



**Uniceub**

Centro Universitário de Brasília

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA**  
**MESTRADO EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS**

**FRANCISCO EUGÊNIO CUNHA SILVA**

**O Princípio da Solidariedade e o Direito Administrativo**

Brasília, junho de 2015

FRANCISCO EUGÊNIO CUNHA SILVA

**O Princípio da Solidariedade e o Direito Administrativo**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestrado em Direito e Políticas Públicas pelo programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Brasília, junho de 2015

FRANCISCO EUGÊNIO CUNHA SILVA

## **O Princípio da Solidariedade e o Direito Administrativo**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestrado em Direito e Políticas Públicas pelo programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Brasília-DF, de de 2015.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy  
Orientador

---

Prof. Dr.  
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

---

Prof. Dr.  
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

---

Prof. Dr.  
Membro Externo

Aos meus pais, Antônio e Vera,  
pelo amor, apoio e confiança.

Agradeço, primeiramente, a Deus, pela constante companhia.

À minha família, participante da minha alegria em concluir este curso de pós-graduação, pelo incentivo transmitido, especialmente a minha tia Rosana, que sempre me auxilia nessa jornada.

Ao meu orientador, pela contribuição, atenção e dedicação prestadas.

Aos meus amigos, pela cumplicidade e alegria de sempre.

"Todo vivir humano ocurre en conversaciones y es en ese espacio donde se crea la realidad en que vivimos."

Humberto Maturana.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	1
<b>1 A SOLIDARIEDADE E O CONFRONTO COM A REALIDADE SOCIAL .....</b>	<b>10</b>
<b>1.1 A DISTINÇÃO ENTRE A VISÃO LIBERALISTA, COMUNITARISTA E REPUBLICANA DA SOLIDARIEDADE. ....</b>	<b>15</b>
<b>1.2 O CONSTITUCIONALISMO VOLTADO A PROMOÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE .....</b>	<b>36</b>
<b>2 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA .....</b>	<b>50</b>
<b>2.1 A SOLIDARIEDADE NA VISÃO DO STF .....</b>	<b>55</b>
<b>2.2 A SOLIDARIEDADE NA VISÃO DO STJ .....</b>	<b>67</b>
<b>3 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NO PARADIGMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO....</b>	<b>91</b>
<b>3.1 INTERESSE PÚBLICO VERSUS PRIVADO .....</b>	<b>94</b>
<b>3.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PARTICULAR VINCULADOS PELA SOLIDARIEDADE .</b>	<b>108</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>130</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>134</b>

## **RESUMO**

O Direito Administrativo sofre um descompasso dogmático, incapaz de encontrar harmonia com os dogmas da constituição, devendo ser informado não apenas pelo grupo de princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal, mas com todo o seu conjunto de princípios. A Constituição Federal de 1988 elevou a solidariedade ao status de princípio positivado, entretanto o comportamento da Administração ainda está distante da concepção de humanização e cooperação, pois ainda coloca o interesse público como ponto central da teoria. Diversos segmentos da jurisprudência enunciam a obrigação de cooperar, comportamento que também deve ser refletido dentro do Direito Administrativo, revendo a sua função como realizador dos direitos constitucionais e não mais como instrumento de satisfação do interesse público como exercício da tirania. A tese central é a de que o princípio da solidariedade integra o conjunto de princípios norteadores da Administração Pública, desenvolvendo um paradigma capaz de reger o Direito Administrativo na construção de um procedimento uniforme com os objetivos declarados pela Constituição Federal e de proteção dos direitos fundamentais. A problemática está descrita na posição autoritária do Estado e a metodologia se desenvolve na adoção de uma postura ideológica perante a realidade discursivo argumentativo. A pesquisa parte da teoria do discursiva argumentativa. A pesquisa foi elaborado com predominância na investigação do problema nas bases sociais que regimentam os diversos tipos de Estado, demonstrando a sistemática republicana adotada pelo Brasil. A análise da jurisprudência utilizou-se do método de análise de jurisprudência qualitativo, investigando como o decisor constrói o sentido de solidariedade e as soluções jurídicas dadas ao caso concreto. As investigações formuladas foram traçadas dentro dos campos: histórico-jurídico, jurídico-descritivo, jurídico-compreensivo, jurídico-prospectivo e jurídico-propositivo

**Palavras-chave: Direito Administrativo – Relativização do interesse público – Princípio da Solidariedade – Humanização do Direito.**

## **ABSTRACT**

The Administrative Law suffers a dogmatic mismatch unable to find harmony with the Constitution and should be informed not only by the listed principles in Section 37 of the Federal Constitution, but with its whole set of principles. The Federal Constitution of 1988 increased solidarity to the status of legal principle, however the way that Management is still far away from the concept of humanization and cooperation because still puts the public interest as the main point of the theory. Several segments of jurisprudence set out the obligation to cooperate. This sort of ability also must be reflected in the Administrative Law, reviewing its role as a director of constitutional rights and not as an instrument of satisfaction of the public interest as the exercise of tyranny. The main thesis is that the principle of solidarity is part of the set of guiding principles of public administration, developing a paradigm able to governing the Administrative Law in building a common procedure with the objectives stated by the Constitution and by fundamental rights protection. The problem is described in the authoritative position of the State and the methodology is developed in adopting an ideological parameters in face of the argumentative discursive reality. The research starts from the argumentative discourse theory, and was developed based, predominantly, on investigation of the problem in the social bases that regulates the various types of State, demonstrating the republican system adopted in Brazil. The analysis of the jurisprudence, or judge-made law, used qualitative analysis of cases method, investigating how the decision-maker builds up a sense of solidarity and the legal remedies given to the case. The formulated investigations were drawn into the following fields: historical and legal, legal-descriptive, legal-comprehensive, legal and prospective legal and legal-propositional

**Keywords: Administrative Law - Relativization of the public interest - Principle of Solidarity - Humanization of law.**

## INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo tem passado por um vazio em suas prescrições dogmáticas, o que demonstra a necessidade de reavaliar o passado e como as suas teses podem conviver de forma a solucionar os problemas atuais. Dessa premissa indaga-se sobre a direção dos preceitos constitucionais e os seus reflexos nos diversos campos jurídicos extraindo uma teoria diferente para a construção do Direito Administrativo. Uma que sirva para enriquecer os Direitos Fundamentais e distante das teorias que tenha apenas o objetivo de justificar a autoridade do Estado e da sua real função.

Gustavo Binenbojm explora bem esse contrassenso pelo qual passa a teoria Administrativa levantando a questão de se reformular os paradigmas que ainda são inspirados em teorias que reportam o século XIX, descrevendo uma realidade que já não existe mais.<sup>1</sup> Para o autor essas teorias são descritas pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; “a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei”; “a intangibilidade do mérito administrativo”; “a ideia de um Poder Executivo unitário”, todos como instrumentos que ordenavam a estrutura não compatível com a atual realidade.

Binenbojm enumera outros instrumentos que devem lançar os marcos condizentes com o constitucionalismo democrático. A Constituição como centro da vinculação administrativa à juridicidade; a redefinição do interesse público e sua supremacia que não devem transcrever apenas um critério de arbitrariedade; a discricionariedade para a legitimidade devendo ser exercida como legitimidade e outros valores dentro de uma ordem condizente com os princípios constitucionais; e o esvaziamento do poder central que cede espaço ao poder administrativo independente.<sup>2</sup>

Nesse ponto fica plasmado que o Direito Administrativo deve ser informado não apenas pelo grupo de princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal. Isto porque apenas aqueles não seriam suficientes para elencar a melhor solução aos problemas. Assim passa o princípio da solidariedade a compor o rol dos princípios que devem informar o Direito Administrativo.

---

<sup>1</sup> O autor expõe o problema em sua tese de doutorado. (BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional- artigos e pareceres**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2008. p. 5).

<sup>2</sup> Idem. p. 7

Ainda que o princípio da solidariedade esteja positivado na Constituição Federal, os recursos jurídicos advindos da substância normativa que se extrai desse preceito são pouco explorados, pelo Direito Administrativo, inclusive na formulação de políticas públicas.

Conquanto não seja consenso absoluto, autores como Rawls afirmam que a solidariedade ocupa um lugar de menor destaque na construção da teoria democrática, especialmente se comparada com a liberdade e a igualdade. Assim, pode-se verificar que o princípio se apresenta com menor densidade política e jurídica, apesar da sua importância para a compreensão dos dois primeiros.<sup>3</sup>

Além disso, a Constituição Federal de 1988 elevou a solidariedade ao status de princípio positivado, constando no art. 3º, inciso I da CF, tornando-a uma norma de observância obrigatória. Aplicar este princípio requer uma mudança de paradigma, inclusive dentro da Administração Pública, tão acostumada a uma política de supremacia perante o particular.

O princípio da solidariedade agrega diversos sentidos, inclusive permite a humanização do direito, sendo capaz de modificar a visão das teorias administrativas. O seu uso retoma um paradigma orientado pela cooperação. Reforça, também a falência da legalidade administrativa, da intangibilidade do mérito administrativo e do unitarismo do poder, trazendo gradativamente uma concepção diferente à sociedade jurídica, abarcando a igualdade, a participação direta do cidadão e os direitos humanos como centro norteador da sociedade.

A solidariedade exige que toda a ordenação seja insculpida dentro de uma sistemática que permita a convivência harmônica dos institutos jurídicos, trazendo a Constituição de 88 uma posição que enfatiza os direitos fundamentais e sociais, afastando-se cada vez mais das interpretações e atuações que permitiam a rivalidade e o individualismo. Seguindo esse norte é que o comportamento da Administração também deve se pautar por uma ótica mais cooperativa, inclusive dentro do Direito Administrativo que deve focar seu âmbito de atuação para a proteção dos seus administrados.

O cotidiano ainda demonstra que o comportamento da Administração ainda está distante da concepção de humanização e cooperação, pois ainda coloca o interesse público como ponto central da teoria sem fazer prova de qual interesse deve ser tutelado, contrariando

---

<sup>3</sup> Ao defender a construção de uma teoria liberal o autor informa a falta de relevância da solidariedade como uma crítica da teoria do Estado. (RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 2ª Edição. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002. p. 112).

o preceito de solidariedade, ao relegar ao plano secundário os interesses privados legítimos afastando-se do comportamento cooperativo.

Partindo do preceito personalista, adotado pela Constituição de 88, que visualiza a pessoa como a medida de todas as coisas e não parte de um preceito baseado apenas na razão desvinculada das necessidades morais e materiais, verifica-se que não se admite, dentro de uma sociedade pluralista e que busca proteger os direitos fundamentais, que os interesses públicos se sobreponham aos interesses privados sem uma justificativa que cumpra a razoabilidade e a proporcionalidade. Assim se sobressai o princípio da solidariedade como norte figura que deve inspirar o Direito Administrativo para solução de conflitos, levando a hipótese de que a reestruturação da Administração é um ponto importante que o enfoque da solidariedade impõe.

Tal postura exige o fortalecimento do comportamento de cooperação e valorização da dignidade da pessoa humana. A solidariedade passa a ter uma característica que deve ser observada nas relações jurídicas. A cooperação, tida como um dos desdobramentos da solidariedade, serve para dar eficácia aos preceitos estabelecidos na Constituição.

Desta concepção extrai-se que o Direito Administrativo deve ser objeto dessa nova abordagem e visto a partir do princípio da solidariedade. É uma abordagem pautada na visão crítica dos modelos de Estado liberais, comunitaristas, aproximando-se do modelo republicano, atendo-se à ideia de cidadão participativo e que possa exercer a liberdade sem qualquer força de dominação. Trata-se de um enfoque que é contrário a preceitos que enunciam a exclusividade de interesses sem qualquer parâmetro de validação, mais próximo dos valores enunciados pela Constituição Federal.

A solidariedade que se identifica dentro de uma vertente republicana busca um modelo de indivíduo ativo e participante na coletividade. Diversos segmentos da jurisprudência evidenciam essa atuação que enuncia a obrigação de cooperar, comportamento que também deve refletir dentro do Direito Administrativo, revendo a própria função desse ramo como realizador dos direitos constitucionais e não mais como instrumento de satisfação do interesse público como exercício da tirania.

O princípio da solidariedade pode ser apresentado como enunciado obrigatório que deve ser observado pela Administração Pública, integrando o conjunto de princípios que devem nortear a sua atuação. Não se trata apenas de compreender a sua força jurídica, mas fortalecer argumentos que devem inspirar o âmbito de atuação das normas, prever regras e

formas para a solução de conflitos entre os sujeitos envolvidos de maneira a encontrar a melhor solução.

Aproximar a solidariedade do Direito Administrativo é reconhecer limites que sopesam para além do legalismo e se assenta na força do argumento, passando pelo teste de validade que instrui todo o comando do Direito. É uma posição que busca fortalecer o argumento jurídico para que ele enriqueça e possa se aproximar do conceito mais próximo de um ideal de justo. Traça uma ação em busca da proteção dos valores e dos princípios que norteiam esse caminho. É um ponto de fluência e construção dos argumentos jurídicos e devem ser agregados aos princípios previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal, tendo em vista que o objeto se volta para a concretização do objetivo previsto na Constituição.

Aplicar o princípio da solidariedade requer a mudança de paradigma, partindo da desconstrução de bases normativas, especialmente o princípio da supremacia do interesse público, rumo a uma posição que coloque a cooperação com o cidadão como uma regra capaz de assegurar a função da Administração Pública de proteger seus governados, colocando-se a serviço desses. Dessa forma, não pode a Administração agir sob o manto procedimentalmente correto ao pretexto de estar conforme a Lei e violar interesses privados que gozam de proteção, quanto mais de forma irracional, ignorando direitos de envergadura constitucional.

A mudança de paradigma é o ponto central a ser debatido para colocar o princípio da solidariedade como princípio orientador do Direito Administrativo. De acordo com Kuhn, “paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”.<sup>4</sup>

Kuhn defende que a construção da ciência é um processo gradativo, de acúmulo crescente, assim se posicionando:

Se a ciência é a reunião de fatos, teorias e métodos reunidos nos textos atuais, então os cientistas são homens que, com ou sem sucesso, empenharam-se em contribuir com um ou outro elemento para essa constelação específica. O desenvolvimento torna-se o processo gradativo através do qual esses itens foram adicionados, isoladamente ou em combinação, ao estoque sempre crescente que constitui o conhecimento e a técnica científicos. E a História da Ciência torna-se a disciplina que registra tanto esses aumentos sucessivos como os obstáculos que inibiram sua acumulação.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> A compreensão da construção do paradigma é apresentado pelo autor como uma disputa científica. (KUHN, T. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Perspectiva, São Paulo, 1996. p 219).

<sup>5</sup> Ibidem. p 20.

O paradigma desenvolvido por Kuhn descreve bem a ciência normal, aliás é na ciência normal que a maioria dos cientistas empreende o seu tempo.<sup>6</sup>

A ciência normal, atividade na qual a maioria dos cientistas emprega inevitavelmente quase todo seu tempo, é baseada no pressuposto de que toda a comunidade científica sabe como é o mundo. Grande parte do sucesso do empreendimento deriva da disposição da comunidade para defender esse pressuposto - com custos consideráveis, se necessário.<sup>7</sup>

A ciência normal significa pesquisa baseada nas realizações passadas. É uma estrutura que já se apresenta como molde.<sup>8</sup>

Muller retoma postulados de Kuhn, definindo a ciência pela alternância entre a fase crítica e a da ciência normal; a construção da ciência normal é bem descrita. Entretanto, no momento de crise, ele retoma os postulados de Surel, afirmando que a construção da comunidade científica ocorre no período da ciência normal, mas pouco é dito sobre o momento de crise na construção do paradigma, momento em que os critérios não são definidos e buscam mecanismos para enfrentar o melhor roteiro a ser seguido na construção da política.<sup>9</sup> O Direito Administrativo, conforme apontam obras de Gustavo Binbenojm, está na fase crítica dos seus paradigmas.<sup>10</sup>

Yves afirma que o paradigma de Kuhn é composto por quatro elementos: princípios metafísicos, pressuposto gerais, metodologia e instrumentos específicos. Os princípios metafísicos são a matriz teórica do trabalho. Portanto, o paradigma constitui uma visão de mundo de substrato cognitivo de todas as atividades científicas. Assim, os atores partem de uma ação inicial para formular ou esclarecer o quadro inicial, definindo quais as operações que parecem satisfatórias à matriz da solução.<sup>11</sup>

A abordagem de Yves ressalta que todo processo de construção de conhecimento é um acúmulo histórico, em que cada um intervém para direcionar novos experimentos passíveis de conduzir à verdade. Por um determinado período, a ciência se estabelece e o

---

<sup>6</sup> KUHN, T. A **Estrutura das Revoluções Científicas**. Perspectiva, São Paulo, 1996. p. 30.

<sup>7</sup> Ibidem. p. 24

<sup>8</sup> KUHN, T. A **Estrutura das Revoluções Científicas**. Perspectiva, São Paulo, 1996. p. 19

<sup>9</sup> MULLER, Pierre. **L'analyse cognitive des politiques publiques : vers une sociologie politique de l'action publique**. In: Revue française de science politique 50e année, n°2, 2000. p. 203

<sup>10</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional - artigos e pareceres**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

<sup>11</sup> SUREL, Y. **Les politiques publiques comme paradigmes**. In: FAURE, A.; POULLET, G.; WARIN, P. (Ed.). **Débats autour de la notion de référentiel: la construction du sens dans les politiques publiques**. Paris: l'Harmattan, 1995. p. 54

paradigma se orienta bem para a construção das políticas, momento da ciência normal.<sup>12</sup> Gustavo Binbenbim remete que o paradigma do Direito Administrativo é informado por teorias construídas após a revolução francesa, construído para justificar o controle e o autoritarismo de suas ações.<sup>13</sup>

Partindo como base de construção de formulação do paradigma, percebe-se que tanto para Muller, quanto para Surel, estas são formas de construção de significado e estes estão em disputas e visam uma formulação daquilo que se pretende executar.<sup>14</sup>

Uma das formas de incluir um problema na agenda é a existência de conflitos ou crises que podem “suscitar a emergência de problemas ou assuntos”, mas sua existência por si só não seria suficiente para determinar a relevância, dependendo do aceite da comunidade científica em admiti-lo.<sup>15</sup> Há uma disputa entre aqueles que defendem a reformulação do paradigma que orienta o Direito Administrativo e aqueles que são contrários.

Muitas obras dedicam esforços para defender a existência de preceitos que orientam a legalidade e a supremacia do interesse público, criando um mosaico de diferentes teorias para responder os problemas jurídicos.<sup>16</sup> Para Kuhn as “teorias obsoletas não são acientíficas em princípio, simplesmente porque foram descartadas”, revelando que o paradigma antigo acaba por orientar as soluções para a descrição dos problemas cotidianos.<sup>17</sup>

É interessante apontar que nem todos os problemas apresentados são respondidos; a ciência faz antes uma delimitação das crenças admitidas, pois sem uma limitação do campo não haveria ciência. Entretanto, ao adotar uma crença, não é necessário determinar todo o conjunto específico de crenças semelhantes. Assim a observação e a experiência podem e devem restringir drasticamente a extensão das crenças admissíveis, porque de outro modo não haveria ciência.<sup>18</sup>

Assim, quando se elege determinado princípio e ele não atende de forma satisfatória, não significa que a comunidade científica o descarta; é normal que ela conviva com ele,

---

<sup>12</sup> SUREL, Y. **Les politiques publiques comme paradigmes**. In: FAURE, A.; POULLET, G.; WARIN, P. (Ed.). *Débats autour de la notion de référentiel: la construction du sens dans les politiques publiques*. Paris: l'Harmattan, 1995. p. 54

<sup>13</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional - artigos e pareceres**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>14</sup> SUREL, Y. **Les politiques publiques comme paradigmes**. In: FAURE, A.; POULLET, G.; WARIN, P. (Ed.). *Débats autour de la notion de référentiel: la construction du sens dans les politiques publiques*. Paris: l'Harmattan, 1995. p. 54

<sup>15</sup> VIANA, Ana Luiza. **Abordagens metodológicas em políticas públicas**. Rio de Janeiro mar/abr. 1996. p. 9

<sup>16</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>17</sup> KUHN, T. A **Estrutura das Revoluções Científicas**. Perspectiva, São Paulo, 1996. p. 22

<sup>18</sup> KUHN, T. A **Estrutura das Revoluções Científicas**. Perspectiva, São Paulo, 1996. p 23

tolerando o fato de que não é capaz de resolver os problemas de forma satisfatória. Assim, mesmo que a política normal funcione, por vezes, o máximo que ela precisa é ser incrementada. Nesse ponto é de se concordar com a opinião de Kuhn, que assim enuncia:

Se todos os membros de uma comunidade respondessem a cada anomalia como se esta fosse uma fonte de crise ou abraçassem cada nova teoria apresentada por um colega, a ciência deixaria de existir. Se, por outro lado, ninguém reagisse às anomalias ou teorias novas, aceitando riscos elevados, haveria poucas ou nenhuma revolução.<sup>19</sup>

Nas ciências sociais, o paradigma assume um relevo ainda mais delicado, pois é possível observar que o máximo que se alcança é o acúmulo de soluções de problemas que são colocados pela comunidade. No momento revolucionário, ou de crise da ciência normal, há descontinuidade e a reconfiguração, fugindo da estrutura, pois sai do mecanismo básico, onde as configurações para solucionar os problemas apresentados ainda estão em construção.<sup>20</sup>

Ainda assim, da série de problemas e anomalias existentes, apenas uma parte que é escolhida para elaborar um paradigma. A sua implementação articula vários instrumentos para chegar à solução. É visível que há uma reconfiguração no processo de implementação, que vai se amoldando em função dos mecanismos que vão se articulando.<sup>21</sup>

Quando o instrumento construído nos termos da pesquisa normal não funciona, revelando anomalias, a ciência padrão deixa de funcionar, formulando uma desintegração da ciência normal. Nesse momento Kuhn revela como a ciência se desenvolve:

Na ausência de um paradigma ou algum candidato a paradigma, todos os fatos que possivelmente são pertinentes ao desenvolvimento de determinada ciência têm a probabilidade de parecerem igualmente relevantes. Como consequência disso, as primeiras coletas de fatos se aproximam muito mais de uma atividade ao acaso do que daquelas que o desenvolvimento subsequente de ciência torna familiar.<sup>22</sup>

Na construção de um paradigma, é possível observar “uma tradição simbólica”, na escolha daquele paradigma que melhor resolve os problemas. Outros critérios também podem

<sup>19</sup> KUHN, T. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Perspectiva, São Paulo, 1996. p 231

<sup>20</sup> SUREL, Y. **Les politiques publiques comme paradigmes**. In: FAURE, A.; POULLET, G.; WARIN, P. (Ed.). *Débats autour de la notion de référentiel: la construction du sens dans les politiques publiques*. Paris: l'Harmattan, 1995. p. 56

<sup>21</sup> SUREL, Y. **Les politiques publiques comme paradigmes**. In: FAURE, A.; POULLET, G.; WARIN, P. (Ed.). *Débats autour de la notion de référentiel: la construction du sens dans les politiques publiques*. Paris: l'Harmattan, 1995. p. 56

<sup>22</sup> KUHN, T. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Perspectiva, São Paulo, 1996. p 35

ser adotados para a escolha do paradigma dominante como o mais simples, ou aquele que dá a melhor previsibilidade sobre os problemas.<sup>23</sup>

Pelas ideias apresentadas até o momento, é possível perceber que os atores da ciência estão sempre numa luta para definir o monopólio do sentido. Kuhn tem um método histórico para analisar as políticas. Bourdieu, por outro lado, encara uma estrutura de um mapa estruturado de disputa pelo conhecimento cognitivo, de plano normativo e ou instrumental.

A concepção de um paradigma que trate o princípio da solidariedade teve como marco a adoção procedimental dentro da formatação de Bourdieu, como via de analisar a compreensão do princípio da solidariedade nas bases sociais e como é o embate científico que trava no ordenamento jurídico.

O que se pretende sustentar é que o paradigma do modelo republicano brasileiro, deve desenvolver o princípio da solidariedade como via para reformular o Direito Administrativo. Medida mais condizente com a construção dos objetivos desenvolvidos pela Constituição Federal e todo o seu ordenamento principiológico.

A tese central é a de que o princípio da solidariedade integra o conjunto de princípios norteadores da Administração Pública, desenvolvendo um paradigma capaz de reger o Direito Administrativo na construção de um procedimento uniforme com os objetivos declarados pela Constituição Federal e de proteção dos direitos fundamentais.

A estrutura do trabalho supõe a concepção de três elementos: a realidade jurídica; a necessidade de questionar os institutos positivados; a escolha metodológica da adoção de uma postura ideológica perante a realidade. As duas primeiras estruturas foram apresentadas acima, a terceira está compreendida dentro da linha crítico-metodológica. Esta se subdivide em duas linhas: tópico, problemático e discursivo, argumentativo, seguindo, como foco do trabalho, uma abordagem mais próxima desta última.<sup>24</sup>

A pesquisa parte da rede de significados e acúmulos que compreende o que venha a ser solidariedade, sobre as bases sociais que a descrevem e forma como o instituto jurídico é compreendido, portanto, dentro da teoria do discurso e teoria argumentativa.

A metodologia se apoia mais na vertente jurídico-sociológica, extrapolando as estruturas internas do Direito e estabelecendo uma conexão entre a teoria sociológica, política

---

<sup>23</sup> KUHN, T. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Perspectiva, São Paulo, 1996. p 38

<sup>24</sup> GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 3ªed, Del Rey, Belo Horizonte, 2010. p. 19

e filosófica. A tese desenvolve o princípio da solidariedade com base nas perspectivas das bases sociais do Estado investigando como as teorias seriam capazes de propor alterações na realidade jurídica, em especial do Direito Administrativo.

A problemática está descrita na disposição dos princípios que norteiam a Administração, ignorando o comando de realizar os objetivos dispostos na Constituição e elegendo princípios que colocam o Estado na posição autoritária. O desenvolvimento do objeto de pesquisa foi elaborado com predominância na investigação do problema nas bases sociais que regimentam os diversos tipos de Estado, demonstrando como cada uma descreve soluções diferentes para o que seja a influência do princípio, seguindo para a descrição de como a jurisprudência trabalha com o princípio abarcando o método de análise de jurisprudência qualitativo utilizando-se do método de análise de decisões abordado por Roberto Freitas<sup>25</sup>, testando como o decisor constrói o sentido de solidariedade a construir as soluções jurídicas.<sup>26</sup>

As investigações formuladas foram traçadas dentro dos campos: histórico-jurídico, jurídico-descritivo, jurídico-compreensivo, jurídico-prospectivo e jurídico-propositivo.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> FREITAS FILHO, Roberto. LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3634.pdf>>. Acesso em 30 de mar de 2015.

<sup>26</sup> GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 3<sup>a</sup>ed, Del Rey, Belo Horizonte, 2010. p.22

<sup>27</sup> GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 3<sup>a</sup>ed, Del Rey, Belo Horizonte, 2010. p. 27

## **1 A SOLIDARIEDADE E O CONFRONTO COM A REALIDADE SOCIAL**

O conceito de solidariedade pode ser intangível e de difícil elucidação que não chega a ser problema específico e pontual. A própria dificuldade de conceituar e nomear enquadra-se dentro das afirmações feitas por Passeron sobre a complicada tarefa de se atingir a universalidade do conceito dentro das ciências sociais, afirmando que, para construção do modelo científico, principalmente semântico, é essencial fechar o contexto de todas as abordagens que compõem o objeto, inclusive dentro do marco histórico, tornando possível a análise do objeto.<sup>28</sup>

Para Alexy<sup>29</sup> a distinção entre regras e princípio é a base para compreender os problemas que envolvem a teoria dos direitos fundamentais, pois constitui instrumento para compreender a estrutura normativa-mateial, que seria um ponto de partida para entender a racionalidade e os limites dos direitos fundamentais. Ambos são considerados normas e podem ser expressos como comandos de “dispositivos dêonticos do dever, permissão e proibição”. O autor revela a existência três teorias distintas capaz de revelar o âmbito de aplicação dos princípios. Sendo que a primeira versa na impossibilidade de se defender a existência de uma diferença entre princípios e regras, já que eles seriam ambos normas de uma vasta gama, a segunda estabelece o critério de que os princípios são genéricos e abstratos. A terceira, defendida pelo autor, pauta-se na medida qualitativa, versando que ambas são normas e que os princípios são realizados na medida do possível, sendo que as regras seriam juridicamente e faticamente realizáveis.

