ambiguas, y que todas las palabras son vagas esto es, que su campo de referencia es indefinido, pues

maioria, ambíguas e portanto portadoras de uma carga significativa de vaguidade: “la meyor parte de las palabras son ambiguas, y que todas las palabras son vagas esto es, que su campo de referencia es indefinido, pues consiste en un núcleo o zona central y un nebuloso circulo exterior de incertidumbre”.

Não é por outro motivo que Paulo de Barros Carvalho diz: “o termo princípio pode denotar regras, normas que fixam importantes critérios objetivos, além de ser usada, igualmente, para significar o próprio valor”.

Como vimos de ver, todas as normas jurídicas vêm impregnadas de valor, sendo que existem normas cuja intensidade do valor é maior do que em outras normas. Normas têm influência fundamental no ordenamento. O direito utiliza-se do termo princípio para descrevê-las. Mas o termo princípio é utilizado pelo direito, também, para fixar imprescindíveis critérios objetivos. Daí, a importância em diferencarmos os princípios como valor ou como limites objetivos.

### **Princípio como valor**

Segundo doutrina Miguel Reale<sup>29</sup>, o princípio como valor pode ser identificado através dos seguintes traços: a) bipolaridade; b) implicação; c) referibilidade; d) preferibilidade; e)

---

consiste en un núcleo o zona central y un nebuloso circulo exterior de incertidumbre.”

<sup>29</sup> *Introdução à filosofia*, p. 143/146.

incomensurabilidade; f) graduação hierárquica; g) objetividade; h) historicidade e inexauribilidade.

Diz o autor sobre a **bipolaridade** ser possível somente no universo dos objetos ideais, sendo, portanto, essencial, apenas aos valores, sendo certo que somente isto bastaria para não ser confundido. E continua. Na esfera do Direito resulta essa polaridade estimativa. Exemplificando: há o “direito” e o “torto”, o “lícito” e o “ilícito”.

Quanto à **implicação** dispõe que: se são valores, são bipolares, sendo certo que se implicam reciprocamente, ou seja, nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais, ou seja, onde houver um valor haverá, necessariamente, um desvalor, de tal modo, como explica Barros Carvalho, que os valores positivos e negativos implicar-se-ão mutuamente.

A **referibilidade** implica, sempre, uma tomada de posição e, por conseguinte, a existência de um sentido.

Em relação à **preferibilidade**, anota Miguel Reale que: “É por esta razão que para nós toda teoria tem como consequência, não causal, mas lógica, uma teleologia ou uma teoria dos fins. Daí dizemos que fim não é senão um valor enquanto reconhecido como motivo da conduta”.

A **incomensurabilidade** significa não ser possível mensurar ou valorar o valor, mas poderá, outrossim, haver a hierarquia dos valores. Isto significa que, apesar do homem não poder,

diretamente, dar valor ao valor, ou dizer que um valor é maior do que o outro, ele, por outro lado, poderá criar uma hierarquia, demonstrando a sua preferência por um valor em relação a outro valor, mas, jamais, dizer que um valor vale mais do que o outro.

Já a **objetividade** significa dizer que o valor não se revela sem algo que o suporta ou sem uma ou mais consciências às quais se referiu. Segundo Paulo de Barros, “A objetividade é consequência da particular condição ontológica dos valores. Se eles se configuram como qualidades aderentes, que os seres humanos predicam dos objetos (reais e ideais), hão de requerer, invariavelmente, a presença desses mesmos objetos.”

Quanto à **historicidade**, quer dizer que a sua construção deflagra-se através da evolução do processo histórico e social, ou seja, com o passar do tempo maturam-se as experiências e a compreensão de determinados temas, aplicando-os na análise e interpretação dos princípios.

Finalmente, quanto à **inexauribilidade** observamos que os valores não se exaurem em apenas um bem, ou seja, como diz Barros Carvalho: “Ainda que o belo esteja presente numa obra de arte, sobrarão esse valor estético para muitos outros objetos do mundo.”

### **Princípio como limite objetivo**

Ao contrário do que ocorre com o valor, que é identificado através dos tópicos tratados nos parágrafos anteriores, os limites objetivos não passam por qualquer desses critérios, pois sua construção é, na realidade, mais tênue. Os limites objetivos são imediatamente identificáveis pelo receptor da mensagem, sem que o mesmo empregue grandes esforços. São vários os exemplos de limites objetivos existentes em nosso texto constitucional, sendo certo que podemos destacar os seguintes: estrita legalidade (150, inc. III, “a”); anterioridade (150, inc. II, \*b”), dentre tantos outros.

Como esclarece Barros Carvalho<sup>30</sup>, os limites objetivos não têm valores em si, mas como

---

<sup>30</sup> *Curso de direito tributário*, p. 171/172.

Quanto aos “limites objetivos”, nada disso entra em jogo. Ficando muito mais simples a construção do sentido dos enunciados. E na aplicação prática do direito, esses limites saltam aos olhos, sendo de verificação pronta e imediata.

Sem pretender antecipar o exame dos princípios jurídico-tributários, queremos apenas referir alguns exemplos, para deixar mais claras as ideias. A diretriz da anterioridade, com toda a força de sua presença na sistemática impositiva brasileira, é um “limite objetivo”. Sua comprovação em linguagem jurídica competente (a linguagem das provas admitidas em direito) é de uma simplicidade franciscana: basta exibir o documento oficial relativo ao veículo que introduziu normas jurídicas no sistema do direito positivo, com a comprovação do momento em que se tomou de conhecimento público, e poderemos saber, imediatamente, se houve ou não respeito ao princípio da anterioridade. E, por igual, a legalidade. Se o tributo for introduzido por ato infralegal, o que se prova com facilidade, ficaremos seguros de que o princípio foi violado.

Atente-se, porém, para o seguinte: os “limites objetivos” são postos para atingir certas metas, certos fins. Estes, sim, assumem o porte de valores, se os considerarmos em si mesmos, mas voltam-se para realizar valores, de forma indireta, mediata.

estes objetivam determinadas finalidades e metas, estas metas e finalidades, sim, são portadoras de valores. Alerta o autor que se é de clareza meridiana e simplificada a identificação e a compreensão dos limites objetivos, o mesmo não ocorre com os valores. E demonstra: Experimentemos, por exemplo, lidar com o valor justiça, com segurança jurídica, igualdade e etc...

### Conceituação de “princípio”

---

Agora, se na pragmática da comunicação jurídica é fácil perceber e comprovar os “limites objetivos”, outro tanto não se dá com os valores. Experimentemos, por exemplo, lidar com o valor “justiça”, com “segurança jurídica”, com “igualdade”. Não é preciso dizer mais.

Cremos que a digressão foi longa, mas oportuna. Retomemos ao campo semântico do vocábulo “princípio”, para acrescentar que, a par dessas significações, outras existem empregadas nos campos da Ciência, da Epistemologia, da Lógica, da Filosofia, da Metafísica e do conhecimento vulgar. Tais variações, contudo, não são muito frequentes no discurso jurídico, pelo que ficaremos com as quatro acima indicadas. Nesse sentido, para evitar ambiguidades, quando mencionamos os princípios do sistema positivo brasileiro, e entendermos necessário, consignaremos com que acepção foi o termo utilizado.

Seja como for, os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exercem eles uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença. Algumas vezes constam de preceito expresso, logrando o legislador constitucional enunciá-los com clareza e determinação. Noutras, porém, ficam subjacentes à dicção do produto legislativo, suscitando um esforço de feitura indutivo para percebê-los e isolá-los. São os princípios implícitos. Entre eles e os expressos não se pode falar em supremacia, a não ser pelo conteúdo intrínseco que representam para a ideologia do intérprete, momento em que surge a oportunidade de cogitar-se de princípios e de sobreprincípios.

Afinal, qual o conceito de princípio? São muitos os conceitos formulados em direito ao termo princípio, vejamos alguns deles:

Para Antônio Roque Carazza<sup>31</sup>:

princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Eduardo Jardim<sup>32</sup> entende que os princípios constitucionais são

normas sobranceiras que habitam o Texto Excelso e que representam a base do sistema jurídico em virtude de ocuparem o cume do plano hierárquico dos diplomas normativos, bem como por obrigarem um conteúdo de abrangência racional que espraia efeitos em todos os quadrantes do direito.

Paulo de Barros Carvalho<sup>33</sup>, por sua vez, diz que os

princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exercem eles uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença.

---

<sup>31</sup> *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 25/26.

<sup>32</sup> *Dicionário jurídico tributário*, p. 125.

<sup>33</sup> *Curso de direito tributário*, p. 106.

Podemos construir dos conceitos acima descritos que os princípios, e isto podemos notar em todos os conceitos ofertados pelos autores de tomo pátrio, são regras fundamentais formadoras de um sistema. Estas regras vêm permeadas de valores, e estes valores, segundo o critério da *referibilidade* e da *preferência* proposta por Miguel Reale, estão no píncaro da pirâmide hierárquica das normas, em primeiro lugar por estarem dispostas no texto supremo, e, em segundo lugar, por serem regras básicas que orientam todo este sistema.

Os princípios constitucionais podem ser classificados em: a) Princípio Constitucional ou Princípio Constitucional geral e b) Princípios Constitucionais específicos ou estritos. Poderemos, ainda, classificá-los como a) princípios expressos ou explícitos e b) princípios inexpressos ou implícitos.

### **Princípios constitucionais gerais e específicos**

Os princípios constitucionais gerais, denominados por Eduardo Jardim<sup>34</sup> como aqueles aplicados a todo ordenamento jurídico, são princípios insertos no texto constitucional, aplicáveis, indistintamente, a qualquer ramo do direito que venha a ser objeto de estudo, e por via de consequência, aplicáveis em vários campos do direito, como o direito tributário, por exemplo. Vejamos o princípio constitucional da Legalidade,

---

<sup>34</sup> *Manual de direito financeiro e tributário*, p. 145.

descrito no artigo 5º, inc. II da CF, que assim prescreve: “*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Como podemos observar, esse princípio não está direcionado de forma individualizada a qualquer ramo do direito (penal, civil, administrativo, tributário e etc). Isto significa que qualquer prescrição normativa no sentido de obrigar o agente a uma ação ou omissão deverá ser levada a efeito, somente, através de lei.

Por outro lado, temos os princípios constitucionais estritos ou chamados, também, de específicos, denominando Roque Carrazza<sup>35</sup> de particularizados. Estes princípios são inseridos nos enunciados prescritivos da Constituição, direcionados a determinados e específicos subsistemas do direito. A nosso ver, a existência destes princípios estritos demonstra, em vários casos, a autonomia do ramo de um direito, criando normas fundamentais próprias a este ramo, sendo certo que a sua utilização em qualquer outro ramo do direito ou subsistema os tomaria totalmente inadequados e sem sentido, ou seja, seria perfeita letra morta. Isto quer dizer: um determinado princípio estrito que não for observado irá, fatalmente, comprometer a integridade do subsistema do direito analisado. Entretanto, através de um esforço intelectual, se transportarmos este princípio constitucional estrito para outro subsistema dentro da constituição, e não o

---

<sup>35</sup> *Curso de direito constitucional tributário*, p. 30.

observarmos, absolutamente nada irá ocorrer a este outro subsistema.

Por outro lado, visualizamos outra função importante dos princípios estritos, qual seja, a de ratificar e alertar o legislador constituído da importância das regras fundamentais.

Se prestarmos atenção ao artigo 150, inciso I, da Constituição do Brasil, extrairemos o princípio da estrita legalidade que assim prescreve: “*é vedado exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*”.

Observemos aqui dois princípios: um geral (art. 5º, inc. II, da CF) e outro específico (150, inciso I, da CF). Podemos concluir que ambos dizem, exatamente, a mesma coisa, sendo certo que um de maneira genérica e outro de forma específica. Qual seria o objetivo do legislador constituinte ao criar um princípio específico que viesse ao encontro de outro princípio geral já existente no próprio texto constitucional? Mesmo agindo o legislador constituinte desta forma, ou seja, ratificando um princípio já existente, para que o Estado não cobrasse qualquer tributo sem lei, não são poucos os exemplos que o Estado – em especial o brasileiro, através das pessoas jurídicas de direito público interno, detentoras de competência tributária – nos fornece ao tentar instituir ou majorar tributos sem o diploma legal apropriado. Assim, se justifica, plenamente, a preocupação do legislador constituinte ao criar não só o princípio geral da legalidade, mas, também, o princípio da estrita legalidade tributária.

## **Dos princípios constitucionais expressos e inexpressos**

Por outro turno, temos a classificação dos princípios constitucionais em expressos, também chamados de explícitos, e inexpressos, nominados, de forma idêntica, de implícitos. Cumpre ressaltar que tanto os princípios expressos quanto os inexpressos estão presentes nos princípios constitucionais gerais e nos estritos. Assim, teremos princípios constitucionais gerais expressos e inexpressos, e princípios constitucionais estritos expressos e inexpressos.

Os princípios expressos são os princípios que estão inseridos, em regra, de forma explícita em apenas um enunciado prescritivo constitucional. Através da simples leitura de um determinado artigo da Constituição Federal, até mesmo o intérprete menos atento terá facilidade em localizá-lo. São vários os princípios constitucionais gerais expressos, sendo certo que podemos citar como exemplo os seguintes: (gerais) Princípio Federativo (art. 1º. CF); Republicano (art. 1º. CF); Legalidade (inc. II do art. 5º. CF) etc.

De outro turno, os princípios inexpressos ou implícitos são aqueles princípios que podem ser observados através da leitura sistematizada do texto constitucional, e comumente o princípio é extraído pela conjugação de dois ou mais enunciados prescritivos. Podemos observar que ao revés do princípio expresso, que é identificado através da

simples leitura de apenas um enunciado prescritivo, temos que os inexpressos só são identificados através da leitura de vários enunciados. Podemos citar os seguintes princípios (gerais inexpressos): da Justiça; da Certeza do Direito; Isonomia das Pessoas Constitucionais; Supremacia do Interesse Público ao do Particular.

Assim, podemos dizer que os princípios expressos são aqueles que vêm declarados em perspectivas constitucionais, e os princípios inexpressos são aqueles que ficam subjacentes à dicção do produto legislado, suscitando um esforço de feitiço indutivo para percebê-los e isolá-los.

Podemos constatar, de forma didática, evidentemente, que quando um princípio constitucional geral ou específico vier acompanhado de apenas um enunciado prescritivo constitucional, demonstrando, de forma clara, a sua identificação, estaremos frente a um princípio Constitucional Expresso ou Explícito (Legalidade; Republicano; Federativo etc...). Por outro turno, se para a identificação do princípio necessitarmos da análise de dois ou mais enunciados prescritivos (artigos) constitucionais para a sua construção, estaremos frente a um princípio Constitucional Inexpresso (Justiça; Supremacia do Interesse Público; Isonomia entre as Pessoas Jurídicas de Direito Público interno).

Como exaustivamente demonstramos, os princípios nada mais são do que regras basilares de

um sistema; no nosso caso, referimo-nos ao sistema jurídico pátrio ou sistema nomoempírico prescritivo – nas lições de Marcelo Neves – já tratado em parágrafos anteriores. O desrespeito aos seus enunciados, como ocorre nos sistemas nomológicos, deflagrará o comprometimento ou a ruína de todo o sistema. Em sala de aula fazemos um paralelo entre os sistemas nomológicos e nomoempíricos. No caso do nomológico damos como exemplo o sistema de defesa do corpo humano. Quando somos acometidos por uma determinada doença virótica, o corpo começa a produzir os anticorpos para poder combatê-la. Observe que os anticorpos são as regras basilares do sistema humano para protegê-lo. Assim, após um determinado período, os anticorpos (dentro de condições ideais) irão expulsar o vírus causador da enfermidade, mantendo o sistema sadio. Imaginemos que os anticorpos estejam com suas funções comprometidas. Neste caso, o corpo invasor, ou seja, o vírus, irá invadir o sistema humano derrubando as suas barreiras de proteção, destruindo-o por completo.

O mesmo ocorre com o direito. Os princípios constitucionais são os grandes guardiães do sistema jurídico. Assim, se referidos princípios não forem respeitados – da mesma forma que ocorre com o corpo – será destruído todo o sistema jurídico, pois suas bases foram comprometidas. Por tais razões é que asseveramos, como alertou Karl

English<sup>36</sup>, que ao se desrespeitar um princípio estamos desrespeitando todo o ordenamento.

Daí a importância do presente artigo, pois com o argumento de que se está protegendo o interesse público, não são poucas as situações em que nos deparamos com decisões teratológicas contra o cidadão, como se o interesse daquele indivíduo fosse menor do que o interesse do Estado. Entretanto, cumpre observar que ao se desrespeitar o direito de um indivíduo, estará se deflagrando o desrespeito a todos os indivíduos, e isto quer dizer que o interesse público se identifica aqui. As decisões contra o Estado, como pessoa jurídica de direito público, em número substancial de vezes, não fere qualquer interesse público. No exemplo retro isto fica muito claro.

Em síntese conclusiva, espero ter tomado claro o que falamos no início deste artigo, pois a aplicação dos princípios não pode ser realizada de forma aleatória ou sem critérios. Ao contrário, os critérios, como demonstrou o saudoso jurista Miguel Reale, existem e devem ser respeitados, admitindo-se a subjetividade, somente e tão somente, na hierarquização na aplicação dos preceitos fundamentais de forma inter-relacionada com os demais preceitos basilares.

---

<sup>36</sup> *Introdução ao Pensamento Jurídico*, p. 17.

## Referências:

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 3 ed. revista, ampliada e atualizada pela Constituição Federal de 1988 e São Paulo - Editora Revista dos Tribunais, 1991.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Dicionário Jurídico Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1995.

ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6 ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LATTANZI, Sérgio Igor. *A regra-matriz de incidência do imposto predial e territorial urbano*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - 2000.

NEVES, Marcelo. *Teoria da constitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1974.

TERAN, Juan Manuel. *Filosofia del derecho*. México: Porrúa, 1952.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

## DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS

*Por João Carlos José Martinelli<sup>37</sup>*

Registram-se várias tentativas de se encetar em alguns países uma discussão formal sobre a elaboração de normas que imponham alguns limites a uma revolução genética que está apenas começando, mas cujas implicações já afetam a vida das pessoas há mais de quarenta anos, quando Louise Brown se tornou o primeiro bebê de proveta do mundo. Desde então, milhares de crianças nasceram por meio da mesma técnica e expressões como fertilização “in vitro”, “mãe de aluguel” e “barriga de aluguel” se popularizaram. Mais recentemente, vieram os alimentos transgênicos e o processo de obtenção de indivíduos originários de outros por multiplicação assexual, trazendo questionamentos legais e de juízos de apreciação que prometem levar o tema ainda mais longe.