Adota-se no trabalho a terceira teoria a fim de trazer um marco de compreensão de como deve o princípio ser apresentado. De acordo com essa teoria<sup>30</sup>, a colisão entre regras e princípios deve ser ponderada de forma que as regras são analisadas perante a sua hierarquia, enquanto os princípios devem ser avaliados no plano do peso. Assim a solução de colisão entre princípios exige a avaliação de precedência condicionada ou incondicionada, tomando-se como norte o caso concreto.

---

<sup>28</sup> PASSERON, Jean - Claude. **O Raciocínio Sociológico – o espaço não popperiano do raciocínio natural**. Ed. Vozes, RJ, 1995. p. 36

<sup>29</sup> ALEXY, Robert. Tradução: Virgílio da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros, 2012. p. 85

<sup>30</sup> Idem. p. 91

Nesta estrutura os princípios são a razão primeira que justifica a ação e a razão para que se estabeleçam normas universais ou individuais, sendo que tanto as regras quanto princípios podem ser aplicados como mecanismo de solução de casos concretos. Isso significa que a tomada de decisão pode se dar tanto pela lei positivada quanto pelos princípios, sendo que na hipótese de se adotar os princípios como mecanismo de solução deve-se ter em mente que estes passam por uma relação de preferência e de construção de argumentos que deverá ancorar em alguma regra, do contrário jamais seriam razões definitivas.

Portanto, os princípios precisam que a sua natureza atrai a máxima da proporcionalidade em três vertentes: “adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito” sendo que a última se desenvolve com a relativização das possibilidades jurídicas, vindo as primeiras como mandamentos de otimização das possibilidades fáticas.<sup>31</sup>

Os princípios têm a capacidade de serem entendidos como arranjos capazes de garantir os direitos fundamentais de forma adequada, sendo que as regras podem constituir como uma estrutura que determina uma relação de precedência, portanto sua existência parte de algo que o antecede. Assim o modelo determina que as regras sejam absolutamente dependentes dos princípios, construindo uma teoria em que os princípios, determinados com o justo sopesamento de interesses entre os envolvidos seriam capazes de apresentar a solução ao caso concreto.<sup>32</sup>

A linguagem também está entre as formas de se separar um campo do outro campo. Esse efeito não chega a ser a estratégia, mas visa à construção de uma rede de significado. Assim, Passeron revela os motivos da dificuldade conceitual:

O atravancamento da língua sociológica é a demonstração de uma situação teórica específica, pois historicamente não é outra coisa senão o resultado acumulado dos esforços de clarificação dos sociólogos teimosos, sucessiva ou simultaneamente, para dotar sua disciplina de uma nova coerência conceitual. Ou seja, os esforços dos sociólogos esmerando-se em construir uma teoria de forma clássica numa situação epistemológica, cuja história disciplina mostra que exclui o paradigma: as palavras se juntam às palavras, por impossibilidade se organizarem em um sistema de palavras capazes de expressar com durabilidade outros resultados que não esses, sempre limitados a uma opção ou uma escola de pesquisa que revelam o tempo de uma descoberta (na melhor das hipóteses) ou de uma moda (na pior), a

---

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. Tradução: Virgílio da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros, 2012. p. 116

<sup>32</sup> Idem. p. 122

ilusão de haver enfim atualizado os princípios teóricos de uma ciência “como as outras”.<sup>33</sup>

Por esta razão que a produção social não pode ser desvinculada do seu reduto construtor, da série dos “efeitos de conhecimento e inteligibilidade que virtualmente totalizam”. Por esta razão que as designações e os conceitos não podem ser desindexados de seu contexto, não podendo ser analisados em singularidade ou construções puras, o que justifica a compreensão da solidariedade pelos modelos sociais de Estado. Ademais, a generalidade das construções sociológicas pode sempre ser originada pela soma de enunciados singulares, mas ainda assim não poderia ser desvinculada de um conjunto de coordenadas espaço-temporais.<sup>34</sup>

As ciências sociais estão sempre produzindo conhecimentos e interpretações conceituais que acrescem um capital descontínuo de interpretações parciais, algumas até contraditórias e estranhas umas às outras, mas que são significantes para o conhecimento científico. Por isso a dificuldade ou mesmo a impossibilidade de se alcançar um conceito absoluto de solidariedade entre tantos outros, os quais não retiram a importância de se estudar os diversos modelos conceituais que são produzidos, já que são capazes de propor uma alteração da realidade.

Trazer o conceito de princípio da solidariedade exige uma avaliação em diversos aspectos, sociológicos, históricos e argumentos jurídicos. Nessa proposta ele se aproxima tanto de um meio de distribuição de bens, atração de responsabilidade, diminuição dos danos, bem como de obtenção de consensualismo. Para o senso comum a solidariedade se opõe ao individualismo. O princípio da solidariedade não chega a ser completamente negado nos modelos liberais de Estado, mas certamente esse modelo tende a minimizar a sua importância. Em contrapartida modelos comunitaristas desenvolvem a solidariedade a ponto de retirar qualquer espaço para as liberdades individuais.

Nessa sistemática, o modelo desenvolvido pelo Direito Administrativo coloca a Administração em posição de vantagem, não permitindo a construção de políticas que busquem concretizar os direitos fundamentais, apenas anuir com seus princípios veiculados para atingir o objetivo autoritário da Administração. Dentro da ordem republicana o preceito

---

<sup>33</sup>PASSERON, Jean - Claude – **O Raciocínio Sociológico – o espaço não popperiano do raciocínio natural**. Ed. Vozes, RJ, 1995. p. 39

<sup>34</sup> Idem. p 46

da solidariedade reforça a necessidade de equilíbrio e abertura para o reconhecimento dele pela Administração Pública, baseando a solidariedade como argumento de prova.

Entretanto, o universo jurídico é ainda mais distante da postura de propor mudanças a realidade que ele mesmo institui. O próprio Bourdieu revela que a ciência jurídica passa por um processo delicado, descrevendo-o como um sistema fechado e autônomo, apenas compreendido quando segue a sua dinâmica. A construção desta ciência sempre esteve calcada na idealização de que sua estrutura jurídica não fosse permeada por interferências sociais, sofrendo apenas suas próprias pressões, conforme bem elucidada a transcrição abaixo:<sup>35</sup>

As práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específica que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas.<sup>36</sup>

Tem alta relevância as barreiras que são colocadas na entrada do universo jurídico. Isso ocorre de forma proposital para que os leigos não tenham capital social para nele fazer intervenções. Portanto, é uma verdadeira luta para impor uma estrutura estruturante. Trata-se de barreiras que a ciência jurídica faz para não sofrer modificações.<sup>37</sup>

Assim, Bourdieu define que as estruturas estruturantes são representadas pelo consenso, formas de interpretações dominantes, já os símbolos seriam as estruturas estruturadas. Assim o autor descreve:

O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem *gnoseológica*: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo a que Durkheim chama o *conformismo lógico*, quer dizer, “uma concepção homogénica do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências”.<sup>38</sup>

As produções simbólicas são utilizadas como instrumentos de dominação, assim apropriadas pelas classes dominantes que se servem das ideologias apresentando interesses particulares como interesses universais comuns ao conjunto do grupo. É possível com essa

---

<sup>35</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Difel, Lisboa, 1989. p. 210

<sup>36</sup> Idem. p. 211

<sup>37</sup> Idem. p. 236

<sup>38</sup> Idem. p. 9

observação inferir que, pela visão histórica, o próprio modelo de construção da Constituição construiu uma cultura jurídica que privilegia os interesses da classe dominante.<sup>39</sup>

A cultura dominante passa a integrar essa estrutura de dominação, somando esta estrutura à realidade. Assim a cultura dominante passa a integrar a cultura da classe dominada para a legitimação da ordem estabelecida, de maneira a estabelecer a forma legitimada que dissimula e separa a cultura estabelecida das subculturas.<sup>40</sup>

Essa luta de dominação envolve um lugar pela hierarquização e estabelecimento do poder, que pode se assentar no poder econômico, ou pela própria produção simbólica, tendo a característica comum de impor a dominação.<sup>41</sup>

O poder simbólico tem o poder equivalente ao da força, graças ao efeito de mobilização, ignorado como arbitrário. Isto significa que o poder simbólico não se manifesta apenas em uma única estrutura, mas em um conjunto de sistemas que o produz e reproduz a crença.<sup>42</sup>

Nesse ponto, parece-me interessante ressaltar uma citação do trecho que descreve o poder simbólico:

O poder simbólico, poder subordinado, é uma forma transformada, quer dizer, irreconhecível, transfigurada e legitimada, das outras formas de poder: só se pode passar para além da alternativa dos modelos energéticos que descrevem as relações sociais como relações de força e dos modelos cibernéticos que fazem delas relações de comunicação, na condição de se descreverem as leis de transformação que regem a transmutação das diferentes espécies de capital em capital simbólico e, em especial, o trabalho de dissimulação e de transfiguração (numa palavra, de eufemização) que garante uma verdadeira transubstanciação das relações de força fazendo ignorar-reconhecer a violência que elas encerram objetivamente e transformando-as assim em poder simbólico, capaz de produzir efeitos reais sem dispêndio aparente de energia.<sup>43</sup>

Dentro da estrutura do poder simbólico, o sujeito dominado não é capaz de perceber a estrutura que o faz obedecer às regras, as aceitando sem questionar, sem fazer reflexão. Isso leva a compreensão de que cada modelo de Estado sustenta a sua própria tese de solidariedade, justamente para construir a estrutura que melhor assenta a sua pretensão.

---

<sup>39</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Difel, Lisboa, 1989. p. 10

<sup>40</sup> Idem. p. 11

<sup>41</sup> Idem. p. 12

<sup>42</sup> Idem. p. 14

<sup>43</sup> Idem. p. 15

A história, as teorias filosóficas e os dogmas jurídicos de cada Estado desenvolvem os princípios como expressão que melhor justificam as suas práticas. Compreender esse modelo esclarece a tendência que será observada pela jurisprudência, tendo em mente que o Brasil segue o modelo republicano, que busca conciliar tanto a visão liberalista quanto a comunitaristas.

### **1.1 A distinção entre a visão liberalista, comunitarista e republicana da solidariedade.**

Apresentar a distinção entre os critérios de justiça e investigar as suas bases sociais é de suma importância na compreensão de um critério jurídico para solidariedade. Esclarecer como o modelo liberal, comunitário e republicano apresentam diretrizes distintas de construção de uma matriz de solidariedade permite compreender como o mesmo princípio jurídico é capaz de fornecer respostas completamente diferentes.

Para compreender a vertente liberal tomaremos a obra de Rawls, o qual afirma que compreender a teoria da justiça é importante para traçar um esquema orientador para os julgamentos. Contudo, pode-se ir além: compreender as bases de uma teoria permite orientar políticas e traçar futuras mudanças no cenário jurídico.<sup>44</sup>

A visão liberalista enunciada por John Rawls apresenta a justiça como a primeira das virtudes das instituições sociais. Toma a ideia metafísica capaz de responder como deve ser construído o critério de justiça. Esse ideal deve estar presente nas instituições e, caso se verifique que são injustas, ainda que atuem de forma eficiente, não devem ser mantidos. Na passagem transcrita o autor evidencia bem a importância de se compor um critério de justiça.

45

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 2ª Edição. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002. p. 56

<sup>45</sup> Idem. p. 3

<sup>46</sup> Idem. p. 4

No modelo descrito fica evidente a importância de se preservar a individualidade, sem ignorar o papel de relevo da justiça na cooperação social. O critério traduz o prisma liberal. A individualidade é um norte que deve ser protegido dentro do critério de justiça. Isso não significa que a individualidade é absoluta, mas garante que uma sociedade justa preserve “as liberdades de cidadania igual”. Trata-se de um preceito que não se submete ao cálculo dos interesses sociais.<sup>47</sup>

Seria equivocado tecer que a teoria cunhada por Rawls se apresenta como absoluta e capaz de traçar todos os rumos da justiça. Nesse sentido é que ele defende que uma injustiça apenas pode ser mantida se inexistir um modelo de justiça que a supere. Dessa forma, a injustiça não pode ser mantida se é reconhecida como tal.<sup>48</sup>

Tomando a citação acima de que o corpo social não pode esmagar o indivíduo é que o conceito de justiça de Rawls toma corpo. A aplicação do princípio de justiça se desenvolve em etapas e em premissas metafísicas sobre um modelo de sociedade.<sup>49</sup>

Esse modelo estabelece que uma sociedade justa reconhece os mesmos princípios de justiça, e as instituições satisfazem os princípios que são apresentados. Os princípios são tão claros que todos reconhecem um ponto de vista comum em que as reivindicações podem ser julgadas com previsibilidade.<sup>50</sup>

Rawls reconhece a dificuldade de se garantir a previsibilidade de uma decisão tomando como base o seu modelo hipotético para encontrar a melhor solução para o caso concreto, pois até mesmo o conceito de justo e injusto está em disputa.<sup>51</sup>

O problema da falta de previsibilidade é descrito também por autores como Alexy e circunscreve-se a um problema maior que permeia a própria teoria jurídica, que parte da análise dogmática e pode tomar uma dimensão analítica, investigando conceitos elementares da teoria, ou uma dimensão empírica a partir da cognição do direito positivo válido.<sup>52</sup>

A dimensão empírica não se esgota com a descrição do direito nas leis, pois também inclui a práxis judicial, a efetividade, o que engloba mais que o conceito de validade. A

---

<sup>47</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 2ª Edição. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002. p. 4

<sup>48</sup> Idem. p. 4

<sup>49</sup> Idem. p. 5

<sup>50</sup> Idem. p. 5

<sup>51</sup> Idem. p. 5

<sup>52</sup> ALEXY, Robert. Tradução: Virgílio da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros, 2012. p. 34

formulação de conceitos empíricos pressupõe uma limitação e conversão desses conceitos em elementos jurídicos.<sup>53</sup>

A dimensão normativa, por sua vez, vai além da questão empírica e trava emblemas críticos da prática jurídica, busca-se a decisão correta aplicável, levanta problemas de fundamentação moral e racional. Portanto, no direito, o peso que é conferido a cada dimensão da realidade ganha uma valoração distinta. Assim, a ciência jurídica se destaca por ser uma ciência pragmática e se apresenta diante do caso concreto e somente a decisão do juiz é que a torna direito, tornando qualquer determinação abstrata desprovida de juízos concretos e estando apenas no mundo do dever-ser.<sup>54</sup>

Em casos concretos, principalmente os de maior repercussão, a solução empírica normativa pode se mostrar insuficiente e isso leva à necessidade de valores adicionais. Esse é o ponto que esclarece que eleger um sistema desprovido de contradições, que pretenda a racionalidade, para chegar à correta aplicação prática, não é uma tarefa simples, pois esbarraria na dificuldade de traçar uma generalidade capaz de alcançar a infinidade dos casos particulares.<sup>55</sup>

A busca da generalidade é ainda mais árdua, pois se assenta na existência de um modelo teórico hipotético capaz de englobar de forma ampla enunciados genéricos, verdadeiros e corretos. Assim, as teorias gerais enfrentam dois problemas: o primeiro é derivado da abstração, que não permite que ela forneça respostas aplicáveis de forma autônoma sem que faça na verdade um trabalho de soma a teorias mais elaboradas; o segundo se apresenta no fato de que cada teoria genérica não fornece apenas uma tese básica, mas várias teses que não explicam de forma singular todo o conjunto, o que gera teses conflitantes sobre o mesmo problema.<sup>56</sup>

Ainda que seja difícil apresentar um conceito genérico, Rawls traz uma excelente observação que reabre a discussão. “Em condições iguais, uma concepção de justiça é preferível a outra quando suas consequências são mais desejáveis”.<sup>57</sup>

Mesmo diante da dificuldade de se encontrar um conceito genérico, abarcar um apoio normativo, teórico e abstrato capaz de apresentar a decisão correta ao caso concreto, a

---

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. Tradução: Virgílio da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros, 2012. p.35

<sup>54</sup> Idem. p.36

<sup>55</sup> Idem. p.38

<sup>56</sup> Idem. p.39

<sup>57</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 2ª Edição. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002. p. 7

escolha de um princípio de justiça pode apresentar melhores resultados que outros. Bem como o fato de um princípio não ser satisfatório não é critério para que seja descartado.<sup>58</sup>

O modelo de justiça de Rawls parte da premissa de que as pessoas são livres e racionais, com interesses individuais. Caso essas pessoas fossem colocadas na posição original, reconheceriam a igualdade como termo definidor de sua associação. Esse é o critério de justiça, a justiça como equidade.<sup>59</sup>

A concepção do critério de justiça pressupõe a existência do véu da ignorância. É essencial que as pessoas não saibam a posição que ocupam ou ocuparão na sociedade, de tal forma que ninguém possa traçar privilégios pessoais.<sup>60</sup>

A premissa básica é de que as pessoas não possuam conhecimento de sua posição, nada é constituído no começo. A proposta ideal de justo na posição original é constituída para escolher os princípios de justiça sem qualquer influência social.

O conceito retrata que a escolha dos princípios devem ser formulados de modo que ninguém venha a ser favorecido ou prejudicado em razão da posição que ocupa, seja de ordem social, ou por circunstâncias naturais. Trata-se de princípios que são de fato aceitos por todos. O modelo é uma oposição do utilitarismo que busca o maior saldo líquido de satisfação da soma das participações individuais.<sup>61</sup>

A oposição ao utilitarismo revela que o modelo proposto por Rawls não admite que os ganhos da maioria se sobreponham aos interesses individuais legítimos, ou seja, aqueles que estão dentro de uma esfera de proteção.<sup>62</sup>

A escolha, portanto, de princípios parte da situação original hipotética, dentro de vários princípios que podem ser constatados, para depois determinar qual dentre aqueles seriam eleitos. Assim, a determinação de um princípio na origem garante a sua aceitação independente da situação posterior que é alcançada.<sup>63</sup>

Os princípios que regem a vida social devem ser escolhidos de forma independente daqueles que regem a vida dos sujeitos, pois se aplicam a casos distintos.<sup>64</sup>

---

<sup>58</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 2ª Edição. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002. p. 10

<sup>59</sup> Idem. p. 12

<sup>60</sup> Idem. p. 13

<sup>61</sup> Idem. p. 25

<sup>62</sup> Idem. p. 26

<sup>63</sup> Idem. p. 57

<sup>64</sup> Idem. p. 58

O termo instituição deve ser compreendido de duas formas distintas: um abstrato, compreendendo formas abstratas, sistema de regras, pensamentos. A outra forma compreende como essas regras se desenvolvem, segundo a realização dessas pessoas. Na avaliação de Rawls, uma instituição pode ser justa ou injusta conforme essas realizações possam ser justas ou injustas.<sup>65</sup>

Ao compreender as instituições como um conjunto de regras, isto revela que todos estão engajados e sabem que as regras foram estabelecidas como resultado de um acordo. A premissa implícita na formulação das regras é que os participantes apenas admitiriam que as regras fossem escolhidas se não prejudicassem aos demais de forma negativa.<sup>66</sup>

As regras das instituições são definidas como as regras de um jogo em que os participantes se engajam para distribuir as oportunidades, e o comportamento dos indivíduos está voltado para o resultado, ainda que não seja pretendido.<sup>67</sup>

Na posição original, o autor defende que haveria dois princípios básicos na posição original. O primeiro princípio informa que “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.” O segundo princípio já defende que “as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.”<sup>68</sup>

Inexiste uma condição que permita as liberdades básicas iguais serem suplantadas por vantagens sociais ou econômicas, apenas seria admissível ultrapassar uma liberdade básica para a proteção de outra liberdade.<sup>69</sup>

Do desdobramento, é possível perceber que o injusto se constitui quando a desigualdade não é benéfica a todos.<sup>70</sup>

Apresentando o conceito de liberdade, o autor pondera que o conceito de liberdade mais próximo do aceitável seria a liberdade democrática. Para alcançar a conclusão, o autor elabora uma apresentação de distribuição dos bens dentro de um critério lógico e gráfico em que todos os pontos da curva atendem ao princípio da eficiência, se houver o eficiente

---

<sup>65</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 2ª Edição. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002. p. 58

<sup>66</sup> Idem. p. 59

<sup>67</sup> Idem. p. 60

<sup>68</sup> Idem. p. 64

<sup>69</sup> Idem. p. 65

<sup>70</sup> Idem. p. 66

aproveitamento dos recursos dentro do critério. Há assim uma comparação entre o sistema da liberdade natural, aristocracia natural, liberdade liberal e igualdade democrática.<sup>71</sup>

Para compreender o conceito de eficiência tomada pelo autor, é necessário retomar o que seja o princípio do “ótimo de Pareto”, entendido como uma configuração em que é impossível mudar um princípio depois que é definido e que ao mesmo tempo impeça que algumas pessoas melhorem em prejuízo das demais.<sup>72</sup>

Para o autor, a eficiência por si só não dá um princípio de justiça, isto ocorre porque há formas de distribuir os ganhos sem piorar a situação de um em desfavor de outro que seriam injustas. Portanto, impor a manutenção de um sistema eficiente, com um modelo de distribuição injusto, não pode ser sustentado pela teoria de Rawls.<sup>73</sup>

A igualdade democrática é alcançada a partir da combinação do princípio da igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença, assegurando que ambos os princípios possam se conjugar para formular uma distribuição que possa ao mesmo tempo prever a maximização dos resultados e a igualdade de ganhos para todos os envolvidos.<sup>74</sup>

O princípio da diferença se desenvolve no ponto da curva em que se admite que as diferenças sejam impostas até o limite em que é benéfica para todos os demais integrantes da sociedade.<sup>75</sup>

A partir do momento em que a igualdade da distribuição começa a prejudicar os outros, ela passa a ser injusta. O processo garante que a distribuição será justa para todos.<sup>76</sup>

É essencial compreender o conceito de justiça de Rawls no sentido de que as liberdades básicas são sempre iguais, como igualdade de oportunidades, assim não é necessário comparar a liberdade com outros valores.<sup>77</sup>

Ao se adotar uma teoria da justiça como equidade, como modelo, o que se deve preponderar é que ele seja direcionado para a concepção de modelos justos, ou razoavelmente justos dentro de determinadas circunstâncias, devendo todos participar desse modelo.<sup>78</sup>

---

<sup>71</sup>RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 2ª Edição. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002. p. 70

<sup>72</sup>Idem. p. 71

<sup>73</sup>Idem. p. 72

<sup>74</sup>Idem. p. 72

<sup>75</sup> Idem. p. 86

<sup>76</sup> Idem. p. 80

<sup>77</sup> Idem. p. 99

<sup>78</sup> Idem. p. 123

Para Rawls, a fraternidade entendida como solidariedade social, amizade cívica não apresenta “nenhuma exigência definida”. Contudo, se compreendida como o princípio da diferença, “ou seja, à ideia de não querer ter maiores vantagens, exceto quando traz benefícios para os outros que estão em pior situação”, é que a solidariedade passa a impor exigências sobre a estrutura básica da sociedade.<sup>79</sup>

Como exemplo abstrato, o autor retoma a ideia da família cujos integrantes rejeitam a prática da maximização da soma de vantagens individuais, pois os ganhos apenas são aceitos se são distribuídos por todos os demais. Assim, aqueles que estão elevados optam por esquemas que resultem benefícios para os menos afortunados.<sup>80</sup>

Pode-se chegar à conclusão que a ideia de igualdade e liberdade tem primazia na compreensão e escolha dos próprios princípios a serem adotados. Assim a primeira realidade descrita por este modelo é a de que a visão de solidariedade não pode se desenvolver em um ambiente que favoreça exclusivamente apenas uma parcela.

Isto orienta um modelo de solidariedade que deve gerar igualdade de oportunidades para que todos possam alcançar um valor de bem comum a maior parcela dos indivíduos.

Há vários opositores às ideias de Rawls. A grande parte toma o argumento da impossibilidade de se reconhecer uma concepção de justiça fora de um conceito social. Essa corrente de oposição tem a denominação de comunitaristas. Afirmam que o sentido político, valores e experiências se refletem dentro de um contexto social, o que importa na impossibilidade de se reconhecer a neutralidade das teorias liberais.<sup>81</sup>

O preceito cunhado por Rawls encontra-se dentro de uma concepção liberal deontológica, partindo dos ideais de Kant, que foram cunhados dentro de uma ética deontológica. Portanto, as críticas formuladas seguem a mesma direção para aquelas que foram lançadas para Kant, trazendo a concepção de Hegel para a imersão do indivíduo na comunidade.<sup>82</sup>

A principal crítica estaria na impossibilidade de uma razão puramente formal ser capaz de descrever um conteúdo moral para as obrigações. Segue-se a conclusão de que é difícil que a descrição de princípios que obedeçam a critérios de justiça possam traçar a

---

<sup>79</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 2ª Edição. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002. p. 113

<sup>80</sup> Idem. p. 113

<sup>81</sup> SANDEL, Michael J. **El liberalismo y los limites de la justicia**. Ed. Gedisa, Barcelona, 2000. p. 26

<sup>82</sup> Idem. p. 31

definição do fim a ser alcançado, especialmente a um fim que seja despreendido de uma colocação social.<sup>83</sup>

Destaca-se também a crítica à primazia que é conferida ao individualismo, onde o eu é antecessor dos fins. Tornando a expressão uma figura genérica e complexa. Ademais, o indivíduo é cerceado da discussão sobre o pertencimento a determinado grupo. Contraria a visão do comunitarismo, onde o indivíduo é tomado a partir do grupo que está inserido. A premissa básica não é “quem quero ser”, mas “quem sou, de onde venho”.<sup>84</sup>

A reformulação da indagação muda a visão de formulação. O conhecimento passa a ser situado, determinado em relação aos projetos que são identificados. Inexiste uma ideia de “liberdade vaga”, e passa a ser uma ideia de “liberdade situada”.<sup>85</sup>

O indivíduo não pode ser descrito com valores próprios advindos da racionalidade. A descoberta dos valores e práticas surgem das descobertas oriundas da história e convivência dos grupos sociais. A concepção de justiça de Rawls nega a existência de propósitos compartilhados na comunidade.<sup>86</sup>

Na visão de Gargarella, o liberalismo prega a existência de um Estado neutro diante das concepções de bem e que deve permitir que a vida pública seja um resultado natural de “livres acordos realizados pelos particulares”. O liberalismo parece reconhecer os indivíduos como sujeitos isolados e separados. Se opondo a essa visão, os comunitaristas pregam um “Estado ativista, comprometido com certos planos de vida e com certa organização de vida pública”.<sup>87</sup>

Os críticos do liberalismo pregam que os direitos individuais exercem um controle sobre a forma como as reivindicações coletivas podem ser exercidas. Assim, a prevalência do individualismo coloca restrição para o exercício da busca do bem comunitário, ainda que as reivindicações amparem a maioria da comunidade.<sup>88</sup>

A crítica exposta é semelhante àquela formulada por Ugo Mattei e Laura Nader. Para os autores, o Estado de Direito constitui um sistema de opressão da maioria da população, constituindo um Estado voltado para práticas de exploração colonial. Afirmam que o próprio

---

<sup>83</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2008. p. 138

<sup>84</sup> Idem. p. 140

<sup>85</sup> Idem. p. 140

<sup>86</sup> Idem. p. 141

<sup>87</sup> Idem. p. 141

<sup>88</sup> Idem. p. 143

ideal do Direito despolitizado e neutro constitui elemento essencial para a realização da pilhagem da população, vez que autoriza instituições financeiras a distribuírem os ganhos de sua atividade de forma a colocar em penúria a grande parte da coletividade.<sup>89</sup>

Outro ponto é que o liberalismo desconhece o homem como um ser social, que depende para sua sobrevivência dos demais. É uma crítica à visão atomista e associal, desarticulando as bases de compreensão das próprias virtudes que só podem ser compreendidas e desenvolvidas dentro de uma comunidade.<sup>90</sup>

A crítica dos comunitaristas impõe a reformulação do critério de justiça a ser defendido. Contudo, existem divergências entre os próprios comunitaristas sobre o conceito de justiça. Para Sandel, a justiça seria uma virtude para remediar. Isso significa que ela não favorece valores de mais alto escalão que surgem espontaneamente como a fraternidade, ou solidariedade. A grande crítica de Sandel é que inexiste na sociedade fortes laços de solidariedade entre seus membros e que a aplicação insistente de critérios de justiça pode resultar numa “tarefa inútil” para os laços sociais.<sup>91</sup>

Michael Walzer defende uma posição diferente sobre o conceito de justiça e sobre a distribuição dos bens. Defende que não há como traçar um rumo imaginário sobre a própria realidade e alcançar princípios ideais. Portanto, cada comunidade deve buscar as maneiras que entende coerentes para valorar a distribuição que avalia como justa para a distribuição de direitos e recursos. A busca de um conceito de justiça parte do particularismo de cada história e cultura. Dessa forma, os bens não são distribuídos de forma igualitária ou de acordo com preceitos idênticos, permitindo que sejam organizados de maneira peculiar com a cultura da comunidade.<sup>92</sup>

A crítica pretende retirar o próprio conceito de bem desvinculado de uma ordem social e cultural. Eles adquirem importância e relevo conforme a cultura, assim como as distribuições podem ser compreendidas como justas e injustas em relação aos significados sociais dos bens. Os significados também apresentam um componente histórico e mudam com o tempo, como exemplo do próprio autor - a distribuição de cargos públicos – que, a depender do período em que é retratado, protege o nepotismo e que, num contexto histórico,

---

<sup>89</sup> MATTEI, Ugo. NADER, Laura. **Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2013. p. 356

<sup>90</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2008. p. 147

<sup>91</sup> Idem. p. 149

<sup>92</sup> WALZER, Michael. **Esferas da justiça**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003. p. 6

posteriormente vem a repudiá-lo. Assim, a distribuição dos bens se pauta em peculiaridades próprias de cada um, não sendo possível um exercício de abstração pura.<sup>93</sup>

Não é possível pela teoria liberal solucionar uma forma de distribuição dos bens que sejam apresentados apenas como valores materiais desprovidos de contexto social, pois o que torna uma distribuição iníqua só pode ser determinado dentro de um realidade social. Por esse motivo que honrarias não são distribuídas como o dinheiro, ou postos de trabalho. Na sociedade capitalista, o dinheiro modifica a forma como os bens são distribuídos, sendo que em contextos históricos distintos a posição social era quem determinava essa distribuição. Como exemplo, o padre que detinha status de relevo durante a idade média e ocupava posição privilegiada na distribuição dos bens. Portanto, o importante é reconhecer que pode vir a existir bens sociais capazes de tiranizar e dominar os demais bens, devendo se partir para uma formulação da igualdade complexa.<sup>94</sup>

A igualdade complexa tenta afastar a tirania nas relações. Assim, a situação de cada indivíduo não pode servir para definir sua relação com outra esfera ou bem. Portanto, ser detentor de uma posição não pode conferir privilégio no acesso aos bens de outras esferas.<sup>95</sup>

Roberto Gargarella expõe o republicanismo, como crítica tanto do liberalismo, quanto ao comunitarismo. Ressalta que ambos os modelos não conseguiram explicar como comunidades transnacionais se adaptaram ou importaram conceitos de sociedades liberais, ou mesmo que clamores de determinadas comunidades, que compartilham conceitos liberais, vieram a solicitar a proteção de direitos comunitários específicos como o idioma.<sup>96</sup>

O republicanismo pauta as reivindicações de liberdade, de rejeição da tirania e da dominação. A liberdade é essencial para que as virtudes se desenvolvam dentro de condições políticas e econômicas salutares. Um bom governo deve se constituir dentro de um ambiente capaz de desenvolver “cidadãos virtuosos, politicamente ativos”.<sup>97</sup>

O governo deve desenvolver um ambiente propício para que os cidadãos possam se desenvolver dentro de um sistema pautado na liberdade e “independência das pessoas para

---

<sup>93</sup> WALZER, Michael. **Esferas da justiça**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003. p. 9

<sup>94</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2008. p. 153

<sup>95</sup> WALZER, Michael. **Esferas da justiça**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003. p. 24

<sup>96</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2008. p. 182

<sup>97</sup> Idem. p. 190

assegurar sua não-dominação”. O modelo busca ferramentas capazes de facilitar o controle dos cidadãos sobre seus representantes e capaz de conferir uma expressão plena.<sup>98</sup>

Voga o preceito de que o cidadão é o centro da organização pública, portanto não adota como critério conceitos de justiça que busquem a tirania pela liberdade, ou por pressão social, histórica, visa diminuir qualquer abuso gerado pelo governo. Esta instituição promulga a ampliação da discussão pública em torno do bem comum.<sup>99</sup>

O que distingue esse critério dos demais é o preceito trazido por Arendt, ou seja, a necessidade de se constituir um cidadão pensante, capaz de não apenas cumprir ordens e ser objeto de uma ordenação massiva, mas que possa agir de forma ativa e comprometida com as virtudes. É o ser pensante capaz de tomar decisão contrária à própria instituição, que se compromete com o resultado, não apenas um burocrata, instrumento das ordens públicas ou resultado dos interesses privados.<sup>100</sup>

Preservar a liberdade individual é essencial para a construção de uma sociedade que compreenda os entroncamentos capazes de garantir o desenvolvimento das instituições sociais. Isso quer dizer, dar voz à cidadania e ao desenvolvimento da economia dentro de concepção de virtude cívica e permitir a ação estatal voltada para preservar o ambiente seguro para as minorias. De certo modo, as críticas que o republicanismo faz ao liberalismo não chegam a ser distintas daquelas feita pelo comunitarismo, ou seja, da visão atomizada, da falta de vínculo com o conceito social.<sup>101</sup>

Críticos do republicanismo afirmam que o autogoverno cria uma força majoritária, trazendo o temor das maiorias opressoras temidas pelo Estado liberal. Porém, esta é refutada ao traçar que o liberalismo ignora que a construção de uma sociedade livre deve se nortear também na identificação dos interesses da comunidade, ou seja, a liberdade deve ser vista à luz da solidariedade republicana, “tese republicana”.<sup>102</sup>

Nessa visão, o cidadão possui liberdade para alcançar o destino, mas o exercício desta deve estar focado na construção da vida política da comunidade. Inclusive, esta medida orienta o Estado a agir de forma coercitiva para que os cidadãos atuem de forma livre, obrigando a cumprir os deveres cívicos. Esta medida é bem reconhecida no voto obrigatório e

---

<sup>98</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2008. p. 191

<sup>99</sup> Idem. p. 192

<sup>100</sup> ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo, Companhia das letras, 2004. p. 46

<sup>101</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2008. p. 199

<sup>102</sup> Idem. p. 202

na publicidade eleitoral que conscientiza sobre a escolha do candidato, medidas comuns no ordenamento jurídico pátrio.<sup>103</sup>

A grande distinção do comunitarismo para o republicanismo está na libertação das amarras históricas, garantindo às gerações atuais a liberdade para decidir sem se prender ao passado. Inexiste um vínculo moral, mas sim com a virtude.<sup>104</sup>

Enquanto o modelo de Rawls traça no conceito de justiça como equidade uma reformulação do liberalismo clássico, onde as pessoas não são vistas como concorrentes uma das outras, competindo pelos recursos e bens. Trata-se de um “empreendimento cooperativo para a vantagem de todos”.<sup>105</sup>

O papel do princípio da igualdade equitativa é assegurar que o sistema de cooperação seja um sistema de justiça procedimental pura, que busca construir procedimentos que busquem o resultado justo e não o resultado correto.<sup>106</sup>

Rawls explicita que nesse lastro teórico a fraternidade deve ser entendida como solidariedade social, afeição cívica. Incluída como o princípio da diferença, portanto, de não almejar maiores benefícios, exceto quando traz benefícios para os outros que estão em pior situação”, a solidariedade passa a impor exigências sobre a estrutura básica da sociedade.<sup>107</sup>

Retoma a ideia de rejeição de práticas que visam a soma de vantagens individuais, não se admitindo que os ganhos sejam distribuídos por todos em penúria para alguns. Assim, aqueles que estão elevados optam por esquemas de que resulte privilégios para os menos afortunados. Contudo, o ideal de fraternidade é quase ausente em membros da sociedade, sendo relativamente negligenciado na doutrina democrática.<sup>108</sup>

Os republicanos preceituam a solidariedade na tese republicana, que traça que existe um ponto comum de busca de interesses do Estado. Por este preceito, existe um valor metafísico do que se almeja prospectivamente e que busca o melhor para os outros.

A república Romana surge como grande referencial que dá continuidade ao modelo instituído na cidade-Estado e também representa período de grande importância para a

---

<sup>103</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2008. p. 203

<sup>104</sup> Idem. p. 207

<sup>105</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 2ª Edição. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002. p. 90

<sup>106</sup> Idem. p. 93

<sup>107</sup> Idem. p. 113

<sup>108</sup> Idem. p. 113

democracia, pois o modelo que instituiu não estava restrito a pequena unidade, dirigindo o sistema político para as massas.<sup>109</sup>

A tradição republicana retira o corpo teórico das ideias e práticas da antiguidade clássica, os quais nem sempre são sistemáticos e coerentes com as ideias democráticas. A versão mais aristocrática ou conservadora do republicanismo encontra-se em Aristóteles, que, nas palavras do autor, inspira mais medo do que confiança.<sup>110</sup>

O modelo republicano, no decorrer da história, passou a agregar outros valores como a separação constitucional dos poderes nos três ramos principais: o legislativo, o executivo e o judiciário passa a compor seu axioma, vindo seus teóricos a afirmar que a concentração desses três tipos de poder num único centro era a própria essência da tirania.<sup>111</sup>

Diversas teorias foram gradativamente incluídas na teoria do sistema republicano, o qual surge como solução para o aumento da escala do governo. Contrapondo-se ao modelo Grego que rejeitava a noção do sistema Político de grande escala, assim a sua concepção de governos nunca fizera previsão de um governo estável e representativo. Isso leva a indagação sobre como o modelo democrático convive com o sistema republicano.<sup>112</sup>

É inquestionável que o conceito republicano desenvolve a tese solidária em um nível de profundidade superior, até mesmo ao comunitarismo, pois não se trata apenas de afastar a predominância sobre os bens, mas também que o cidadão alcance a própria liberdade. Não seria admissível que a ação apenas redistribua os bens, mas que garanta ao cidadão que possa se desenvolver sem a necessidade dos critérios de distribuição.

Nesse ponto, calha a citação dos fundamentos da ADC 30, os quais afirmam que existe um tripé na formação do Estado constituído pelo modelo republicano, federativo e democrático, que balizam a direção de todas as demais interpretações, vejamos:<sup>113</sup>

(...) o Estado brasileiro se assenta sobre um tripé: os princípios republicano, federativo e democrático. Ainda que se pudesse dar um valor maior ao princípio da não culpabilidade, este princípio deve ser interpretado, a meu ver, a partir deste princípio magno, o princípio republicano, que está - como eu disse - plasmado logo no artigo 1º da nossa Constituição. Portanto, o intérprete, ao adentrar na Constituição, forçosamente o fará por esse

---

<sup>109</sup> DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p.2

<sup>110</sup> Idem. p.35-38

<sup>111</sup> Idem. p.39-40

<sup>112</sup> Idem. p.41-43

<sup>113</sup> Idem. p.222

vestíbulo, o qual vai - a meu ver - matizar toda interpretação constitucional. Então, isso me parece ser extremamente relevante.<sup>114</sup>

Depreende-se que existe um equilíbrio entre preceitos da democracia e a forma republicana; esse equilíbrio envolve uma dinâmica em que uma atua como limite da outra, que impossibilita o abuso no seu exercício, como controle de preservação do próprio Estado.<sup>115</sup>

A restrição imposta dos fundamentos traçados no próprio julgamento baseia-se na impossibilidade da permanência do mau governante e de perpetuá-lo no poder, já que seus membros não possuem condições racionais de escolher de forma satisfatória e assim afastar a atuação que possa prejudicar a gestão do Estado. Para a concepção republicana, a medida de impor restrições as escolhas se afigura completamente condizente com o sistema, já que este busca o cidadão capaz de participar do processo eleitoral, participação que deve se desenvolver fora de qualquer mecanismo de submissão e que busque conjugar o cidadão ideal, melhor para os demais integrantes da coletividade.<sup>116</sup>

O julgado delinea o que estaria abrangido dentro desse preceito republicano contido na Constituição, ficando evidente que exigir idoneidade moral para o exercício de mandato eletivo se configura como preceito extraído do próprio artigo 1º caput da Constituição Federal.<sup>117</sup>

Passa ainda pelo reconhecimento do repúdio à imoralidade e à improbidade, fazendo citação de diversas leis e fundamentos da própria estrutura jurídica que trata do repúdio à imoralidade, como a cassação dos direitos políticos e o afastamento dos cargos nos casos de corrupção.<sup>118</sup>

Entre as características observadas no entendimento daquilo que seria o republicanismo pela corte está a de que os indivíduos atuem como sujeitos responsáveis pelos próprios atos pessoalmente. Atos ardilosos a fim de fugir da condenação ou da reprovabilidade da conduta merecem absoluta reprovação dentro do ordenamento jurídico.

---

<sup>114</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 30**. Relator ministro Luiz Fux. Brasília, 2012. p.29

<sup>115</sup> DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p.222

<sup>116</sup> Idem. p.281

<sup>117</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 30**. Relator ministro Luiz Fux. Brasília, 2012. p.29

<sup>118</sup> Idem. p.57

Adotar um comportamento que afasta a responsabilidade do Estado na concretização dos Direitos Fundamentais não parece ser condizente com a proposta republicana.<sup>119</sup>

Assim, integra ao valor republicano o dever de consolidar os objetivos do Estado, assegurando ao cidadão a concretização dos Direitos. A medida de atuação do Estado deixa de ser os interesses das oligarquias políticas e passa para o ponto central de construção de seus fundamentos previstos no art. 3º da Constituição, construir uma sociedade justa, livre e solidaria.<sup>120</sup>

A ADC 30 ainda faz uma observação em seus fundamentos, que dentro do preceito tripé que sustenta o Estado, não seria possível que os direitos fundamentais fossem a base interpretativa do Estado brasileiro, mas sim o contrário, uma vez que o tripé que sustenta o Estado deve ser a base interpretativa dos demais direitos contidos na Constituição Federal, pois do contrário desconfigurar-se-ia o laço unificador e constitutivo.<sup>121</sup>

Isso não quer dizer que o Estado não deva realizar os direitos fundamentais, mas que sua base interpretativa deve ter como base as suas pretensões enquanto Estado. Portanto, qualquer enunciado dirigido pela Administração Pública deve ter como norte a vocação para a concretização dos seus objetivos.

Para diminuir as distorções dessa realidade é necessário tecer um sistema capaz de instituir um governo justo capaz de compatibilizar e complementar as reivindicações dos cidadãos e as exigências da ciência governante. Por isso que Platão afirma que "a melhor política é aquela que consegue conciliar a autoridade do chefe e as aspirações do povo".<sup>122</sup>

Seguindo as observações de Aristóteles, Fabre conclui que o Estado deve perder o apego às paixões primárias, ou se comportar como regime próximo ao de uma boa política. Há uma exigência de desapego aos atos de autoritarismo e, para tanto, deve fazer uma boa mistura entre a participação direta do cidadão e os freios republicanos, conciliando esses ideais opostos.<sup>123</sup>

Ao contrário de Platão, Aristóteles não condena a participação do cidadão leigo no Estado. Assim, enquanto Estado, ele deve buscar a conciliação do interesse geral e a utilidade

---

<sup>119</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 30**. Relator ministro Luiz Fux. Brasília, 2012. p.67

<sup>120</sup> Idem. p.110

<sup>121</sup> Idem. p.222

<sup>122</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** – a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.81

<sup>123</sup> Idem. p.83

comum. Sem promover os interesses pessoais e os particularismos de seus integrantes. Ainda que esse regime seja condenável quando imerso no despotismo, para Aristóteles, a participação do cidadão se apresenta como a melhor forma de governo.<sup>124</sup>

Como dito, com o passar da história, houve a evolução do conceito povo, passando a agregar a ideia de gestão da coisa pública. Assim, o espaço teórico das filosofias do século XVI e XVII maturam a ideia para promoção do povo como paradigma da república e afirmação da soberania popular.<sup>125</sup>

Pelo ideal republicano, quando este é cruel, o faz em desfavor daqueles que estão prejudicando o bem público. Assim, a autora compreende a república como governo em que o povo quer que a liberdade e a igualdade sejam respeitados de forma irrestrita. Mas como bem afirma a autora, inclusive extraindo as ideias de Maquiavel, não se pode negar que alguns se utilizem da república como forma de tirar dela vantagens pessoais.<sup>126</sup>

O discurso defendido então por Maquiavel está no sentido de transformar a república numa via de defesa do povo de todos os transcursores que podem surgir, comungando a ideia de que a cooperação envolve a promoção dos demais. Entretanto, a república não deve ser confundida como idêntica a participação do povo, já que aquela visa à coisa pública. Trata-se de um governo preocupado com o bem comum e de jogos que contrabalanceiam o sistema para a instituição de técnicas jurídicas e políticas que conferem ao povo o exercício salutar do poder, seja ele direto ou indireto. Logo, não existe oposição nem incompatibilidade entre a república e a participação dos governados. Por conseguinte, participação do povo nos assuntos de governo estaria entre os regimes das modalidades e dos instrumentos práticos de governo de um Estado e a república como os fins que determinam a essência dele.<sup>127</sup>

Na definição do sistema republicano, a acepção da palavra povo passa a exigir um cidadão ativo na atuação do Estado para desempenhar nela ou para ela a gestão da coisa pública. Portanto, a semântica povo passa por uma transformação dentro da percepção política existente consolidando no seu exercício a atuação dirigida à convivência com os demais em coletividade.<sup>128</sup>

---

<sup>124</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** – a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.85

<sup>125</sup> Idem. p.102

<sup>126</sup> Idem. p.106

<sup>127</sup> Idem. p.108

<sup>128</sup> Idem. p.110

Entretanto, apenas o conceito de povo não é suficiente para compreender a participação do cidadão exigido nos modelos republicanos democráticos. É importante que ele seja reconhecido como soberano e o conceito de soberania é complexo, pois como é evidente, o poder não emana de todos, mas de alguns representantes em prol dos representados. Portanto, a soberania não é suficiente para considerar a configuração da participação do cidadão no modelo republicano democrático, mas representa um argumento poderoso que não pode ser descartado das instituições democráticas.<sup>129</sup>

Goyard-Fabre, remetendo a Rousseau, relaciona então os quesitos essenciais para a consideração de um ideal de participação do cidadão dentro do modelo republicano, descrevendo a necessidade de que as decisões do cidadão sejam soberanas, dispostos para defender e conquistar a sua liberdade. Assim a ideia, que aos poucos vai se formando, sobre os procedimentos de representação e de estruturas contratualistas de poder deixam de existir se não houver o consentimento do povo e não estiver em conformidade com as limitações previstas em instrumentos legais, especialmente a constituição.<sup>130</sup>

A representação deve emergir dentro desses instrumentos, pois os governantes passam a exercer seu poder por mandado dos governados, ou seja a legitimidade dos governantes advém de assentimento do povo como parâmetro essencial da realização dos objetivos da Constituição.<sup>131</sup>

Descrevendo Locke, a autoridade da maioria é imperativo essencial e característica condicionante que deve ser agregada à instituição republicana para condicionar o meio de eficácia, de perpetuação e de legitimação do poder, inclusive do legislador.<sup>132</sup>

Segundo Montesquieu, as virtudes do governo republicano é o cumprimento do princípio da democracia, do qual faz parte a soberania do seu poder, devendo em sua decorrência respeitar o sufrágio.<sup>133</sup>

Assim o cumprimento da democracia está envolta no sentimento republicano, ou seja o respeito à coisa pública. Logo, há exigência do amor ao Estado e à igualdade. Portanto, o bom Estado depende do bom cidadão, que se constitui por aquele homem de bem e que

---

<sup>129</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** – a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.118-121

<sup>130</sup> Idem. p.127

<sup>131</sup> Idem. p.132

<sup>132</sup> Idem. p.135

<sup>133</sup> Idem. p.136

emana em si a grandeza de uma boa democracia. Assim, o regime para ser bom depende do civismo de todos os demais.<sup>134</sup>

A percepção que se obtém do movimento republicano é o ideal de atuação de todos em prol do movimento de unidade com os demais integrantes da coletividade. Almeja a que todos atuem em conformidade para a boa gestão da coisa pública, sem qualquer apropriação e abuso do exercício do poder para dominar a vontade dos demais.

Outro conceito que se agrega ao movimento republicano está na figura do pluripartidarismo retomado pela autora na visão de Montesquieu está entre as características intrínsecas da democracia. Dela se extrai que deve permitir a diversidade das opiniões, justamente para que sirva como limite a autoridade do poder, exprimindo atos e costumes de determinado conjunto da população. A pluralidade política impossibilita o monopólio da única visão ideológica, justamente porque, para que uma parte da população possa gozar de sua liberdade, é preciso que possa dizer o que pensa. Daí surge não só o pluripartidarismo como também a liberdade de imprensa como requisito essencial dos valores republicanos dentro da democracia.<sup>135</sup>

Assim Fabre expõe o que representa essa teoria republicana democrática da atualidade:

A teoria democrático ocidental é inconcebível hoje sempre se recorra as três linhas de forças que são a virtude cívica do republicanismo, a moderação do regime constitucional do equilíbrio dos poderes e o pluripartidarismo político.<sup>136</sup>

O conceito de democracia de Spinoza retomado pela autora revela que o povo é medida essencial para constituição da democracia, o qual deve se dar por meio de seu próprio sufrágio. E as leis que o governo produz não devem ter outro objetivo senão o bem comum, constituindo-se a forma republicana da democracia para o lugar de autodeterminação e autonomia. A instituição da república assume para ele forma democrática e não pode assumir outra ação que não seja a de preservar a liberdade.<sup>137</sup>

Fica evidente que o princípio da solidariedade dentro de uma visão republicana só pode se desenvolver se houver nela a proteção que assegura a liberdade e para que os homens

---

<sup>134</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** – a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.137

<sup>135</sup> Idem. p.139

<sup>136</sup> Idem. p.140

<sup>137</sup> Idem. p.148

possam instituir a liberdade de forma plena, esta deve resplandecer de dentro da democracia e a sua liberdade deve advir da razão livre, sem a possibilidade de que fosse abarrotada por qualquer tipo de persuasão na fundação da ordem política, que deve alcançar uma disciplina em seu alcance universal.<sup>138</sup>

A autora faz advertência com relação à república e à virtude esperada, retomando Rousseau. Afirma que o ideal presente no sistema republicano exige a presença de homens perfeitos, o que não é condizente com a observação.<sup>139</sup> Sustenta que a instituição de uma sociedade política se resolve dentro do pacto social que é a origem da vontade geral e da soberania do povo.<sup>140</sup>

O contrato social passa a ser o marco de constituição da sociedade civil que não determina em si nenhum tipo específico de modelo de governo. Assim, a soberania do povo reside na capacidade e legislatura da vontade geral de encontrar seu prolongamento e prática na execução das atividades do governo. Logo a inconsistência entre a república reside em que ponto essa soberania do povo e a sua expressão é observada no Estado. Portanto o progresso só pode ser atingido se houver determinação do Estado em cumprir com seus objetivos de promover os direitos que assegura na constituição.<sup>141</sup>

Assim, todo governo que se afirme legítimo segue a estrutura republicana. Ao contrário do que pensa a maioria dos autores que afirma que a soberania do povo é critério essencial, para a autora, a soberania não pode ser vista como parte essencial da democracia, já que é uma forma de governo que confia o cargo do poder político que deve ser dirigido em benefício da população, ou pelo menos de sua maior parte. Por essa razão, a soberania do povo não deve se confundir com governo democrático quando não se direciona em benefício da maioria.<sup>142</sup>

A soberania é do povo, mas é inconcebível que a população queira conferir primazia aos seus interesses pessoais a fim de que o poder que emana delas possa constituir o pacto em caráter absoluto e inquestionável.<sup>143</sup>

Existe ainda distinção entre a soberania do povo e governo. Assim, afirma que a democracia é um sistema que visa a harmonia e a busca do consenso entre os interesses

---

<sup>138</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** – a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.151

<sup>139</sup> Idem. p.153

<sup>140</sup> Idem. p.154

<sup>141</sup> Idem. p.158

<sup>142</sup> Idem. p.164

<sup>143</sup> Idem. p.158

particulares. A busca do interesse geral deve se orientar por mecanismos que possam evitar conflitos. Nesse instante, traça a diretriz da repartição de poderes, que constitui instrumento republicano, para elucidar que ela representa mecanismo de proteção da democracia. E retoma novamente ao filósofo para afirmar que seria inconveniente que quem faz as leis também as execute.<sup>144</sup>

Para tornar claro como o limite do poder é mecanismo essencial da visão republicana da democracia a autora remonta um universo ideal para demonstrar a inconsistência de um governo do povo pelo povo. Isso porque para os sistemas atuais seria impossível que todos estivessem reunidos para cuidar dos assuntos públicos, de forma que um povo passa a ser representado. Assim o povo deixaria de representar o governo, demonstrando a impossibilidade da construção de uma democracia verdadeira e de sua real manifestação de vontade na atualidade. Evocando o raciocínio ideológico, demonstra que o governo de um povo em que as prerrogativas legislativas e executivas são perfeitamente reconhecidas na mesma pessoa seria bem governado sempre. O regime que está nesse nível de perfeição não precisaria de um governo, levando à destruição da ideia de se constituir a democracia, ou à constatação de que uma democracia verdadeira jamais existiria.<sup>145</sup>

Há uma constatação interessante da observação da falha de representação instituída pelo modelo representativo, que integra um dos valores republicanos da atualidade. Ao mesmo tempo que se observa a afirmação de que a população não seria capaz de tomar decisões apropriadas na escolha de seus governantes, também existe desconfiança do povo se seus representantes seriam adequados para representá-lo, levando à constatação de que o regime está fadada a sempre retomar a crise de representação.<sup>146</sup> Isso se coloca também no paradigma da gestão pública de reconhecer para o administrador a possibilidade de fazer escolhas para os governados.

Com efeito, diante da crise que se instaura, a autora busca a luz da solução em Sieyès. Para ele, a representação do administrador somente poderá ser legítima no dia em que houver total servidão do Estado àquilo que o povo determinar, ou seja deve haver uma ordem comum regida pela lei e praticada por todos. Esse seria o ideal de representação do futuro.

---

<sup>144</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** – a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.166

<sup>145</sup> Idem. p.167

<sup>146</sup> Idem. p.167

Assim, o preceito republicano de solidariedade deve ser orientado para a satisfação dos objetivos da Constituição e não do Estado em si.<sup>147</sup>

Adverte também que deve existir distinção entre o poder constituído e os que dele estão encarregados. Portanto, os representados e o poder constituinte, do qual o povo é soberano, são figuras diferentes, ainda que a soberania seja parte essencial do poder constituinte.<sup>148</sup>

Formulando críticas à república nos ensinamentos de Kant, elucida que o regime político se constitui com diversos antagonismo em si própria e está constantemente ameaçada pelo despotismo. Ressaltando a impossibilidade da forma republicana revestir-se como fórmula capaz de salvar o regime, afirma que a república só convém a um povo constituído de anjos, pois a prática revela que a população não possui inteligência para afastar seus próprios interesses e constituir o Estado que busca o bem público.<sup>149</sup>

Outra dificuldade para o regime que integra a participação do cidadão é o seu caráter antirrepublicano, pois as massas podem instalar uma relação de supremacia da vontade da maioria que ao mesmo tempo preenche a relação de governo e instala a situação de comando de limitar as minorias, portanto ela gera o despotismo de massas.<sup>150</sup>

Assegurar a concretização do princípio da solidariedade dentro de um regime republicano democrático está em assegurar a promessa de que o Estado cumpra a constituição. De tal forma que a liberdade de cada um seja assegurada na mesma medida que a legitimidade que assegura a representação dos governantes esteja em consonância com os interesses daqueles que representam. Tarefa que nega as diversas teorias e dogmas enraizados no Direito Administrativo.

Traçadas as distinções entre as três visões, fica evidente que todas apresentam uma formulação distinta sobre a solidariedade. Para os liberais, a solidariedade está no princípio da diferença, descrevendo que os ganhos individuais não podem se sobrepor a uma maximização dos resultados para todos.

Em cada um dos sistemas, o princípio da solidariedade se traduzirá em decisões distintas. Contudo, existe um ponto em comum entre as teorias: a compreensão de que a

---

<sup>147</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** – a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.182

<sup>148</sup> Idem. p.185

<sup>149</sup> Idem. p.189

<sup>150</sup> Idem. p.191

solidariedade propõe um limite sobre as ações dos agentes envolvidos e que houve uma gradativa incorporação desse princípio ao longo das constituições.