Nessa trilha, surgiu o “biodireito” ou “direito da vida”, uma importante ciência jurídica nova, ainda sem uma sistematização. Tanto que os

governos, por exemplo, vêm adotando medidas isoladas para controlar o impulso dos cientistas num campo tão amplo a experimentações, algumas bem controvertidas. Depois do nascimento da ovelha Dolly, o primeiro mamífero clonado a partir das células de um animal adulto, muitas nações proibiram a clonagem de seres humanos. Em outros, no entanto, as experiências continuam e o tema ganha notoriedade, quer por constantes reportagens na mídia, quer por programas populares que enfocam o tema.

A questão da engenharia genética é polêmica e ganha maior complexidade diante da circunstância da ciência evoluir bem mais acentuadamente que as leis. Num recente encontro da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil no Rio Grande do Sul, Brasil, apontaram-se algumas situações que ilustram essa constatação: Que direitos têm, por exemplo, os embriões que não <sup>1</sup>atualizados nos processos de fecundação assistida? Que garantias tem a mulher que cede seu útero para gerar o filho de uma outra mulher? É válido permitir que casais sem condições de procriar apelem à clonagem? É justo modificar animais geneticamente e retirar deles os órgãos alterados e transplantá-los para seres humanos? Como se observa, há necessidade premente de se cuidar juridicamente dos efeitos que podem dela advir, tornando-se demasiadamente arriscado e perigoso relegá-los ao

---

<sup>37</sup> Advogado, jornalista, escritor, professor universitário, mestre em Ciências Sociais e Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. É presidente da Academia Jundiaense de Letras e leciona na Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta de Jundiá. Tem inúmeros livros publicados e mantém coluna semanal no Jornal de Jundiá e no blog luso-brasileiro Paz.

alcance exclusivo de parâmetros éticos, morais ou religiosos.

Desta forma, neste contexto, tais condutas, capazes de modificarem a vida, devem ser estudadas, debatidas e controladas por leis específicas que coíbam abusos e imponham como objetivos primordiais o respeito à dignidade humana e a preservação de criaturas vivas em geral, aprimorando-se e descobrindo novos tratamentos a inúmeras doenças que proliferam, muitas delas até hoje incuráveis.

### **Ciência e exercício da cidadania**

A ciência jamais poderá se sobrepor ao exercício da cidadania; ao contrário, deve estar sempre ao seu serviço. Por isso, seria de bom alvitre que nossos legisladores desde já se empenhassem em buscar instrumentos normativos que direcionem as pesquisas genéticas no âmbito de tal princípio. O assunto é delicado e está a merecer tratamento especial de nossos juristas, além de suscitar amplos debates nos variados segmentos da sociedade, principalmente na Igreja Católica, que proclama respeito irrestrito à vida.

“O termo “cidadania” apresenta dois sentidos perfeitamente distintos. O primeiro refere-se aos direitos políticos, conforme o art. 14 da Constituição, que dispõe acerca do voto. O segundo alude à submissão do Estado à vontade dos

cidadãos, nos termos do parágrafo único do seu art. 1º, que identifica a origem do poder. De fato, de cidadania desdobra-se o termo cidadão, aquele que é membro de uma cidade ou que goza do direito de cidade. É cidadão todo o indivíduo que pertence a uma nação, cuja Constituição lhe reconhece direitos e na qual ele próprio reconhece ter deveres”<sup>38</sup>. Por outro lado, “Cidadania, palavra que se deriva de cidade, não indica somente a qualidade daquele que habita a cidade, mas, mostrando a efetividade dessa residência, o direito político que lhe é conferido, para que possa participar da vida política do país em que reside. É expressão, assim, que identifica a qualidade da pessoa que, estando na posse de plena capacidade civil, também se encontra investida no uso e gozo de seus direitos políticos, que indicam, pois, o gozo dessa cidadania”<sup>39</sup>. Não se confunde com nacionalidade, pois esta consiste apenas no simples fato de pertencer a uma nação, embora a qualidade de cidadão se confunde com o fato de pertencer a uma sociedade política independente.

O direito de cidadania exerce-se quando se atinge a idade requerida para exercer os direitos políticos, que são “aqueles direitos que competem ao indivíduo, na qualidade de cidadão, isto é, como parte do elemento pessoal do estado (Nação),

---

<sup>38</sup> JÚNIOR RIBEIRO, João e TELLES, Antonio A. Queiroz. “Constituição – Conceito, Direitos Fundamentais e Garantias Constitucionais” – p. 81 - Ed. Edipro - 1999.

<sup>39</sup> DE PLÁCIO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. São Paulo: Forense, 1991.

membro da comunidade política e participante ativo da vida política, do poder político. Segundo Schmitt, que os denomina ‘direitos de cidadania essencialmente democráticos’, estes direitos também podem ser designados como fundamentais – mas agora num sentido diferente. Os direitos políticos pressupõem o homem vivendo no Estado, o cidadão; não, portanto, o homem naquela condição extra estatal de pura liberdade. Têm, por isso, caráter e sentido essencialmente políticos, dizendo respeito ao status político do indivíduo”<sup>40</sup>. Para Meirelles Teixeira<sup>41</sup>, “a cidadania consiste na prerrogativa que se concede a brasileiros, mediante preenchimento de certos requisitos legais, de poderem exercer direitos políticos e cumprirem deveres cívicos”. E explica: o conteúdo da condição ou “status” de cidadão consiste, portanto, no gozo de direitos políticos.

### **Declaração Universal sobre Bioética**

A Unesco (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura) aprovou, em 19 de outubro de 2004, durante a sua 33ª Assembleia Geral, um importante documento de bioética, resultado de mais de dois anos de trabalho, estudos, consultas e discussões internacionais, envolvendo especialistas das áreas científica, ética e de saúde do mundo inteiro. Trata-se da DECLARAÇÃO

UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS que apresenta quatorze princípios:

- 1) Respeitar a dignidade humana e os direitos humanos.
- 2) Maximizar os benefícios e minimizar os danos quando se trata da aplicação e do avanço do conhecimento científico e das práticas médicas.
- 3) Garantir a autonomia e a responsabilidade individual.
- 4) Ressaltar a importância do consentimento.
- 5) Dar proteção especial a pessoas que estão privadas da capacidade para consentir.
- 6) Respeitar a vulnerabilidade humana e a integridade pessoal.
- 7) Zelar pela privacidade e confiabilidade das informações pessoais.
- 8) Garantir a igualdade fundamental entre todos os seres humanos de modo que eles sejam tratados de forma justa e equitativa.
- 9) Respeitar a diversidade cultural e o pluralismo.
- 10) Estimular a solidariedade e a cooperação entre os seres humanos.
- 11) Associar responsabilidade social e saúde.
- 12) Compartilhar os benefícios da pesquisa e suas aplicações.
- 13) Proteger as gerações futuras em relação ao impacto das ciências da vida, incluindo sua constituição genética.
- 14) Preservar o meio ambiente, a biodiversidade e a biosfera.

A Declaração se constitui num instrumento de manifesta relevância à preservação de aspectos ligados à matéria, face à complexidade do objeto e às interpretações dúbias que propiciam.

### **Bioética: alcance de seu conceito**

<sup>40</sup> TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense, 1991.

<sup>41</sup> TEIXEIRA, J.H. Meirelles. op. citada, p. 565-567.

De acordo com a jurista MARIA HELENA DINIZ, a BIOÉTICA constitui-se no “estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, procurando averiguar se é lícito aquilo que é científica e tecnicamente possível. A bioética não pode ser separada da experiência efetiva dos valores “vida”, “dignidade humana” e “saúde”, que são inestimáveis. Daí ocupar-se, por exemplo, de questões éticas atinentes ao começo e fim da vida humana, às novas técnicas de reprodução humana assistida, à seleção de sexo, à engenharia genética, à maternidade substitutiva etc. Em suma, é o estudo sistemático do comportamento humano, sob a luz dos valores e dos princípios morais, na área da vida e dos cuidados da saúde”<sup>42</sup>.

Pode-se dizer que a Bioética é parte da ética aplicada a situações que envolvem a vida. Um conceito bem aceito dispõe ser o “estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão moral, decisões, conduta e políticas – das ciências da vida e atenção à saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas em um cenário interdisciplinar”<sup>43</sup>.

Nessa trilha, pode-se dizer ainda que a Bioética é a “prática racional muito específica que põe em movimento, ao mesmo tempo, um saber, uma experiência e uma competência normativa, em um

---

<sup>42</sup> DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, p. 416.

<sup>43</sup> Reich W.T. *Encyclopedia of Bioethics*. 2nd ed. New York; MacMillan, 1995: XXI.

contexto particular do agir que é definido pelo prefixo ‘bio’. Poderíamos caracterizá-la melhor dizendo que é uma instância de juízo, mas precisando que se trata de um juízo prático, que atua em circunstâncias concretas e ao qual se atribui uma finalidade prática através de várias formas de institucionalização”<sup>44</sup>.

Resumida e objetivamente, ressalte-se que “A bioética é o conjunto de conceitos, argumentos e normas que valorizam e justificam eticamente os atos humanos que podem ter efeitos irreversíveis sobre os fenômenos vitais” (Kottow, M. H. *Introducción a la Bioética*. Chile: Editorial Universitaria, 1995: p. 53).

Assim, a Bioética tem hoje manifesta importância diante de um dos fundamentos primordiais da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o respeito irrestrito à dignidade da pessoa, razão pela qual as finalidades mais importantes da Lei Maior consistem na promoção e proteção desta, que além de sua relevância jurídica, revela-se como um valor espiritual e moral inerente aos cidadãos em geral, de forma abrangente e indistinta.

### **Dignidade Humana**

No plano filosófico, a dignidade se constitui num princípio moral de que o ser humano deve ser

---

<sup>44</sup> Ladière, Jean. *Del sentido de la bioética*. Acta Bioethica VI(2): 199-218, 2000. p. 201-202.

tratado como um fim e nunca um meio, e na órbita jurídica, ela situa as pessoas no vértice de todo o ordenamento jurídico, pois o direito só se justifica em função destas. O seu significado, assim, relaciona-se ao respeito irrestrito ao ser humano, estendendo-se a sua proteção a todos os indivíduos, independentemente de idade, sexo, origem, cor, condição social, capacidade de entendimento e autodeterminação ou ‘status jurídico’.

Ela se revela simultaneamente como valor e como preceito, já que se constitui num dos pilares do Estado Democrático de Direito. O inciso III do art. 1º da nossa Constituição a arrola como fundamento da República Federativa do Brasil. Ressalte-se interessante observação de Alexandre de Moraes:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>45</sup>

O princípio da dignidade humana passa por três momentos nos quais altera o seu ponto de

---

<sup>45</sup> MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 129.

referência, a saber: o Cristianismo – a dignidade se localizava em Deus, sendo externa ao homem, já que era outorgada por um ente superior; o “kantismo” – a dignidade se situava no interior do ser humano, associando-se à racionalidade e liberdade como caracteres exclusivos da pessoa natural (Emmanuel Kant) e Pós-Segunda Guerra Mundial – seguidos aos brutais atentados que lhe são deferidos, a dignidade passa a ser necessariamente concebida como princípio constituinte do Estado Democrático de Direito. Surge nesta fase a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Organização das Nações Unidas – ONU em 10 de dezembro de 1948.

Os direitos humanos são aspirações elementares à dignidade humana, razão pela qual a doutrina entende que as suas normas são materialmente constitucionais e se incluem no conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política. A título ilustrativo, invoquemos o professor Dalmo de Abreu Dallari:

**As finalidades mais importantes da Constituição consistem na proteção e promoção da dignidade humana.** Por esse motivo, não é uma verdadeira Constituição uma lei que tenha o nome de Constituição, mas que apenas imponha regras de comportamento, estabelecendo uma ordem arbitrária que não protege integralmente a dignidade de todos os

indivíduos e que não favorece sua promoção (os grifos são nossos)<sup>46</sup>

A dignidade da pessoa humana, em sentido constitucional, alcança todo o conjunto dos direitos e deveres individuais definidos ou atribuídos no Título II da Constituição Federal do Brasil e que sejam pertinentes ou aplicáveis à pessoa humana. Daí a dificuldade em delinear os seus limites, uma vez que a noção de “dignidade humana” é manifestamente ampla pelas numerosas conotações que enseja, entre as quais, a de ser considerada como núcleo dos direitos da personalidade (honra, privacidade etc.).

Como princípio jurídico se fundamenta na pessoa humana que pressupõe, logicamente, uma condição objetiva, a vida. A Constituição Federal a assegura no art. 3º, em dois momentos: preservando o direito de continuar vivo e prestigiando a vida digna à subsistência. Assim a dignidade humana e as necessidades fundamentais do homem incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, sem os quais o Direito não pode ser operado de forma ampla e completa.

Assim, pode se dizer que a atual CF, promulgada em 5 de outubro de 1988 durante uma sessão festiva que teve de tudo, de chuva de papel picado ao choro emocionado de constituintes, recebeu o nome de “Constituição cidadã” em razão

da preocupação dos parlamentares de então em buscar preceitos que relevassem os direitos fundamentais do ser humano. Por outro lado, consagrou como regime político-jurídico do país o Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são: soberania (poder máximo de que está dotado o Estado para fazer valer as decisões e autoridade dentro de seu território; cidadania (qualidade do cidadão caracterizada pelo livre exercício dos direitos e deveres políticos e civis); dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político (existência de mais de um partido ou associação disputando o poder político).

Apesar de sua inclinação a constantes modificações, ela é considerada um marco histórico extremamente relevante. Tanto que o professor da Unicamp Jaime Pinsky, especialista em Revolução Francesa e organizador do livro “A História da Cidadania” – uma ambiciosa obra de autores sobre a história da cidadania no mundo ocidental, lançada em 2003 –, não vê exagero na comparação dela com os documentos relevantes dos Estados Unidos e da França. “A nossa Constituição também vai além e estabelece um tipo de sociedade a ser almejada”. Por isso mesmo, ele observa que muitos consideram seu texto utópico. Em entrevista ao jornal “O Estado de São Paulo”, declarou: “É claro que ali há coisas

---

<sup>46</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24.

impraticáveis, mas acho que a Constituinte deve ser tomada como uma declaração de intenção, um vir a ser da sociedade”, explica. “Merece, sem dúvida, o nome de Constituição cidadã e acho que a História lhe fará justiça” (05.10.2003 – p. A7).

Entendemos a sua importância, mas também acreditamos que muitos de seus preceitos ainda são meramente teóricos, e muito ainda há de ser feito para fazê-los deixar a abstração para aterrissarem no mundo real. Não podemos perder de vista seus objetivos primordiais no âmbito interno e devemos lutar para efetivá-los na prática. São eles: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

### **Desafio atual dos Direitos Humanos**

Os direitos humanos são entendidos modernamente como aqueles fundamentais que o homem possui por sua própria natureza humana. No dizer de João Baptista Herkenhoff,

são direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir. Este conceito não é absolutamente unânime nas diversas culturas. Contudo, no seu núcleo central, a idéia alcança

uma universalidade no mundo contemporâneo.<sup>47</sup>

Assim, o desafio atual dos direitos humanos em todo o mundo é estabelecer os limites mínimos à lógica do mercado e da globalização. Apesar de seus efeitos teóricos, exaltados por muitos economistas, constata-se que mais da metade dos habitantes do planeta está privada das prerrogativas básicas da sobrevivência e encontra-se automaticamente distanciada dos benefícios e confortos vividos pelo restante da população mundial. Ressalte-se que ainda há um número considerável de pessoas em condição de miserabilidade no planeta.

A globalização econômica surgiu a partir do chamado Consenso de Washington – seminário realizado em 1990 e que reuniu o grupo dos sete países mais ricos e os presidentes dos vinte maiores bancos internacionais. Na ocasião, diversas medidas objetivaram permitir a livre circulação internacional e a transnacionalização dos capitais.

Atualmente, na maioria dos países, prevalecem ideologias voltadas exclusivamente para o crescimento financeiro. No entanto, elas guardam em seu cerne um caráter manifestamente perverso do capitalismo: os que se alijam do mercado e dos bens nele produzidos são tidos como incompetentes, enquanto uns poucos, financeiramente abastados, constituem uma elite privilegiada, que se afasta da

<sup>47</sup> João Baptista Herkenhoff, disponível:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro1/conceito.html>

maioria. Esta é considerada inepta e incapaz de vencer os desafios cotidianos, por isso mesmo, merecedora de desprezo e de desrespeito aos seus direitos básicos.

Os que passam a vida exclusivamente buscando poder e dinheiro, quando alcançam seus objetivos, são mais respeitados do que aqueles que procuram uma convivência fraterna, igualitária e solidária. A procura incessante por estes propósitos parece ser a motivação consolidada nos dias de hoje, e para se atingir esse fim, não interessam mais os meios. Deixam-se de lado aspectos morais, éticos e religiosos, sendo que o bem jurídico de maior proteção – a vida – transformou-se em algo descartável, quase que desprovido de qualquer valor.

A mera imagem de que o sucesso é vital passou a dominar a mídia, não importando o que se faz para obtê-lo. Em busca de celebridade, abandona-se a moral, mata-se a cultura e valem até concessões sexuais. Esse quadro criou uma sociedade injusta e excludente. As desigualdades sociais são cada vez mais gritantes, e o egoísmo desenfreado acaba por direcionar ações, atitudes e até gestões políticas, que substituem o interesse social pelas aspirações individuais de seus titulares.

## **Conclusão**

No entanto, os direitos humanos são concebidos exatamente para e em função do ser humano. Este por sua vez, pressupõe-se, é criado por

amor e à felicidade, tendo, em consequência, direito às condições necessárias para lograr seu desenvolvimento. O bem comum se identifica como a associação de circunstâncias que permitem aos indivíduos alcançarem a perfeição. Para que eles prevaleçam, faz-se necessário, com atos e ações, resgatar os princípios de solidariedade e de fraternidade para reduzirmos as diferenças, eliminarmos a violência e buscarmos uma convivência harmoniosa em comunidade. O descompromisso com terceiros e a indiferença com a situação destes revela um unilateralismo extremo que impossibilita a maioria das populações de inúmeras nações de conseguir alimentos, moradia, educação, saúde, trabalho com salário justo, lazer e segurança, elementos essenciais a um mínimo de dignidade. Daí a importância da consolidação dessas concepções humanistas.