## **1.2 O constitucionalismo voltado a promoção do princípio da solidariedade**

As constituições liberais foram elaboradas com base numa ideologia burguesa, que tratava as questões sociais com inteira indiferença. Era uma sociedade de indivíduos, um universo inviolável da iniciativa privada. Cabia à Constituição apenas estabelecer a estrutura básica do Estado. Assim, surge a Constituição Belga de 1832 como grande expoente do constitucionalismo liberal, positivando direitos defensores da liberdade.<sup>151</sup>

O ideal constitucionalismo liberal pode ser descrito pelo modelo positivista, bem explicitado nos ideais de Kelsen. O autor descreve o modelo sobre a estrutura da validade, sob o pilar da Constituição válida, que apresenta uma ordem coercitiva válida. Isso não significa que adotar o critério de princípios seja para ele inconcebível. De fato, ele refuta que a validade da norma não é posta à prova por uma ordem superior metafísica, mas sim que sua superioridade é apresentada pela estrutura do conhecimento jurídico positivista. Assim o princípio passa a ser um valor desprovido de qualquer normatividade. Além do mais o autor refuta que o princípio da solidariedade seja visto como um fenômeno religioso de manifestação divina. Isso justamente para que seja reconhecido como uma norma de estrutura relativista.<sup>152</sup>

A estrutura relativista prevista pelo autor é essencial para a compreensão do modelo positivista, pois apenas ela admite a existência de conflito entre as normas. Isto porque um modelo filosófico absolutista, como o pretendido pelos jusnaturalista, deveria reconhecer o absolutismo das regras jurídicas. Portanto, o princípio da solidariedade só poderia ser admitido enquanto norma de sentido subjetivo, que é do plano do dever-ser, capaz de ser reconhecida objetivamente.<sup>153</sup>

A maior marca do positivismo apresentado por Kelsen está na afirmação de que a validade se apresenta na constatação de que o procedimento goza de validade porque institui o mecanismo de criação de normas aceito. Pela teoria positivista desenvolvida o princípio da

---

<sup>151</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 230

<sup>152</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Ed. Martins Fontes, São Paulo: 2006. p. 228

<sup>153</sup> Idem. p. 228

solidariedade seria desprovido de qualquer parâmetro capaz de propor alterações na realidade.<sup>154</sup>

Na teoria positivista, o plano da legitimidade e efetividade tem outra estrutura de análise. A legitimidade está no próprio reconhecimento das normas e está atrelada à efetividade, mas não se confunde com esta. Uma norma é legítima se emana da fonte que tem o condão de torná-la efetiva. Já a eficácia suplanta essa medida e traça o plano de alcance do objetivo da norma.<sup>155</sup>

A efetividade encara o problema de que as normas jurídicas estão no plano do dever-ser e a eficácia está no plano do ser. Para Kelsen é claro que a validade se distancia da eficácia, inexistindo ponto de conexão. Apesar de afirmar que existem correntes antagônicas que defendem a não existência de conexão entre validade do Direito e a eficácia. A validade se atrela ao processo de produção da própria norma, se está em conformidade com o procedimento, a norma é válida. A eficácia não se perde pelo fato de uma norma não ser aplicável para o caso concreto, ou que a sua aplicação esteja isolada, ou deixe de ser aplicada a casos particulares. Assim, as normas podem apresentar existência no plano de efetividade, mas não revelar validade porque inexistem dentro do ordenamento normativo.<sup>156</sup>

Dessa forma o princípio da solidariedade passa a ser um valor desprovido de qualquer função normativa dentro das constituições positivistas, sendo ineficaz de extrair dela sentido capaz de torná-las reconhecíveis enquanto normas jurídicas.

O liberalismo exacerbado anunciado durante o século XIX levou ao colapso que levou à absorção da Sociedade pelo Estado. O auge desta crise inaugura a Constituição de Weimar. As declarações dos direitos, as normas constitucionais ou normas-princípios são focadas na Sociedade e não no indivíduo; o Estado busca reconciliar-se com a sociedade, surgindo o Estado Social. A instabilidade dos conflitos sociais foram paulatinamente solucionados com fórmulas introduzidas dentro da Constituição. Essa fase representa o auge da inspiração do princípio da solidariedade.<sup>157</sup>

A agonia trazida pela falência do Estado liberal traz à baila teorias como as de Lassalle, que viam as Constituições como meras folhas de papel quando não apresentassem um mínimo palpável. A falência findou com a construção de Estados totalitários, colocando

---

<sup>154</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Ed. Martins Fontes, São Paulo: 2006. p.228

<sup>155</sup> Idem, p.236

<sup>156</sup> Idem, p.236

<sup>157</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 232

os interesses coletivos em uma estatuta mais elevada, autorizando que, em nome do interesse coletivo, visto à época como a premissa majoritária, houvesse a dizimação dos judeus nos campos concentração.<sup>158</sup>

As atrocidades praticadas pelos Estados totalitários receberam o amparo da lei de tal forma que as chagas do nazifascismo representaram o lado oposto do liberalismo, desencadeando na estrutura jurídica uma reformulação do pensamento, que, aos poucos, trouxeram um novo direito. O pós-segunda guerra marca o direito de forma singular e o renova assumindo uma nova perspectiva, conforme bem elucidada Novelino:

Após a Segunda Grande Guerra Mundial, surge um movimento antipositivista no sentido de abandono da concepção estritamente legalista e do reconhecimento definitivo da força normativa da Constituição. Apesar de já defendida no plano teórico desde o final do século XVIII, a normatividade das constituições nunca foi reconhecida, ao menos na Europa, com a mesma amplitude de hoje. O reconhecimento de sua superioridade, em regra, limitava-se ao aspecto formal. Diversamente da concepção norte-americana, na grande maioria dos países europeus o Parlamento não era considerado um potencial “inimigo dos direitos”, razão pela qual as declarações de direitos fundamentais não eram vinculantes para o Poder Legislativo.<sup>159</sup>

Historicamente, é possível observar que a juridicidade dos princípios passou por três fases distintas. A jusnaturalista tida como extremamente abstrata e de normatividade duvidosa, confundindo sua dimensão com questões éticas inspiradas em valores dos postulados de justiça.<sup>160</sup>

A falta de normatividade e a impossibilidade de solucionar casos concretos levou à decadência da fase jusnaturalista. Em contraponto, adveio a fase positivista que culminou com ideia da existência do direito natural; tratava a matéria de forma tão absurda que por um longo período da história não se observaria um defensor do direito natural, era um verdadeiro culto aos códigos. O retorno do jusnaturalismo só sobreveio a partir do século XX, justamente com a ressurreição da Constituição programática que reconhecia que, ainda que não fosse possível observar de pronto um direito natural, ele existia.<sup>161</sup>

Entretanto, o positivismo já mostrava suas falhas, porquanto o tempo evidenciara que a norma não era capaz de apresentar uma solução pronta para todos os problemas existentes.

---

<sup>158</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 234

<sup>159</sup> NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Método, 2013. p. 7

<sup>160</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 259

<sup>161</sup> Idem. p. 261

A dignidade humana surge como reação aos horrores e violações perpetrados. A partir de referenciais fornecidas pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal de Direitos Humanos, reconhecem-se direitos que derivam da dignidade inerente aos homens, a todos os membros da coletividade.<sup>162</sup>

Há uma sobrelevação do princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade substancial, trazendo uma releitura dos antigos valores constitucionais, revelando que a pessoa deve preponderar. A Cláusula da dignidade da pessoa humana passou a assumir uma posição privilegiada nas principais Constituições dos Estados Ocidentais. Nesse mesmo diapasão, a igualdade passou a ser tratada como um direito fundamental, junto com a igualdade, acrescentando a proteção com novas liberdades.<sup>163</sup>

Como bem esclarece Marcelo Novelino:

Dentro da concepção pós-positivista, a Constituição impõe amplos limites materiais ao Parlamento, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais, retirados da esfera de disposição da política ordinária. O deslocamento da prevalência da lei para a centralidade da Constituição foi sintetizada por Paulo Bonavides na célebre frase: “Ontem os códigos; hoje a as Constituições”. O papel central desempenhado pela Constituição ao irradiar seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico impõe a necessidade de uma reestrutura da teoria das fontes de normatividade que a torne capaz de refletir adequadamente essa nova configuração. Em relação aos órgãos de produção do direito, observa-se um retorno à pluralidade das fontes e uma ampliação da criação judicial do direito.<sup>164</sup>

É possível observar que, após as violações dos direitos humanos ocorridas na Segunda Guerra Mundial, diversas nações passaram a dispor de forma expressa sobre a proteção à dignidade da pessoa humana. Surge uma leitura mais moderna, que traz maior relevância à dignidade da pessoa humana, conferindo aos sujeitos uma proteção prestacional, ou seja, de ser sujeito de direitos e detentores de um direito positivo, não permitindo que estes direitos sejam uma mera expectativa.<sup>165</sup>

Dessa forma é possível observar o que afirma Ingo Sarlet:

A dignidade humana apresenta-se, de tal sorte, como “valor jurídico mais elevado” dentro do ordenamento constitucional, figurando como “valor

---

<sup>162</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p.91

<sup>163</sup> Idem. p.95

<sup>164</sup> NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Método, 2013 P. 07

<sup>165</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p.95

jurídico supremo”. O caráter pré-positivo da dignidade humana é, neste sentido, implicitamente evocado. Característica é também a formulação da dignidade humana como “fim supremo de todo o Direito” ou como “determinação da inviolabilidade da dignidade humana, que está na base de todos os direitos fundamentais”. A tese-objeto (desenvolvida por Dürig) reencontra-se a toda hora.<sup>166</sup>

A dignidade da pessoa humana passou a irradiar os outros princípios e ramos do direito, assim também sobre os direitos fundamentais, a democracia liberal ou o direito penal. A dignidade sai da perspectiva de ser um mero valor e passa a ser uma prestação. Assim, a dignidade baseada na “Teoria da dádiva – Mitgifttheorie: Hasso Hofmann” confronta a velha ideia e assume que a dignidade não é um atributo do homem e nem um valor, mas uma tarefa que o indivíduo pode realizar e também pode perder. Assim, os direitos fundamentais não possuem uma função de assegurar a dignidade, mas sim de conservar as condições para essa tarefa.<sup>167</sup>

Os direitos fundamentais passam a marcar o centro do ordenamento jurídico, aliás, o compromisso do Estado Democrático de Direito com respeito à promoção, proteção da dignidade da pessoa humana constitui fundamento da própria Constituição Federativa.

Assim, a Constituição assume um papel de centro unificador do ordenamento, irradiando seus institutos inclusive nas relações privadas, não havendo mais espaços ao alcance dos parâmetros substancialmente mais justos. A teoria liberal, que tanto limitava o alcance dos direitos fundamentais ao alcance das relações particulares, é vista apenas como uma cláusula de limite da atuação estatal que passa a ser vista como um instituto que deve ser amplamente cumprido.

Nesse desiderato, surge o neologismo “neoconstitucionalismo”, que expressa a reconstrução do conceito de democracia pela estrutura ditada pelos direitos fundamentais, que antes assumiam um papel fraco e agora estão na envergadura de bens jurídicos essenciais, com força expansiva, eficácia irradiante e com a máxima efetividade. Assim, nas palavras de Cristiano Chaves:

À medida que a constituição dos Estados Democráticos de Direito lança os seus tentáculos para os demais ramos do ordenamento, não mais se contenta com a simples condição de ordem jurídica fundamental do Estado, tornando-se igualmente a ordem jurídica fundamental da sociedade. Consequentemente, rompe-se a dicotomia público privado, inexistindo ilhas

---

<sup>166</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p. 95

<sup>167</sup> Idem. Ibidem..

inóspitas à Constituição. Estado e sociedade não mais se opõem. Pelo contrário, unem-se em direção a uma ética de tutela material do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>168</sup>

O Estado passa a ser um agente de transformação social, agindo como um ente que visa concretizar os direitos fundamentais, anunciando a dignidade da pessoa humana como elemento estruturante que emana todos os demais fundamentos, reforçando a liberdade, a igualdade e a solidariedade perante os demais membros da comunidade; trata-se de uma cláusula geral de respeito à condição humana.

A terceira fase, a pós-positivista, é inaugurada com o final do século XX, onde os princípios passam a assumir um valor de direito. Trata-se de uma tese capitaneada por Dworkin e Alexy, que, numa primeira crítica, afirma que a instituição é falida e traz à baila a própria estrutura da leitura moral como expoente.<sup>169</sup>

A normatividade dos princípios surge do empenho da Filosofia e da Teoria Geral do Direito de buscar um campo neutro onde se possa superar a antiga dicotomia entre o direito natural e o direito positivo. A construção levada a cabo por juristas como Alexy e Dworkin, tem ensejado uma nova concepção acerca dos princípios, dando a eles normatividade.<sup>170</sup>

É possível também observar que novas teorias têm ganhado força, como as que determinam a aplicação dos direitos fundamentais inclusive dentro das relações particulares. Trata-se de uma novidade trazida pela nova visão que busca a ampliação da força atribuída à Constituição, não se permitindo mais as violações dos direitos fundamentais, sejam vindas do particular, ou da própria Administração.

O direito que fora tão focado no patrimônio passa a focar as pessoas como elemento principal a ser protegido, deixando de tratar o homem como objeto do patrimônio. O impacto dessa nova vertente está abalando a estrutura da segurança jurídica, antes vista como cláusula de conservação do imobilismo, preservação dos direitos adquiridos; passa por uma releitura que se faz primordial em uma sociedade tão desigual, nessa baila afirma Cristiano Chaves:

---

<sup>168</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos, teoria geral e contratos em espécie**. 1ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 34

<sup>169</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros. p.264

<sup>170</sup> Idem. p.264

Haverá segurança jurídica quando Estado e sociedade se comprometerem a cumprir o projeto constitucional de uma sociedade mais justa e voltada ao projeto solidário de erradicação da miséria.<sup>171</sup>

Nesse diapasão, o indivíduo, quando diminuído pelo mercado, inserido no mercado de risco, não consegue se impor dentro do Estado para concretizar a Ordem Constitucional, pois acaba sendo alvo do próprio Estado, que não consegue tutelar a livre iniciativa e os interesses transindividuais. Logo o ente que deveria agir para proteger passa a ser protetor de poucos e predador para a grande maioria. O Estado passou por um esvaziamento, transferindo o seu poder para outras instâncias, surgindo, assim, conglomerados que fazem suas próprias regras, procurando o Estado para obter a seu favor regras que os imunizem da sociedade civil.<sup>172</sup>

A consequência natural é que as lutas sociais assumiram uma distorção da função dos papéis. O poder executivo passou a agir como poder legiferante de forma distorcida, tentando cumprir os ditames constitucionais de promoção social, contudo exercendo este papel de forma a promover um verdadeiro clientelismo, privilegiando poucos e dificultando o acesso à cidadania. Nesse intento, a humanização do direito exige um foco ainda maior sobre a perspectiva constitucional. Contudo, não se trata de uma tarefa fácil, porquanto o direito é um sistema aberto de valores, e a natureza da Constituição Federal se exterioriza por um conjunto de princípios e regras destinados à realizá-lo, exigindo mais daquele que operacionaliza, porquanto não é apenas a aplicação da lei, mas a aplicação de uma pluralidade de fontes que se pautam em procedimentos argumentativos que buscam extrair princípios conforme a sua eficácia transformadora.<sup>173</sup>

Não significa que o pós-positivismo despreza o direito posto, mas a aplicação da lei ao direito posto passa por um processo contínuo de atividade hermenêutica, assim a analogia feita por Cristiano Chaves é de grande valia para compreender esse processo:

Em sentido figurado podemos perceber o ordenamento como um iceberg. A parte visível aos olhos representa a letra da lei, porém a maior parte se encontra submersa. É lá que a vida acontece e as necessidades sociais

---

<sup>171</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos, teoria geral e contratos em espécie**. 1ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 35

<sup>172</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 41

<sup>173</sup> Idem. p 43

pautam o processo de interpretação do direito por outras fontes, como os costumes, a doutrina e a jurisprudência.<sup>174</sup>

A dificuldade da nova ordenação baseada na humanização do direito, colocando o homem no centro e um fim em si mesmo consiste atualmente na própria tentativa de se conceituar o que vem a ser a dignidade da pessoa humana. O conceito é polissêmico, o que lhe permite ser invocado para tutelar qualquer aspecto. Isso ocorre porque ele pode ser invocado amplamente por se tratar de um conceito abstrato e altamente subjetivo. O que se tem observado é que a doutrina e a jurisprudência têm agido de forma primordial para definir os contornos e estabelecer os conceitos de como o conteúdo da dignidade da pessoa humana deve ser tratado.

O conceito de dignidade tem sido trabalhado não mais de forma fixa, já que uma sociedade pluralista onde a diversidade de valores é a expressão do conceito de democracia não permite tal visão, logo, se trata de um conceito vago e aberto que sempre passará por uma constante concretização e delimitação pelo próprio desenvolvimento da Constituição. Assim, retoma-se a ideia trazida por Kant de que o homem, por ser pessoa, se distingue das coisas e constitui um fim em si mesmo e não pode ser mais considerado um meio, um objeto da ação do Estado, da sociedade e da própria pessoa, pois se de tal sorte for assim considerado o levará à própria degradação.<sup>175</sup>

Assim, à medida que o direito vai se construindo, ele também vai se somando, enriquecendo a si mesmo, conferindo novas proteções e promoções, coibindo eventuais violações à dignidade. A dignidade passa a ser entendida como uma qualidade que é inata do ser humano, que é inerente à própria condição humana; ela passa a ser vista como um valor especial que é reconhecido em cada ser humano como sendo merecedor de igual respeito, proteção e promoção. Passa a ser um atributo reconhecido em qualquer pessoa, todos os integrantes da comunidade, ainda que não sejam iguais, ou tratados de forma igual, são iguais em dignidade por serem reconhecidos como integrantes da comunidade humana.

A dignidade se traduz em deveres e direitos correlatos indispensáveis ao desenvolvimento humano. Assim, o conceito passa a trabalhar o homem com uma perspectiva moral e jurídica em que dá simetria das relações humanas resulta a reciprocidade.

---

<sup>174</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos, teoria geral e contratos em espécie**. 1ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p.36

<sup>175</sup> SARMENTO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 40

A própria estrutura jurídica não admite mais que exista um super princípio, capaz de sobrepor a qualquer outro. Assim se observa que o princípio da supremacia do interesse público, que sempre ocupou uma posição privilegiada, seja visto mais como uma regra de preferência, como defende Humberto Ávila.<sup>176</sup>

Ademais, a observância desses princípios é a concretização da socialidade e eticidade, bem como a concretização do princípio da solidariedade. Desta forma é possível observar que ambos os princípios nascem da solidariedade, demandando uma ordem de cooperação intersubjetiva perante a sociedade.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio é que se observará que a liberdade e a solidariedade, apesar de figurar como valores antagônicos em alguns casos, revelará um equilíbrio entre elas, exigindo grandes discussões para que ambos se harmonizem sem que se aniquilem.

Aliás, a harmonia de ambos os princípios se mostra como um projeto capaz de garantir a igualdade material, não meramente formal como fora defendido antigamente, mas de promover um ideal onde é possível que a Administração defenda valores ordenados a cooperação.

Nesse rumo, é válido traçar a distinção entre as visões filosóficas orientadoras dos postulados jurídicos da atualidade. Compreender o rumo das relações sociais e os debates orientadores é de suma importância para balizar como cada visão traça uma postura distinta na tomada de decisões.

Autores como Alexy apresentam problemas jurisprudenciais da corte constitucional Alemã que parte da orientação na humanização do direito. Sopesa, ainda, argumentos contrários à prática. A maioria dos opositores defende que falta controle argumentativo das decisões, que provocam uma abertura que espelha a falta de segurança jurídica. Cite-se como exemplo o direito geral de liberdade que tem sido objeto de críticas por parte dos juristas alemães. As posições contrárias a esta interpretação estão subdivididas na teoria objetiva, que rejeita a possibilidade de que uma norma do dispositivo constitucional possa garantir diretamente o acesso aos direitos subjetivos. Outra teoria que limita o reconhecimento do

---

<sup>176</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P 174

direito geral de liberdade estaria na teoria restritiva, que reconhece que o suporte fático para invocar o direito estaria limitado aos direitos humanos.<sup>177</sup>

Para alguns juristas o direito geral de liberdade se apresenta como uma carta vazia de direitos e de conteúdo, sem qualquer suporte fático, crítica semelhante à apresentada por Dworkin, que defende que a concepção forte de direitos individuais não poderia acolher a ideia de um direito geral de liberdade, apenas de liberdades específicas ou concretas, pois a ideia de um direito geral de liberdade entraria em conflito com as normas deontológicas dos direitos.<sup>178</sup>

Alexy ainda aponta para ausência de substância do reconhecimento do direito geral de liberdade. Com isso, ele afirma ser impossível para o direito funcionar como parâmetro para exercer qualquer controle, tendo em vista que a realidade revela em cada caso qual a melhor solução para as restrições que devem ser impostas. Do exercício de impor limitação, o autor adverte que quanto maior for a restrição, maiores deverão ser as razões utilizadas para fundamentar a restrição básica ao direito básico de liberdade.<sup>179</sup>

Questiona-se se o direito geral de liberdade negativa (complementação do direito geral de liberdade operando com a restrição de não ser obrigado a fazer) não seria substituído pelo conceito de liberdade orientada pela dignidade da pessoa humana. O autor afirma negativamente que não seria cabível esta interpretação, já que a dignidade da pessoa humana é complemento do direito e não seu resultado.<sup>180</sup>

Outra crítica é que os direitos fundamentais surgem no transcorrer da história, de forma específica, devendo ser tratados como garantias específicas e relacionados ao âmbito de proteção específico. Outra ressalva é a própria amplitude do direito geral de liberdade que pode levar à expressão equivocada do direito do indivíduo de ter um exercício ilimitado da sua expressão, atinente à própria natureza substancial do direito.<sup>181</sup>

Apenas para esclarecer a razão pela qual não é possível atribuir o exercício ilimitado da liberdade negativa, ou mesmo que possa se confundir com reflexo da dignidade da pessoa humana, tem-se que o Tribunal Constitucional Federal Alemão utiliza como fórmula da dignidade humana a compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de

---

<sup>177</sup> ALEXY, Robert. Tradução: Virgílio da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros, 2012. pg. 342

<sup>178</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, L. G. Marinoni, D Mitidieiro. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 430

<sup>179</sup> ALEXY, Robert. Tradução: Virgílio da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros, 2012. p. 349

<sup>180</sup> Idem. p. 355

<sup>181</sup> Idem. p 370

se determinar e de se desenvolver em liberdade, não acolhendo a ideia de liberdade e tomando o indivíduo isolado e autocrático.<sup>182</sup>

Assim, para o Tribunal, as restrições à liberdade de ação, impostas pelo legislador com o objetivo de manter e fomentar a convivência social dentro do limite razoável, são possíveis desde que a independência da pessoa seja preservada. A liberdade negativa expressa apenas uma das condições para a garantia da dignidade humana.<sup>183</sup>

O princípio da dignidade humana desdobra-se em outros princípios materiais, além do princípio da liberdade negativa. *A priori*, apenas a liberdade negativa pode ser reconhecida, já que gera uma negação do direito de liberdade. Outros princípios podem sustentar e complementar este princípio, já que a dignidade humana subdivide-se num feixe de princípios. O direito geral de liberdade possui, assim, uma estrutura formal-material. Formal, já que a liberdade negativa é um valor em si mesmo e material, pois determina, no caso de colisão, o peso relativo do princípio a liberdade negativa no caso concreto.

Sarlet também afirma que seria questionável a necessidade de positivação no texto constitucional de um direito geral de liberdade, pois a base da instituição do Estado de Direito é que exista um mecanismo apto a efetiva proteção das liberdades em espécie e sem o reconhecimento da existência implícita do direito geral de liberdade não se pode proteger os direitos as liberdades em espécies.<sup>184</sup>

Percebe-se que uso semelhante ao direito geral de liberdade se estende ao princípio da solidariedade, retomando a necessidade de se indagar como este é aplicado no Brasil. O vocábulo solidariedade em si sempre foi apresentado como expressão de baixa relevância. Somente com a constituição de 1988 é que a expressão tomou uma força significativa. Até então, pouco se ouvia falar sobre solidariedade e, quando presente, tratava-se da responsabilidade dos agentes nas relações civis, como a solidariedade nos polos da relação obrigacional, ou seja, era um conceito distante do que realmente vem a ser a idealização do instituto hodiernamente.<sup>185</sup>

A concepção moderna da solidariedade assume um contexto mais abrangente, designando uma justiça mais distributiva, voltada para a igualdade substancial, bem como a concretização da dignidade da pessoa humana. A solidariedade passa a ser um princípio

---

<sup>182</sup> ALEXY, Robert. Tradução: Virgílio da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros, 2012. p 356

<sup>183</sup> Idem. p 357

<sup>184</sup> Idem. p 357

<sup>185</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da Solidariedade**. Disponível em: <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>. Acesso em 13 de set de 2012.

norteador de todo o ordenamento, não só das relações jurídicas, mas também instrumento norteador das relações de todos os membros da sociedade.<sup>186</sup>

A modificação do paradigma reconstrói a ideia de que o homem não deve ser visto como um ser que habita sozinho (atomizado), mas como um agente da sociedade que, ao mesmo tempo em que é integrante individual, também é parte de uma coletividade. Há uma influência sociológica nessa visão, pois o homem só pode ser reconhecido como indivíduo quando inserido na sociedade. Trata-se de uma relação de interdependência, onde tanto a coletividade quanto a individualidade se comunicam para compor uma unicidade.

Por isso a solidariedade decorre da necessidade da coexistência e deve ser vista também como um valor dependente da consciência racional dos interesses, assim entendido como “uma obrigação moral de não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito”. Não se observa nesta regra qualquer conteúdo material, ela apenas discrimina um dever de reciprocidade, fazendo com que cada um, antes de agir, se coloque no lugar do outro.<sup>187</sup>

A solidariedade nasce de uma virtude e tem fundamento teológico. Os seguidores do cristianismo já afirmavam que todos, por serem filhos do mesmo pai, deviam considerar-se como irmãos. Trata-se de um direito que remete à velha ideia de direito natural.<sup>188</sup>

Portanto, a noção de fraternidade é a inspiração da solidariedade moderna. Traz na sua acepção a ideia da caridade e filantropia. Contudo, a ideia de liberdade exaltada pelo liberalismo esborou o conceito de solidariedade como um norte, tornando os homens escravos da própria liberdade, onde aqueles que detinham melhores habilidades poderiam tolher os mais fracos.<sup>189</sup>

Por interesses escusos, a fraternidade foi deixada de lado após a revolução francesa e vista com sérias restrições, uma vez que sua atuação se afastava do âmbito jurídico para ser preconizada como uma ideologia vazia e sem eficácia, pois a solidariedade não passava de uma liberalidade de âmbito moral.<sup>190</sup>

Entretanto, a crise do sistema liberal positivista obrigou a sociedade a rever seu posicionamento e, hodiernamente, a fraternidade é retomada com um novo corolário, onde o respeito pela diferença deve sobressair, possibilitando a coexistência pacífica das diversas

---

<sup>186</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da Solidariedade**. Disponível em: <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>. Acesso em 13 de set de 2012.

<sup>187</sup> Idem

<sup>188</sup> Idem

<sup>189</sup> Idem

<sup>190</sup> Idem

concepções da vida. A mudança não foi tão radical, pois o ato beneficente ainda permanece como uma liberalidade, ou seja, não se concebe como uma obrigação, a não ser moral. Entretanto a grande mudança é que a solidariedade começa ser vista como um dever de natureza jurídica.<sup>191</sup>

O objetivo da solidariedade é cooperar. É um despertar para o senso de justiça, para obrigar as pessoas a se tornarem cooperativas. É buscar os benefícios propostos pela teoria dos jogos onde a cooperação dos agentes permite ganhos mútuos. É uma modificação da forma de agir, onde a conduta pode ser observada com diversas facetas: como um fato social, como uma virtude ética de conhecer o outro, como uma consciência moral e de boa-fé, como um comportamento pragmático para evitar perdas pessoais e institucionais.

O princípio da solidariedade está positivado na Constituição Federal de 1988, justamente para alcançar a igualdade social. Está posto como um instrumento para garantir a existência digna sem excluídos ou marginalizados.

A mudança não se restringe apenas ao plano ideológico, em que pese o Código Civil ter balizado seus ideais pelo liberalismo, que calçou a autonomia da vontade como valor basilar, contudo esta realidade vem mudando gradativamente. O que se espera é que o mesmo comportamento seja adotado pela Administração Pública, influenciando preceitos do Direito Administrativo.

A razão desta mudança é privilegiar o individualismo, mas de uma forma diferente, desprendida do liberalismo radical. Assim, não é possível conceber uma individualidade num sistema que não reconhece a cooperação. A individualidade é uma construção para regular as relações entre as pessoas que estão inseridas dentro de um sistema e, justamente, em razão dessa interação é que não é possível haver a ideia de liberdade sem cooperação.

A própria noção de liberdade passa a ser redesenhada; assim elucida Maria Celina Bodin de Moraes:

A própria noção de ordem pública, sempre invocada como limite à livre atuação do sujeito, tem seu conteúdo redesenhado pelo projeto constitucional - com particular ênfase às normas que tutelam a dignidade humana e que, por isso mesmo, ocupam a mais alta hierarquia de ordem pública, o fundamento último do ordenamento constitucional. Neste sentido, aponta-se

---

<sup>191</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da Solidariedade**. Disponível em: <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>. Acesso em 13 de set de 2012.

a existência de uma cláusula geral de ordem pública que seria expressão geral do princípio da solidariedade.<sup>192</sup>

Assim a vocação do constitucionalismo atual é a de que o princípio que antes estava vazio e sem normatividade comece a ter eficácia, não só como um norte, mas é também uma norma que possui força e é capaz de regular os particulares em suas relações.

Retoma-se a ideia dos pós-positivistas, principalmente a Dworkin, para avaliar que as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada: se ocorrer o que elas estipulam, são válidas e nesse caso deverão ser aceitas; porém, se não acontecer o que a regra estipula, ela apenas contribuirá para a formulação da decisão.<sup>193</sup>

A solidariedade, ao adquirir maior status, não atua apenas regulando as relações jurídicas, mas é também um instrumento de transformação social. Dela surgem deveres implícitos e explícitos que visam igualar as partes e, concomitantemente, vedações que levam à concretização das obrigações assumidas, bem como ao balanceamento das prestações.

A aplicação da solidariedade tem reflexo em todos os ramos, principalmente nas relações contratuais, que deixam de ser um mecanismo de torpeza para enriquecimento injusto e passam a ser vistas como um instrumento que possui um fim social. Visa modificar a postura de uma sociedade que era governada pela hierarquia do mais forte sobre o mais fraco e que passa a ser administrada pelo melhor interesse de seus membros.

Outro ramo dentro do direito civil que sofreu influência do princípio da solidariedade foi a responsabilidade civil. Pela teoria do risco, o agente somente era responsável pelo dano se houvesse prova de que agiu com culpa ou dolo; atualmente esta tese caiu em desuso e passa a ser enfrentada sob a perspectiva da fraternidade, ampliando ao máximo possível a reparação do dano.<sup>194</sup>

A influência que o princípio da solidariedade traz a jurisprudência traz diversos elementos capaz de compreender como o paradigma deve ser orientado pela Administração Pública a fim de seguir os objetivos traçados pela Constituição.

---

<sup>192</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da Solidariedade**. Disponível em: <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>. Acesso em 13 de set de 2012.

<sup>193</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 282

<sup>194</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da Solidariedade**. Disponível em: <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>. Acesso em 13 de set de 2012.

## 2 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Identificar o princípio da solidariedade perante a jurisprudência faz-se de suma importância para determinar o seu uso no ordenamento jurídico, bem como detectar a sua aplicação enquanto instrumento argumentativo principiológico.

A análise da jurisprudência permite um fechamento acerca da extensão do seu significado e da sua aplicação enquanto instrumento normativo deontológico. Trata-se, portanto, de uma investigação acerca do seu sentido jurídico, portanto qualitativa que visa a análise das decisões. A abordagem compila análise de diversos trechos dos julgados em que o princípio da solidariedade fora abordado fazendo-se uma avaliação sobre como este instruiu a solução de determinado problema e a inclinação dos Tribunais quanto a inspiração que o princípio revela.<sup>195</sup>

O termo princípio da solidariedade foi lançado no campo de argumento de pesquisa do STF, STJ e TCU. No STF, foram detectados 210 documentos, contra 871 no STJ e 49 no TCU.

Enquanto ferramenta principiológica dentro do direito previdenciário, a solidariedade regula o sistema de contribuição. Razão da exclusão dos julgados sobre a temática previdenciária. Ao todo retornaram cerca de 173 documentos no STJ e 51 no STF.

Percebe-se nitidamente a visão do princípio da solidariedade seguindo um aspecto mais próximo na visão republicana. Tal observação é condizente com o sistema judiciário brasileiro, que representa instituição republicana. Isto porque o sistema de proteção no reconhecimento do comportamento cooperativo busca de todos a participação com o sistema de responsabilidade.

A compulsoriedade torna-se mecanismo de assegurar à comunidade melhores condições de sobrevivência e ao mesmo tempo despertar para o desenvolvimento da cidadania. Entretanto é com certa ressalva, pois inexistente predominância do desenvolvimento dentro da vertente republicana, que se pode determinar que a solidariedade tenha alcançado no ordenamento jurídico pátrio esta formatação. Isto porque, para tanto, ele deveria informar

---

<sup>195</sup> FREITAS FILHO, Roberto. LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3634.pdf>>. Acesso em 30 de mar de 2015.

uma pretensão inicial mais próxima de uma visão comunitária, mas que levasse o sistema a uma gradativa interrupção, pois desvincularia o cidadão das amarras.

Se o princípio da solidariedade seguisse uma visão mais próxima do republicanismo, ele traçaria uma decisão em que se determinaria a compulsoriedade para a forma de contribuição, mas numa medida prospectiva essa obrigatoriedade seria vista como desnecessária, pois o sistema poderia seguir uma visão mais próxima do liberalismo. Evidencia-se, a partir da jurisprudência, que o princípio da solidariedade é invocado principalmente para tratar de políticas sociais, especialmente no que tange ao direito à saúde, previdência e assistência social.

A solidariedade visa promover o bem, distribuir os riscos, atrair a responsabilidade, propiciar melhores condições de sobrevivência, garantir melhores oportunidades, propiciar qualidade de vida. Possivelmente o melhor campo para iniciar a investigação sobre a solidariedade advenha da própria história da previdência social.

O regime previdenciário apresenta no seu desenvolvimento um ponto de grande relevância para compreender como a solidariedade se propaga enquanto instrumento jurídico e ferramenta das políticas públicas. A previdência surge através da organização gradativa da classe trabalhadora com a finalidade de garantir melhores condições para os empregados e resguardar a sua sobrevivência, permitindo a estes serem amparados em situações penosas.

O sistema inicial de custeio e de participação era facultativo, aproximando-se do contrato de seguro. Aqueles que pretendiam o benefício custeavam, assim os empregados em atividade contribuía para o sistema em prol daqueles que estariam abrangidos pelas hipóteses de cobertura. Inicialmente, o benefício era concedido à parcela restrita da população, mas, no transcorrer do tempo, diante das reivindicações dos trabalhadores, a cobertura passou pela ampliação de cobertura, assim como passou a integrar o rol de políticas públicas.<sup>196</sup>

A solidariedade se constitui como o argumento fundador do regime previdenciário, o que impossibilita a desagregação dela das decisões jurídicas que fundamenta. É por essa razão que a maioria dos acórdãos pesquisados na Suprema Corte faz remissão ao instituto quando trata da matéria previdenciária. Essa enunciação fica clara no julgado:

---

<sup>196</sup> Souza, Luciana Virgília Amorim de. **A Previdência Social no Brasil: uma longa história para contar.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/previd%C3%A2ncia-social-no-brasil-uma-longa-hist%C3%B3ria-para-contar>. Acesso em 03/10/2014.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INSS. PENSÃO POR MORTE. LEI N. 9.032/95. APLICAÇÃO RETROATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. EXTENSÃO DO AUMENTO A TODOS OS BENEFICIÁRIOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. O aumento da pensão por morte, previsto na Lei n. 9.032/95, aplica-se a todos os beneficiários, inclusive aos que já percebiam o benefício anteriormente à edição desse texto normativo. 2. Inexiste aplicação retroativa de lei nova para prejudicar ato jurídico perfeito ou suposto direito adquirido por parte da Administração Pública, mas sim de incidência imediata de nova norma para regular situação jurídica que, embora tenha se aperfeiçoado no passado, irradia efeitos jurídicos para o futuro. 3. O sistema público de previdência social é fundamentado no princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CB/1988), contribuindo os ativos para financiar os benefícios pagos aos inativos. Se todos, inclusive inativos e pensionistas, estão sujeitos ao pagamento das contribuições, bem como aos aumentos de suas alíquotas, seria flagrante a afronta ao princípio da isonomia se o legislador distinguisse, entre os beneficiários, alguns mais e outros menos privilegiados, eis que todos contribuem, conforme as mesmas regras, para financiar o sistema. Se as alterações na legislação sobre custeio atingem a todos, indiscriminadamente, já que as contribuições previdenciárias têm natureza tributária, não há que se estabelecer discriminação entre os beneficiários, sob pena de violação do princípio constitucional da isonomia (STF - RE: 450855 RS , Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/05/2005, Data de Publicação: DJ 23/05/2005 PP-00040).<sup>197</sup>

Pode-se verificar que a solidariedade sofreu no transcorrer da história diversas transformações. Aquilo que era visto como solidariedade em plena idade média se difere muito daquilo que se constata no começo do século XIX. Fazer uma limitação parece coerente. Durante o nascimento do regime previdenciário, percebe-se a existência da solidariedade liberal, talvez contrária à solidariedade natural, pregada pela igreja e tida como compulsória para a salvação das almas. A solidariedade liberal se assenta no preceito da liberdade, como força motriz assegurada pela revoluções burguesas, cabendo a cada um a faculdade de exercê-la. Cabe aqui fazer um adendo para que não se confundam as expressões solidariedade social com os postulados de Émile Durkheim; o termo é para distinguir os períodos do seu desenvolvimento e as teorias já desenvolvidas.

Como já visto, o liberalismo e suas teorias foram amplamente criticadas. Reflexo dessas críticas também se traduziu ao longo da história na construção do regime previdenciário. A obrigatoriedade de empregadores fornecer assistência previdenciária passa a compor o rol de conquistas dos trabalhadores, entretanto garantia restrita àqueles que atuavam em determinados ramos ou grupo de empresas. É o inicial da solidariedade social, mas que ainda estava em uma fase de transição.

---

<sup>197</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 450.855**. Relator ministro Eros Grau. Brasília, 2015.

A predominância do conceito liberal não retira a importância da solidariedade, porquanto ela era capaz de instituir deveres e obrigações, ainda que em favor de um grupo reduzido. Ademais, o exercício da liberdade gradativamente constituiu meios para que a coletividade viesse a reconhecer a importância da instituição do regime de previdência, portanto a cooperação, fortalecendo o sentimento coletivo para que os valores da solidariedade liberal viessem a integrar valores da solidariedade social. Surge um conjunto de reivindicações, deixando o regime previdenciário de ser um benefício exclusivo que pertencia apenas a determinada classe, ou grupos de empresas.

Como dito, a solidariedade facultativa inspirou manifestações e reivindicações dos trabalhadores pela oportunidade do benefício. A transformação da previdência em política pública surge em 1933 com a unificação de todas as Caixas de Aposentadoria e Pensões (CAP's) no Instituto de Aposentadoria e Pensões (IAP's).<sup>198</sup>

No período, houve aumento nas reivindicações populares para ampliar os direitos previdenciários a todos os trabalhadores. Nesse momento, pode-se afirmar que a solidariedade liberal abandona a matriz do instituto. Surge a solidariedade social, tornando a contribuição compulsória. O preceito da igualdade passa a compor o fundamento da solidariedade.

O objetivo de apresentar os julgados é investigar como a solidariedade se apresenta e averiguar qual a tendência que ela segue, uma perspectiva de solidariedade liberal ou social, bem como se é possível afirmar a existência de uma solidariedade dentro da tese republicana.

Outro ponto de observação será a análise da solidariedade como indutora de políticas públicas e a possível ampliação de seus efeitos para este campo, conforme os enunciados dos julgados. Nesse ponto existe a dificuldade de se descrever o cenário exato de sua extensão, em especial, apurar o crescimento do argumento solidariedade como medida constitutiva de determinado programa de governo, ou formulação de agenda, bem como traduziria o problema do excesso de subjetivismo.

Isto decorre de problemas que já foram citados anteriormente, como a dificuldade dos autores em descrever o problema, entre tantos, tais como a predileção argumentativa, tornando impossível que todos os gestores sejam capazes de atribuir a mesma definição de solidariedade. Ademais, a restrição à jurisprudência nessa etapa parece salutar, já que ampliar o objeto de pesquisa a campos extensos implicaria afastar o foco principal que é reconhecer o

---

<sup>198</sup> Souza, Luciana Virgília Amorim de. **A Previdência Social no Brasil: uma longa história para contar.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/previd%C3%A2ncia-social-no-brasil-uma-longa-hist%C3%B3ria-para-contar>. Acesso em 03/10/2014.

instrumento jurídico que desenvolve a solidariedade, bem como tornaria impossível a conclusão e a análise dos resultados.

Ademais, o aspecto das políticas públicas são mais complexos, pois a formulação da agenda passa por etapas de construção e definição que por vezes não são registrados. Como exemplos: os termos de ajuste de condutas e audiências públicas.

Outro ponto interessante é que, ao observar a jurisprudência atual, constata-se que a solidariedade tem pouco relevo no âmbito das políticas públicas. Isto ocorre ainda em razão de preceitos liberais e sociais que expressam a maioria dos enunciados. Outro problema se concentra no âmbito semântico da palavra solidariedade. Com a advertência, isso não quer dizer que o problema se limite apenas ao âmbito jurídico ou político, do contrário não haveria uma luta constante entre os agentes para definir o sentido objetivo da norma.

A importância da jurisprudência é primordial para descrever o comportamento do princípio da solidariedade enquanto argumento jurídico. Mas os efeitos que eles remetem não descartam a sua aplicação no cenário das políticas públicas, sendo até desnecessário trazer exemplos para elucidar a aplicação mais extensa do que aquela que é pretendida no julgado.

Como a solidariedade tem grande relevo para o direito previdenciário, percebe-se que grande parte dos julgados nessa área possuem um conteúdo bem restrito no sentido da solidariedade. Nesse ramo, o princípio é apresentado como forma de exigir, ou declarar a legalidade, da cobrança da contribuição para custear o sistema.

A priori, quase sempre que se fala em solidariedade no âmbito jurídico, deve-se ter em mente que alguém está sendo chamado para custear e redistribuir a responsabilidade. Seria até incongruente pensar nesse princípio de outra forma.

Contudo, dentro do direito previdenciário, a solidariedade se apresenta como argumento sólido, capaz de atrair inclusive a responsabilidade da Administração Pública, especialmente nas hipóteses de falha na fiscalização nos termos da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. É justificável restringir âmbito de abrangência da solidariedade em matérias previdenciárias, justamente para compreender em quais ramos em que ele ainda não se constitui como instrumento reconhecido.

Portanto, o uso do princípio invoca a ampliação do grupo de responsáveis, atraindo a responsabilidade de devedores na satisfação do crédito, a responsabilidade do Estado nas políticas de fornecimento de medicamentos, entre outros.

Ademais, o objetivo descrito na introdução é o de alcançar a solidariedade como um instrumento capaz de modificar o paradigma das políticas públicas, em especial no Direito Administrativo. Isso não significa que a solidariedade não opere esta função no Direito Previdenciário, mas por razões de limitação do próprio espectro de abrangência que o tema levaria, é preferível uma verticalização à horizontalidade.

Além disso, a grande maioria dos julgados encontrados utilizou-se do princípio da solidariedade como forma de distribuição de responsabilidades. Portanto, o uso do preceito invoca a ampliação do grupo de responsáveis, como exemplos: a responsabilidade de devedores na satisfação do crédito, a responsabilidade do Estado nas políticas de fornecimento de medicamentos, entre outros. Sendo assim, é de maior relevo detectar quais ramos legitimam a solidariedade, do que apenas desenvolver algo que já se apresenta como argumento sólido.

## **2.1 A solidariedade na visão do STF**

A maioria dos julgados encontrados no Supremo Tribunal Federal apresenta o princípio da solidariedade como via de atração de responsabilidade de outros agentes que deveriam ter atuado de forma a minimizar os danos, partilhar dos resultados, distribuir de forma coletiva o ressarcimento e os benefícios. Muito embora o princípio seja invocado em grande parte dos julgados como argumento jurídico para condenar ao pagamento de verbas indenizatórias, ele também sustenta a necessidade de reduzir desigualdades sociais, traçando o perfil mais próximo da solidariedade social.

No julgamento sobre a legalidade do art. 7º da lei 6.194/74, com a alteração promovida pela lei 8.441/92, o princípio da solidariedade foi apresentado como forma de reduzir as desigualdades sociais. O princípio foi invocado como fundamento para condenar as seguradoras do DPVAT a efetuar o pagamento de indenização ao beneficiário acidentado por veículo não identificado, como bem revela o julgado:

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ILEGITIMIDADE ATIVA DE FEDERAÇÃO SINDICAL – LEI Nº 6.194/74 (ART. 7º), COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 8.441/92 (ART. 1º) – AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DAS ENTIDADES SEGURADORAS – ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO – APARENTE INOCORRÊNCIA – NÃO – CONFIGURAÇÃO DO PERICULUM IN MORA – MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. [...] – Responsabilidade civil objetiva das**

entidades seguradoras e seguro obrigatório de danos pessoais: O art. 7º da Lei 6.194/1974, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei 8.441/1992, ao ampliar as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, em tema de acidentes de trânsito nas vias terrestres, causados por veículo automotor, não parece transgredir os princípios constitucionais que vedam a prática de confisco, protegem o direito de propriedade e asseguram o livre exercício da atividade econômica. - A Constituição da República, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades sociais, dando especial ênfase, dentro dessa perspectiva, ao princípio da solidariedade, cuja realização parece haver sido implementada pelo Congresso Nacional ao editar o art. 1º da Lei 8.441/1992. (ADI 1.003-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-8-1994, Plenário, DJ de 10-9-1999.)<sup>199</sup>

A relevância desse julgado está também no reconhecimento dos fundamentos da política de promoção da solidariedade como força que institui a responsabilidade do consórcio de seguro construindo o vínculo cooperativo. Portanto, a finalidade de alcançar o objetivo da lei atrai a responsabilidade.

A relevância no Direito Administrativo é ainda maior, pois caso o julgado fosse utilizado seguindo esta mesma tendência deveria reconhecer que o objetivo de proteção do Estado gera uma vinculação de proteger os direitos dos seus administrados pela mesma finalidade com a qual foi instituído o seu dever. Assim nos contratos administrativos haveria a vinculação do contratante e do contratado em favor daquele a quem o serviço é direcionado, inclusive o sujeitando a responsabilidade objetiva na hipótese do descumprimento. Vedando qualquer medida que gere óbice a não efetivação do objetivo almejado.

A perspectiva desse julgado mostra a tendência que retira o comportamento de que os contratos existem para adquirir coisas de interesse da Administração. Agora o entendimento é de que eles servem para atender as pessoas, a coletividade, é a tendência de personalização. Em razão desses princípios, tem se observado vários julgados que esvazia o preceito contido no estrito entendimento do legalismo como óbice para a promoção da reparação dos danos e seguido na direção de valorizar a lealdade nas relações jurídicas.

Dessa forma, não pode a Administração agir sob o manto procedimentalmente correto ao pretexto de estar conforme a Lei e violar interesses privados que gozam de proteção, quanto mais de forma irracional, ignorando direitos de envergadura constitucional, ou sem se atentar a princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade.

---

<sup>199</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 1.003-MC**. Relator ministro Celso de Mello. Brasília, 1994.

A solidariedade não restringe a determinação apenas para os agentes privados, mas também para todos os poderes do Estado, determinando que promovam a cooperação, especialmente quando se dirige a tutelar interesses que devem ser protegidos por todos. Nesse sentido, a corte seguiu a compreensão de que invocar o preceito da separação e autonomia entre os poderes não poderia servir para afastar a prevalência do direito à vida.

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DO TRATAMENTO ADEQUADO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - ARE: 801676 PE , Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 19/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 02-09-2014 PUBLIC 03-09-2014)<sup>200</sup>

A cooperação revela a tendência dos Tribunais de refutar a utilização do conceito republicano de separação dos poderes para afastar a reparação dos danos. Assim os poderes da república devem conjugar esforços na promoção dos direitos e valores da Constituição. Portanto, a perspectiva exige a conformação do paradigma orientado, sempre que possível a um comportamento solidariedade de proteger a vida dos seus administrados, portanto como concretizador dos Direitos Fundamentais.

O paradigma descrito revela a condução da Administração Pública na construção de um procedimento que promova os interesses de proteção da população. Remete ao conceito de que o cidadão deve estar no centro das atividades, portanto sem o exercício da tirania, ou opressão capaz de subjugar ao abuso na gestão.

---

<sup>200</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental 1801676**. Relator ministro Roberto Barroso. Brasília, 2014.

O comportamento previsto pela Suprema Corte fornece a compreensão da visão republicana na condução das suas decisões não permite que a separação de poderes permita fragmentar a responsabilidade do dever de concretização dos objetivos que deve promover. Outro ponto de destaque estaria na compreensão da corte sobre a característica que circunscreve a compreensão do enquadramento dos serviços públicos.

No julgamento da ADI da Lei 3.449/04, ficou assentado, entre os fundamentos da decisão, que a solidariedade social informa a lógica dos serviços públicos, compondo os direitos dos usuários. Fica lúcido que o sistema dos serviços públicos não se orienta apenas pela premissa consumerista, não colocando o usuário em posição idêntica à dos consumidores.

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 3.449/04 DO DISTRITO FEDERAL. PROIBIÇÃO DE COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA NOS SERVIÇOS DE ÁGUA, LUZ, GÁS, TV A CABO E TELEFONIA. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR E PRESTAR OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES E ENERGIA ELÉTRICA (CF, ART. 21, XI E XII, 'b', E 22, IV). FIXAÇÃO DA POLÍTICA TARIFÁRIA COMO PRERROGATIVA INERENTE À TITULARIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO (CF, ART. 175, PARÁGRAFO ÚNICO, III). AFASTAMENTO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE CONSUMO (CF, ART. 24, V E VII). USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS CUJO REGIME GUARDA DISTINÇÃO COM A FIGURA DO CONSUMIDOR (CF, ART. 175, PARÁGRAFO ÚNICO, II). PRECEDENTES. SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E GÁS. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO (CF, ART. 2º). PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. O sistema federativo instituído pela Constituição Federal de 1988 torna inequívoco que cabe à União a competência legislativa e administrativa para a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações e energia elétrica (CF, arts. 21, XI e XII, 'b', e 22, IV). 2. A Lei nº 3.449/04 do Distrito Federal, ao proibir a cobrança da tarifa de assinatura básica "pelas concessionárias prestadoras de serviços de água, luz, gás, TV a cabo e telefonia no Distrito Federal" (art. 1º, caput), incorreu em inconstitucionalidade formal, porquanto necessariamente inserida a fixação da "política tarifária" no âmbito de poderes inerentes à titularidade de determinado serviço público, como prevê o art. 175, parágrafo único, III, da Constituição, elemento indispensável para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e, por consequência, da manutenção do próprio sistema de prestação da atividade. 3. Inexiste, in casu, suposto respaldo para o diploma impugnado na competência concorrente dos Estados-membros para dispor sobre direito do consumidor (CF, art. 24, V e VII), cuja interpretação não pode conduzir à frustração da teleologia da referida regra expressa contida no art. 175, parágrafo único, III, da CF, descabendo, ademais, a aproximação entre as figuras do consumidor e do usuário de serviços públicos, já que o regime jurídico deste último, além de informado pela lógica da solidariedade social (CF, art. 3º, I), encontra sede específica na cláusula "direitos dos usuários" prevista no art.

175, parágrafo único, II, da Constituição. 4. Ofende a denominada reserva de administração, decorrência do conteúdo nuclear do princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), a proibição de cobrança de tarifa de assinatura básica no que concerne aos serviços de água e gás, em grande medida submetidos também à incidência de leis federais (CF, art. 22, IV), mormente quando constante de ato normativo emanado do Poder Legislativo fruto de iniciativa parlamentar, porquanto supressora da margem de apreciação do Chefe do Poder Executivo Distrital na condução da Administração Pública, no que se inclui a formulação da política pública remuneratória do serviço público. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. (STF - ADI: 3343 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 01/09/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-221 DIVULG 21-11-2011 PUBLIC 22-11-2011 EMENT VOL-02630-01 PP-00001).<sup>201</sup>

O dever de todos os usuários colaborarem com sistema para compor a universalidade dos serviços resta como marca compreendida pela corte que revela a solidariedade. Portanto, a lógica do contrato de concessão é a de que ele está sob um manto de proteção que não se orienta apenas pelo comportamento liberal. Assim, os usuários dos serviços acabam por custear com a tarifa de assinatura básica o acesso aos demais.

No universo das políticas públicas, percebe-se que o princípio da solidariedade determina o custeio de forma desproporcional e orienta os sistemas jurídicos com esferas distintas de atuação. Enquanto o direito privado promove as políticas em reduto de promoção dos interesses privados, o público se orienta na promoção social, descrevendo um paradigma determinado pela cooperação dos usuários, ainda que tal cobrança fosse incabível por configurar prática abusiva de cobrar por serviços não usados.

Ayres Britto assentou entendimento semelhante no voto divergente da ADPF 144 no sentido de que os direitos fundamentais, assim como as garantias constitucionais, estão distribuídas por blocos sobre conjuntos, não conservando um vínculo funcional imediato com os princípios constitucionais estruturantes, mas sim direitos e garantias operacionais. Assim, o bloco dos direitos e garantias individuais está centralmente localizado no ponto que se refere à dignidade da pessoa humana, reverenciando o indivíduo e seus particulares agrupamentos. Logo, eles possuem um antro de proteção específico, que não se deve confundir com aqueles que são fundantes da república federativa e nem com aqueles que estão afetos ao âmbito de proteção individual.<sup>202</sup>

---

<sup>201</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3.343**. Relator ministro Ayres Britto. Brasília, 2011.

<sup>202</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 144**. Relator ministro Celso de Mello. Brasília, 2010. p.520

Cabe bem aqui extrair um trecho da extensão dessa proteção individual que não deve se confundir com essa expressão coletiva fundante da república:

Veja-se que o bloco dos direitos e garantias individuais está centralmente direcionado para a concretização desse fundamento da República que é a dignidade da pessoa humana, reverenciando por modo exponencial o indivíduo e seus particularizados grupamentos. Suas corporações. Por isso que o capítulo é dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Logo, são dispositivos constitucionais voltados para a proteção dos bens chamados de personalidade individual, ou, então, bens de personalidade corporativa. São bens que se caracterizam por uma clássica, tradicional oponibilidade à pessoa jurídica do Estado, mas tudo de acordo com o clássico modelo político liberal de estruturação tanto do Estado quanto da sociedade civil. É o imperecível legado do iluminismo enciclopedista que desaguou na Revolução Francesa de 1789.<sup>203</sup>

Nesse mesmo rumo, os direitos sociais também estão dentro de uma ideologia e dentro de um ponto situado até mesmo historicamente, possuindo um vínculo funcional direto, não propriamente com princípio da dignidade da pessoa humana, mas também servindo à proteção da dignidade da pessoa humana.<sup>204</sup>

Nesse embate de esferas de atuação, Ayres afirma que, se houvesse um confronto entre os direitos individuais e os coletivos, chegar-se-ia à conclusão de que existe um confronto entre eles, preponderando os direitos individuais. Contudo, o direito de cunho social deve transbordar para o campo da sua atuação, assim, no âmbito dos serviços públicos, os interesses de apenas um indivíduo não deve ter maior expressão que o interesse de todos, não é apenas ao ser atomizado a quem é direcionado, mas sim a coletividade do próprio Estado.<sup>205</sup>

Algo semelhante também foi apresentado no julgamento da constitucionalidade da MP nº 2.152-2 de 2001, reconhecendo a corte a viabilidade do corte no fornecimento dos serviços de energia elétrica para aqueles que não viessem a cooperar com o consumo em patamar moderado. O conceito republicano retoma o esforço de que é válida a punição para aqueles que não estão cooperando com o sistema. Assim, todos devem atuar para enquadrar como o melhor cidadão para a coletividade.

---

<sup>203</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 144**. Relator ministro Celso de Mello. Brasília, 2010. p.520

<sup>204</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 144**. Relator ministro Celso de Mello. Brasília, 2010. p.521

<sup>205</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 144**. Relator ministro Celso de Mello. Brasília, 2010. p.521

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA nº 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFICAÇÃO. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente. (STF - ADC: 9 DF, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 13/12/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-04-2004 PP-00006 EMENT VOL-02148-01 PP-00001).<sup>206</sup>

No Direito Ambiental, o princípio da solidariedade segue sistemática de ainda mais interesse para a sua compreensão. Trata-se de ramo tido como direitos de terceira geração, que se destaca pela enunciação de prever a solidariedade como característica intrínseca do sistema. Esse preceito foi apresentado na decisão que declarou a inconstitucionalidade da lei que permitia as brigas de galo.<sup>207</sup>

Na esfera do Direito Ambiental, o princípio da solidariedade determina a política de condução de uso dos recursos naturais. É marcado pela determinação de que o uso dos recursos deve ser efetivado de forma moderada, a fim de não colocar em penúria as gerações futuras. Leva também ao reconhecimento de que o dano ambiental não autoriza medidas brandas. Evidencia que a sistemática republicana acaba por agir com severidade para com aqueles que não têm interesse de agir como o melhor cidadão para a coletividade, assim disposto na ementa do julgado:

---

<sup>206</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 9**. Relator ministro Ellen Gracie. Brasília, 2012.