Renovemos, pois, a nossa convicção de que todos são criados à imagem e semelhança de Deus e que na última raiz da defesa dos direitos humanos está vida digna e a vocação social do homem à comunhão e participação como pessoa, como ser para a comunidade, como criador de relações sociais profundamente marcadas por elas. A título de reflexão, invoquemos trecho de artigo de autoria de Maria Helena Brito Izzo, psicóloga clínica e terapeuta familiar, publicada na revista “Família Cristã”:

Crescer não é só ter sucesso, poder e dinheiro. Na hora da morte, ninguém leva os bens consigo. Leva as vivências, as emoções e os sentimentos que cultivou. Diante dessa realidade, as pessoas devem refletir, quando precisam sair de uma crise, para redescobrir os princípios, os valores, os sentimentos e os sonhos.

E dessa forma a Bioética ganha proporções extremamente importantes no sentido de preservar a vontade do ser humano, mesmo diante de todos os problemas que a própria estrutura mundial apresenta. E o seu estudo poderá determinar o limite para o Estado interferir na liberdade individual, os motivos que legitimam a interferência na vida particular da pessoa e questões pertinentes a vários temas do direito penal: própria morte, uso de drogas, recusa a tratamento de saúde, eliminação do feto, transplante de órgãos, visivelmente complexos e estritamente ligados ao exercício dos direitos fundamentais.

#### Referências:

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DE PLÁCIO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. São Paulo: Forense, 1991.

DINIZ, Maria Helena. In: *Dicionário Jurídico*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2012.

HERKENHOFF, João Baptista. *Conceito de Direitos Humanos*. Disponível: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro1/conceito.html> Acesso: 18 jul. 2019.

LADRIÈRE, Jean. *Del sentido de la bioética*. Acta Bioethica VI(2): 199-218, p. 201-202, 2000.

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

REICH, W. T. *Encyclopedia of Bioethics*. 2nd ed. New York; MacMillan, 1995: XXI.

RIBEIRO JÚNIOR, João; TELLES, Antonio A. Queiroz. *Constituição – Conceito, Direitos Fundamentais e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Edipro, 1999.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense, 1991.

## ACESSO À JUSTIÇA

Por Samuel Antonio Merbach de Oliveira<sup>48</sup>

### Introdução

Antes de se estudar a história do conceito teórico de acesso à justiça, é de fundamental importância conhecer os sistemas e famílias jurídicas com o escopo de saber onde o direito ocidental, sobretudo, o direito brasileiro, se enquadra. Na história do direito J. M. Othon Sidou (1997, p. 71) explica as diferenças entre sistemas jurídicos e famílias:

Sistema jurídico é o universo de preceitos e instituições que, resultantes de um tronco comum, guardam os traços matriarcais e têm desenvolvimento metodológico semelhante. E

<sup>48</sup> Concluiu Pós-Doutorado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; concluiu Pós-Doutorado em Psicologia pela Universidade Argentina John Kennedy; Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Doutor em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção; Doutor *Honoris Causa* pela Academia de Letras do Brasil; Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas; Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas; Mestre em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção; Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Padre Anchieta; Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário Padre Anchieta; Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas; Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco/Marcato Cursos Jurídicos; Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes; graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas; Licenciado em História pelo Centro Universitário Claretiano; Licenciado em Filosofia pelo Centro Universitário Claretiano; Professor Universitário e Cursando Licenciatura em Pedagogia na UNIP.

família jurídica, denominação devida ao jurista Franz Wieacker, vem a ser uma espécie, de que o sistema é o gênero.

A seguir J. M. Othon Sidou (1997, p. 71) observa que no ocidente civilizado há três sistemas jurídicos: a romano-germânica, a do *common law* anglo-americana e a dos muçulmanos:

O sistema continental assim dito porque é de todo continente europeu (menos a Grã-Bretanha), também denominado sistema romano-germânico, *civil law* para os de língua inglesa, subparte-se nas famílias do direito germânico e do direito latino, e pode-se fixar no século XIII sua origem científica. O *common law*, peculiar aos povos anglófonos e consequência da conquista normanda do século XI, oferece diferenças no direito norte-americano, as quais fazem desse uma família jurídica distinta da que lhe deu origem, na Inglaterra. O sistema muçulmano, resultante das relações de Alá e Maomé, no século VII e seguido pelos povos professantes do Islamismo, tem feito concessões aos demais sistemas e, pelo menos num país, a Índia, pode ter brotado uma família afastada da origem árabe e do molde inglês.

O nosso direito situa-se na primeira daquelas famílias, conhecida como *civil law*, regida preponderantemente por normas escritas, localizando-se as origens do nosso processo, por via de consequência, no antigo direito romano que ainda influencia sobremaneira o direito ocidental, conforme explica Flávia Lages de Castro (2014, p. 77):

O que há de mais interessante na História de Roma na atualidade é que ela é tão desconhecida quanto mal interpretada. Há muitos que pensam que os romanos eram apenas brancos violentos com ânsia de

conquistas e há muitos que nem sequer sabem que nossa “genética cultural” há tanta romanidade que nem podemos enumerar.

Somos romanos até quando falamos, nossa língua é filha do latim, somos romanos na nossa noção urbana, somos romanos em nossa literatura, somos romanos mesmo quando temos uma noção de patriotismo. Mas, principalmente, somos romanos quando falamos em Direito, quando falamos em nossa sociedade em um Estado de Direito. Direito esse sistematizado pelos romanos antigos.

Quando o alto Anu, Rei de Anunaki e Bel, Senhor da Terra e dos céus, determinador dos destinos do mundo, entregou o governo de toda a humanidade a Marduc; quando foi pronunciado o alto nome de Babilônia; quando ele a fez famosa no mundo e nela se estabeleceu um duradouro reino cujos alicerces tinham firmeza do céu e da terra, - por esse tempo Anu e Bel me chamaram a mim Hamurabi, o excelso príncipe, adorador dos deuses, para implantar justiça na terra, para destruir os maus e o mal, para prevenir a opressão do fraco pelo forte, para iluminar o mundo e propiciar o bem-estar do povo (VIEIRA, 2000, p. 9).

### **Breve evolução histórica: do acesso à justiça à ordem jurídica justa**

Desde os tempos remotos, no embrião do acesso à justiça, se observam dois elementos essenciais: a forte influência religiosa, bem como a busca pelo acesso à justiça a todas as pessoas, conforme explica José Cichocki Neto (2001, p. 49):

As primeiras ideias culturais do homem, em todas as sociedades, revestiram-se do caráter religioso. Era, então, num Ser Supremo que repousavam a força e o poder que gerariam todos os fenômenos naturais: nele, residiam o poder absoluto sobre todos os fatos e acontecimentos do mundo. À proporção que o homem a ele se socorria para explicar e justificar esses fenômenos físicos ou humanos, instituía-se a *religio* (“*religare*”).

Nesse contexto, observam-se esses fatores presentes nos códigos mais antigos da humanidade, tal como no Código de Hamurabi (séc. XXIII, a. C.), quando Hamurabi – rei da Babilônia – fez gravar o seu código, numa estela de diorito, com 282 artigos, que o deus solar Schamash lhe entregou:

Outro exemplo que revela as características mais importantes do acesso à justiça na era antiga, segundo José Cichocki Neto (2001, p. 51-52): “(a provocação da autoridade, o poder de decisão, o exercício do poder de julgar, a força e o respeito à decisão), nas comunidades primitivas vem assim expresso no texto bíblico, sob a denominação de “O Juízo do Rei Salomão”:

Quando duas mulheres alegavam ser a mãe dum menino, Salomão resolveu o caso mediante uma ordem de partir o menino em dois e dar a cada mulher a metade. Como sabiamente havia previsto, a verdadeira mãe, em vez de ver o seu filho morto, preferiu renunciar a ele. Salomão, então, disse para darem o menino vivo à primeira e já não era preciso matá-lo pois ela era a mãe verdadeira (cfm: Bíblia Sagrada, Edição Palavra Viva, I Crônicas 3:27).

Na Grécia, sobretudo em Atenas, se observam institutos referentes ao acesso à justiça aos hipossuficientes: Advogados, em número de dez, eram nomeados anualmente para defendê-los perante os tribunais, sob o argumento de que todo direito ofendido deve encontrar defensor e meios de defesa” (LARA, 2002, p. 34-35).

Também na Roma antiga se observa o germe do acesso à justiça na Lei das XII Tábuas: “por ter sido uma das primeiras leis que ditava normas eliminando as diferenças de classes, isto em função de as leis do período monárquico não mais se adaptarem à nova forma de governo, isto é, à República; e por ter sido a que deu origem ao Direito Civil e às ações da lei” (VIEIRA, 2000, p. 135).

Devido à influência do Cristianismo, Artur de Castro Borges (1994, p. 102) observa que desde Roma até a Idade Média a assistência jurídica aos hipossuficientes era realizada por advogados voluntários, e os juízes não cobravam honorários. Nesse mister sobressai o patrono dos advogados Santo Ivo que: “procurando imitar os grandes julgadores da HISTÓRIA BÍBLICA, que tanto conhecia, como SALOMÃO, O SÁBIO e SÃO LUIZ REI DE FRANÇA, que faz justiça à sombra do carvalho de Vincennes em decisões muitas das quais assistiu”.

Na Era Medieval, explica Rubens Lara (2002, p. 35-36), vários países da Europa, dentre os quais:

(...) a Inglaterra, a França, os Estados Sardos (Sardenha, Piemonte, Sabóia, Saluces, Montferrato, Nice e Gênova), Espanha, Portugal e Escócia mantinha sistemas próprios de ajuda legal.

Na França, Carlos V, em 1364, ordena que os advogados e procuradores de pessoas miseráveis façam por Deus, seus requerimentos e mais peças, com a maior diligência, concisos e entregues com brevidade. Um decreto do Conselho de Henrique IV, de 03 de março de 1610, cria advogados e procuradores para os pobres pagos pelo tesouro público.

Na história do Direito, outros marcos importantes em prol do acesso à justiça foram a “Declaração de Direitos do Estado de Virgínia” de 1776, bem como a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, que sob a influência do Iluminismo consagrou o princípio: “da igualdade perante a lei, pressuposto básico da assistência judiciária como dever do Estado” (LARA, 2002, p. 36). Assim sendo, o dever de garantir o acesso à justiça passou a ser estatal.

Com efeito, na era moderna, conforme explicam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 9), o conceito de acesso à justiça sofreu modificações importantes. Entre os séculos dezoito e dezenove sobressaía o caráter expressamente individualista de direitos nos estados liberais, pois o direito ao acesso à justiça:

(...) significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.

Assim, devido à preocupação meramente quanto à formalidade do processo, o Poder Judiciário se afastou sobremaneira dos anseios de justiça de grande parte da população. Todavia, esse

contexto começou a se alterar a partir da Revolução Industrial, quando os direitos sociais ganham evidência, fazendo com que o Estado venha a intervir na sociedade, conforme explica João Ricardo W. Dornelles (1997, p. 30-31): “Trata-se, portanto, não apenas de enunciar direitos nos textos constitucionais, mas também de prever os mecanismos adequados para a viabilização das suas condições de satisfação. Nesse campo o Estado passa a ser um agente promotor das garantias e direitos sociais”.

Dessa forma, se fez necessária uma ação efetiva do Estado para garantir o cumprimento dos direitos sociais, e conseqüentemente o direito de acesso à justiça passa a ser mais valorizado pelo *Welfare State*, conforme Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 11) explicam:

Tomou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos (6). Não é surpreendente, portanto, que o acesso efetivo à justiça tenha particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado amarrar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos (7).

Também é importante observar que para a concretização do acesso à justiça, se faz necessária uma mudança de mentalidade, conforme entende Cappelletti, no trabalho: “denominado “*Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*”, que a justiça deve ser pensada

na perspectiva dos consumidores da prestação jurisdicional” (MARINONI, 1999, p. 28), uma vez que não adianta somente mudar as técnicas do processo se o pensamento dos operadores do direito não se voltar para a ótica instrumentalista que visa satisfazer o jurisdicionado. Nos dias atuais, infelizmente, como assevera Watanabe (1988, p. 128) na obra *Participação e Processo*:

(...) a perspectiva que prevalece é a do Estado, quando não a do ocupante temporário do poder, pois, como bem ressaltam os cientistas políticos, o direito é utilizado como instrumento do governo para a realização de metas e projetos econômicos, predominando a ética da eficiência técnica, e não a da equidade e do bem-estar da coletividade.

Os processualistas modernos devem analisar os óbices ao acesso à justiça num contexto não somente jurídico, mas também social e econômico, e para tal, o operador do direito, por sua vez, tem o dever de se imbuir da mentalidade instrumentalista, já que como salienta Dinamarco (1999, p. 308-309):

Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial.

Dessa forma, o acesso à justiça, ou, mais exatamente, acesso à ordem jurídica justa, significa uma questão de cidadania, pois: “A participação na gestão do bem comum através do processo cria o paradigma da cidadania responsável” (MARINONI, 1999, p. 28).

O acesso à justiça, no entendimento de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 42):

(...) não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integridade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais.

José Roberto dos Santos Bedaque (1995, p. 43) explica que: “Acesso efetivo ao sistema processual não significa, necessariamente, acesso à justiça, à ordem jurídica justa, que somente um sistema eficiente proporciona”. A seguir acrescenta que no entendimento de Cappelletti, efetividade e eficiência não são termos distintos, já que: “existe diferença sutil mas profunda entre efetividade e eficiência: a efetividade diz respeito às partes, seu acesso à maquinaria de proteção; enquanto que a eficiência se refere à forma pela qual essa mesma maquinaria trabalha” (BEDAQUE, 1995, p. 43).

José Roberto dos Santos Bedaque (1995, p. 44) entende que a visão instrumentalista do processo não deve somente valorizar os resultados externos, pois se deve voltar ao seu interior com a finalidade de reconstruir conceitos, e cita as palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

(...) o bom músico, exímio na interpretação dos mais avançados compositores de nossos dias, não hesita em retomar, de vez em quando, ao repertório tradicional e tocar uma peça de Mozart ou Beethoven. Apenas, provavelmente, sua execução já não será a mesma: ele há de ler a partitura com outros olhos. Assim também podemos nós, outros processualistas, revisitando lugares veneráveis, divisar na paisagem cores até então despercebidas, e escolher as tintas adequadas para revelar novas tonalidades.

Por fim, Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 28) explica que o termo:

(...) acesso à ordem jurídica justa (expressão formulada por Kazuo Watanabe) quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à informação e orientação jurídica e a todos os meios alternativos de composição de conflitos.

### **O movimento de acesso à justiça**

Caetano Lagrasta Neto (1998, p. 5) explica que por iniciativa de Mauro Cappelletti realizou-se uma pesquisa de fundamental importância sobre o problema do acesso à justiça, na qual se obteve uma

vasta percepção sobre os óbices do acesso à justiça em muitos países: foi o Projeto Florença (*The Florence Access-to-Justice Project*), que:

Resultou a pesquisa de projetos interligados: o da Fundação Ford (*Access to Justice: A Program to Study and Improve Dispute Resolution in Contemporary Societies*); o do Conselho de Pesquisa Italiano (*Access to Justice and Quality of Justice*) e o Ministério da Educação Italiano, que suplementou aquele do Conselho de Pesquisa. Trata-se de vasto projeto internacional com a participação de uma centena de estudiosos de diversos ramos: jurídico, sociológico, político, econômico, psicológico, de mais de 30 países.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na obra *Acesso à Justiça* (1988, p. 31), observam que o movimento pelo acesso à justiça originou-se nos países ocidentais em 1965; esse movimento tem se desenvolvido em três fases (ou ondas), sendo que as respectivas ondas tratam:

(...) – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os 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 “ênfase 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.

## O acesso à justiça nas constituições brasileiras

O acesso à justiça no Brasil apenas foi tratado nas últimas Constituições. A Constituição do

Império (1824) e as Constituições de 1891, 1934 e 1937 nada trouxeram expressamente acerca do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, conforme explica Wolgran Junqueira Ferreira (1989, p. 165): “Nossas Constituições até 1946 foram omissas no tocante a controle judicial das lesões ao direito individual, se bem que implícito”. Dessa maneira, com a Constituição de 1946 é que esse princípio ingressou no ordenamento, conforme reza o art. 141, parágrafo 4º: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Com o advento da ditadura militar, o direito à jurisdição foi muito prejudicado, visto que, embora a Carta de 1967, em seu art. 150, parágrafo 4º, rezasse exatamente o que previa a Constituição de 1946, a ditadura através do Ato Institucional – o de n.º 5, de 13 de dezembro de 1968 – em seu art. 11 expressava que: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

Com efeito, com a Carta de 1969 e batizada de Emenda Constitucional n.º 1, conforme seu art. 153, parágrafo 4º, se estabeleceu que:

A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.

Nesse sentido, Célia Galvão Quirino e Maria Lúcia Montes (1987, p. 67-68) explicam que a Constituição de 1969 representa:

(...) um enorme remendo à Constituição de 1967, consistindo, juridicamente apenas em uma Emenda Constitucional, de n.º 1, na qual se reúnem em um único texto constitucional os diversos pedaços da legislação, criados através dos atos institucionais promulgados desde a decretação da Constituição de 1967, e que a ela se acrescentam. Para muitos, esta é vista como a “Constituição do Terror”, pois o tenebroso AI-5 nela se mantém, conferindo ao presidente da República poderes excepcionais que lhe permitem, inclusive, modificar e suspender até a própria Constituição. As alterações mais importantes à Constituição de 1967 introduzidas por essa emenda são as seguintes: aumento do mandato presidencial para cinco anos, competência presidencial para fazer cessar a vigência de dispositivos constitucionais mediante decretos, estabelecimento de eleições indiretas para os governos estaduais em 1970 e diretas a partir de 1974, confirmação das penas de morte, da prisão perpétua, do banimento e do confisco, reestruturação geral do poder legislativo em sua composição e em seu funcionamento, ampliação da faculdade atribuída ao Executivo legislar por decretos-leis etc.