<sup>207</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 1.856**. Relator ministro Celso de Mello. Brasília, 2011.

MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225)- PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III)- ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225)- COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI)- DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS .

- **Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral.** Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE . - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para

que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA . - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE . - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão . - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal . - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). (STF - ADI: 3540 DF , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/09/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528).<sup>208</sup>

Dentro dessa vertente, o preceito marca o paradigma de responsabilidade cotidiana com o futuro. Determina a atuação não apenas com valores restritos à liberdade ou preceitos sociais, mas com a aptidão de que as gerações futuras possam usufruir dos recursos

---

<sup>208</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3540**. Relator ministro Celso de Mello. Brasília, 2005.

ambientais. Portanto, o paradigma é de que as ações devem resguardar a busca de que no futuro os recursos atualmente existentes continuem à disposição da coletividade.

Trata-se de expressão de um poder de não apenas proteger indivíduos ou grupos de determinada coletividade, mas de responsabilidade mais abrangente, que transcende as clássicas liberdades ou de direitos sociais. Assim, a responsabilidade transcende até grupos determinados e passa a integrar todos os membros da coletividade.

Assim as políticas públicas e as orientações sobre o uso dos recursos naturais deve se desenvolver em um conjunto de práticas que legitimam a exploração levando em conta o acesso desses recursos pelas gerações futuras. O que se constata é que o princípio da solidariedade ao orientar o Direito Ambiental deve ganhar maior expressão do que a prática de propor a legitimação de práticas predatórias.

Algo semelhante foi reconhecido no julgamento da ADI da Lei de biossegurança. O preceito da solidariedade foi utilizado como fundamento para liberar as pesquisas com células troncos, afirmando a corte que a pesquisa revela a busca pela melhoria da qualidade de vida de todos, supondo abarcar a conduta que auxilia a todos na busca pela felicidade. Segue transcrição do julgado:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANCA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANCA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANCA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANCA. [...] II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais

progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). **A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). [...] Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente. (STF - ADI: 3510 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134).<sup>209</sup>**

O mais relevante é que o princípio assumiu um relevo fora do âmbito religioso. Portanto, o princípio da solidariedade não deve se confundir como idêntico ao preceito moral e jusnaturalista, voltando ao estigma de que não deve ser interpretado como valor desprovido de externalidade. Assim compõe um conjunto de preceitos relativistas. Levando ao reconhecimento de que sua expressão dentro da vertente republicana se distancia da determinação desenvolvida durante a idade média, ou que expresse manifestação do direito natural.

---

<sup>209</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3510**. Relator ministro Ayres Britto. Brasília, 2008.

Dentro do Direito de Família, a solidariedade determina um compromisso dos envolvidos com seus cônjuges. Constitui obrigação que pode imperar mesmo após o divórcio e que está expressamente determinado na lei de regência. Trata-se de obrigação de prestar alimentos que revela a obrigação remanescente do vínculo e que obriga os sujeitos a cooperar para dar condições de subsistência e não deixar um dos consortes em situação de penúria.

- DIREITO. CIVIL. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR OU PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE PARENTESCO, COMO ESTÁ EXPRESSO NOS ARTS. 396 E 397 DO CÓDIGO CIVIL, A VALORIZAR O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR, OU ASSENTA NO DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA ENTRE OS CONJUGES (VER ART-231, INC-III, DO CÓDIGO CIVIL E ART. 19 DA LEI DE DIVÓRCIO). DAI, DECORRE QUE ENTRE CONCUBINOS NÃO HÁ DIREITO A PRESTAÇÃO ALIMENTAR. CORRETA A SENTENÇA, AO EXONERAR O RECORRENTE DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR EM RELAÇÃO A FILHA MARCIA MOURA, E AO CONSIDERAR INSUBSISTENTE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DIVISADA PELA RECORRIDA, EX-CONCUBINA, QUE, NA VERDADE, APENAS REPRESENTAVA A FILHA MENOR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO COM BASE NAS LETRAS 'A' E 'D' DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL, E PROVIDO, PARA RESTABELECEER A DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU.<sup>210</sup>

No enunciado, a corte especifica o âmbito de proteção que está na figura da família regularmente reconhecida. Não tutela a entidade familiar quando constituída diante da torpeza. Portanto, o conceito republicano da solidariedade revela que o princípio se afasta das relações em situações em que possa ser utilizado como subterfúgio para a prática de condutas que não estejam em consonância com todo o sistema.

Nas relações internacionais, é possível ver caso semelhante em que a corte ao fazer o exame de pedido de extradição baseado em tratado, assenta o preceito da cooperação internacional, que apenas autoriza a concessão do pedido se não houver o anseio de tutelar interesses escusos.<sup>211</sup>

No julgado, este parâmetro foi o de avaliação com base na sistemática jurídica, revelando a necessidade de que a solidariedade só possa ser invocada quando se encontra em não contradição com a sistemática interna. Fica evidente a característica de que o princípio não figura como princípio universal, portanto, sua característica é relativista.

<sup>210</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 102877**. Relator ministro Djaci Falcão. Brasília, 1984.

<sup>211</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 524**. Relator ministro Celso de Mello. Brasília, 1990.

## 2.2 A solidariedade na visão do STJ

As conclusões do STJ partem de uma proteção restrita à legislação Federal. O âmbito de proteção guarda semelhança com as orientações do STF, especialmente o grande conjunto de decisões que abarcam o princípio da solidariedade dentro do âmbito da responsabilidade civil. Portanto, a sua aplicação serve para reconhecer a ampliação da responsabilidade, condenando agentes que integram um núcleo de atuação e aplicando a medida de arcar com os custos.

Nesse sentido, segue o Tribunal o entendimento de que a responsabilidade solidária está entre as soluções de condenação dos agentes que integram o dever de reparar os danos nas hipóteses em que a exploram a atividade comercial. A Lei de regência prevê a sistemática protecionista, o direito do consumidor, dispondo o dever de todos que dela se beneficiam de arcar com o ônus da má prestação. No REsp 1006765/ES a corte reconheceu a responsabilidade da incorporadora pelos vícios dos serviços prestados pela construtora.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO INCAPAZ DE ALTERAR O JULGADO. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO SERVIÇO. SOLIDARIEDADE.

1. As razões do presente agravo são totalmente dissociadas daquelas trazidas no recurso especial, de modo que a inovação recursal impede o conhecimento do pleito.

2. Em que pese o contrato de incorporação ser regido pela Lei nº 4.591/64, admite-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor, devendo ser observados os princípios gerais do direito que buscam a justiça contratual, a equivalência das prestações e a boa-fé objetiva, vedando-se o locupletamento ilícito.

3. O incorporador, como impulsionador do empreendimento imobiliário em condomínio, atrai para si a responsabilidade pelos danos que possam resultar da inexecução ou da má execução do contrato de incorporação, incluindo-se aí os danos advindos de construção defeituosa.

4. Para prevalecer a pretensão em sentido contrário à conclusão do tribunal de origem, que entendeu configurada a responsabilidade da imobiliária pelos prejuízos causados aos condôminos em virtude da inexecução das obras do edifício decorrente da alienação dos lotes em disputa, mister se faz a revisão do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como já decidido, é inviabilizado, nesta instância superior, por Súmula nº 7/STJ.

5. Estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte, tem incidência a Súmula nº 83/STJ, aplicável por ambas as alíneas autorizadoras.

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1006765/ES, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 12/05/2014)<sup>212</sup>

Na situação apresentada, a compreensão da responsabilidade contratual advém da exploração da atividade comercial, o que determina o reconhecimento do vínculo cooperativo entre os agentes por estar envolvido na cadeia de fornecimento. Outro ponto é a expressão boa-fé objetiva que revela o dever de agir em consonância com a razoabilidade das contraprestações assumidas. Portanto a solidariedade do fornecedor advém, além do vínculo de proteção, aos hipossuficientes da relação comercial, também da vantagem auferida por aqueles que exploram a atividade, oriundo da teoria do risco da exploração do comércio.

Logo, a solidariedade advém da necessidade de proteção do mercado de consumo, que exige a atuação com o critério de maior responsabilidade para que os envolvidos não atuem com torpeza, apenas voltados para lucros pessoais.

Nesse sentido a gestão pública deve focar sua atuação para minimizar os danos dos envolvidos, buscando a proteção dos menos favorecidos. Portanto, se a lógica apresentada nesse julgado for repassada a Administração, esta teria que focar sua ação em prol do cidadão e não nos lucros da atividade ou preservar os seus interesses enquanto instituição.

A tendência da corte revela que a responsabilidade advém do vínculo cooperativo dos envolvidos com a promoção do âmbito de proteção aos quais estão vinculados por lei. Dessa unidade, percebe-se a condenação da responsabilidade dos entes da federação de promover assistência à saúde de seus governados. Assim colocado:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE ENTRE UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. CRIANÇA. PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORIDADE ABSOLUTA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 283/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1 - O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem decidido que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles ostenta legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a medicamentos. 2 - Tendo em conta o diferencial, na espécie, de que o beneficiário da prestação se trata de criança, não há dúvida de que o atendimento da sua pretensão à obtenção de remédio, como bem acentuado no acórdão combatido, deve-se à primazia que decorre da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta,

---

<sup>212</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial 1006765/ES**. Relator ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Brasília, 2014.

positivados no art. 227 da Constituição Federal e, especificamente no tocante à saúde, nos arts. 11 e seguintes do ECA e, ainda, no art. 24 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial 99.710/90 3 - A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática de julgamento dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), firmou o entendimento de que, nos casos "de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação" (REsp nº 1.069.810/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho). 4 - Razões do agravo regimental que não impugnaram um dos fundamentos que ampararam a decisão recorrida, atraem, neste tópico, a incidência do obstáculo da Súmula 283/STF. 5 - Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 17/12/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA).<sup>213</sup>

O dever de prestar assistência advém na hipótese descrita na própria Constituição Federal, estipulando a responsabilidade de todos os entes de agir de forma cooperativa. De igual forma pode-se dispor que diversos institutos constituídos pelo ordenamento jurídico da Administração Pública dispõem de forma semelhante sobre a responsabilidade das prestadoras de serviços públicos e demais de agir em prol dos cidadãos.

A tendência do STJ revela que todos devem agir para reparar os danos quando o bem agredido é a saúde e, por consequência, a vida. Logo a corte dispõe sobre a responsabilidade de cooperar para promover os Direitos Fundamentais. Essa compreensão é fortalecida também pelo dever apresentado no Estatuto da Criança e do Adolescente que elege a teoria da proteção integral, demonstrando a responsabilidade como enunciação direta da lei federal, inclusive dirigindo a prioridade dos investimentos.

Dentro do direito de Família, a corte apresenta um julgado informando que o magistrado deve ao analisar os casos postos sobre sua análise diante dos princípios como a dignidade, solidariedade, afetividade, busca pela felicidade, liberdade, igualdade e o “primado da monogamia”. Portanto o princípio é descrito como regra que deve ser avaliada neste micro sistema. Retoma o entendimento já enunciado pelo STF que veda o uso do preceito para fins contrários à sistemática legal, assim posto no julgado:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS.

---

<sup>213</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial 1330012/RS**. Primeira Turma. Relator ministro Sérgio Kukina. Sessão de 17/12/2013. Brasília, 2014.

1º e 2º da Lei 9.278/96. 1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012. 2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira. 3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros. 4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade. 5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. 6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. 8. Recurso especial desprovido. (STJ , Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/05/2014, T3 - TERCEIRA TURMA).<sup>214</sup>

O julgado consolida a tendência que fortalece a enunciação dos princípio como parâmetro de construção de soluções aos casos submetidos ao judiciário, também reforça o postulado da solidariedade como ideal diferente do religioso. Assim ele afirma que, na hipótese, a existência de relação concomitante não seria óbice total ao reconhecimento da união estável. Afirma que, pelo primado da busca da felicidade e dignidade humana, não se pode concluir pela impossibilidade do pleito, contudo isso não significa que a solidariedade determine sempre o reconhecimento da sociedade afetiva poligâmica, esbarrando no empecilho que determina o exame mais acurado, a fim de preservar apenas o preceito da monogamia como norte orientador. A solidariedade busca conjugar o esforço de ver as relações colocadas em exame diante da aproximação dos envolvidos, inclusive do julgado.

Para a Administração Pública esse enfoque reforça a necessidade de que as políticas públicas que envolvem a promoção e a assistência familiar devem avaliar a sua atuação sob os primados da dignidade humana e a escolha da medida que garanta ao máximo a felicidade dos

---

<sup>214</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1348458/MG**. Terceira Turma. Relatora ministra Nancy Andrighi. Sessão de 08/05/2014. Brasília, 2014.

envolvidos. Logo o sentido solidário reforça um comportamento de escolha não apenas com atos autoritários.

Em outro enunciado, a solidariedade se expressa no direito de família. A prestação de alimentos entre pais e filhos também decorre do dever cooperativo que está entre as características do direito de família. Assenta o Tribunal a decisão afirmando que a prestação está na garantia da subsistência do alimentado e conforme a ponderação entre a necessidade e a possibilidade do alimentante. O dever permanece além da maioridade e passa a ser defendido após esse prazo como dever baseado na relação de parentesco.

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. ALIMENTOS. DECORREM DA NECESSIDADE DO ALIMENTANDO E POSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE. DEVER QUE, EM REGRA, SUBSISTE ATÉ A MAIORIDADE DO FILHO OU CONCLUSÃO DO CURSO TÉCNICO OU SUPERIOR. MOLDURA FÁTICA, APURADA PELA CORTE LOCAL, APONTANDO QUE A ALIMENTANDA TEM CURSO SUPERIOR, 25 ANOS DE IDADE, NADA HAVENDO NOS AUTOS QUE INFIRME SUA SAÚDE MENTAL E FÍSICA. DECISÃO QUE, EM QUE PESE O APURADO, REFORMA A SENTENÇA, PARA RECONHECER A SUBSISTÊNCIA DO DEVER ALIMENTAR. DESCABIMENTO. 1. **Os alimentos decorrem da solidariedade que deve haver entre os membros da família ou parentes, visando garantir a subsistência do alimentando, observadas sua necessidade e a possibilidade do alimentante. Com efeito, durante a menoridade, quando os filhos estão sujeitos ao poder familiar - na verdade, conjunto de deveres dos pais, inclusive o de sustento - há presunção de dependência dos filhos, que subsiste caso o alimentando, por ocasião da extinção do poder familiar, esteja frequentando regularmente curso superior ou técnico, todavia passa a ter fundamento na relação de parentesco, nos moldes do artigo 1.694 e seguintes do Código Civil. Precedentes do STJ.** 2. "Os filhos civilmente capazes e graduados podem e devem gerir suas próprias vidas, inclusive buscando meios de manter sua própria subsistência e limitando seus sonhos - aí incluídos a pós-graduação ou qualquer outro aperfeiçoamento técnico-educacional - à própria capacidade financeira". (REsp 1218510/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 03/10/2011) 3. Portanto, em linha de princípio, havendo a conclusão do curso superior ou técnico, cabe à alimentanda - que, conforme a moldura fática, por ocasião do julgamento da apelação, contava 25 (vinte e cinco) anos de idade, "nada havendo nos autos que deponha contra a sua saúde física e mental, com formação superior" - buscar o seu imediato ingresso no mercado de trabalho, não mais subsistindo obrigação (jurídica) de seus genitores de lhe proverem alimentos. 4. Recurso especial provido para restabelecer a sentença.<sup>215</sup>

---

<sup>215</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1312706/AL**. Quarta Turma. Relator ministro Luis Felipe Salomão. Sessão de 21/02/2013. Brasília, 2013.

Pelo enunciado da solidariedade, o dever de cooperar vai para além da permanência da sociedade conjugal. O STJ emplacou a mesma tese apresentada pelo STF e determinou o reconhecimento do dever de assistência financeira entre os cônjuges. Assim, ainda que um dos cônjuges possuam condições de prover o próprio sustento, mesmo diante da constituição do condomínio, estando apenas um deles na administração dos bens do casal, caberá a condenação em alimentos da quota parte da meação. Veja a ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM FACE DE DECISÃO DENEGATÓRIA DE HABEAS CORPUS.PRELIMINAR - EXEQUENTE QUE NÃO ELEGE O RITO DO ARTIGO 733, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA O PROCESSAMENTO DA EXECUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO INSTAR A PARTE SOBRE O RITO A SER ADOTADO - CONCESSÃO DE ORDEM EX OFFICIO - POSSIBILIDADE.MÉRITO - EXECUÇÃO (APENAS) DE VERBA CORRESPONDENTE AOS FRUTOS DO PATRIMÔNIO COMUM DO CASAL A QUE A AUTORA (EXEQUENTE) FAZ JUS, ENQUANTO AQUELE SE ENCONTRA NA POSSE EXCLUSIVA DO EX-MARIDO - VERBA SEM CONTEÚDO ALIMENTAR (EM SENTIDO ESTRITO) - VIÉS COMPENSATÓRIO/INDENIZATÓRIO PELO PREJUÍZO PRESUMIDO CONSISTENTE NA NÃO IMISSÃO IMEDIATA NOS BENS AFETOS AO QUINHÃO A QUE FAZ JUS - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. I - A execução de sentença condenatória de prestação alimentícia, em princípio, rege-se pelo procedimento da execução por quantia certa, ressaltando-se, contudo, que, ao considerar o relevo das prestações de natureza alimentar, que possuem nobres e urgentes desideratos, a lei adjetiva civil confere ao exequente a possibilidade de requerer a adoção de mecanismos que propiciem a célere satisfação do débito alimentar, seja pelo meio coercitivo da prisão civil do devedor, seja pelo desconto em folha de pagamento da importância devida. Não se concebe, contudo, que o magistrado, no silêncio da exequente, provoque a parte autora a se manifestar sobre a possibilidade de o processo seguir pelo rito mais gravoso para o executado, situação que, além de não se coadunar com a posição equidistante que o magistrado deve se manter em relação às partes, não observa os limites gizados pela própria inicial; II - **No caso dos autos, executa-se a verba correspondente aos frutos do patrimônio comum do casal a que a autora faz jus, enquanto aquele se encontra na posse exclusiva do ex-marido. Tal verba, nestes termos reconhecida, não decorre do dever de solidariedade entre os cônjuges ou da mútua assistência, mas sim do direito de meação, evitando-se, enquanto não efetivada a partilha, o enriquecimento indevido por parte daquele que detém a posse dos bens comuns;** III - A definição, assim, de um valor ou percentual correspondente aos frutos do patrimônio comum do casal a que a autora faz jus, enquanto aquele encontra-se na posse exclusiva do ex-marido, tem, na verdade, o condão de ressarcir-la ou de compensá-la pelo prejuízo presumido consistente na não imissão imediata nos bens afetos ao quinhão a que faz jus. Não há, assim, quando de seu reconhecimento, qualquer exame sobre o binômio "necessidade-possibilidade", na medida em que esta verba não se destina, ao menos imediatamente, à subsistência da autora, consistindo, na prática, numa antecipação da futura partilha; IV - Levando-se em conta o caráter compensatório e/ou ressarcitório da verba correspondente à parte dos frutos dos bens comuns, não se afigura possível que a respectiva

execução se processe pelo meio coercitivo da prisão, restrita, é certo, à hipótese de inadimplemento de verba alimentar, destinada, efetivamente, à subsistência do alimentando; V - Recurso ordinário provido, concedendo-se, em definitivo, a ordem em favor do paciente. (STJ , Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/12/2011, T3 - TERCEIRA TURMA).<sup>216</sup>

Resta que o dever de cooperar vai além da mútua assistência. Também se assenta na boa-fé objetiva que deve ser observada para depois da ruptura da sociedade. Espera-se daquele que está na administração dos bens adquiridos com esforços comuns que partilhe dos benefícios de sua fruição. Neste período cabe àquele que está privado a contraprestação para compensar a posse exclusiva.

Todos os enunciados acima descritos colocam a solidariedade como um esforço de buscar a proteção dos indivíduos, propiciar as melhores condições de sobrevivência. A tendência distancia da torpeza ou qualquer direção ao legalismo que dificulte a concretização de condições dignas de sobrevivência. A tendência descreve para a Administração Pública a necessidade de promover melhores condições de sobrevivência.

No âmbito do Direito de Trânsito, o preceito da solidariedade também revela perante o STJ o enunciado que determina o dever de prestar socorro às vítimas de acidente. Reconhece a corte que existe responsabilidade daquele que está envolvido de prestar assistência prontamente. Assim dispõe:

RECURSO ORDINÁRIO EM "HABEAS CORPUS". PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL CULPOSA NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR, CIRCUNSTANCIADO PELA NÃO PRESTAÇÃO DE SOCORRO À VÍTIMA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA INÉPCIA DA DENÚNCIA E DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. DESCRIÇÃO SATISFATÓRIA NA DENÚNCIA DA CONDUTA ATRIBUÍDA AO RECORRENTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 41, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO NO ACERVO PROBATÓRIO. JUSTA CAUSA PRESENTE. PLEITO DE INAPLICABILIDADE E DE RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO III, DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 302, DA LEI Nº 9.508/1997 (CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). INCOMPATIBILIDADE COM O RITO CÉLERE DO "HABEAS CORPUS". DISPOSITIVO LEGAL EM PLENA VIGÊNCIA. DEVER DE PRESTAÇÃO DE SOCORRO INDEPENDENTE DE PRÉVIO JUÍZO DE VALOR ACERCA DAS CONDIÇÕES DA VÍTIMA. PRECEDENTES. RENÚNCIA TÁCITA.

---

<sup>216</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus 28.853/RS**. Terceira Turma. Relator ministro Massami Uyeda. Sessão de 01/12/2011. Brasília, 2012.

INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Descrevendo a peça acusatória satisfatoriamente a relação do recorrente com o fato delituoso de modo a permitir o exercício da ampla defesa, ela está em consonância com o princípio constitucional da ampla defesa, preenchendo, assim, o requisito intrínseco preconizado no art. 41, do Código de Processo Penal. 2. A jurisprudência desta Egrégia Corte Superior tem entendimento consolidado no sentido de que o trancamento da ação penal por ausência de justa causa, pela excepcionalidade que encerra, somente deve ocorrer quando for possível verificar de plano, sem necessidade de valoração do acervo fático ou probatório que a) se trata de imputação de fato penalmente atípico; b) há incidência de causa extintiva da punibilidade; c) inexistente elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito; e, d) a denúncia é inepta. Hipóteses não presentes. 3. Superveniência de sentença condenatória sugestiva de prejudicialidade do remédio deduzido. 4. Em "habeas corpus", cujo objeto e rito célere se destinam à proteção imediata da liberdade do direito de ir e vir, não há como reconhecer a inconstitucionalidade de dispositivo legal do Código de Trânsito Brasileiro em plena vigência, que deve ser observado e aplicado até a sua declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 5. **A norma contida no inciso III, do parágrafo único, do art. 302, do Código de Trânsito Brasileiro impõe um dever de solidariedade no sentido de socorrer prontamente a vítima, sendo culpado ou não o condutor pelo atropelamento, não lhe competindo levantar suposições acerca das condições físicas daquela para o fim de deixar de lhe prestar a devida assistência. Precedentes.** 6. Não é possível rever na via estreita do "writ" o entendimento da instância ordinária, firmado com base em elementos fáticos-probatórios dos autos, no sentido de que a vítima tinha interesse no prosseguimento da ação penal. 7. Recurso ordinário improvido. (STJ , Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 06/05/2014, T5 - QUINTA TURMA).<sup>217</sup>

Não admite a corte que o comportamento do agente apenas esteja baseado na falsa impressão dos eventos. Portanto, não exime da responsabilidade aquele que crê que inexista gravidade da ocorrência, logo assenta a lição de que a apuração do dever subsequente não se exime pela falsa impressão da realidade, exigindo que a conduta dos envolvidos esteja apta a cessar os atos danosos.

A tendência da corte exprime a solidariedade como oriunda do dever de prestar assistência. Seguindo essa tendência o paradigma se traduz na obrigação de que a omissão acarreta a responsabilização.

Para o Direito Ambiental, o STJ volta a emplacar a tese explicitada no STF de que subsiste dever de olhar para a sustentabilidade das gerações futuras. Resplandece que o comportamento solidário deve se ater ao comportamento que preserve interesses do futuro da

---

<sup>217</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus 34.096/RJ**. Quinta Turma. Relator ministro Moura Ribeiro. Sessão de 06/05/2014. Brasília, 2014.

humanidade, não tutelando que o comportamento humano presente possa ignorar os impactos futuros da exploração dos recursos ambientais, conforme disposto na ementa:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO. ART. 3º DA LEI 7.347/85. CUMULATIVIDADE. POSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO DE FAZER OU NÃO FAZER COM INDENIZAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não há falar em vícios no acórdão nem em negativa de prestação jurisdicional quando todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia foram analisadas e decididas. 2. O magistrado não está obrigado a responder a todos os argumentos das partes, quando já tenha encontrado fundamentos suficientes para proferir o decisum. Nesse sentido: HC 27.347/RJ, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, DJ 1º/8/05. 2. O meio ambiente equilibrado - elemento essencial à dignidade da pessoa humana -, como "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida" (art. 225 da CF), integra o rol dos direitos fundamentais. 3. Tem o meio ambiente tutela jurídica respaldada por princípios específicos que lhe asseguram especial proteção. 4. O direito ambiental atua de forma a considerar, em primeiro plano, a prevenção, seguida da recuperação e, por fim, o ressarcimento. 5. **Os instrumentos de tutela ambiental - extrajudicial e judicial - são orientados por seus princípios basilares, quais sejam, Princípio da Solidariedade Intergeracional, da Prevenção, da Precaução, do Poluidor-Pagador, da Informação, da Participação Comunitária, dentre outros, tendo aplicação em todas as ordens de trabalho (prevenção, reparação e ressarcimento).** 6. "É firme o entendimento de que é cabível a cumulação de pedido de condenação em dinheiro e obrigação de fazer em sede de ação civil pública" (AgRg no REsp 1.170.532/MG). 7. Recurso especial parcialmente provido para, firmando o entendimento acerca da cumulatividade da condenação prevista no art. 3º da Lei 7.347/85, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que fixe o quantum necessário e suficiente à espécie. (STJ - REsp: 1115555 MG 2009/0004061-1, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 15/02/2011, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/02/2011).<sup>218</sup>

Além dos princípios de regra: prevenção, precaução, poluidor pagador, informação, participação comunitária, dentre outros, destaca-se a solidariedade que não se restringe apenas ao dever de indenizar. Esse julgado destoa dos demais ao reconhecer que a solidariedade também revela a obrigação de que a exploração dos recursos ambientais preservem o meio ambiente para que possa ser de gozo pelas gerações futuras. Fica nítido que o enunciado revela um conjunto de políticas públicas que exigem dos demais poderes o comportamento condizente com essa tarefa.