A Constituição Federal de 1988 aumentou o acesso à justiça, ao inserir proteção às ameaças a direito e não abster a tutela somente aos direitos individuais, conforme prescreve em seu art. 5º, XXXV: “A lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”; conforme José Afonso da Silva (2014, p. 434) explica:

A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o

contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais o qualifica de individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direitos, p. ex., de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também.

Por fim, com a Constituição de 1988 o acesso à justiça foi ampliado com a inclusão de princípios processuais que tratam tanto das liberdades individuais quanto das garantias sociais, que unidas a outros direitos fundamentais são responsáveis pela realização da justiça.

### **A instrumentalidade do processo e garantias constitucionais do acesso à justiça**

Reportando-se ao processo atual, José Roberto dos Santos Bedaque (1995, p. 14) observa que o mesmo se encontra numa nova fase, denominada instrumentalista: “A ciência processual no Brasil encontra-se na fase de sua evolução que autorizada doutrina identifica como instrumentalista. É a conscientização de que a importância do processo está em seus resultados”.

Segundo a doutrina moderna, três “ondas” têm caracterizado essa fase instrumentalista, conforme explicam Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellerini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 53): “A fase instrumentalista

não terá desempenhado o relevante papel que se propõe para o aprimoramento do serviço de pacificação social, enquanto não tiver cumprido razoavelmente os propósitos expressos nas três ondas renovatórias desenvolvidas em sede doutrinária”.

Assim, a teoria que trata das três ondas ou fases do acesso à justiça foi desenvolvida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), sendo que na primeira onda, deu-se ênfase à assistência judiciária, ao passo que na segunda, ao acesso de grupos sociais à tutela jurisdicional, enquanto que na terceira, o acesso à representação de juízo e aos meios alternativos de solução de conflitos.

Dessa maneira, o que se pretende é alcançar a: “efetividade do processo como meio de acesso à justiça” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2013, p. 53-54). E para a concretização desse fim, é de grande importância observar o vínculo cada vez mais acentuado do Direito Processual com o Direito Constitucional, sobretudo com os princípios processuais expressos na Constituição, pois é nela que se encontram os instrumentos mais eficazes para assegurar as garantias dos jurisdicionados à ordem jurídica justa.

Na Constituição Federal de 1988, nos incisos do artigo 5º, está consagrado, de modo expresso, o devido processo legal, no inciso LIV e está fundamentado no inciso LV.

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios a ela inerentes.

Em sentido complementar, o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional também é uma garantia decorrente do devido processo legal, descrito na Carta de 1988, no inciso XXXV, do artigo 5º: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

O Princípio do Devido Processo Legal – para Soraia Regina Gaspareto Lunardi (2007, p. 114) – surgiu no Direito Inglês por meio da Magna Carta de 1215, e observa que a expressão *due process of law* foi pioneiramente usada na Lei Inglesa de 1354 promulgada por Eduardo III:

O texto do devido processo legal no Brasil foi inserido na CF/88, inspirado nas Emendas V e XIV dos Estados Unidos.

O devido processo legal se limita a dizer que uma pessoa, para ser “privada” de seus direitos fundamentais como a vida, liberdade, propriedade, tem direito de exigir que essa privação seja feita segundo um processo especificado em lei.

O devido processo legal em sentido material significa que não basta que se assegure um processo conforme a lei, mas que essa lei deve conter as garantias fundamentais da Constituição Federal.

Nesse contexto, a Constituição de 1988, em seu art. 5º, XXXV estabelece que: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direitos”, o que no entendimento de José Afonso da Silva (2014, p. 434):

A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais o qualifica como individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direitos, p. ex., de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também.

Dessa maneira, não é imperativo que a lesão ao direito ocorra, dado que a mera ameaça a direito torna possível que o sujeito ameaçado venha a solicitar a tutela junto ao Poder Judiciário, que estabelece o remédio preventivo contra a lesão ou a ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

No que se refere ao acesso ao Poder Judiciário, um dos princípios mais importantes é o que trata do direito de ação, conforme vem expresso no art. 5º, LV, da Constituição de 1988: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, serão assegurados o

contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, sendo que, nesse contexto, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 64) esclarecem que:

O juiz, por força do dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim, se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar uma síntese, em um processo dialético. É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de “colaboradores necessários”: cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve.

A Constituição Federal, no seu art. 5º, LXXIV, prevê que: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

O presente artigo, que trata do acesso à justiça dos hipossuficientes, se refere à igualdade processual e ao equilíbrio das partes no processo, conforme Wolgran Junqueira Ferreira (1989, p. 251) esclarece:

Dentro da mesma situação jurídica hão de ser tratados de forma igual, mesmo os que estejam em desigualdade financeira ou econômica. Tanto assim, que a Constituição concede este direito a todos, sem fazer distinção entre brasileiros e estrangeiros.

Não há que se confundir necessidade com miserabilidade. Basta que o interessado não

possa prover as custas processuais sem prejuízo do sustento próprio e da família para que invoque o preceito constitucional.

No que se refere à garantia ao acesso à justiça, verifica-se a proibição de tribunais de exceção em nossa Constituição – art. 5º, XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, é consequência do aprimoramento da democracia e do Estado de Direito, conforme Wolgran Junqueira Ferreira (1989, p. 174) explica:

Tribunal de exceção vedado pela Constituição é todo e qualquer tribunal não previsto pela própria Carta Magna. Houve no Brasil um deles. Era o Tribunal de Segurança Nacional, criado pela Lei n.º 244 de 11 de setembro de 1936, tendo sido extinto pela Lei n.º 14 de 17 de novembro de 1945.

Tribunal de exceção é tribunal marginal, posto à margem das previsões constitucionais.

Por fim, o Tribunal de Exceção é imoral, ilegal e fere sobremaneira os direitos fundamentais do homem.

### **A garantia ao acesso à justiça como um direito humano**

O estudo do conceito do acesso à justiça conduz, necessariamente, à análise de sua relação com o jurisdicionado, conforme José Cichocki Neto (2001, p. 64) observa: “Trata-se de introduzir a questão no plano da justificação do acesso à justiça, em razão dos valores que representam ao homem, a partir dos quais lhe possibilitam o desenvolvimento

da personalidade, da convivência pacífica e da solidariedade social”.

Nesse contexto, Almir de Oliveira (2000, p. 2) cita os pensadores Aristóteles e São Tomás de Aquino, “o homem, ser racional, é social por natureza”. Por viver em sociedade, a ação de um homem interfere na vida de outros homens, provocando a reação dos seus semelhantes. Assim, é fundamental a existência de normas jurídicas que disciplinem a convivência social humana, caso contrário a sociedade extinguir-se-ia (OLIVEIRA, 2000). João Baptista Herkenhoff (1994, p. 30-31) traz um importante conceito de direitos humanos que não é absoluto em todas as culturas, mas sua parte principal atinge um caráter universal:

Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir.

Na história do direito se nota que a realização da justiça é um dos maiores valores aspirados pelo homem, constituindo-se assim, conforme salientam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 12): “o mais básico dos direitos humanos – de um sistema moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Com efeito, não basta que o direito de acesso à justiça esteja positivado nos Tratados Internacionais e nas Constituições Nacionais se não são respeitados, conforme explica José Cichocki Neto (2001, p. 67), já que pode ser prejudicado em dois aspectos: um pela não inclusão de norma conferidora desse direito; e, outro, embora os preceitos como garantias, não proporcione instrumentos ou mecanismos capazes de torná-los efetivos.

Dessa forma, todos têm direito a uma prestação jurisdicional célere e efetiva. Com efeito, o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece que: “Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

Nesse contexto, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada em 1969, na Conferência Especializada sobre Direitos Humanos realizada em São José da Costa Rica foi integrada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do dec. n. 678, de 6 de novembro de 1992.

O art. 8º da Convenção vem assim expresso:

Art. 8º. 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 e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer 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 ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado de tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livre 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 ou não nomear defensor dentro do prazo estabelecido por 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 mesmo, nem a declarar-se culpado;

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior;

3. A confissão 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.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 96) explicam que o direito à celeridade do processo, anteriormente omissa em nossa Constituição, foi incorporado através da emenda constitucional n. 45/2004, no art. 5º, LXXVIII – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” e notam que devem ser observados três requisitos no que se refere “a duração razoável do processo: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes; c) a atuação do órgão jurisdicional”.

A seguir, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 96) observam que uma garantia não prevista na Constituição de 1988 é assegurada na referida Convenção:

(...) o direito, concedido ao acusado, de nomear defensor de sua escolha. Se assim fizer o interessado, o advogado indicado não poderá declinar da defesa sem que haja motivo para tanto, cabendo ao Estado providenciar sua remuneração (analogia com o art. 34, inc. XII do Est. Adv.).

O descumprimento da regra do direito ao justo processo, em prazo razoável, pode levar a Comissão e Corte Americanas dos Direitos do Homem a aplicar sanções pecuniárias ao Estado inadimplente.

A evolução histórica da universalização dos direitos humanos não mais permite ao Estado Democrático de Direito desprezar a aplicação interna

dos ordenamentos internacionais aos quais se obrigou a dar eficácia; conforme o art. 4º, II, da Constituição Federal, o Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

### **Acesso à justiça e organização judiciária**

O direito processual moderno busca cada vez mais alcançar a efetividade da tutela jurisdicional, e para isso é importante a técnica bem como o funcionamento adequado do órgão judiciário, conforme salienta José Roberto dos Santos Bedaque (1995, p. 430): “A ampliação do acesso aos órgãos jurisdicionais, por outro lado, pode trazer problemas de eficiência ao sistema, motivo pelo qual não basta assegurar os direitos e sua proteção, mas é necessário garantir também o bom funcionamento do mecanismo judicial”.

Dessa maneira se faz necessário abordar a necessidade de uma boa organização judiciária como elemento facilitador do acesso à justiça. A priori, a fim de que o Poder Judiciário consiga realizar a efetiva prestação jurídica aos jurisdicionados, se faz necessário um percentual razoável do orçamento estatal, conforme José Cichocki Neto (2001, p. 113) explica que:

Na realidade, os termos genéricos do art. 99, parágrafo 1º, da Constituição Federal, estabelecendo as propostas orçamentárias do Judiciário não de ser estipuladas conjuntamente,

na lei de diretrizes orçamentárias, com os demais poderes, não concedem plena autonomia financeira ao Poder Judiciário. A experiência tem demonstrado que nem sempre o Executivo e o Legislativo são dotados de sensibilidade para as necessidades da Administração da Justiça. Dessa forma, a repartição orçamentária, estabelecida nas Constituições Estaduais, normalmente prevê um percentual insuficiente para realização de investimentos estruturais que o pudessem dotar de recursos, pessoais e materiais, necessários. Isso se deve, principalmente, ao fato de que esta atividade do Estado não proporciona nem retorno financeiro aos cofres públicos e nem dividendos políticos aos dirigentes do Poder.

É preciso examinar dados estatísticos de países onde a Justiça se mostre eficiente, para verificar as causas da morosidade do processo brasileiro, conforme Sálvio de Figueiredo Teixeira (1996, p. 904) ressalta:

o número iníquo de juizes em um País de dimensões continentais como o nosso, de acentuada população, na proporção média de 1 (um) juiz para cada 25.000 (vinte e cinco mil) jurisdicionados.

9. Na Europa, a média de (um) juiz para 7.000 (sete mil) habitantes, sendo ainda de assinalar que, em face dos constantes planos econômicos governamentais, em nossa Justiça, não é raro o fato de Varas Federais contarem com mais de 20.000 (vinte mil) processos em curso, sendo alarmantes os números concernentes ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, sem similar no plano internacional<sup>19</sup>.

Dessa maneira, apesar das dificuldades, é importante uma gestão administrativa que procure adequar o número de juizes e servidores em geral em relação aos habitantes e à crescente demanda dos serviços forenses, conforme explica Maurício

Cardoso (2015, p. 1) no artigo denominado: *Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na justiça*:

O número do CNJ é o resultado da soma de 70,8 milhões de processos pendentes e 28,9 milhões de casos novos registrados no ano passado. Mantida a média de crescimento anual de 3,4%, registrada nos últimos cinco anos, vão tramitar em 2015, 103,1 milhões de processos judiciais no país. Na média, significa um processo para cada dois brasileiros. Como em cada processo, atuam pelo menos duas partes, pode-se dizer que há processos para toda a população brasileira participar.

Neste caso, os números mentem. O grande litigante do país é o poder público. O levantamento do CNJ mostra que 15% dentre 23,7 milhões de ações que ingressaram na Justiça se referem a matéria tributária, previdenciária ou de Direito Público, todas áreas que envolvem a administração pública em seus diferentes níveis - federal, estadual e municipal.<sup>49</sup>

Sálvio de Figueiredo Teixeira (1996, p. 905) observa que a problemática da organização judiciária tem a ver com modo antiquado em: “recrutar juizes sem priorizar a vocação, recordada a advertência do Código Geral da Suécia de 1734, segundo o qual ‘mais vale um juiz bom e prudente do que uma boa lei; com um juiz mau e injusto, uma lei boa de nada serve, porque ele a verga e a torna injusta a seu modo’”.

Também é importante o Estado se conscientizar de que o processo não deve ser usado

<sup>49</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>. Acesso: 22/07/2019.

de modo a atrasar o cumprimento de suas obrigações, conforme explica Francisco Fernandes de Araújo (1999, p. 87):

Este é, sem dúvida, um dos maiores responsáveis pela ineficiência da Justiça, porque não lhe repassa as verbas devidas, reduz-lhe os orçamentos sem a menor cerimônia, é o primeiro a criar dificuldades ao bom desempenho do Judiciário com a edição e reedição de enorme rol de Medidas Provisórias, em regras criadoras de muitas demandas, constitui-se desde há muito tempo no maior 'cliente' da Justiça, não só na esfera federal, mas também em níveis estadual e municipal (...)

### Considerações finais

O acesso à justiça é considerado como o elemento fundamental – o mais precípuo dos direitos humanos – de um ordenamento jurídico contemporâneo célere e igualitário que tenha como escopo garantir e não apenas aclamar os direitos dos jurisdicionados.

O movimento pelo acesso à justiça originou-se nos países ocidentais em 1965, dado que no que concerne ao termo acesso à justiça se observa que ele possui uma natureza própria e ampla, uma vez que não se reduz apenas ao ingresso da parte lesada em seus direitos no Judiciário. Em outras palavras, denota a efetiva prestação jurisdicional, em prol da ordem jurídica justa apregoada por Kazuo Watanabe.

Por fim, Mauro Cappelletti e Bryant Garth – na obra *Acesso à Justiça* – por meio de suas ondas

renovatórias analisam os óbices que impedem um maior desenvolvimento da ciência processual moderna; e, ainda, almejam novas vertentes ou métodos que tomem a Justiça mais célere e adequada à sociedade capitalista de massa e de consumo na qual se vive atualmente, mediante o reconhecimento da necessidade de se correlacionar e de se adaptar o processo aos respectivos tipos dos litígios.

### Referências:

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Responsabilidade Objetiva do Estado pela Morosidade da Justiça*. Campinas: Copola Editora, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

BÍBLIA SAGRADA – Edição da Palavra Viva - Traduzida das línguas originais com uso crítico de todas as fontes antigas pelos Missionários Capuchinhos de Lisboa. São Paulo: Stampley Publicações, 1974.

BORGES, Artur de Castro. *Santo Ivo: história da advocacia e de seu patrono*. 3. ed. rev., ampl. e definitiva. São Paulo: LTR, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH Bryant. *Acesso à Justiça* – Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Maurício. Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge->

- marca-100-milhoes-processos-tramitacao. Acesso em 22/07/2019.
- CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito: Geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá, 2001.
- CINTRA, Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29ª ed. Malheiros: São Paulo, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- DORNELLES, João Ricardo W. *O que são Direitos Humanos*. São Paulo: Brasiliense, 1997.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Julex, 1989, v. 1.
- HERKENHOFF, João Batista. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, v. I.
- LAGRASTA NETO, Caetano. *Juizado Especial de Pequenas Causas no Direito Comparado*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- LARA, Rubens. *Acesso à Justiça: o princípio constitucional e a contribuição prestada pelas Faculdades de Direito*. São Paulo: Método, 2002.
- LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Devido Processo Legal. In: DIMOULIS, Dimitri (coord. Geral). *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.
- OLIVEIRA, Almir de. *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- QUIRINO, Célia Galvão & MONTES, Maria Lúcia. *Constituições Brasileiras e Cidadania*. São Paulo: Ática, 1987.
- SIDOU, J. M. Othon. *Processo Civil Comparado: histórico e contemporâneo à luz do código de processo civil brasileiro, modificado até 1996*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). A Reforma Processual e a Perspectiva de Uma Nova Justiça. In: \_\_\_\_\_. *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996.
- VIERA, Jair Lot. (supervisão editorial). *Código de Hamurabi; Código de Manu (livros oitavo e nono; Lei das XII Tábuas*. São Paulo: Edipro, 2000.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: *Participação e Processo*. Ada Pellegrini Grinover et al. São Paulo: RT, 1988.

**A RELEVÂNCIA DA SEGURIDADE  
SOCIAL NA AGENDA DAS POLÍTICAS  
PÚBLICAS**

*Por Sebastião Augusto de Camargo Pujol<sup>50</sup>*

### **Introdução**

A história da seguridade social no Brasil atravessa três distintas fases que apontam para uma clara evolução social. A primeira fase corresponde à fase da assistência pública ou assistência social aos necessitados, em razão de doenças, acidente e outras contingências e foi positivada no Brasil pela Constituição de 1824, cujo artigo 179, §31, garantia os socorros públicos. A segunda etapa corresponde ao seguro social, de origem prussiana, 1883, criado por Otto von Bismarck, com a lei do seguro-doença e maternidade, e em 1884, com a lei de acidente do trabalho, sendo que no Brasil correspondeu à edição da Lei Eloy Chaves, Decreto n. 4.682/1923, com proteção previdenciária para os trabalhadores de cada uma das estradas de ferro do país, e previsão de prestações previdenciárias de aposentadoria, pensão por morte aos dependentes e assistência médica.

---

<sup>50</sup> Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1991). Mestrado em Filosofia do Direito pela PUC/SP (2011). Atualmente é professor do Centro Universitário Padre Anchieta nas Disciplinas de Direito Penal e Filosofia do Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Criminologia e Direito Penal. Possui experiência em gestão de segurança pública.

E a terceira fase ocorreu nos idos de 1942, final da Segunda Guerra Mundial, com a apresentação do relatório do Plano *Beveridge*, cujas ideias foram materializadas no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a disciplina da seguridade social constituída pelo tripé saúde, assistência e previdência social (SANTOS, 2019, p. 29/35).

As subáreas da previdência social, saúde e assistência social representam tipos de direitos fundamentais sociais cuja concretização depende de políticas públicas de responsabilidade do Poder Executivo, bem como de políticas públicas legislativas.

A saúde, a assistência social e a previdência social constituem direitos fundamentais sociais previstos no artigo 6.º da Constituição Federal de 1988, Título II, capítulo I, dos direitos e deveres individuais e coletivos. E posteriormente, no Título VIII, o texto constitucional trata dessa temática novamente, contudo na perspectiva de arranjo institucional normativo voltado à concretização desses direitos sociais, pelo que “a Constituição deu bastante realce à ordem social”, sendo que a ordem social e os direitos fundamentais formam “o núcleo substancial do regime democrático instituído” (SILVA, 2017, p. 843).

### **A seguridade social na Constituição Federal de 1988**

A Seguridade Social foi estruturada no Título VIII da Constituição Federal de 1988, como um dos componentes da Ordem Social, que tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (artigo 193). Os artigos 194-195 tratam das disposições gerais da Seguridade, a qual é composta pela Saúde (artigos 196/200), Previdência Social (artigos 201-202 e 40), e Assistência Social (artigos 203-204).

A subárea da saúde é caracterizada como um sistema universal não contributivo. A subárea da previdência social estrutura-se como um sistema contributivo. E a subárea da assistência social configura um sistema não contributivo que atende as pessoas hipossuficientes (CHAMON, 2005, p. 33).

O artigo 194 do texto constitucional esclarece que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Essa norma constitucional não traduz, tecnicamente, uma definição, já que apenas relacionou os componentes da seguridade social.

Então a seguridade social pode ser conceituada como “a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos” (IBRAHIM, 2018, p. 5). Essa proteção estatal às contingências que podem acometer os seus membros por privações econômicas e sociais, com

*status* constitucional, levou o Congresso Nacional a editar o Decreto Legislativo n. 269, de 19.09.2008, aprovando a Convenção n. 102 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que estabeleceu as *Normas Mínimas da Seguridade Social* aprovada na 35.º reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra em 1952 que entrou em vigor no plano internacional em 27.04.1955.

### **O Direito da Seguridade Social**

Embora ainda exista uma corrente minoritária da doutrina que defende a tese de que a Seguridade Social seria um apêndice do Direito do Trabalho, o *mainstream* aponta a autonomia do Direito da Seguridade Social, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que no artigo 22, incisos I e XXIII, fez distinção expressa dessas áreas ao discriminar a competência privativa da União para legislar, respectivamente, sobre direito do trabalho e seguridade social.

E no artigo 165, §5.º, a Constituição Federal de 1988 distingue o orçamento geral da União do Orçamento da Seguridade Social, o que reforça a autonomia da Seguridade Social, de modo que esta é desvelada pela autonomia normativa, pelo conjunto de leis próprias desse ramo do Direito, pela autonomia científica com doutrina própria concentrada nos estudos dos fenômenos jurídicos afetos à Seguridade Social, bem assim pela

autonomia principiológica, o que será objeto de reflexão no próximo item.

Quanto à autonomia didática da Seguridade Social, é importante destacar que, no que se refere à subárea da previdência social, já existem algumas Faculdades de Direito que contemplam a disciplina de Direito Previdenciário em seu projeto pedagógico. E há que se registrar que tal disciplina foi incorporada, recentemente, no eixo de formação técnico-jurídica dos cursos de direito, segundo o parecer da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação do Ministério de Estado da Educação (Parecer CNE/CES n.º 635 de 04.10.2018), homologado pela Portaria n.º 1351 de 14.12.2018 do Ministério de Estado da Educação.

### **Princípios da Seguridade Social**

Há várias significações para o termo *princípio* que, portanto, pertence à classe das palavras plurívocas e equívocas, com sentidos diversos, desconexos e independentes uns dos outros (TELLES JUNIOR, 2008, p. 373). Princípio pode ser entendido como o início de alguma coisa (SILVA, 2017, p. 93). Mas não é nesse sentido que a palavra *princípio* é empregada quando se reporta aos princípios da seguridade social.

No Título VIII, *Da Ordem Social*, da Constituição Federal de 1988, capítulo II, seção I, *disposições gerais*, artigo 194, § único, o legislador constituinte menciona os *objetivos* da seguridade

social. A dogmática jurídica entende que esses objetivos constituem, na verdade, os princípios da seguridade social, sendo a palavra *princípio* empregada, aí, como expressão de “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência” (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 966-967).

A diferença entre normas e princípios constitui um campo da teoria do direito repleto de divergências. A corrente doutrinária defendida por José Afonso da Silva entende que “as normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo” e “os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas” (SILVA, 2017, p. 93-94). Todavia, a tipologia classificatória mais moderna concebe as normas como o gênero ao qual pertencem as regras e princípios, sendo os princípios “aquelas normas com teor mais aberto do que as regras” (MENDES e BRANCO, 2018, p. 72), classificação essa que vem sendo seguida pela maioria dos constitucionalistas brasileiros influenciados pelas obras de Ronald Dworkin nos EUA e Robert Alexy na Alemanha.

Vicente Ráo afirmava que o conhecimento dos princípios – embora não substitua o conhecimento de todos os ramos do Direito – é a chave que permite penetrar conscientemente em

todos os Departamentos do Direito. E o eminente jurista ainda afirmava que “se um legado posso deixar aos que cursam ou praticam matérias jurídicas, é o conselho de se dedicarem ao cultivo dos princípios, como base segura de seu êxito” (FERRAZ, 1978, p. 291-292), sendo que a ignorância dos princípios gerais – quando não induz a erro – leva à criação de rúbulas no lugar de juristas.

O método de investigação dos princípios gerais de direito apregoado por Vicente Ráo consiste em partir das regras jurídicas particulares dos textos legais e elevar-se, por generalização crescente, “*até encontrar o princípio no qual se enquadre o caso concreto não previsto pela disposição legal*” (RÁO, 2004, p. 299).

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, Decreto-lei n. 4.657 de 04.09.1942, com redação dada pela Lei n. 12.376/2010, dispõe no artigo 4.º que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Os princípios gerais de direito eram, então, fonte secundária de integração das normas jurídicas, destinados a suprir as eventuais lacunas da lei.

Malgrado, com o advento da Constituição Federal de 1988 e as transformações do Direito Constitucional Contemporâneo, cujo marco filosófico é a construção do Pós-Positivismo, “os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro

do sistema jurídico”, irradiando-se para todo o ordenamento jurídico, “influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral” (BARROSO, 2018, p. 240-241).

Feita essa exposição preambular sobre a relevância dos princípios de direito, teceremos a seguir considerações sobre os princípios da seguridade social, assinalando, desde já, que a correta interpretação das questões de direito e de fato sobre a Seguridade Social deve partir dos princípios com a perspectiva dos direitos sociais como direitos fundamentais e os “princípios como elementos conformadores de uma unidade político constitucional”. (CORREIA, 2012, p. 77 e ss.)

## Princípios constitucionais da Seguridade Social

### 1. Princípio da solidariedade na seguridade social

É o princípio mais importante da seguridade social; a construção de uma sociedade livre, justa e **solidária** constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. É o que diz o artigo 3.º, inciso I, da Constituição da República de 1988. Por outro lado, tratando sobre o regime próprio da previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o texto constitucional, no artigo 40, assevera o caráter contributivo e **solidário**, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas,

observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Embora o legislador constituinte não tenha inserido o princípio da solidariedade de forma expressa na regulamentação do regime geral da previdência social, considera-se que tal princípio incide de forma implícita em tal regime previdenciário; o princípio da solidariedade deve incidir tanto na lógica do custeio como na dos benefícios.

## **2. Princípio da Universalidade de Cobertura e Atendimento (CF/88, art. 194, § único, I)**

O princípio da universalidade corresponde a uma promessa cuja concretização depende de políticas públicas, pelo que associa-se ao princípio da seletividade.

### **2.1. Universalidade subjetiva do atendimento**

“Em relação aos beneficiários, trata-se de princípio de aplicação absoluta em relação à Saúde, mas não quanto à Assistência e Previdência Social, pois em ambas há requisitos para usufruir os benefícios, quais sejam, miserabilidade e contribuição” (CHAMON, 2005, p. 35); o artigo 194, *caput*, da CF/88 indica que a responsabilidade pela proteção social é do poder público (Estado) e da sociedade, que devem garantir condições mínimas de vida (PIERDONÁ, 2015, p. 89); assim é que a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho – OIT editou em 14.06.2012 a

Recomendação 202, denominada *Recomendação Relativa aos Pisos de Proteção Social*.

### **2.2. Universalidade objetiva da cobertura**

Na subárea da previdência social, a proteção é restrita às contingências previamente previstas em lei; na seguridade social a cobertura abrange as contingências previstas ou não previstas em lei.

## **3. Princípio da Seletividade e Distributividade nas prestações dos benefícios e serviços (CF/88, artigo 194, § único, inciso III)**

O princípio da seletividade permite que a proteção social seletiva seja limitada a certos grupos de pessoas ou contingências sociais; o princípio da seletividade deve ter a sua leitura associada ao princípio da universalidade e ao princípio da solidariedade; é a própria Constituição que realiza essa seletividade, como, por exemplo, no caso da assistência social, em que o artigo 203, V, limita o atendimento assistencial à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuírem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família conforme dispuser a lei; “nem todas as pessoas terão benefícios: algumas o terão, outras não, gerando o conceito de distributividade” (MARTINS, 2019, p. 110); o legislador constituinte selecionou nos cinco incisos do artigo 201 da CF/88 as contingências que merecem cobertura, a dizer: doença, invalidez,

morte, idade avançada, maternidade, desemprego involuntário, prole e reclusão para o trabalhador de baixa renda, morte; a distributividade diz respeito à distribuição de renda que tem caráter social, como no exemplo do bolsa-família; o sistema da seguridade social visa à redistribuição de renda como forma de reduzir as desigualdades sociais e econômicas, adimplindo um dos objetivos da República Federativa do Brasil que é erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, nos termos do artigo 3.º, inciso III, da CF/88.

#### ***4. Princípio da Uniformidade e Equivalência dos Benefícios e Serviços às Populações urbanas e rurais (CF/88, artigo 194, § único, inciso II)***

Trata-se de um desdobramento do princípio da isonomia no direito da seguridade social, corrigindo uma inaceitável diferenciação histórica no tratamento legal entre trabalhadores rurais e urbanos, pois antes da CF/88 os trabalhadores rurais tinham menos direitos previdenciários que os urbanos; a uniformidade conecta-se aos aspectos objetivos da cobertura das contingências; a equivalência vincula-se ao aspecto pecuniário ou do atendimento dos serviços, que não precisam ser necessariamente iguais, mas equivalentes.

#### ***5. Princípio da gestão una, democrática e descentralizada***

O Estado é o único gestor da seguridade social, ainda que se valha de entes públicos instrumentais, como, por exemplo, na subárea da previdência social, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, que é uma autarquia federal, e a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência – DATAPREV, que é uma empresa pública federal; e o artigo 194, § único, inciso VII, estabelece o princípio do caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

#### ***6. Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios (CF/88, artigo 194, § único, inciso IV)***

Esse princípio aplica-se às subáreas da previdência e assistência social e não se aplica à subárea da saúde, pois esta tem ações e serviços e não benefícios que são prestações em dinheiro; essa irredutibilidade do valor do benefício é apenas nominal; apenas os benefícios previdenciários têm a proteção da manutenção do valor real, conforme artigo 201, §4.º, da CF/88); o Benefício de Prestação Continuada – BPC (de caráter de assistência social) está vinculado ao salário mínimo por força do art. 203, V, CF/88.

### ***7. Princípio da equidade na forma de participação no custeio (CF/88, artigo 194, § único, inciso V)***

A equidade aqui, aplicada ao financiamento da seguridade social, equivale à isonomia e consiste em tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades (CHAMON, 2015, p. 38); a legislação ordinária prevê três alíquotas aos trabalhadores, de 8%, 9% e 11%; o artigo 195, § 9º, da CF/1988 dispõe que as contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005).

### ***8. Princípio da diversidade da base de financiamento ou princípio da diversidade de fontes de custeio (CF/88, artigo 194, § único, inciso VI)***

Esse princípio refere-se à diversidade de contribuintes que, de acordo com o artigo 195 da CF/88, são o empregado, o trabalhador autônomo, o segurado especial, o empresário, as empresas, os concursos de prognósticos, os entes federativos; toda a sociedade, de forma indireta (por meio de impostos) e direta (pelas contribuições sociais) contribui para o financiamento da Seguridade Social.

### ***9. Princípio da contrapartida (preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço)***

Vincula-se à responsabilidade fiscal; está previsto no artigo 195, § 5º da Lei Maior nos seguintes termos: nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total; engloba a subárea da previdência social e a subárea da assistência social; o artigo 201, *caput*, da CF/88 preconiza que o regime geral de previdência social deverá observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

### **Sáude**

A Organização Mundial de Saúde – OMS conceitua a saúde como o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não meramente ausência de doença ou enfermidade, como outrora já se pensou.

A saúde é um fenômeno polifacético, com tríplice aspecto, identificando-se a “saúde como um bem jurídico que apresenta três diferentes dimensões: uma individual, outra coletiva e outra ainda de desenvolvimento, assim pensado não só com base nas presentes, mas também nas futuras gerações” (DALLARI, 2010, p. 10).

Na perspectiva de gerações ou dimensões de direitos fundamentais, tem-se: a) Saúde como direito de primeira geração e corolário do direito à vida, com foco no direito de manter-se vivo,

prevenir doenças evitáveis, tratar doenças curáveis e com mecanismo judicial eficaz de tutela de direito individual; b) Saúde como direito de segunda geração e direito social, com aspectos de tutela de direitos coletivos e mecanismo judicial de proteção de interesses difusos e coletivos; c) Saúde como direito de terceira geração, com aspectos de bem jurídico de desenvolvimento, o que legitimaria até mesmo a quebra de patentes de medicamentos.

A legislação básica de saúde pode ser sintetizada pela indicação dos seguintes diplomas jurídicos principais : 1. Constituição Federal de 1988, artigos 196-200; 2. Lei Federal 8.080/1990 – Lei Orgânica da Saúde; 3. Lei Federal 8.142/1990 – Participação da comunidade e financiamento; 4. Decreto Federal n. 7.508/2011 – Regulamento da Lei 8.080/1990; 5. Lei Federal 9.656/1998 – Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde; 6. Lei Complementar 141/2012 – Financiamento da Saúde; 7. Numerosos atos normativos administrativos.

De acordo com o artigo 196 da Carta Magna, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso *universal* e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O princípio da universalidade das ações e serviços de saúde é mitigado pelo princípio da seletividade, o que implica a conclusão de que a

implementação do direito à saúde se dá de forma progressiva na medida dos recursos estatais disponíveis.

O artigo 198 da Constituição da República de 1988 cria o Sistema Único de Saúde – SUS, estabelecendo que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um *sistema único*, organizado de acordo com as seguintes diretrizes : I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

E o artigo 199 da CF/1988 diz que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, o que viabiliza a construção de parcerias com o setor privado de saúde através de convênios e contratos firmados com o Poder Público, de modo que a rede pública e a rede privada formam verdadeira rede regional para ações e serviços de saúde.

Pode-se dizer, em síntese, que a constitucionalização da saúde como direito fundamental foi uma das inovações da Constituição Federal de 1988, visto que os textos constitucionais anteriores contemplavam apenas disposições esparsas sobre a questão da saúde (MENDES, 2018, p. 717).

Nada obstante as ações e serviços de saúde terem sido garantidos pelo texto constitucional

mediante atendimento e cobertura universal, a verdade é que há ainda carência na prestação do serviço público de saúde, o que vem resultando em intensa judicialização da saúde, haja vista o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional positivado no artigo 5.º, inciso XXXV da CF/1988, o que vem ensejando o controle judicial de políticas públicas ineficientes ou omissas fulcrado no princípio da proporcionalidade na perspectiva da proibição da proteção insuficiente de direitos sociais e o direito ao mínimo existencial ou mínimo vital em contraponto à reserva do possível.

A judicialização das políticas públicas de saúde vem enfrentando diversas demandas sensíveis sobre as ações e serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde – SUS, tais como fornecimento de medicamentos e suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas na UTI e de leitos hospitalares, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamentos fora do domicílio, inclusive no exterior (MENDES, 2018, p. 727), tratamento médico-hospitalar, assistência à saúde, ressarcimento ao SUS, reajuste da tabela do SUS, convênio médico com o SUS, repasse de verbas do SUS, terceirização do SUS, planos de saúde e direito do consumidor, serviços hospitalares e direito do consumidor, doação e transplante de órgãos e tecidos, saúde mental, controle social e Conselhos de Saúde, erro médico, assistência terapêutica e

incorporação de novas tecnologias no SUS, financiamento etc.

E o ponto nevrálgico das discussões sobre a judicialização do direito à saúde é o de que todas as dimensões do direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo à dialética entre a reserva do possível – e a escassez de recursos públicos – e o mínimo existencial (cf. STA STF 175), temática essa que contou com debates pioneiros no direito anglo-americano com Stephen Holmes e Cass Sunstein na obra *The cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.

Sobre a judicialização da saúde, o *leading case* que merece destaque é a decisão do STF no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175 (Relator Min. Gilmar Mendes, DJ 17.03.2010), que fixou critérios de orientação para decisões judiciais envolvendo o direito à saúde. Tratava-se de julgamento de agravo regimental da União que se insurgia contra decisão do presidente do TRF da 5.º Região, que indeferiu pedido de suspensão de tutela antecipada. O STF manteve a antecipação de tutela recursal deferida pelo TRF5 para determinar à União, ao Estado do Ceará e ao município de Fortaleza o fornecimento do medicamento Zavesca (miglustat) registrado na ANVISA em favor de paciente portadora de doença rara neurodegenerativa com custo mensal estimado em R\$ 52.000,00.