Aqueles que devem colaborar com a sociedade e minimizar os danos acabam por figurar pela corte como responsáveis em reparar os danos. Com base nesse preceito da

---

<sup>218</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1115555/MG**. Primeira Turma. Relator ministro Arnaldo Esteves Lima. Sessão de 15/02/2011. Brasília, 2011.

solidariedade, também foi reconhecido o dever do Estado de prestar prótese auditiva, conforme elucida a ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA, MENTAL OU SENSORIAL. SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS. fornecimento de prótese auditiva. Ministério PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA ad causam. LEI 7.347/85 E LEI 7.853/89. 1. Quanto mais democrática uma sociedade, maior e mais livre deve ser o grau de acesso aos tribunais que se espera seja garantido pela Constituição e pela lei à pessoa, individual ou coletivamente. 2. Na Ação Civil Pública, em caso de dúvida sobre a legitimação para agir de sujeito intermediário – Ministério Público, Defensoria Pública e associações, p. ex. –, sobretudo se estiver em jogo a dignidade da pessoa humana, o juiz deve optar por reconhecê-la e, assim, abrir as portas para a solução judicial de litígios que, a ser diferente, jamais veriam seu dia na Corte. 3. A categoria ético-política, e também jurídica, dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de sujeitos hipervulneráveis, entre os quais se destacam, por razões óbvias, as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental. 4. É dever de todos salvaguardar, da forma mais completa e eficaz possível, os interesses e direitos das pessoas com deficiência, não sendo à toa que o legislador refere-se a uma "obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade" (Lei 7.853/89, art. 1º, § 2º, grifo acrescentado). 5. Na exegese da Lei 7.853/89, o juiz precisa ficar atento ao comando do legislador quanto à finalidade maior da lei-quadro, ou seja, assegurar "o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, e sua efetiva integração social" (art. 1º, caput, grifo acrescentado). 6. No campo da proteção das pessoas com deficiência, ao Judiciário imputam-se duas ordens de responsabilidade: uma administrativa, outra judicial. A primeira, na estruturação de seus cargos e serviços, consiste na exigência de colaborar, diretamente, com o esforço nacional de inclusão social desses sujeitos. A segunda, na esfera hermenêutica, traduz-se no mandamento de atribuir à norma que requer interpretação ou integração o sentido que melhor e mais largamente ampare os direitos e interesses das pessoas com deficiência. 7. A própria Lei 7.853/89 se encarrega de dispor que, na sua "aplicação e interpretação", devem ser considerados "os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito e dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito" (art. 1º, § 1º). 8. Por força da norma de extensão ("outros interesses difusos e coletivos", consoante o art. 129, III, da Constituição de 1988;"qualquer outro interesse difuso ou coletivo", nos termos do art. 110 do Código de Defesa do Consumidor; e "outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos", na fórmula do art. 25, IV, alínea a, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), cabe ao Judiciário, para fins de legitimação ad causam na Ação Civil Pública, incorporar ao rol legal – em numerus apertus, importa lembrar – novos direitos e interesses, em processo de atualização permanente da legislação. 9. A tutela dos interesses e direitos dos hipervulneráveis é de inafastável e evidente conteúdo social, mesmo quando a Ação Civil Pública, no seu resultado imediato, aparenta amparar uma única pessoa apenas. É que, nesses casos, a ação é pública, não por referência à quantidade dos sujeitos afetados ou beneficiados, em linha direta, pela providência judicial (= critério quantitativo dos beneficiários imediatos), mas em decorrência da

própria natureza da relação jurídica-base de inclusão social imperativa. Tal perspectiva – que se apóia no pacto jurídico-político da sociedade, apreendido em sua globalidade e nos bens e valores ético-políticos que o abrigam e o legitimam – realça a necessidade e a indeclinabilidade de proteção jurídica especial a toda uma categoria de indivíduos (= critério qualitativo dos beneficiários diretos), acomodando um feixe de obrigações vocalizadas como jus cogens. 10. Ao se proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade, porquanto espera o respeito ao pacto coletivo de inclusão social imperativa, que lhe é caro, não por sua faceta patrimonial, mas precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Assegurar a inclusão judicial (isto é, reconhecer a legitimação para agir) dessas pessoas hipervulneráveis, inclusive dos sujeitos intermediários a quem incumbe representá-las, corresponde a não deixar nenhuma ao relento da Justiça por falta de porta-voz de seus direitos ofendidos. 11. Maior razão ainda para garantir a legitimação do Parquet se o que está sob ameaça é a saúde do indivíduo com deficiência, pois aí se interpenetram a ordem de superação da solidão judicial do hipervulnerável com a garantia da ordem pública de bens e valores fundamentais – in casu não só a existência digna, mas a própria vida e a integridade físico-psíquica em si mesmas, como fenômeno natural. 12. A possibilidade, retórica ou real, de gestão individualizada desses direitos (até o extremo dramático de o sujeito, in concreto, nada reclamar) não os transforma de indisponíveis (porque juridicamente irrenunciáveis in abstracto) em disponíveis e de indivisíveis em divisíveis, com nome e sobrenome. Será um equívoco pretender lê-los a partir da cartilha da autonomia privada ou do ius dispositivum, pois a ninguém é dado abrir mão da sua dignidade como ser humano, o que equivaleria, por presunção absoluta, a maltratar a dignidade de todos, indistintamente. 13. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. Precedentes do STJ. 14. Deve-se, concluir, por conseguinte, pela legitimidade do Ministério Público para ajuizar, na hipótese dos autos, Ação Civil Pública com o intuito de garantir fornecimento de prótese auditiva a portador de deficiência. 15. Recurso Especial não provido.(STJ , Relator: Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF, Data de Julgamento: 25/11/2009, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO).<sup>219</sup>

O julgado deixa expresso que subsiste para o Estado o dever agir para proteger a condição de vulnerabilidade. Reconhece que este dever deve assegurar a todos os membros da coletividade a possibilidade de poderem participar ativamente, assegurando o pleno exercício de seus direitos.

No direito urbanístico, foi reconhecido que Brasília preserva em seu esboço características do traçado que busca a solidariedade. Por definição da decisão, o traçado impõe a cooperação combatendo o isolamento das unidades e permite acesso ao espaço de

---

<sup>219</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 931.513/RS**. Primeira Seção. Relator ministro Herman Benjamin. Sessão de 25/11/2009. Brasília, 2010.

convivência coletiva. Com isso, a decisão reconheceu a legalidade da proibição de construção de grades em torno dos pilotis dos edifícios residenciais das superquadras.

ADMINISTRATIVO E URBANÍSTICO. BRASÍLIA. PLANO PILOTO E REGIÃO ADMINISTRATIVA DO CRUZEIRO. PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. TOMBAMENTO. PATRIMÔNIO MUNDIAL. INSTALAÇÃO DE GRADES EM TORNO DOS PILOTIS DOS EDIFÍCIOS RESIDENCIAIS NAS SUPERQUADRAS. INCOMPATIBILIDADE COM O PROJETO ORIGINAL. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 17 E 18 DO DL 25/1937 E DA CONVENÇÃO RELATIVA À PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO MUNDIAL, CULTURAL E NATURAL. 1. O Iphan – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional é o órgão encarregado de zelar pela preservação do patrimônio cultural brasileiro, sobretudo pelos bens que, considerando sua importância nacional de caráter histórico, cultural e ambiental, tenham sido tombados, competência essa que não deve ser dificultada, inviabilizada ou impedida pela ação ou omissão de Estados e Municípios a pretexto de exercerem poderes privativos de ordenamento do seu território ou da responsabilidade que lhes incumbe de deliberar sobre assuntos de interesse estadual ou local. 2. Em razão do singular conjunto arquitetônico e do revolucionário conceito urbanístico-paisagístico (sobretudo a organização em superquadras povoadas por prédios sustentados por pilotis), o Plano-Piloto de Brasília foi, em 1990, tombado pelo Iphan, nos termos do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, estatuto federal que protege o patrimônio histórico e artístico nacional. 3. Além disso, em 1987 a UNESCO reconheceu Brasília como patrimônio mundial, no contexto da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, adotada em Paris em 16 de novembro de 1972 e que entrou em vigor, no Brasil, em 2 de dezembro de 1977. 4. O art. 17 do Decreto-Lei nº 25/1937 contém dois núcleos distintos de proteção dos bens tombados. De um lado, uma proibição absoluta de obras ou atividades que os exponham a risco de destruição, demolição ou mutilação. De outro, uma proibição relativa, já que intervenções de reparação, pintura e restauração – isto é, ações destinadas a conservar o bem – podem ser realizadas, desde que com autorização prévia, expressa e inequívoca do Iphan. 5. No art. 18, que também traz uma proibição relativa, acham-se vedadas, exceto se legitimadas por prévia, expressa e inequívoca autorização do Iphan, tanto construções na vizinhança do bem tombado que lhe impeçam ou reduzam a visibilidade (= proteção do entorno), como a colocação, nele mesmo, de anúncio ou cartazes. 6. Não obstante a variedade e numerosidade de bens individuais que o integram, o patrimônio cultural tombado ou protegido como conjunto (é o caso de Brasília) assume, em diversos sistemas jurídicos, a forma de *universitas rerum*. Ou seja, as qualidades históricas, artísticas, naturais ou paisagísticas do todo - como patrimônio comum e intangível dos cidadãos do País e até da humanidade - são vistas e reconhecidas unitariamente pelo Direito, em entidade ideal e complexa, que transcende a individualidade de cada um dos seus elementos-componentes. No Direito brasileiro, o Código Civil (art. 91) disciplina tal instituto como universalidade de direito ou *universitas iuris*. 7. Nesses conjuntos, os termos "mutilar" e "destruir", utilizados pelo art. 17 do Decreto-Lei nº 25/1937, não têm apenas o sentido estrito de salvaguarda de edifícios e construções isolados, mas também de proteção da globalidade arquitetônica e urbanístico-paisagística, isto é, dos bens agregados em universalidade de

direito. Trata-se de salvaguarda que se faz, a um só tempo, do todo a partir dos seus elementos e destes a partir daquele. 8. O Decreto-Lei nº 25/1937 veda e reprime tanto a destruição, demolição e mutilação total, como a parcial; tanto a comissiva como a omissiva; a que atinge as bases materiais, como a que afeta os aspectos imateriais do bem. Nele, “destruir” e “demolir” são empregados em sentido mais amplo que na linguagem coloquial, pois não se resumem a “derrubar” ou “pôr no chão”. “Destruir” inclui modalidades mais tênues e discretas de intervenção no bem tombado ou protegido, como “estragar”, “reduzir as suas qualidades”, “afetar negativamente de maneira substancial”, “inviabilizar ou comprometer as suas funções” e “afastar-se da concepção original”. Igual sucede com o verbo “mutilar”, que no seu significado técnico-jurídico traduz-se em “cortar” ou “retalhar”, e também abarca “causar estrago menor”, “alterar fração”, “modificar topicamente” ou “deteriorar”. 9. A Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural tem aplicabilidade judicial direta no Brasil, seja porque seus princípios gerais e obrigações, mesmo os aparentemente mais abstratos e difusos, iluminam o sistema constitucional e legal brasileiro e com ele dialogam, em perfeita harmonia, coerência e complementaridade, seja por ser inadmissível que o País negocie, assine e ratifique tratados internacionais para em seguida ignorá-los ou só aplicá-los de maneira seletiva, cosmética ou retórica. 10. A cooperação entre os Estados-Parte, uma das marcas da Convenção, não a transforma em desidratado acordo de cavalheiros, que legitima a inação e a omissão estatal, algo que imunizaria seu texto, em cada País, contra eventual tentativa de implementação pelo Poder Judiciário. 11. Segundo a Convenção, os Estados-Parte reconhecem que lhes cabe “a obrigação de identificar, proteger, conservar, valorizar e transmitir às futuras gerações” o seu patrimônio cultural e natural e que deverão “tudo fazer para esse fim” (art. 4º); além disso, de maneira mais precisa, estabelece que visando a “garantir a adoção de medidas eficazes para a proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural e natural situado em seu território”, cada Estado-Parte empenhar-se-á em “tomar as medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas e financeiras adequadas para a identificação, proteção, conservação, valorização e reabilitação desse patrimônio” (art. 5º, “d”, grifo acrescentado). 12. As ações e medidas, de caráter mínimo e em numerus apertus, previstas no art. 5º, “d” da Convenção, não constituem simples faculdades de agir para cada Estado-parte, uma espécie de frouxa declaração não-prescritiva de boas-intenções, condenada a ficar refém do poder discricionário dos seus administradores públicos. Tampouco devem ser lidas como rol exortatório de políticas públicas, a cargo do Poder Executivo, ou proclamação vazia de conseqüências práticas, no âmbito judicial. Ao contrário, são deveres que convidam o escrutínio e a implementação judicial em cada Estado-Parte. 13. Naquilo que importa para a solução da presente demanda, no art. 5º, “d”, da Convenção, encontra-se, a rigor, um genuíno e amplo dever exigível dos Estados-Parte (aí se incluindo, no caso do Brasil, a União, os Estados federados e os Municípios), consistente na adoção, para proteger e conservar os bens listados como patrimônio mundial, de medidas jurídicas e administrativas “adequadas” (= eficazes). 14. É certo que tratados são firmados pela União, sujeito dotado de personalidade internacional. Isso não implica dizer que, uma vez celebrados, vinculem somente o Governo Federal. Ao contrário, o espírito e os deveres específicos dos acordos internacionais (entre eles a Convenção do Patrimônio Mundial), por integrarem o Direito supremo da nação, devem ser observados por todos e cada um dos órgãos administrativos, tanto federais como estaduais e municipais. 15. Nos processos judiciais que envolvam monumentos,

conjuntos, locais notáveis, formações geológicas e fisiográficas, e outros sítios inscritos como patrimônio mundial, o Poder Judiciário brasileiro não só pode, como deve, fazer valer diretamente a Convenção, já que seu texto vincula os Estados-Parte ao ponto de influenciar e orientar as decisões de seus juízes. 16. Lúcio Costa, no seu projeto visionário, concebeu uma cidade aberta, sem muros ou grades, que tem por consentâneo a manutenção de amplos espaços públicos e o trânsito desimpedido de pessoas pelo interior das superquadras e por baixo dos prédios construídos sobre pilotis. 17. Logo, o livre ir e vir sob os prédios residenciais é característica essencial de Brasília, que a torna distinta de qualquer outra grande cidade brasileira. O Projeto original somente permitiu a ocupação privada do primeiro ao sexto andar dos prédios. O piso térreo deveria ficar exposto e aberto ao público, na esperança de uma maior aproximação dos moradores entre si e deles com a Natureza à sua volta. 18. No desenho de Brasília, levou-se ao extremo a idéia de democratização da cidade, assim como o diálogo entre os bens construídos, sobretudo edifícios residenciais, e o mundo natural ou naturalizado que os cerca. Pretendeu-se, pela força criativa da arquitetura, da engenharia e do paisagismo, estabelecer espaços físicos de solidariedade, que a um só tempo combatessem o isolamento típico de outras metrópoles e viabilizassem um vasto campo de convivência coletiva. 19. Na contramão das obrigações internacionais do Brasil e do disposto na legislação nacional, o governo do Distrito Federal vem, de maneira reiterada, admitindo ou simplesmente ignorando a violação das características básicas do conjunto arquitetônico e urbanístico-paisagístico de Brasília, sobretudo no que se refere ao crescente gradeamento da área comum do piso inferior dos edifícios residenciais das superquadras, que, composto de pilotis, deveria permanecer aberto e livre ao trânsito de pessoas, moradores ou não. 20. A instalação de grades em volta dos pilotis dos blocos de apartamentos infringe o art. 17 do Decreto-Lei nº 25/1937. Viola, ainda, o espírito da Convenção. Primeiro, porque o governo do Distrito Federal deixa de “tomar as medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas e financeiras adequadas para a ... proteção, conservação ...” do patrimônio cultural de Brasília (art. 5º, “d”, da Convenção, grifo acrescentado), considerado de “valor universal excepcional” ou de “interesse excepcional”. Segundo, porque, mais grave ainda, em alguns casos apóia (como na hipótese dos autos), velada ou abertamente, as ações privadas de descaracterização dos bens que deveriam ser, sincera e eficazmente, salvaguardados. 21. O gradeamento isola as áreas de livre circulação e mutila o projeto original da cidade e, em conseqüência, afeta negativamente atributos e características arquitetônicos, paisagísticos, ambientais e sociais dorsais do Projeto de Brasília, perenizados pelo tombamento e pela declaração do Plano-Piloto como patrimônio cultural mundial. 22. O grave problema da violência urbana, que assola e amedronta as nossas cidades, não legitima o comprometimento do patrimônio cultural brasileiro, nem autoriza a apropriação privada de espaços públicos. Segurança pública é alcançada com maior e melhor policiamento, associado a programas de inclusão social, e não com ofensa a outros bens e interesses coletivos, notadamente aqueles de que também são titulares as gerações futuras. 23. Brasília fez a escolha de ser livre nos seus espaços arquitetônicos e paisagísticos. Para continuar a ser o que é ou o que deveria ser, precisa controlar o individualismo, a liberdade de construir onde e como se queira, e a ênfase de seus governantes no curto-prazo, que tende a sacrificar o patrimônio público imaterial, o belo, o histórico e, portanto, os interesses das gerações futuras. 24. Recurso Especial provido, para reconhecer que o Distrito Federal violou o art. 17 do Decreto-Lei nº 25/1937, bem como as obrigações internacionais do Brasil, das quais é devedor-solidário,

decorrentes da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, em particular as estatuídas nos arts. 4º e 5º, “d”. (STJ , Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 14/10/2008, T2 - SEGUNDA TURMA)”.<sup>220</sup>

No caso concreto, o Ministério Público Federal ingressou contra o Distrito Federal para obrigar o ente a proteger o patrimônio urbanístico de Brasília, apontando a violação do art. 17 do Decreto-lei 25/37, para que o ente restrinja a conduta dos moradores do cruzeiro de colocar grades nos prédios residenciais da Região do Cruzeiro, impossibilitando a livre circulação nos pilotis dos blocos.

A Constituição e a legislação fazem disposição sobre o tombamento como modalidade voltada a promover a proteção do patrimônio cultural brasileiro, previsto no § 1º do art. 216 da Constituição Federal e regulada pelo Decreto-lei 25, de 30.11.1937 e complementado por disposições de outros atos normativos, os quais estabelecem as regras para sua efetivação. Trata-se de um procedimento administrativo que acarreta na limitação do direito de propriedade, conforme Hely Lopes<sup>221</sup> esta restrição pode ser diferenciado em duas categorias, limitação geral e individual. A questão a ser respondida é qual o tipo de tombamento que se enquadra o Cruzeiro Novo.

Carvalho Filho<sup>222</sup> reconhece que as intervenções do Estado sobre a propriedade são medidas que se fundamentam sobre o princípio da Supremacia do Interesse Público e que permite ao Estado agir em posição privilegiada, de forma vertical, para intervir sobre o interesse privado, legitimando a atuação estatal. Sustenta que o tombamento urbanístico não pode ser medida de proteção de imóveis urbanos, afirmando que seria ilegal o ato.

De acordo com o referido autor, o tombamento urbanístico visa medida de preservação da ordem urbanística e não da ordem cultural, dispendo: “Se a Administração quer alterar critérios de edificação, como gabarito, natureza e objetivos de prédios, pode fazê-lo por instrumentos urbanísticos, mas não por meio de tombamento”<sup>223</sup>. Sustenta que o instituto não pode se confundir com medidas de restrições gerais e que governos locais utilizam-se das limitações individuais, como o tombamento, para impor restrições da ordem

---

<sup>220</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 840.918/DF**. Primeira Seção. Relator ministro Herman Benjamin. Sessão de 14/10/2008. Brasília, 2010.

<sup>221</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

<sup>222</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 844

<sup>223</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 870

urbanística. Defende que o art. 1º do Decreto-lei nº 25/37 dispõe de forma literal que o ato de inscrição do tombamento incide sobre bens móveis e imóveis.

O julgado reconheceu o dever do governo de local de cooperar com o Iphan – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, exigindo do Distrito Federal a remoção das grades. Também reconhece o dever de proteger o patrimônio urbanístico, histórico e estético para as gerações futuras, trata-se de uma obrigação além de valores políticos de uma época. Entretanto, o cotidiano ainda demonstra que o comportamento da Administração ainda está distante de exercitar sua responsabilidade, contrariando o preceito de solidariedade, ao relegar ao plano secundário o seu dever de promover a restrição imposta. Com a edição da Lei Complementar Distrital nº 813 de 2009, o governo local legitimou a violação ao patrimônio urbanístico, autorizando o gradeamento dos pilotis e descumprindo os preceitos trazidos pelo REsp.

O REsp reconhece a legalidade dos atos dos governos locais de promover o tombamento urbanísticos, inclusive de que este possui efeitos gerais, servindo como instrumento urbanístico para impor limitações individuais. O julgado também reconheceu o dever do governo de local de cooperar com o Iphan – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, exigindo do Distrito Federal a remoção das grades, bem como reconhece o dever do ente de proteger o patrimônio urbanístico, histórico e estético para as gerações futuras, trata-se de uma obrigação além de valores políticos de uma época.

Sustenta que os espaços de Brasília são voltados para o uso coletivo, destinados à aproximação dos moradores e habitantes, reconhecendo a sua destinação para o trânsito livre de pessoas no interior das superquadras, assim como por debaixo dos prédios. O preceito da solidariedade é premissa interligada ao conceito urbanístico da cidade, buscando um ideal que minimize os efeitos do individualismo visível em outras metrópoles.

O próprio memorial descritivo de Lúcio Costa, como bem aponta o julgado, descreve que a solidariedade promove limitações ao uso privado, bem como a sua destinação. Entre elas, além da restrição do uso do piso térreo, também está o limite na altura das edificações, destinado a preservar as características de horizontalidade da cidade.

O julgado do STJ também reconhece a solidariedade intergeracional como preceito vinculado a declaração de tombamento, devendo refletir na proteção da cidade para preservar o patrimônio histórico as gerações futuras. No caso do Cruzeiro Novo, para que a unidade reflita o traçado original de Brasília. A aplicação do preceito da solidariedade exige que o

governo local reconheça o seu dever de proteger e agir para que os integrantes da comunidade se abstenham de fechar a circulação dos pilotis, dispondo aquele espaço para o uso público, bem como que as suas características ideológicas se mantenham alinhadas ao ideal concebido pelo arquiteto.

Fica evidente que a visão de solidariedade representa, dentro dessa vertente, a obrigação do ente de preservar as ideias originais do conjunto arquitetônico e urbanístico, bem como de agir para garantir sua promoção.

Nessa sistemática, o modelo desenvolvido tanto no processo administrativo de tombamento, quanto nas medidas que asseguram o seu desenvolvimento, devem colocar o princípio da solidariedade como mecanismo implícito, visando a construção de políticas direcionadas tanto ao controle de legalidade, como reflexo do seu dever de proteger o patrimônio cultural e que busquem concretizar os direitos das gerações futuras, medida que deve contrariar os objetivos egoístas de uma geração, ou mesmo de uma parcela da população. Dentro da ordem republicana o preceito da solidariedade reforça a necessidade de equilíbrio e abertura para o reconhecimento dele por todos. A solidariedade deve refletir comportamento coletivo e uma atuação positiva do Estado na sua promoção, que neste caso é voltado para a proteção do patrimônio histórico.

O norte do princípio da solidariedade deve inspirar o Direito Urbanístico, levando a reestruturação da Administração e o seu comportamento, que deve buscar um modelo de indivíduo ativo e participante na coletividade. Diversos segmentos da jurisprudência evidenciam a inspiração da solidariedade nessa atuação que enuncia a obrigação de cooperar, comportamento que também deve refletir dentro de outros ramos do Direito, revendo a própria função como realizadora dos direitos constitucionais e não mais como instrumento de satisfação dos interesses privados e de exercício da tirania do Estado.

O princípio da solidariedade pode ser apresentado como enunciado obrigatório que deve ser observado pela Administração Pública, integrando o conjunto de princípios que devem nortear a sua atuação. Não se trata de cumprir apenas a legislação local, regimentando sobre o princípio da legalidade como medida capaz de legitimar a irregularidade.

Como bem explicita o julgado, a direção do Distrito Federal tem sido na contramão da realização do princípio da solidariedade, colocando barreiras a não concretização da proteção prevista, omitindo o seu dever de promover a retirada das grades e agravando a situação local. Essa situação ainda se afronta diante da constatação de que o governo local,

por meio de leis, rejeita a aplicação do julgado, ignorando que a situação seria inconciliável com a declaração do tombamento. Portanto, é uma verdadeira luta para impor uma estrutura estruturante para tentar por meio de instrumentos políticos marginalizar a situação, promovendo barreiras para não alterar a situação fática.

Assim as políticas públicas e as orientações sobre o uso do solo se desenvolvem em um conjunto de práticas que legitimam a não atuação do Estado na promoção do patrimônio urbanístico, desconsiderando os direitos das gerações futuras. Outro problema é que por meio da lei complementar distrital o governo local tenta legitimar a violação do patrimônio histórico, contrariando as diretrizes do tombamento e autorizando práticas individualistas que permitem práticas furtivas ao planejamento urbano. Essa conduta apenas coloca a Supremacia do Interesse Público em ponto que legitima a arbitrariedade da Administração. Portanto, o princípio da Solidariedade é que deve ser colocado como fundamento do processo de intervenção estatal.

No Cruzeiro Novo é possível detectar a presença das grades e a omissão do governo local de cumprir o julgado. A situação local apenas se assevera, pois com a edição da Lei Complementar nº 813 de 04 de setembro de 2009, a Câmara Legislativa do Distrito Federal legitimou a situação, autorizando a Região Administrativa do Cruzeiro a implementar grades e cercas na localidade, em patente violação dos argumentos já vertidos na decisão do STJ, reconhecendo que a prática se traduz em patente violação das características da cidade e violação do patrimônio histórico. O que se constata é a arbitrariedade que por meio da lei complementar nº 813 de 2009 passou a integrar a estrutura de dominação, somando esta estrutura à realidade.

Concebe-se da sistemática da jurisprudência que a Administração deve reconhecer o princípio da solidariedade como ferramenta norteadora que dirige a sua atuação. Assim deve agir para minimizar os danos de todos os envolvidos, seguindo a tendência da jurisprudência, que não pode ser encarada como mera faculdade, mas sim um dever. De igual forma, o REsp 840.918/DF de 2010 determina que o Distrito Federal deve proteger o patrimônio histórico, não cabendo discricionariedade.

O movimento de cooperação atrelado à negativa do Distrito Federal de dar efetividade a expressão sólida do princípio da solidariedade e proteger o traçado urbanístico do Cruzeiro Novo, apenas expõe descumprimento dos arts. 3º e 216, § 1º da Constituição Federal. Com efeito, ainda que tenha a determinação para remoção das grades, observa-se que a medida nunca fora aplicada para a região do Cruzeiro Novo.

Diante dos argumentos apresentados no próprio julgado, é coerente afirmar que há ilegalidade praticada pelo poder local e o vício material contido na lei complementar. Assim, ao limitar a proteção do tombamento da cidade por meio da lei apenas tenta dissimular o parâmetro da legalidade para concretizar os interesses individuais dos moradores dos prédios localizados no Cruzeiro Novo.

Percebe-se que a Administração não está concretizando o comando previsto no art. 3º da CF, destituindo à sistemática constitucional, esvaziando a sua perfectibilizando nas relações jurídicas, como elucida a força normativa defendida por Hesse<sup>224</sup>, porquanto deixa de dar ao instituto do tombamento força capaz de induzir prática nas relações havidas na sociedade.

É criticável a conduta do governo local que não atua para minimizar o dano, inclusive para as gerações futuras. Configurando o Estado como ente cooptado por interesses alheios sujeitando os órgãos de controle e fiscalização a promover práticas distantes dos preceitos enunciados pela constituição, inclusive pela tendência da jurisprudência. Ressalta-se que os próprios argumentos do REsp, já reiteravam que o Cruzeiro Novo integra o conjunto arquitetônico de Brasília.

Nos estritos termos da Constituição Federal afigura-se a competência comum do governo do Distrito Federal, prevista no art. 23, inciso I, de promover a proteção e conservação do patrimônio histórico, bem como que a matéria legislativa está entregue a competência concorrente, descrita no art. 24, inciso I, dispondo ainda em seu § 1º, que a União deve estabelecer normas gerais, restando claro que a declaração de tombamento se enquadra dentro das normas gerais para a matéria.

Resta a patente afronta do Distrito Federal no seu dever de cumprir com suas atribuições previstas na Constituição, deixando de proteger o patrimônio histórico, bem como a crise de legalidade instaurada pela lei complementar nº 819 de 2009 contrariando a declaração de inscrição de Brasília no Livro do Tombo Histórico.

A própria legalidade se constitui como um mecanismo de imposição de manutenção da situação de irregularidade. Assim, percebe-se que a estrutura de atuação do Estado se desenvolve de forma limitada revelando o seu papel como estruturante de um poder simbólico que não permite à população reconhecer que são dominadas pela estrutura que a descreve em

---

<sup>224</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1991.

seu modelo teórico. No caso do Cruzeiro Novo a própria estrutura jurídica se revela como uma força que inviabiliza a ação protetiva aos interesses comunitários, deixando o Estado de garantir para os demais o acesso as vias de circulação dos pedestres e desconfigurando os traçados originais desenvolvidos por Lúcio Costa.

Nesse sentido, há a necessidade de reconstrução de um processo que permita a concretização de proteção do patrimônio histórico que deve focar na mudança da estrutura e ser permeado pela possibilidade de cooperação e promoção dos valores de proteção dos direitos dos cidadãos. Isso significa construir uma estrutura jurídica direcionada a concretização dos direitos de terceira geração. Para tanto se deve materializar os direitos a seus titulares, a coletividade, conferindo mecanismos para que possam alcançá-lo de forma ativa.