No curso da tramitação da STA 175, o STF realizou audiências públicas para ouvir os especialistas em matéria de Saúde Pública e assim ponderou esquematicamente:

1. O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte; 1.1. Se a prestação não estiver entre as políticas do SUS, é necessário distinguir se a não prestação decorre de: 1.1.1 Omissão legislativa ou administrativa; 1.1.2. Decisão administrativa de não a fornecer (motivos: SUS fornece tratamento alternativo ou tratamento oferecido pelo SUS não é específico); 1.1.3. Vedação legal expressa à sua dispensação; 2. O segundo dado a ser considerado é a motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nessa hipótese, podem ocorrer duas situações: 2.1. A primeira, quando o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2.2. A segunda situação ocorre quando o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. Nesses casos é preciso diferenciar: 2.2.1. Os tratamentos experimentais; 2.2.2. Novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde Brasileiro e não incorporados pelo SUS; Podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

Essa temática da judicialização do direito à saúde é tão relevante que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ instituiu grupo de trabalho, bem assim

o Fórum da Saúde do Conselho Nacional de Justiça a partir dos resultados de audiências públicas realizadas pelo STF em abril e maio de 2009, tendo sido aprovada pelo plenário do CNJ a Recomendação n. 31, de 30.03.2010, que traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde.

E em 06.09.2016 foi editada a Resolução CNJ n. 238/2016, que dispôs sobre a criação e manutenção pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a criação dos *NatJus*, e ainda estabeleceu regras para a especialização de Vara para tratar de ações relativas à Saúde em Comarcas com mais de uma Vara de Fazenda Pública.

Esses Comitês Estaduais da Saúde terão representação mínima de Magistrados de Primeiro ou Segundo Grau, Estadual e Federal, gestores da área da saúde (federal, estadual e municipal), e demais participantes do Sistema de Saúde (ANVISA, ANS, CONITEC, quando possível) e de Justiça (Ministério Público Federal e Estadual, Defensoria Pública, Advogados Públicos e um Advogado representante da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do respectivo Estado), bem como integrante do conselho estadual de saúde que represente os usuários do sistema público de saúde, e um representante dos usuários do sistema suplementar de saúde, que deverá ser indicado pela

Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor por intermédio dos Procons de cada Estado.

## **Previdência Social**

O marco inicial do Direito Previdenciário na história da civilização foi a Lei de Bismarck de 1883 sobre seguro de doença, seguida pelo seguro de acidentes do trabalho em 1884 e o seguro de invalidez e velhice de 1889, com a definição das “duas grandes características dos regimes previdenciários modernos: contributividade e compulsoriedade de filiação”, donde exsurge a prestação previdenciária como direito público subjetivo do segurado (IBRAHIM, 2018, p. 45).

No âmbito do direito brasileiro, o marco inicial da estruturação do direito previdenciário foi a edição da Lei Eloy Chaves de 1923 com a unificação das Caixas de Aposentadoria e Pensões – CAPs em torno de empresas como a companhia dos ferroviários e dos marítimos. Depois disso, na era Vargas, a partir da década de 1930, estruturaram-se os Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAPs, com a formação da previdência social por categorias profissionais e conseguinte expansão do custeio.

No texto constitucional de 1988, a previdência social é disciplinada como um dos direitos sociais fundamentais positivados no artigo 6.º e, simultaneamente a isso, ela é organizada como um arranjo institucional ou “um arranjo político-administrativo que executa as políticas públicas de

seguro social” (CANOTILHO, 2018, p. 2028) nos artigos 201-202 do texto constitucional de 1988.

Em 1994 foi lançado o Plano Real de estabilização da economia baseado em âncoras cambiais. Apesar de ter vencido a inflação, o Plano Real não foi acompanhado por um plano fiscal, o que resultou em baixas taxas de crescimento da economia. A abertura da economia e a sobrevalorização do real em relação ao dólar e outras moedas fortes tomaram a economia brasileira vulnerável às oscilações do mercado mundial. Então a crise asiática de 1997 seguida da crise russa de 1998 causaram uma grave crise do balanço de pagamentos de 1998 e forçaram a desvalorização do Real em 1999, e o país sofreu uma “*escalada da carga tributária global*” (SERRA e AFONSO, 2007, p. 11) e assim foi promulgada a EC n.º 20/1998 em busca de minimizar o *deficit* público, reformulando fundamentos básicos da previdência social, tal como transformando o tempo de serviço em tempo de contribuição.

Em 1999 é promulgada a Lei 9.876/1999, colimando conter os gastos da Previdência Social criando o fator previdenciário como uma fórmula matemática usada para calcular as aposentadorias por tempo de contribuição e por idade, reduzindo os benefícios de quem se aposenta antes da idade mínima de 60 anos para mulheres e 65 anos para homens, incentivando o segurado a trabalhar por mais tempo, pois quanto menor a idade ao tempo da

aposentadoria, maior será o redutor do benefício. Ressaltando-se que posteriormente a Lei 13.183/2015 permitiu a opção pela não incidência do fator previdenciário no cálculo da aposentadoria quando o total resultante da soma da idade e do tempo de contribuição alcançar os pontos necessários para recebimento do benefício integral, por meio da fórmula 85/95.

Objetivando coibir a sonegação fiscal, foi promulgada a Lei 9.983/2000, tratando sobre os delitos de apropriação indébita previdenciária, sonegação de contribuição previdenciária, peculato eletrônico (inserção de dados falsos em sistema de informações) e modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações.

Em 2001 foi editada a Lei Complementar n. 109/2001, que dispõe sobre o regime de previdência complementar. Em 2003 foi promulgada a EC n. 41/2003, com profundas alterações no regime próprio da previdência dos servidores públicos. E em 2005 foi promulgada a EC n.47/2005, modificando as regras de transição estabelecidas pela EC n.41/2003.

Em linhas gerais, explica-se que a Previdência Social é organizada sob a forma de: 1. Previdência Pública da União, de caráter contributivo e de filiação obrigatória (regime de repartição): 1.1. Regime Geral da Previdência Social – RGPS; 1.2. Regimes Próprios da Previdência Social – RPPS dos servidores públicos da União,

Estados, DF e Municípios; 1.3. Encargos Financeiros da União com Militares; 2. Previdência Privada (regime de capitalização) de caráter complementar e optativo (Regime de Previdência Complementar – RPC): 2.1. Operado por seguradoras e entidades abertas de previdência privada, com acesso individual e supervisionado pela SUSEP – Superintendência de Seguros Privados/Ministério da Economia; 2.2. Operado pelas entidades fechadas de previdência complementar – EFPC, também conhecidas como Fundos de Pensão, que são supervisionadas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC/Ministério da Economia.

O Regime Público da Previdência Social inclui a cobertura das contingências de doença, invalidez, morte, idade avançada, proteção à maternidade e ao trabalhador em situação de desemprego involuntário, e garantia de salário-família e auxílio reclusão aos dependentes de baixa renda e pensão por morte do segurado. Os dois principais diplomas legais regentes do Regime Público da Previdência Social são a Lei de Custeio (Lei Federal 8.212/1991) e a Lei de Benefícios (Lei Federal 8.213/1991 regulamentada pelo Decreto Federal 3.048/1999).

O direito previdenciário é repleto de temáticas controvertidas, como, por exemplo, a questão da desaposentação interpretada de forma antagônica pelos Tribunais Superiores da Federação,

pois enquanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ admite o instituto da desaposentação, pacificando tal entendimento no sentido de que “os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução de valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preferir para a concessão de novo e posterior jubramento” (cf. REsp. 1.334.488/SC, em recurso repetitivo, Min. Herman Benjamin, 1.º Seção, julgado em 08.05.2013), o Supremo Tribunal Federal entende que não há previsão legal de desaposentação, a partir de 27.10.2016, quando a matéria foi decidida pelo STF ao apreciar os Recursos Extraordinários n.º 381.367, n.º 661.256 e n.º 827.833, em que os Ministros, por maioria, entenderam que, embora não haja vedação constitucional expressa à desaposentação, não há tampouco lei que o permita.

Com relação à atualidade, sublinha-se que foi editada a Medida Provisória n. 871/2019, versando sobre o combate às fraudes previdenciárias, bem assim a apresentação da PEC n. 287/2016, proposta pelo ex-Presidente da República Michel Temer, que altera os artigos 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição, para dispor sobre a seguridade social, estabelecer regras de transição e dar outras providências; finalmente, foi proposta pelo Presidente da República Jair Bolsonaro a PEC n. 06/2019, que

modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias e dá outras providências

### **Instituto Nacional do Seguro Social – INSS**

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS foi criado pelo Decreto n. 99.350 de 27.06.1990, a partir da fusão do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social – IAPAS com o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, como autarquia vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS. A atribuição do INSS consiste na operacionalização do reconhecimento dos direitos dos segurados do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, que abrange **mais de 50 milhões de segurados** e aproximadamente **33 milhões de beneficiários** em 2017, segundo dados disponíveis no sítio de tal autarquia federal na *internet*.

Atualmente o INSS é vinculado ao Ministério da Economia por força da Medida Provisória n. 870 de 01.01.2019, que estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios e que rebaixou o Ministério da Previdência Social para o *status* de Secretaria Previdenciária. E nos governos dos Presidentes da República Dilma Roussef e Michel Temer, o INSS já foi vinculado, respectivamente, ao Ministério do Trabalho e Previdência Social e ao

Ministério do Desenvolvimento Social e Reforma Agrária.

## **Assistência Social**

No âmbito do direito internacional, o *Poor Relief Act* da Inglaterra, de 1601, é considerada a primeira legislação relativa à assistência social, ao estabelecer a contribuição obrigatória arrecadada da sociedade pelo Estado para finalidades assistenciais (IBRAHIM, 2018, p. 44). A Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, de 1891, já demonstrava a preocupação da Igreja com questões sociais.

A Constituição da República de 1988 estabelece no artigo 203, inciso V, que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem, dentre seus objetivos, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

No Brasil, a Lei Orgânica da Assistência Social, Lei Federal n. 10.683 de 28.05.2003, separou a Assistência Social da Previdência Social, sendo que aquela tem natureza subsidiária em relação a esta, o que torna defeso a cumulatividade do benefício previdenciário com o assistencial. É oportuno reproduzir a seguinte advertência:

os defensores de reformas na Previdência apenas fundamentadas no equilíbrio atuarial esquecem-se de que a redução de benefícios da Previdência Social levará necessariamente ao aumento dos gastos em Assistência Social e Saúde, tomando muitas sugestões inócuas sob o ponto de vista econômico e cruéis sob a ótica social. (CHAMON, 2015, p. 38).

## **A agenda da Seguridade Social nas Políticas**

### **Públicas**

O legislador constituinte de 1987 preocupava-se com os temas sociais e por conta disso separou o tema econômico do social no texto constitucional de 1988, dedicando a esse último um título à parte, Título VIII, o que desvela, por si só, a relevância dos temas sociais na agenda constitucional e, destarte, das políticas públicas a serem levadas a efeito. Aliás, registre-se que o texto constitucional de 1988 “acolheu uma quantidade extraordinária de políticas públicas, que totalizam praticamente 30% do texto constitucional” (ARANTES e COUTO, 2008, p. 44).

Preliminarmente é preciso estabelecer um conceito de política pública. Dentre as diversas concepções doutrinárias, opta-se neste trabalho pelo seguinte conceito:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 2006, p. 39).

E é assim que a agenda da Seguridade Social tem estado no debate das políticas públicas no Brasil, notadamente em razão dos crescentes *deficits* previdenciários. O problema previdenciário brasileiro decorre do fato de que “quando o país possui uma população jovem e apresenta elevado crescimento econômico, esse regime é superavitário. No entanto, quando a população envelhece, o peso dos benefícios passa a ser crescente e os ajustes no sistema são necessários” (REZENDE, 2006, p. 363), notadamente pelo fato de que o Brasil vem passando por uma profunda transformação em sua estrutura etária com o crescente aumento da expectativa de vida, o que impacta diretamente o equilíbrio atuarial da previdência social.

É a transição demográfica, com o aumento da expectativa de vida e redução da taxa de fecundidade.

Outro problema da governança da Previdência Social é a judicialização dos benefícios previdenciários concedidos pelo INSS. De acordo com levantamento de auditoria do Tribunal de Contas da União – TCU, somente no ano de 2017 foram pagos 92 bilhões de reais em benefícios do INSS mantidos por decisões judiciais.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/audiencia-publica-no-tcu-trata-da-judicializacao-dos-beneficios-do-inss.htm>. Acesso em: 18.09.2018.

A quarta revolução industrial, com a nanotecnologia e outras inovações na microeletrônica que geram tecnologias, tem causado modificação no mercado com diminuição dos postos de trabalho, o que impacta diretamente o custeio da previdência social, pois a receita da previdência depende do nível de emprego e da massa salarial (REZENDE, 2006, p. 367-368).

A exposição de motivos da Medida Provisória n.º 871 de 18.01.2019, que *institui o Programa especial para Análise de Benefícios com indícios de irregularidades*, aduz que desde o ano de 1995 o Regime Geral da Previdência Social vem apresentando *deficit* com o crescimento das despesas com o pagamento de benefícios superando o crescimento das receitas. O *deficit* é acentuado pelo expressivo volume de renúncias fiscais num processo sem governança que demanda saneamento. Esse *deficit* reprime o orçamento da seguridade social e compromete os recursos disponíveis para os programas de saúde e assistência social.

O orçamento da seguridade social também é deficitário, exigindo aportes do orçamento fiscal, do que resulta a redução de investimentos em outras áreas governamentais carentes, como a infraestrutura e a segurança pública. Consta que em 2018 o *deficit* do Regime Geral da Previdência Social era de 195,2 bilhões de reais.

Na exposição de motivos à Proposta de Emenda Constitucional – PEC n.º 06/2019 apresentada pelo Presidente da República Jair Bolsonaro, são indicados os quatro pilares das políticas públicas de reforma previdenciária, a dizer:

Primeiro Pilar da PEC 06/2019: o combate às fraudes e redução da judicialização (que foi o escopo central da MP n.º 871 de 18.01.2019) mediante o estabelecimento de instrumentos de *compliance* previdenciário, colimando-se, ainda, a redução de litígios judiciais com a pacificação de pontos já decididos pela jurisprudência e dando maior clareza a pontos que geram ações judiciais de forma reiterada.

Segundo Pilar da PEC 06/2019: fortalecimento do processo de cobrança da dívida ativa da União pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN, notadamente as contribuições previdenciárias, com mais agilidade e eficiência na arrecadação. Consta que em janeiro de 2017 o valor da dívida dos contribuintes com a previdência social era de aproximadamente 432,9 bilhões de reais.

Terceiro Pilar da PEC 06/2019: reporta-se à equidade com alterações do RGPS e dos RPPS, em busca de tratar os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades; baseado na desigualdade social reinante, propõe-se exigir maior contribuição daqueles que recebem mais.

Quarto Pilar da PEC 06/2019: propõe-se a criação de um novo regime previdenciário de

capitalização para os ingressantes no mercado de trabalho por meio de lei complementar.

Como se verifica, o debate da reforma da legislação previdenciária tem sido preponderantemente econômico-financeiro. Malgrado, é importante dialogar com a perspectiva das importantes reflexões desenvolvidas pelo economista indiano Amartya Sen, conhecido por criar em 1990, em parceria com o paquistanês Mahbub ul Haq, o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH – uma nova maneira de medir o desenvolvimento dos países, considerando os fatores econômicos e sociais – e que recebeu em 1998 o Prêmio Nobel de Economia por seu trabalho sobre economia do bem-estar social em que postula que o desenvolvimento de uma sociedade se dá pelo bem-estar social e não apenas pela prosperidade econômica (SEN, 2011, p. 306-316).

Termino o presente artigo com a reprodução da chamada principal do *Anuário da Justiça Federal de 2018*: “Luta contra corrupção faz barulho, mas o que preocupa é a questão previdenciária”. No interior do referido periódico, consta um artigo escrito por Vladimir Passos de Freitas em que este aduz que “o Direito Previdenciário se tornou a área do Direito que mais atinge a população brasileira”, sendo possível que a Reforma da Previdência Social gerará incontáveis números de novos processos na Justiça Federal.

E vale pôr de ressaltar, alfin, os seguintes dados lançados no referido anuário da Justiça Federal de 2018: “o acúmulo de recursos em ações previdenciárias é o maior responsável pelo congestionamento de processos na Justiça Federal: 40% da demanda nos cinco Tribunais Regionais Federais dizem respeito a litígios com o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS)”. E esse percentual foi levantado sem considerar as demandas de crimes previdenciários que tramitam na Justiça Federal. E a velocidade média dos processos – segundo o editorial do citado anuário – até a decisão de mérito na primeira instância é de quatro anos e dois meses. No segundo grau a demora é de um ano e 10 meses. A fase de execução leva seis anos e três meses.

#### Referências:

- ARANTES, Rogério Bastos e COUTO, Cláudio Gonçalves. *A Constituição sem fim*, p. 31-60. In: *Vinte anos de Constituição*, Simone Diniz e Sérgio Praça (Org.). São Paulo: Editora Paulus (Coleção Ciências Sociais). 2008. Disponível no site file:///C:/Users/5567-A30C/Downloads/ARANTES\_Rogério\_Bastos\_COUTO\_Claudio\_G..pdf, acesso em 05.03.2019.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo. Editora Malheiros. 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva. 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e outros. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- CHAMON, Omar. *Introdução ao Direito Previdenciário*. São Paulo: Editora Manole, 2005.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha Correia. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.
- DALLARI, Sueli Gandolfi e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Editora VERBATIM, 2010.
- FERRAZ, Esther de Figueiredo. *Homenagem à memória de Vicente Ráo*. RT-509, março de 1978.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Editora Impetus, 2018.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- PIERDONÁ, Zélia Luiza. *O sistema de seguridade social brasileiro*, in Marco Antônio César Vilatorre; Francisca Moreno Romero (Org.). III Encontro de Internacionalização do CONPEDI/Madrid/Espanha. Madrid: Ediciones Laborum, 2015, v.6, p.87-104.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos: noções gerais. Direito Positivo. Direito Objetivo. Teoria Geral do Direito Subjetivo. Análise dos elementos que Constituem os Direitos Subjetivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004.

REZENDE, Fernando. *Finanças Públicas*. São Paulo: Editora Atlas. 2006.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. São Paulo: Editora Saraivajur, 2019.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Editora Companhia das Letras. 2011.

SERRA, José e AFONSO, José Roberto Rodrigues. *Tributação, seguridade e coesão social no Brasil*. Serie políticas sociales. Naciones Unidas. CEPAL. División de Desarrollo Social. Santiago de Chile, abril de 2007. Disponível em file:///C:/Users/5567-A30C/Downloads/S0700265\_pt%20(1).pdf. Consulta feita em 04.03.2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros. 2017.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

## O DIREITO E A VIDA DO DIREITO

Por Maria Cristina Zucchi<sup>52</sup>

“A noção de justo é a pedra angular  
de todo o edifício jurídico”  
Del Vecchio

### INTRODUÇÃO

Onde há um direito, é preciso dar-lhe vida, permitindo que seu titular possa exercê-lo e tê-lo respeitado.

Por mais certas que essas assertivas possam ser, na realidade é muito comum nos depararmos com um direito que, embora existente, não pode ser exercido, em razão de atos de terceiros, públicos ou privados, e que requerem providências dos órgãos competentes para que a lesão ao direito seja

terminada, e ele, o direito existente, possa ter vida, e ser exercido livremente.

Com este trabalho, pretendo trazer a história de um direito multifacetário o qual, embora existente, teve seu exercício cerceado pela Administração Pública Municipal. A exposição que para aqui trago mostra como o Poder Judiciário trabalha para detectar a existência (ou não) do direito alegado pela parte e, se encontrá-lo, realmente protegê-lo da lesão que o acomete, permitindo seu exercício pleno por parte de seu titular.

Trata-se de caso verídico, com decisão superior já publicada, mas preservo a identidade das partes, omitindo os dados que permitam sua identificação.

### O significado do Direito

O Direito tende à proteção do homem. Para tanto, porém, ele não considera o homem isoladamente, mas sim na convivência com seus semelhantes, como parte de um todo social, em que convive.

O que significa a palavra “direito”?

Trata-se de palavra que tem origem no latim *directum*, que exprime *o que está conforme à regra*. Com tal sentido, o vocábulo “direito” encontra similar em todas as línguas neolatinas e, de forma geral, nas línguas ocidentais modernas: *droit* (francês), *diritto* (italiano), *derecho* (espanhol), *recht* (alemão), *right* (inglês).

---

<sup>52</sup> Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (desde 2001). Possui Mestrado em Direito Constitucional Comparado pela Universidade Samford, Cumberland School of Law (2000) e Doutorado em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (2005). Atualmente é professora adjunta da Cumberland School of Law, Samford University, professora do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), professora do Centro Universitário Padre Anchieta e professora convidada nos cursos da PUC COGEAE. Atua, ainda, como coordenadora e professora nos Cursos de Capacitação nos Meios Alternativos de Solução de Conflitos na Escola Superior da Advocacia OAB /SP e no Instituto dos Advogados de São Paulo IASP. Sua formação jurídica acadêmica tem ênfase na área jurídica, principalmente em DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO e em DIREITO FALIMENTAR E RECUPERACIONAL e nos MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.

Em latim, porém, *rectum* tem um sentido mais moral do que jurídico,<sup>53</sup> em razão do que o direito é, propriamente, designado pela palavra *jus*<sup>54</sup>. No vocábulo *jus* muitos veem uma derivação de *justum*, isto é, aquilo que é justo ou conforme a justiça.<sup>55</sup>

O direito segue o ser humano desde o momento em que ele é concebido (art. 2º, CC). No caminho entre o começo e o fim do ciclo vital, o direito considera o homem não apenas individualmente, mas também como parte de uma comunhão, a sociedade, fora da qual o homem não poderia viver civilmente. O homem é, pois, considerado um ser social. Assim sendo, sociedade e direito se pressupõem, um não existe sem o outro – *ubi societas ibi jus*. Entende-se, pois, que se da natureza humana resulta a sociedade, desta mesma natureza decorre, portanto, também o direito.

O direito adquire força coercitiva sempre que ele se consubstancia em normas ou regras positivas destinadas a realizá-lo. Tal força faz com

que haja proteção jurídica, correspondendo a uma intervenção eventual desta força, se necessário, para manter a ordem social efetiva, mediante o respeito às faculdades atribuídas às pessoas e à obrigatoriedade dos respectivos deveres. É assim que esta proteção coercitiva torna-se elemento constitutivo do direito, assegurando sua finalidade suprema, que é o aperfeiçoamento do indivíduo por meio da coexistência social harmonicamente organizada.

Tais ideias nos permitem constatar que quando o Poder Público intervém coercitivamente em defesa do direito ameaçado ou lesado, ele o faz representando a proteção-coerção do direito, visando manter, efetivamente, a vida em sociedade harmonicamente organizada.

O direito, assim, deve ser entendido com o caráter de força social propulsora que ele possui, que visa proporcionar o meio de aperfeiçoamento e progresso do homem, tanto individual quanto socialmente em consequência.

Com o surgimento do Estado Constitucional – o Estado estruturado e regido por uma norma suprema, a sua Constituição – os direitos humanos – individuais e sociais – foram guindados à posição de fundamentais, constitucionalmente outorgados e, portanto, reconhecidos e garantidos, revestidos assim de uma proteção suprema, a partir da Carta Magna de cada país. No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, dá aos direitos humanos fundamentais

---

<sup>53</sup> *Rectum* é “o que está conforme a régua”, cf. André Franco Montoro in *Introdução à Ciência do Direito*, ed. Revista dos Tribunais, 25ª edição, 2000.

<sup>54</sup> Planiol, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Tome I, 1.

<sup>55</sup> James Goldschmidt (*Problemi Generali del Diritto*, ed. Cedam, 1950) define o direito como sendo o “complexo das normas gerais e invioláveis produzidas pela cultura de uma comunidade e inspirada na idéia de justiça; para tornar possível a coexistência dos homens, estas normas lhes impõem deveres de fazer e de não fazer, tipicamente correspondentes a outros tantos direitos e, geralmente, estatuem que a comunidade organizada reprimirá a violação de tais deveres”.

priorização total, disciplinando-os logo a partir do seu artigo 5º, em razão do que foi cognominada “Constituição cidadã”.

### **O Direito em exame neste trabalho**

Após as breves considerações sobre o direito e seu significado para o indivíduo e para a sociedade, passo à apresentação do direito que vamos analisar aqui – o direito de uma professora da rede municipal de ter garantida a licença de afastamento sem vencimento, por dois anos, visando salvaguardar seu direito à preservação da sua família e do seu casamento.

### **Esse o caso concreto:**

Tratava-se de servidora pública municipal com lotação e exercício em uma Escola Municipal de Educação Infantil - EMEI, que estava afastada da função de professora, em que atuou por 25 anos, tendo passado a exercer o cargo de Coordenadora Pedagógica por dois anos em CEI (Centro de Educação Infantil e Creche Conveniada) e atualmente o de Diretora da EMEI. No final do ano de 2017, precisou requerer licença de afastamento para acompanhar sua filha menor, visando a residir com ela e seu marido, pai da menor, nos Estados Unidos, uma vez que seu cônjuge foi transferido para aquele país pela empregadora do mesmo, a empresa General Motors. Esta, com o fim de manter a integridade familiar de seu empregado, estando

próximo o vencimento do prazo para a transferência da família, providenciou a cobertura da passagem aérea da mãe e da filha menor, com data de 10 de março de 2018, a formalização de permanência das mesmas, viabilizando sua residência fixa, e os estudos para a menor até a fase universitária.

O pedido de licença foi deferido pela Supervisora Escolar na chefia imediata, uma vez que restavam quatro professoras efetivas na unidade de exercício da servidora sem aulas atribuídas, o que viabilizaria a substituição caso o pedido de licença fosse deferido. Porém, sob o fundamento de “necessidade de serviço”, as demais instâncias administrativas indeferiram o pedido de licença.

A professora alegou seu desespero por encontrar-se longe do marido, que já estava afastado da família desde março de 2017, e por precisar acompanhar a filha, menor, em idade que precisa muito da presença e orientação da mãe, e para ajudá-la a adaptar-se em país e escola estrangeiros, tudo o que, se não permitido o afastamento, redundaria no perecimento de seu casamento, de sua família e de seu emprego.

Diante do indeferimento administrativo, a professora ingressou com mandado de segurança contra o sr. Prefeito, o que levou o processo à competência do Tribunal de Justiça de São Paulo, por seu Órgão Especial, competente para julgar o caso em sendo autoridade coatora o Prefeito do Município.

## O Poder Judiciário bandeirante e o caso da professora

O Tribunal de Justiça de São Paulo organizou o exame do caso pela análise dos seguintes pontos fulcrais: 1. Tem a impetrante (professora da rede municipal) direito líquido e certo a ser protegido pela via mandamental? 2. Se há direito líquido e certo a ser protegido, pode a Administração Pública, no caso a Prefeitura local, violá-lo alegando “necessidade de serviço”? 3. Se há direito líquido e certo a ser protegido, e se a autoridade coatora deixar de reconhecê-lo, pode o Judiciário impedir uma abusividade constatada?

Com essa ordem de análise do caso, passou-se ao exame de cada tópico indicado.

### *1. Tem a impetrante direito líquido e certo a ser protegido pela via mandamental?*

Por direito líquido e certo<sup>56</sup> deve ser entendido aquele que é incontestável, não restando dúvida quanto aos fatos em razão das provas pré-constituídas apresentadas pela parte. Como já dizia o inesquecível Ministro Costa Manso, “desde que o fato seja certo e incontestável, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se

---

<sup>56</sup> Expressão que é utilizada no texto constitucional brasileiro desde a Constituição Federal de 1946 (art. 141, § 24), e assim introduzida na Lei 1.533 (art. 1º), mantida também no texto da Carta Magna de 1988 (art. 5º, LXIX) e na vigente

apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança”.<sup>57</sup>

O direito líquido e certo da autora se apresenta, no caso concreto, sob dois importantes ângulos – o administrativo [a] e o constitucional [b].

[a] A impetrante é funcionária pública municipal, cargo que exerce há quase 28 anos – 25 anos como Professora de Educação Infantil e Ensino Fundamental I, desde 01/02/1991, dois anos como Coordenadora Pedagógica no CEI (Centro de Educação Infantil e Creche Conveniada), e atualmente como Diretora da EMEI (Escola Municipal de Educação Infantil). Portanto, ela é detentora legítima do cargo que ocupa como servidora pública municipal há 27 anos – atualmente não como professora, mas sim como Diretora da Escola Municipal, sem nenhuma indicação de mácula ou desabono quanto à sua atuação.

Ao servidor público municipal é assegurado o direito de obter licença sem vencimento para tratar de interesse particular, pelo prazo máximo de 2 (dois) anos (art. 153, do Estatuto dos Servidores Públicos do Município).<sup>58</sup>

---

lei regulamentadora do remédio constitucional (Lei 12016/2009, art. 1º).

<sup>57</sup> *apud* Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, 5ª. edição, RJ., 1956, pgs. 92-83.

<sup>58</sup> Estatuto dos Servidores Públicos do Município – Lei 8.989/1979 - Art. 153 - O funcionário estável poderá obter licença sem vencimento para tratar de interesse particular, pelo prazo máximo de 2 (dois) anos.

A chefe imediata da impetrante deferiu o pedido de afastamento, tudo o que demonstra que quem está mais próxima da real situação da autora não vê problema algum no afastamento da mesma, uma vez que restaram quatro professoras efetivas na unidade de serviço da servidora sem aulas atribuídas, para as substituições que venham a ser necessárias, o que viabilizaria a substituição diante do deferimento do pedido.

A impetrante, ademais, contava com mais de dois anos de efetivo exercício (na verdade, contava com 27 anos de serviço), não respondia a inquérito administrativo, não tinha débitos pendentes com a PMSP, HSPM ou IPREM, e contava com a concordância da chefia imediata.

Pelos dados levados aos autos, portanto, entendeu o douto Colegiado que a impetrante preenchia os *requisitos administrativos* apontados para obter licença sem vencimento. Quanto a isto, a Prefeitura Municipal nada alegou ou opôs em suas informações, e a prova apresentada o comprovou.

Quanto ao *interesse particular* justificador do pedido, pode ele ser assim identificado: a autora é casada e seu marido foi designado para trabalhar na sede americana de sua empregadora, General Motors, residindo nos Estados Unidos desde

03/2017 por conta desta remoção. A autora continuou residindo no Brasil com a filha menor, porém a empresa empregadora tomou as providências necessárias para viabilizar a manutenção da família e, antes do vencimento do prazo de transferência da família aos Estados Unidos, promoveu o envio das passagens, com data de 10/03/2018, garantindo ainda o custeio dos estudos da menor, com as aulas se iniciando em março de 2018, e residência fixa pela formalização dos documentos de permanência das mesmas no país. A Prefeitura em sua manifestação não questionou nem se insurgiu quanto aos dados apresentados pela funcionária requerente.

Concluiu-se, portanto, que o direito líquido e certo para espeque do pedido de licença existia, e estava comprovado de plano.

Da análise do interesse particular em questão, porém, verificou-se que o âmbito do direito a ser considerado *in casu* era muito maior do que o de direito líquido e certo ao cargo e à licença sem vencimento nos termos da regulamentação legal. Tratava-se também de direito fundamental constitucionalmente garantido, qual seja, o direito da servidora pública de ter protegida e garantida a sua família. Assim,

---

§ 1º - A licença referida neste artigo poderá ser negada quando o afastamento do funcionário for inconveniente ao interesse do serviço.

[b] nos termos do art. 226 da Constituição Federal<sup>59</sup>, a família é afirmada como base da sociedade, guindada à proteção constitucional pelo fundamento insculpido no art. 1º, inciso III da Constituição Federal, o da dignidade da pessoa humana, valor supremo que atrai todos os direitos fundamentais do homem, “referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”<sup>60</sup>.

A autora comprovou que seu cônjuge foi transferido a trabalho para os Estados Unidos desde março de 2017 (fls. 69), sendo que o casal possui uma filha ainda menor, de acordo com a certidão de nascimento apresentada. Também comprovado e não combatido nos autos que, a partir do fim do ano de 2017, a empresa empregadora viabilizou à família de seu empregado condições de preservar e manter seu vínculo familiar. Não se trata, pois, de qualquer interesse particular, mas sim de preservar o núcleo familiar da servidora, bem como o de assegurar o direito da menor à convivência familiar, previsto no art. 227 da Constituição Federal. A proteção constitucional à família e aos menores constitui direito fundamental, ao qual nenhuma norma ou ato pode sobrepor-se, sob pena de perpetrar inaceitável violação a comando principiológico supremo no direito brasileiro.

---

<sup>59</sup> Constituição da República Federativa do Brasil – art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Justificada estava, pois, a necessidade do afastamento da impetrante, para manter sua família, dando a esta condição de viver dignamente protegida, preservando o vínculo afetivo e social. E não apenas por esse critério, devendo ainda ser lembrado que, sob a égide da valoração da família como base da sociedade, nossa Carta Magna também imputa à família e ao Estado, o DEVER de assegurar à criança e ao adolescente, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, o direito à dignidade, à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência<sup>61</sup>. Do que deflui que não apenas a impetrante, mas também a Administração Pública estão constitucionalmente jungidos ao DEVER de preservar a família, o que lastreia, fortemente também, o direito líquido e certo em exame. Por simetria, a Constituição Estadual de São Paulo também normatiza tal proteção, observando-se, porém, que ela exige do Poder Público,

---

<sup>60</sup> Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª. ed., Coimbra Ed., 1984, pgs. 58/59.

<sup>61</sup> Constituição da República Federativa do Brasil – art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (n/grifos).

primeiramente, e da família ao depois, a proteção da família, nos termos que estabelece.<sup>62</sup>

A confirmação do direito líquido e certo pode ser dimensionada também em função dos danos que o indeferimento do pedido de afastamento causaria. Negando o afastamento à sua servidora, esta perderia definitivamente:

- o direito de salvar e manter o seu casamento;
- o direito de salvar e manter sua família e a convivência com sua filha menor;
- o direito de salvar e manter toda a sua carreira – 27 anos de exercício profissional, com a proximidade de sua aposentadoria;
- o direito de salvar e manter sua dignidade pessoal e a sua capacidade de continuar trabalhando como servidora.

Constatada a existência do direito líquido e certo da impetrante, prosseguiu a C. Corte no exame do caso vertente, respondendo à segunda indagação:

---

<sup>62</sup> Constituição do Estado de São Paulo – art. 277 – Cabe ao Poder Público, bem como à família, assegurar à criança, ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiências, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e agressão. (n/grifos).

## ***2. Se há direito líquido e certo a ser protegido, pode a Administração Pública, no caso a Prefeitura local, violá-lo alegando “necessidade de serviço”?***

É consabido que a lei confere ao administrador, diante de alternativas de conduta, liberdade para agir ou decidir, mas sabe-se também que isto significa que quando a lei confere ao agente público competência discricionária, ela atribui ao agente o poder-dever de escolher a melhor conduta, a conduta ótima, dentre um universo de condutas possíveis, para a plena satisfação do interesse público.

Isto significa que o legislador, não podendo antecipar qual seria a melhor medida para cada caso, encarrega o administrador, pela outorga de discricionariedade, de adotar a escolha ideal, buscando atender o melhor possível à finalidade da norma e ao interesse público.

O conceito de interesse público é um conceito jurídico. Assim, o que seja interesse público, categoria jurídica, somente é encontrável no Direito Positivo. O interesse público é delineado pelo sistema normativo – será interesse público aquele que o sistema normativo reconhece com tal qualidade. E os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais enquanto participantes da sociedade.

Luís Roberto Barroso, ao discorrer sobre o sentido e alcance do interesse público no direito contemporâneo, traz a divisão dele em interesse

público primário e interesse público secundário<sup>63</sup>, e em função desta divisão afirma que

[...] em um Estado democrático de direito, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consoma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis, cabendo ao Estado a sua defesa, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares imediatos.<sup>64</sup>

Pois bem. No caso analisado, via-se que a Prefeitura Municipal estava indeferindo pedido de licença de afastamento sem vencimento, em razão de interesses particulares, sob o fundamento de que havia 717 cargos de professor em aberto, no âmbito da Secretaria Municipal de Educação, o que estaria causando um *déficit* funcional no quadro de servidores a que pertence a impetrante, do que

---

<sup>63</sup> Interesse público primário é o pertinente à sociedade como um todo, cabendo ao Estado buscá-lo, por ser representante do corpo social. Interesse público secundário é o da pessoa jurídica (quer seja a União, o Estado ou o Município) que seja parte em determinada relação jurídica, e em busca dos interesses de seu próprio organismo. Esta distinção é de origem italiana (Renato Alessi, Camelutti, Piccardi, com seguidores na doutrina brasileira, tais como Celso Antonio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Luís Roberto Barroso).

<sup>64</sup> Barroso, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do Novo Modelo*, Ed. Saraiva, 7ª. ed., p. 97.

resultaria que seu pedido não fosse conveniente nem oportuno para a Administração Municipal. Deferir o afastamento da servidora significaria, segundo a Prefeitura em questão, atender a interesses pessoais em detrimento do interesse da Administração e a necessidade e manutenção dos serviços públicos. Examinando as razões apresentadas pela autoridade coatora, vê-se que:

[a] o fundamento utilizado não se mostra, por si só, como um critério razoável para a aferição da conveniência do ato administrativo, por revelar apenas a necessidade genérica de reposição funcional, retirando a coerência do ato administrativo.

Mais uma vez sob as luzes do ilustre professor Bandeira de Mello, “Vale dizer: não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo – por mais bem-fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico –, mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo.

Com efeito, dita qualificação quem a faz é a Constituição e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido”<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Idem, pag. 68.

Negar a licença à professora não iria solucionar o *déficit* funcional municipal, pois continuariam existindo as mais de setecentas vagas em aberto, porém tal indeferimento iria fulminar direito constitucionalmente protegido e a legitimidade do pedido objeto do *writ* a ser decidido. A única razão apresentada pela Municipalidade para a negação do afastamento sem remuneração estava relacionada, apenas e tão somente, à necessidade genérica de reposição de servidores – repita-se, o que não resolveria o problema da falta de servidores, sendo portanto insuficiente para contrapor-se à motivação do pedido, totalmente lastreado na Constituição e na lei, como já demonstrado. O direito da impetrante é protegido por uma cláusula de direito fundamental. Era de rigor, portanto, coibir que tal violação fosse perpetrada.

[b] em nenhum dos indeferimentos apresentados está sequer mencionada a existência da filha da servidora. O interesse particular da servidora foi referido nos autos, pela Administração, como sendo apenas o de “acompanhar seu marido”. Em nenhum dos indeferimentos da Prefeitura Municipal sequer é mencionada a existência da filha da impetrante, o direito de proteção à família da mesma sequer é considerado, não sendo mencionada a necessidade imperiosa da mãe acompanhar a filha menor, e o interesse público invocado o foi apenas sob a alegação de “interesse da Administração e

necessidade de manutenção dos serviços públicos”, o que é destituído de coerência e desborda dos limites da discricionariedade, como já visto mais acima, sobrepondo o “alegado” interesse público ao “efetivo” direito constitucionalmente garantido de proteção à família do servidor público, e que não pode ser ignorado pela Administração, como ela pretende.

Ademais, o *déficit* a que se refere a Prefeitura diz respeito a *professores*, e esta não é a função que a autora estava ocupando nos últimos três anos. A inicial demonstrava a existência de 4 (quatro) professoras substitutas, sendo três delas irremovíveis, que já a têm substituído, pois esta a função delas. Portanto, prejuízo ao serviço não haveria, principalmente considerando tratar-se de afastamento sem vencimento.

Verificou-se, ainda, que o fundamento trazido pela Administração Pública tornava-se inócuo, na medida em que o legislador conferiu o direito ao servidor de se licenciar sem vencimentos, quando precisar. Sabendo-se que todos os servidores exercem função útil e, portanto, necessitam ser substituídos quando usufruem de licença, a necessidade de reposição, por si só, não se mostra um critério razoável para a aferição da conveniência do deferimento ou não da licença sem vencimentos, sob pena de tal benefício tornar-se letra morta.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> No escólio de Celso A. Bandeira de Mello, “Não há como esquivar-se a este dilema: ou as palavras da lei significam sempre, em qualquer caso, realmente alguma coisa, ou nada

O indeferimento, reiterou-se, não traria nenhuma solução para o problema funcional da Administração, mas com ele a impetrante perderia, definitivamente: o seu direito de salvar e manter o seu casamento; o seu direito de salvar e manter sua família e a convivência com sua filha menor; o seu direito de salvar e manter toda a sua carreira – 27 anos de exercício profissional, com a proximidade de sua aposentadoria; o seu direito de salvar e manter sua dignidade pessoal e a sua capacidade de continuar trabalhando como servidora.

Cabe aqui trazer lição de Enterría, segundo a qual “Quando um cidadão se vê prejudicado em seu âmbito material ou moral de interesses por atuações administrativas ilegais adquire, pela conjunção dos dois elementos de prejuízo e de ilegalidade, um direito subjetivo à eliminação dessa atuação ilegal, de modo que se defenda e restabeleça a integridade de seus interesses”.<sup>67</sup>

A impetrante estaria sendo prejudicada ilegalmente com o cômodo indeferimento incongruente do pedido de que tanto necessitava. O interesse público pertinente à Administração, aqui, era o de atender à necessidade de sua funcionária, permitindo que ela tivesse seus direitos respeitados, para manter a integridade de sua família e de seu casamento, e *poder voltar a trabalhar* quando

---

valem, nada identificam – que seria o mesmo que inexistirem. Reduzindo tudo a uma expressão última: ou há lei, ou não há lei, pois negar consistência a suas expressões é contestar-lhe a existência” (op. cit, p. 1007).

encerrado seu afastamento. Em franco respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e em total sintonia com o sistema normativo vigente.

Inegável a coincidência do interesse público da Prefeitura com o da impetrante, no caso dos autos. Se a família da servidora fosse destruída, ela não teria mais condição alguma de continuar trabalhando, e a discricionariedade da Prefeitura não pode causar tal dano inclusive ao interesse público geral. É nítido o limite imposto pelo próprio sistema constitucional vigente ao poder discricionário da Administração. Como afirma, ainda, o preclaro Bandeira de Mello,

é evidente, e de evidência solar, que a proteção do interesse privado nos termos do que estiver disposto na Constituição é, também ela, um interesse público, tal como qualquer outro, a ser fielmente resguardado; ou seja: sua defesa não é apenas do interesse do particular que possa vir a ser afetado, mas é de interesse de toda a coletividade que seja defendido.<sup>68</sup>

Como corolário, ademais, da atitude ilegal da Administração, o ato administrativo que ora se examina afrontava nitidamente, sob qualquer ângulo que se o examine, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Como preleciona Maria Sylvia Zanella di Pietro

---

<sup>67</sup> Ibidem, p. 981.

<sup>68</sup> Idem, p. 69.

[...] o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. ....Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução [...] Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade.<sup>69</sup>

Nesse sentido, valiosos precedentes indicando a sensibilização crescente da C. Seção de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça para casos como o vertente:

MANDADO DE SEGURANÇA – Professora Municipal de Jundiá – Licença sem remuneração para tratamento de interesses particulares, por dois anos – Pedido de licença para acompanhar o marido, transferido pela empresa em que trabalha para outro país – Administração Pública que indeferiu o pedido, sob o fundamento da necessidade de reposição de vaga – Apesar de se tratar de questão que se insere no âmbito do poder discricionário da Administração Pública, este encontra limites nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – Inteligência do art. 226 da CF, que reconhece a família como base da sociedade, merecedora de especial proteção do Estado – Decisão administrativa sem motivo suficiente para o indeferimento – Sentença mantida. Recursos oficial e voluntário improvidos.<sup>70</sup>

APELAÇÃO CÍVEL. Servidor Público Estadual – Licença não remunerada prevista no art. 202 da Lei n. 10.261/68 – Admissibilidade –

<sup>69</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, Ed. Forense, 31ª. ed., p. 106.

<sup>70</sup> Apelação Cível n. 0016452-17.2012.8.26.0309 – Voto 17.339 – Relator Des. Carlos Eduardo Pachi- 12.02.2014.

Requisitos preenchidos – Violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade – Concessão da ordem que se impõe – Recurso provido.<sup>71</sup>

APELAÇÃO CÍVEL. Mandado de Segurança. Servidora pública municipal. Pretensão à concessão de licença não remunerada por dois anos para tratar de assuntos particulares. Admissibilidade. Companheiro que fora transferido para a cidade do Rio de Janeiro e a impetrante possui dois filhos menores. Manutenção do vínculo familiar preconizado pela Constituição Federal. Ato discricionário submetido ao critério do Administrador que, no entanto, deve estar pautado nos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Direito líquido e certo suficientemente demonstrados. Ausência de prejuízo do interesse público diante dos pareceres favoráveis da Diretora de Escola e Diretora Regional de Educação. Sentença de concessão da segurança mantida. Negado provimento aos recursos oficial e voluntário.<sup>72</sup>

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. Servidora da LEMEPREV. Procuradora da autarquia. Pedido de licença para tratar de interesse particular, pelo período de 2 anos e sem remuneração. Liminar indeferida. Inadmissibilidade. Licença para acompanhar o cônjuge, que foi transferido para a Espanha, desde setembro de 2017. Direito constitucional à proteção da família e da criança. Inteligência dos arts. 226 e 227, da CF. Presentes os requisitos do art. 7º, III, da Lei 12.016/09. Decisão agravada reformada.<sup>73</sup>

Inegável o limite que o sistema constitucional vigente estabelece para o poder discricionário da Prefeitura. Esta não pode

<sup>71</sup> Apelação Cível n.1057427-17.2016.8.26.0053 – Voto 21.069 – Relatora Des. Luciana de Almeida Prado Bresciani – 20.10.2017.

<sup>72</sup> Apelação n. 0007183-43.2012.8.26.0053. Voto 9731 – Relator Des. Oswaldo Luiz Palu – 05.06.2013.

<sup>73</sup> Agravo de Instrumento n. 2037571-44.2018.8.26.0000. Voto 16.547. Relator Des. Paulo Galizia – 16.07.2018.

ultrapassar tal limite, acomodando-se sob fundamento genérico que não constitui solução para seu problema funcional e que foge aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, prejudicando a sua servidora, acabando com o seu casamento, sua família, seu emprego e sua capacidade de trabalhar como servidora pública.

A Corte Suprema Estadual passou, então, a examinar o terceiro tópico estabelecido para sua análise:

***3. Se há direito líquido e certo a ser protegido, e se a autoridade coatora deixou de reconhecê-lo, deve o Judiciário impedir uma abusividade constatada?***

A noção de Estado de Direito não só exige que o Estado esteja “sotoposto, como qualquer outro sujeito, às leis e à jurisdição”<sup>74</sup>, mas também traz, imanente, a soberania popular, por conta da contenção do Poder. Como bem pondera Celso Antonio Bandeira de Mello,

[...] a ordem normativa no Estado de Direito nem se apresenta apenas como um valor objetivo, nem se propõe a ser um esquema de condutas que interesse prevalentemente à pessoa do Estado. Antes, assume o caráter de quadro garantidor de interesses, simultaneamente da coletividade e, particularmente, de cada indivíduo que a compõe, sempre que a quebra da legitimidade cause ao administrado um agravo pessoal ou a subtração de uma vantagem

<sup>74</sup> Pallieri, Balladore. *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, 3ª. ed., 1953, pag. 85.

que pessoalmente lhe adviria se fora mantida íntegra a ordem jurídica.

A adoção desta tese, encampada pelos textos constitucionais, seja ou não respeitada na praxis política, envolve consequências jurídicas de transcendente relevo para a interpretação quer da a) “admissibilidade das postulações do administrado em juízo”, quer para b) delimitar-se a “extensão do controle judicial dos atos administrativos”.<sup>75</sup>

Assim, a legalidade tem função protetora do indivíduo, e com base nesta baliza, busca-se saber se a conduta administrativa é legítima ou não, e se ilegítima, se dela resulta ou não um prejuízo quanto a uma proteção conferida pela ordem jurídica e que seria fruída pelo indivíduo, na conformidade dela, se a conduta da Administração estivesse conforme o Direito. É o que vemos em mais um lapidar ensinamento de Entierria:

Toda ação administrativa que force um cidadão a suportar o que a lei não permite não apenas é uma ação ilegal, é uma agressão à liberdade de dito cidadão. Deste modo a oposição a um ato administrativo ilegal, é, em último caso, uma defesa da liberdade de quem resultou injustamente afetado por dito ato.<sup>76</sup>

No caso da professora municipal, o balizamento suplementar da discricção abstrata se deu pela perquirição da atuação conforme a Constituição e conforme a lei. Verificado que a Administração acomodou-se no campo discricionário da

<sup>75</sup> Mello, Celso Antonio Bandeira de. *Controle judicial dos atos administrativos*, RDP n. 65, ano XVI, jan./mar. 1983.

<sup>76</sup> *apud* Celso Antonio Bandeira de Mello, Eduardo Garcia de Entierria, op. cit., p. 979.

necessidade genérica de serviço, sem elidir as provas trazidas de que a situação da servidora em tudo se amolda ao que a lei exige, demandando também a realização da proteção constitucional que lhe é assegurada, necessária mostrou-se a intervenção do Poder Judiciário, trazendo proteção judicial contra a violação desta garantia.

No Estado de Direito, o principal objetivo é o de dar o Poder ao Estado, mas também o de conferir real proteção aos administrados, efetivamente tutelando seus direitos e assegurando-os. Sem qualquer infringência à tripartição dos Poderes, porquanto também assegurada na Constituição, a atribuição de diligente investigação do Poder Judiciário, com o conseqüente controle dos atos administrativos, só pode redundar em garantia constitucional dos direitos fundamentais que ela outorga e protege.

Deve ser ressaltado que, por diligência de iniciativa do próprio Poder Judiciário, foi verificado que, conforme divulgada notícia no sítio eletrônico da Prefeitura Municipal impetrada, em 08 de maio de 2018 houve convocação de mais 2.400 (dois mil e quatrocentos) professores “aprovados em concurso de Educação Infantil e de Ensino Fundamental II e Médio”, o que evidenciou que o argumento utilizado pelo órgão municipal caía por terra, deixando de haver suporte, também por tal razão, para mantê-lo.

Do exame do caso analisado, tanto em relação à proteção constitucional quanto em relação

à lei regente, viu-se que a Administração extraiu conseqüências incompatíveis com o princípio de Direito aplicável à hipótese, pelo que, ao dimensionar sua extensão, concluiu a Corte Bandeirante que o ato de indeferimento requer controle de legalidade pelo procedimento extrínseco do mandado de segurança. E concluiu ser de rigor a concessão da segurança, determinando à autoridade impetrada que concedesse o afastamento não remunerado à professora, pelo período requerido, a partir da data do início da licença pleiteada.

### **Conclusão**

Deve-se levar em conta que embora, em regra, não seja cabível ao Poder Judiciário examinar o mérito do ato administrativo discricionário – classificação na qual se enquadra o ato que aprecia pedido de licença de servidor para tratar de interesse particular –, não se pode excluir do Judiciário a faculdade de análise dos motivos e da finalidade do ato, sempre que verificado abuso por parte do administrador.

Diante de manifesta ilegalidade, como verificado pela análise do caso examinado, não há falar em invasão do Poder Judiciário na esfera Administrativa, pois é de sua alçada o controle de qualquer ato abusivo, não se podendo admitir a permanência de comportamentos administrativos ilegais sob o pretexto de estarem acobertados pela discricionariedade administrativa.

Constatou-se, no caso sub examine, que os fundamentos elencados pela Administração para recusa de licença à professora para tratar de interesse pessoal eram inidôneos e infundados, pois se apoiaram em elementos inverossímeis, sendo ausente, ademais, eventual prejuízo ao interesse público. O ato administrativo deve sempre mostrar-se adequado à finalidade anunciada, o que é requerido e consentâneo com o Estado Democrático de Direito. Se não o é, precisa ser corrigido pelo Poder Judiciário, sob pena de inaceitável ilegalidade e afronta ao Direito. A utilização do conceito de interesse público tem que ser feita com cautela e respeito diante da pluralidade e contrariedade entre os interesses dos diferentes integrantes da sociedade.

E não se pode deixar de lado a baliza indicando que os motivos externados pela Administração não podem sobrepor-se à proteção da família, de basilar consagração pela Constituição da República Federativa do Brasil, tampouco ferir totalmente os direitos individuais existentes, ignorando a dimensão pública (social) que eles detêm, não sendo esta a direção da legalidade no Direito Brasileiro.

Onde há um direito, é preciso dar-lhe vida, permitindo que seu titular possa exercê-lo e tê-lo respeitado!

#### Referências:

AGRAVO de Instrumento n. 2037571-44.2018.8.26.0000. Voto 16.547. Relator Des. Paulo Galizia – 16.07.2018.

APELAÇÃO Cível n. 0016452-17.2012.8.26.0309 – Voto 17.339 – Relator Des. Carlos Eduardo Pachi – 12.02.2014.

APELAÇÃO Cível n. 1057427-17.2016.8.26.0053 – Voto 21.069 – Relatora Des. Luciana de Almeida Prado Bresciani – 20.10.2017.

APELAÇÃO Cível n. 0007183-43.2012.8.26.0053. Voto 9731 – Relator Des. Oswaldo Luiz Palu – 05.06.2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do Novo Modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 18 jul. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra, 1984.

CASTRO NUNES, José de. *Do mandado de segurança*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro, 2016.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemi Generali del Diritto*. Padova: Cedam, 1950.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Controle judicial dos atos administrativos*. RDP n. 65, ano XVI, jan./mar. 1983.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PALLIERI, Balladore. *Diritto Costituzionale*. 3. ed. Imprenta: Milano, 1953.

SÃO PAULO. *Constituição Estadual do Estado de São Paulo*. 1989. Disponível em:  
<<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/dg280202.nsf/a2dc3f553380ee0f83256cfb00501463/46e2576658b1c52903256d63004f305a?OpenDocument>>  
Acesso em: 18 jul. 2019.

PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Tome I,1.

SÃO PAULO. *Estatuto dos Servidores Públicos do Município de São Paulo*. Lei 8.989/1979.  
Disponível em:  
<[https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/Servidores%20-%20Estatuto\\_1265987442.pdf](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/Servidores%20-%20Estatuto_1265987442.pdf)> Acesso em: 18 jul. 2019.