Quando se afirmar que a solidariedade é um princípio que deve ser observado pela Administração Pública, deve-se ter em mente que enuncia valores até contrários aos ideais de uma geração, do contrário ele negaria a existência do dever de promover a preservação de recursos históricos e ambientais, inclusive para as gerações futuras. A sua declaração é um valor que segue a mesma autonomia que a liberdade e a igualdade, portanto deve-se ter em mente que está em constante transformação e sofrendo acréscimos.

Ao deixar de seguir a orientação apresentada pelo princípio da solidariedade, o Estado regimenta no princípio da legalidade uma estrutura de dominação e legitima que interesses particulares se sobreponham ao ideal cooperativo idealizado por Lúcio Costa, dando destaque a sua ação discricionária. Assim a atuação do poder público tem sido conivente com a limitação de visibilidade e uso público dos pilotis, violando o tombamento do planejamento urbano de Brasília.

A aplicação do princípio da solidariedade reforça a ideia de que as relações jurídicas são interligadas ao relacionar com o outro, reconhecendo que a Administração Pública deve agir para promover os anseios das gerações futuras e proteger o patrimônio histórico. Além disso não permite a construção de teorias e dogmas que são baseados apenas em indivíduos atomizados, que sejam tão desprendidos dos demais que possa sobreviver sem interligação nenhuma com a sociedade.

A lei complementar nº 813 de 2009 elucida a pratica de promover por meio da legalidade práticas inadmissíveis, destoantes da constituição e dos objetivos almejados com o tombamento. Deve se ter em mente que o Brasil optou pelos preceitos republicanos, os quais

seguem um histórico que se dirige para o equilíbrio entre teorias liberais e comunitárias, logo tenta alcançar uma instância neutra que equalize os sentidos de sociabilidade com uma perspectiva geral, e muito menos o mero esforço racional em deliberar acordos e consensos. O princípio da solidariedade apenas reforça essa busca de equilíbrio entre anseios de desenvolvimento da liberdade e da igualdade, distante de uma relação de dominação de forças meramente políticas, ou locais.

É uma afirmação do dever de fraternidade que as partes têm entre si. É a consagração do respeito e cumprimento da Carta Política, bem como é a realização da acepção moderna do conceito de Estado Democrático de Direito, concretizando o respeito pela liberdade e igualdade. Dessa forma não seria possível que o interesse nacional de admirar o patrimônio urbanístico, seja deturpado pelo poder local, permitindo que o uso dos pilotis dos prédios seja exclusivo dos habitantes, desfigurando a horizontalidade da cidade, deturpando o conceito original do patrimônio histórico.

A tendência da jurisprudência analisada revela que em grande parte dos julgados, o princípio da solidariedade é invocado para atrair a responsabilidade dos agentes que por disposição intelectual têm o dever de agir para minimizar o dano. Além disso, o princípio da solidariedade reconhece que a relação jurídica está permeada pela responsabilidade cooperativa, exigindo a atuação dos agentes para agir de forma paliativa em relação aos prejuízos, inclusive vinculando as partes à finalidade da lei. Irradiando seus efeitos por toda a ordenação que instrui o Direito exigindo a direção pragmática da lei conforme este instituto e convocando os agentes envolvidos para promover a proteção exigida pela ordenação informada pela constituição. Razão pela qual não deve ser ignorado pelo poder local.

Diante da situação fática, a Administração mantém a restrição de acesso provocando inúmeros prejuízos, limitando a convivência da sua população com a cidade, obrigando seus pedestres a fazerem percursos mais penosos para atingir o seu destino, bem como a caminhar por becos e esquinas desprovidos de iluminação e limitar os espaços destinados a convivência pública, tornando o Cruzeiro Novo uma cidade irreconhecível ao padrão idealizado por Lúcio Costa.

A prática do Distrito Federal não interfere apenas nos interesses locais, mas afeta também o interesse das gerações futuras para execução e concretização do objeto pretendido pelo tombamento e evitar não só o dano a configuração estética da cidade, mas deixando de agir de forma a concretizar a sua obrigação de defender a unidade do ordenamento jurídico.

No âmbito das licitações, a corte reconheceu a legalidade da condenação da comissão de licitação e o agente político pela prática de modalidade do certame descoberta de amparo nas decisões do Tribunal de Contas da União, mantendo a condenação dos agentes por improbidade. Como bem colocado nos trechos da ementa:

10. Sobre a controvérsia de fundo, a origem esclareceu que o recorrente levou a cabo licitação na modalidade convite sem obedecer os trâmites legais pertinentes - por exemplo, deixando de aferir os preços de mercado para fins de elaboração do chamamento das empresas e homologando procedimento licitatório desenvolvido em desconformidade com o art. 43 da Lei n. 8.666/93. Além disso, ficou claro que as condutas do recorrente não encontraram amparo nas instruções do Tribunal de Contas.

11. Daí porque não há que se falar na falta de dolo, pois de modo livre e espontâneo anuiu com as condutas impugnadas, violando princípios norteadores da licitação e contrariando o art. 11 da Lei n. 8.429/92.

12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.<sup>225</sup>

A responsabilidade versada assenta na condenação dos agentes envolvidos, reconhecendo aos integrantes da comissão o dever de agir conforme as recomendações do controle externo. No caso em comento, a conduta dos agentes violou regra que reconhecia a irregularidade da escolha da modalidade convite e os sujeitaram à tipificação prevista na lei própria. Elucida a corte que a determinação técnica enseja o dever de agir conforme a prescrição e que este comportamento não se limita apenas aos agentes políticos, mas a todos os envolvidos, não eximindo a responsabilidade daqueles que não ocupam cargo de direção. Houve a ampliação da responsabilidade que advém da própria possibilidade do agente de poder intervir.

Essa compreensão é a que mais se expressa em grande parte dos julgados detectados no Tribunal de Contas da União. O princípio da solidariedade é invocado para atrair a responsabilidade dos contratados e servidores, no pagamento de condenações em ressarcir o erário.<sup>226</sup>

Ainda no âmbito daquela corte, a solidariedade também evidencia um reduto de grande importância para as políticas públicas. Destaca-se na atuação do Tribunal de Contas a recomendação de exigir das prestadoras de serviços de plano de saúde contraprestação ao SUS pelos serviços utilizados no âmbito da rede pública. Assenta como fundamento que o

---

<sup>225</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1129558/SP**. Segunda Turma. Relator ministro Mauro Campbell Marques. Sessão de 17/08/2010. Brasília, 2010.

<sup>226</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 2362/2003**. Sessão plenário. Relator ministro Augusto Sherman. Sessão de 07/10/2003. Brasília, 2003.

dever advém da própria atividade explorada que as oferece a possibilidade de auferir lucros indiretos, vez que o beneficiário do plano, ao se utilizar do SUS, desonera a prestadora de qualquer encargo.

O Tribunal de Contas, diante da recomendação, frisou entre os argumentos que de fato a medida tem supedâneo que parece onerar a atividade de forma indevida, reconhecendo que todos os agentes do setor privado ofertam contraprestação ao sistema público para a manutenção da saúde. Contudo, dispõe que os planos privados são beneficiados de forma indireta pela cobertura provida pelo SUS, pois seus beneficiários, ao se utilizar do sistema, deixariam de utilizar a rede coberta pelo plano, ocupando vagas daqueles que estariam descobertos. Assim, o Tribunal de Contas da União, em sessão plenário, entendeu que o princípio da solidariedade poderia ser invocado para ressarcir os cofres públicos:

A vedação ao enriquecimento sem causa consiste no princípio que inspira e legitima a obrigação estabelecida no art. 32 da Lei nº 9.656/98, assim como também o é o princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), além de razões regulatórias de desestímulo a práticas mercadológicas viciadas, muitas vezes praticadas pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde.

9.1. sobrestar o presente feito até o julgamento do Recurso Extraordinário 669.069/MG pelo Supremo Tribunal Federal (STF);

9.2. enquanto durar o sobrestamento, manter o juízo firmado no Acórdão 502/2009-TCU-Plenário e determinar à Agência Nacional de Saúde (ANS) que exija o ressarcimento ao SUS das operadoras, sem o reconhecimento de qualquer limitação temporal (prescrição), apenas com relação às cobranças iniciadas (com o envio de ABIs) após 31.3.2009, data de publicação do referido acórdão;

9.3. dar ciência deste acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentam, à Advocacia-Geral da União (AGU), ao Ministério da Saúde (MS), à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e à Controladoria-Geral da União (CGU) (...)

(Data do Julgamento: 02/04/2014; Relator: Valmir Campelo)<sup>227</sup>

Evidencia-se que o princípio da solidariedade elege um comportamento indutor de responsabilidade voltado especialmente para aqueles que estão vinculados por lei a agir. Mas não se limita apenas à responsabilidade legal, expressamente prevista, mas abarca também a responsabilidade que advém em desfavor daqueles que se beneficiam da atividade.

Portanto, resplandece que a solidariedade não se ocupa apenas de prever as relações presentes, mas também se projeta para o futuro. O seu uso impõe o exercício de uma visão global, a fim de compreender todos os enunciados, solicitando do agente o cruzamento de

---

<sup>227</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 798/2014**. Sessão plenário. Relator ministro Valmir Campelo. Sessão de 02/04/2014. Brasília, 2003.

toda a sistemática jurídica a fim de avaliar quais são os prejuízos e benefícios daqueles que são por ela afetados. Ressalta, por fim, o seu enunciado relativista e desprovido de ligação direta com a moral religiosa.

### 3 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NO PARADIGMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A aplicação do princípio da solidariedade requer uma análise pormenorizada do paradigma que rege os princípios do Direito Administrativo, do objetivo almejado pela Administração Pública, com o intuito de compatibilizar seu comando com a ordem prevista na Constituição Federal. Dessa feita, as regras que regem o Direito Administrativo devem ser re-analisadas, sob a ótica do princípio da solidariedade, a fim de aquilatar se a gestão pública deve assumir um posicionamento com o intuito de preservar os interesses legítimos do particular e buscar a melhor solução para o caso concreto.

Segundo a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, pauta-se ainda na supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração, resultando em diversos reflexos, os quais são defendidos pelo autor como preceitos que garantem a proteção aos valores democráticos.<sup>228</sup>

Os preceitos autoritários são elencados como norte central mais adequados ao Direito Administrativo.<sup>229</sup> Algo que não é corroborado pela tendência da jurisprudências das cortes apresentada e nem com as bases do modelo republicano adotado pelo país. Assim o paradigma da Administração deve ser revisto para se aproximar mais da concretização dos objetivos esculpidos pela constituição e concretizar a maior proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Assim a pedra angular deve ser vista sob o ângulo do princípio da solidariedade que fortalece o preceito cooperativo sem excluir os interesses privados que são legítimos. Bandeira de Mello ainda expõe que o preceito sobre a supremacia do interesse público se coloca como a constituição do próprio conjunto social, que não deve ser tomado como o somatório dos interesses individuais e suas diferenças entre si, mas como “a dimensão pública dos interesses individuais”.<sup>230</sup>

---

<sup>228</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.p. 56.

<sup>229</sup> Idem. p.57.

<sup>230</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.p.59

A fórmula apresentada pelo autor descreve uma legitimação do autoritarismo pela Administração. Baseia seu conceito na possibilidade de ser possível reconhecer a dimensão dos interesses públicos individuais, seguindo uma fórmula que permite a Administração Pública em seu conteúdo realizar atos de império e assim ignorar o seu dever de proteger interesses privados que também estão protegidos pela Constituição, bem como do dever de cooperação descrito pelas leis. Esse âmbito de proteção vai além da dimensão pública dos interesses individuais dos seus governados, ultrapassando a fórmula que legitima qualquer preceito majoritários.

Outro fator colocado por Bandeira de Mello está na afirmação de que a defesa dos interesses particulares não poderiam alcançar a defesa dos interesses públicos salvo na ação popular ou civil pública.<sup>231</sup>

Essa visão seria tendenciosa, autores como Alexy reportam teorias que sustentam que a defesa do Direitos Fundamentais, ainda que no contencioso privado, colhe benefícios para além do caso concreto colocado sob a corte. Assim a proteção e promoção dos direitos fundamentais pela Administração Pública em casos particulares revela a proteção e consagração de direitos individuais pela Administração e que são benéficos para a coletividade.<sup>232</sup>

A defesa da legalidade também representa para o autor forte proteção a atuação da Administração Pública, ignorando que o sistema de ficção pode advir da própria interpretação do texto.<sup>233</sup> Assim a ideia de que o sistema positivista garante a proteção necessária ao sistema é insuficiente. O gestor público ao concretizar a lei poderá efetivá-lo ignorando o seu dever de promover os Direitos Fundamentais e os objetivos da própria constituição.

Em sequência de seu argumento Celso Antônio afirma que o interesse público não deve confundir-se com os interesses do próprio órgão o descrevendo como interesses individuais do Estado, os quais só deverão ser protegidos se não entrarem em conflito com o interesse do público propriamente dito. Descreve então a existência de dois interesses

---

<sup>231</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 61

<sup>232</sup> ALEXY, Robert. Tradução: Virgílio da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros, 2012.

<sup>233</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.p.62

públicos: primário e secundário, afirmando que o segundo apenas seria possível se coincidente com o primeiro.<sup>234</sup>

Nesse argumento ele coloca o interesse público secundário sobre a prova de interesses privados legítimos cuja violação contraria o próprio interesse primário, exemplificando esse interesse na justa indenização, no limite de tributar ou tarifar. Assim reconhecendo que a missão da Administração é a de “curar o interesse de todos”. Reconhecendo que não pode servir a supremacia do interesse público como medida autoritária de uso para atender apenas aos fins do órgão público.<sup>235</sup>

Entretanto o interesse público é colocado a ordem da legislação que rege a si, sob a ótica de que deve buscar aquilo que o Estado constitui para como sua vontade por meio da lei. São interesses subordinados a legalidade, exigindo dela a legitimação para a ação do Estado.

A conclusão mais apropriada é que o modelo brasileiro se apoia no conceito de ideais marcados pela parcialidade, desigualdade e contradições, como bem afirma Gustavo:<sup>236</sup>

Se, em sua origem, o direito administrativo se traduzia em uma normatividade marcada pelas ideias de parcialidade e desigualdade, sua evolução histórica revelou um incremento significativo daquilo que se poderia chamar de vertente garantista, caracterizada por meios de instrumentos de controle progressivo da atividade administrativa pelos cidadãos. Nada obstante, como se verá a seguir, essa não foi uma tendência constante, progressiva e unidirecional, sendo antes combinada com estratégias de fuga à rigidez das formas e às restrições legais à liberdade decisória da Administração. Constituída pelo trabalho desses dois vetores contraditórios, a dogmática administrativa reflete esse caráter ambíguo em inúmeros dos seus institutos e na fragilidade de sua estrutura teórica.

Parte dessa contradição está na fuga da Administração da normatividade que advém da constituição, ou seja, de atuar em prol da proteção e promoção dos seus objetivos, tal como a promoção da solidariedade. Deveria a Administração Pública seguir a tendência expressa pelos Tribunais em seus diversos enunciados, concretizando decisões e ações que favoreçam a promoção dos direitos do cidadão.

Binbenbojm também demonstra que ao longo do desenvolvimento do Direito Administrativo houve uma cisão do Direito Constitucional. Sendo que aquele acabou por se constituir dentro de uma estrutura com predileção para o fortalecimento da burocracia,

---

<sup>234</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.65

<sup>235</sup> Idem. p.72

<sup>236</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 18

desenvolvendo regras e princípios próprios que eram impermeáveis as mudanças constitucionais.<sup>237</sup>

A fuga do Direito Administrativo dos preceitos constitucionais também é demonstrada por Binjenbojm através da motivação dos atos administrativos apresentados apenas com observação na “lei, e não à Constituição”. Nesse sentido a motivação passa a ser contraditória, pois se a atuação da Administração está baseada na legalidade, ou seja, na submissão do administrador à lei, aquela estaria presente para justificar a discricionariedade. Como todos os atos da Administração são motivados isso demonstra que a maioria dos atos são discricionários.<sup>238</sup>

Outro ponto que demonstra a fragilidade do atual paradigma que rege a Administração Pública é o movimento de fuga do Direito Administrativo para o Direito Civil, buscando cada vez mais a ideia de consensualidade e parcerias com a iniciativa privada. Focando as relações da Administração cada vez mais na solidariedade.<sup>239</sup>

### 3.1 Interesse público versus privado

A invocação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não tem mais se autossustentado ou assumido o poder de um super princípio capaz de solucionar todos os conflitos. Atualmente, a eficácia horizontal dos comandos contidos na Constituição e nos direitos fundamentais não permite que citado princípio assumam uma sobreposição a estes últimos, porquanto não tem condão de contrariar a norma superior. Razão esta que tem levado autores renomados a destruir a falsa noção de que a supremacia do interesse público sempre deve preponderar sobre o interesse privado. Porém, a doutrina clássica ainda defende que o interesse público sempre preponderará sobre o particular, abarcando autores como Celso Antônio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles.<sup>240</sup>

Inicialmente é importante adentrar no conceito do que venha a ser o interesse público. Celso Antônio descreve como sendo aquele que é exercido pela coletividade, havendo, ainda, a distinção trazida por Alessi, que o distingue entre duas modalidades: o interesse público primário e o interesse público secundário, sendo que o primeiro designa o

---

<sup>237</sup> BINENBOJIM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 18

<sup>238</sup> Idem. p. 19

<sup>239</sup> Idem. p. 20

<sup>240</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 25

interesse geral da coletividade, enquanto o último serve para designar os interesses particulares do Estado como pessoa jurídica.<sup>241</sup>

A indeterminação do conceito de interesse público, ainda mais diante da profunda crise advinda da fragmentação e pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas torna cada vez mais difícil extrair um conceito do que venha a ser o bem comum ou a vontade geral, permitindo que as autoridades públicas cometam verdadeiras atrocidades. Ainda mais se tal princípio for usado como um argumento para violar direitos fundamentais, inclusive como fundamento capaz de autorizar a criação de Estados autoritários.

Por outro lado, uma sociedade que prevê uma prevalência dos direitos particulares também não é defensável, porquanto tal levaria ao caos geral, com a supressão de diversos direitos que regulam a coletividade, até porque não se percebe mais o indivíduo destacado da coletividade, mas como um ser que a integra.

Com o advento do estado liberal, a separação entre o público e o privado ficou mais acentuada. Se antes cabia ao Estado eximir-se de não intervir nas relações comerciais, a ótica mais moderna não mais admite a postura de omissão, partindo para uma postura que busca tutelar os direitos constitucionais. Trata-se da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações particulares, que vem ganhando força no Brasil e no mundo, justamente para que seja mais fácil alcançar a dignidade da pessoa humana.<sup>242</sup>

A distinção entre o público e o privado não serve mais de arcabouço para se solucionar os conflitos, porquanto, na atual sociedade, tal distinção tem se tornado cada vez mais desnecessária, uma vez que as relações jurídicas compõem interesses cada vez mais imprecisos e que assumem uma dimensão que não mais se restringe à velha dicotomia.

A ideia da distinção trazia em si que o direito público se referia à esfera dos interesses públicos vistos como o interesse comunitário, enquanto o universo privado tratava do que estava fora do alcance da sociedade e apenas interessava a cada indivíduo nele inserido. Entretanto, este critério já não se sustentava e passou a ser revisto, admitindo a teoria da prevalência.<sup>243</sup>

De acordo com aquela teoria, o Direito Público corresponde às matérias em que se manifesta uma preponderância dos interesses coletivos, enquanto o Direito Privado tratava

---

<sup>241</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 24

<sup>242</sup> Idem. p 35

<sup>243</sup> Idem. p 31

das questões que afetam mais os indivíduos, deixando os interesses públicos para um segundo plano. A superação desta dicotomia se fortalece com o argumento de que o Direito Público se pauta também na perspectiva de que as ações deste devem respeitar o interesse privado dos cidadãos, sobretudo os direitos fundamentais, razão esta que retoma a tese principal de que não existe supremacia do interesse público sobre o privado. Ademais, ramos do direito privado não mais permitem uma visão isolada e já tratam, em seus ditames, normas de ordem pública.<sup>244</sup>

Outro critério é a distinção pautada na hierarquia em que cada um dos ramos do Direito trata os sujeitos de suas relações. O Direito Público sempre atua baseado numa relação de autoridade e subordinação entre Estado e cidadão. O Direito Privado busca uma relação de paridade e de coordenação entre os agentes. Este conceito falha, pois as premissas versadas são refutadas pela constatação de que nem sempre as relações privadas pressupõem paridade, uma vez que, nas relações fáticas, as desigualdades entre os polos das relações nem sempre existem, bem como a visão de que existe uma subordinação entre os agentes retomam ao absolutismo e não condizem com a atualidade onde as relações públicas são pautadas no consenso entre o interesse dos cidadãos e do Estado.<sup>245</sup>

O critério subjetivo pauta a distinção conforme o sujeito que figura nos polos da relação, tendo o Estado como sujeito do Direito Público, sendo o Direito Privado o ramo em que o poder público se ausenta. Este critério é ainda mais falho, tendo em vista que há relações privadas em que o Estado se faz presente. Ademais, a atualidade é marcada por uma fuga da Administração para o Direito Privado, assim como tem sido comum a aplicação do Direito Constitucional, sempre visto como ramo do Direito Público, nas relações privadas.

O fato é que a distinção, ainda que esteja superada, ainda faz parte do universo jurídico e atua como um pêndulo que, conforme o período, tem sua carga de influência. Assim pôde se observar na Grécia Antiga, onde o homem existia sem qualquer liberdade privada, inexistindo espaço para aquele que estava fora do público, passando à idade média, onde se observou o oposto, inexistindo espaço para o coletivo, porquanto as relações se davam com base na propriedade territorial, sendo ainda um período caracterizado pela dispersão das autoridades. Nos Estados Modernos, as relações se tornaram complexas, mas há

---

<sup>244</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 32

<sup>245</sup> Idem. p 32

uma prevalência de que o Direito Público, por conta do absolutismo, assumia uma feição mais forte.<sup>246</sup>

A separação entre a esfera pública e privada se tornou mais nítida após o advento do Estado liberal, após as revoluções burguesas, onde se fixou uma nítida distinção entre Estado e sociedade. Competia ao Estado cuidar da segurança interna e externar poder, atuar nas relações privadas, permitindo que a liberdade autorizasse indivíduos a usarem a tutela garantida pela inviolabilidade das relações privadas para assegurar desigualdades tuteladas pelo Estado.<sup>247</sup>

A economia era o principal alvo da supremacia que foi atribuída à liberdade privada. Contudo, a própria circulação de riquezas não pode caminhar de forma desamparada e sempre necessita de uma atuação estatal para que suas relações se concretizem, razão esta que levou à criação do Código Civil, agindo como uma verdadeira constituição da sociedade. Nesse período, foi possível observar que a proteção máxima era conferida à circulação de riqueza e à liberdade de contratar. O foco era a liberdade privada, assumindo o Estado um papel de apenas garantidor da existência das relações privadas, ou seja, a liberdade dos modernos estava nos direitos individuais.<sup>248</sup>

Contudo, a ideia da distinção entre Direito Público e Privado, ainda que fosse apenas numa perspectiva didática, quando estudada sobre a perspectiva brasileira, se mostra defasada e ineficiente; a razão não está calcada na perspectiva do conceito, mas na realidade cultural. O Brasil sempre atuou de forma confusa ao tratar a matéria pública e privada, sempre agindo com base no patrimonialismo e no paternalismo, onde as relações de amizade, confiança e compadrio prevaleceram sobre a impessoalidade dos interesses que deveriam pautar as relações do governo e seus agentes.<sup>249</sup>

Contudo, o século XX foi marcado por revoltas e pela promoção do Welfare State, convertendo o poder público de mero expectador em um promotor da economia, que se impõe diante do particular, despiando aos poucos o Código Civil de sua proteção e hegemonia. A liberdade privada passa a ser relativizada e novos direitos são reconhecidos. O Estado não pode apenas se abster e passa a ser visto como um prestador de direitos, incluindo o de fornecer novos serviços que demandam o seu crescimento, surgindo os direitos sociais. A

---

<sup>246</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 34

<sup>247</sup> Idem, p 35

<sup>248</sup> Idem, p 36

<sup>249</sup> Idem, p 38

crise do liberalismo foi culminada por Estados totalitários, porém o Estado social pregado nesse período era degenerado; o público ganhava prevalência sobre o privado, o que significava um aumento da intervenção estatal na regulação dos comportamentos individuais.<sup>250</sup>

Com a crise do Estado Social, o pêndulo voltou a se inclinar para o Direito Privado. A percepção de que o Estado atua de forma burocrática, ineficiente e desperdiçando recursos traz à tona as privatizações, assumindo cada vez mais um papel de diminuição da máquina administrativa, transferindo parte das suas atividades para o setor privado. O que se observa é que a máquina estatal começa a assumir características de uma empresa privada. Ademais, a própria globalização afastou dos Estados o poder de agir, tendo em vista que as atividades privadas não se restringem apenas a sua soberania. Assim, o poder, que antes era privativo do Estado, passa a ser cada vez mais afastado do público e passa a ser regulado privado, incluindo a prestação jurisdicional, que passa a ser resolvida pela arbitragem.<sup>251</sup>

Uma característica da atualidade é a constitucionalização do direito privado. Matérias que antes estavam restritas ao direito civil passaram a ser tratadas com um enfoque de direito público, fazendo uma revisão dos institutos anteriores, que passam a permear os valores como solidariedade social, igualdade substantiva e justiça distributiva aos velhos institutos. Nessa nova ordem, os direitos fundamentais assumem uma função nova e passam a ser aplicados inclusive nas relações privadas. Trata-se da aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, trazendo a temática aos tribunais de todo o mundo.

Em que pese a aparência inovadora e revolucionária, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais ainda é tratada com desconfiança, pois a limitação nas relações privadas leva, inevitavelmente, à violação da autonomia da vontade, pilar das relações privadas, que também estão dentro da esfera de concretização dos direitos fundamentais. Portanto, invocar a aplicação de regras constitucionais não significa que violações aos direitos estariam sanadas, pois o que deve ser observado é o alcance da maximização da dignidade da pessoa humana e não a imposição do politicamente correto.

A complexidade da atualidade clama por uma nova concepção do espaço público, não mais associada necessariamente à atividade estatal, porquanto surge um novo tipo de entidade privada cuja função está associada aos interesses da coletividade, que não buscam

---

<sup>250</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 39

<sup>251</sup> Idem. p 43

mais a maximização dos interesses privados. Assim, a doutrina que diferenciava o interesse público e privado não é mais capaz de explicar o cenário atual. Não existe mais uma rigidez que separa ambos os institutos, mas passam a ter um ponto em comum: o respeito aos princípios da democracia e aos direitos fundamentais, deixando de lado a ótica que interpretava a obrigatoriedade de sua aplicação exclusiva às relações em que estivesse presente o poder público.<sup>252</sup>

Apesar de parecer superada a distinção entre o público e privado, ainda há que se preservar o instituto, porquanto a velha dicotomia ainda deva preservar uma zona de diferença de atuação entre ambos, justamente para que se preservem aspectos da vida humana das intervenções não só do poder público, mas também do poder privado. Por outro lado, é possível reconhecer que tais barreiras também podem ser utilizadas como fachada para que se cometa atrocidades.

Razão esta que leva Daniel Sarmiento à conclusão de que a distinção entre o público e o privado não é útil para a solução de conflito de interesses:

Por tudo isto, parece-nos que o critério público/privado não é útil para resolução de conflitos de interesses que se estabeleçam numa sociedade aberta e democrática, seja pela imprecisão e indeterminação intrínsecas aos respectivos conceitos, seja pelo reconhecimento de que ambas as dimensões se pode falar são igualmente importantes para realização existencial da pessoa. Não há, por outro lado, dois ordenamentos distintos, mas uma única ordem jurídica, que tem no seu cimo uma Constituição, cujos princípios e valores devem informar a resolução dos conflitos surgidos em qualquer seara.<sup>253</sup>

Assim, aduz que não existem duas ordens jurídicas, ordem pública ou privada, mas apenas uma única ordem que deve seguir os preceitos da Constituição. Ademais, o próprio conceito de ordem jurídica remete mais a uma ideia de senso comum, porém é algo que não está positivado.

Assim a ideia de que o interesse público prevalece sobre o privado não se sustenta. A atual vertente trazida pela Constituição de 1988 abrigou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do ordenamento jurídico.

Em princípio, a supremacia do interesse da coletividade sob a perspectiva moral pode ser justificada adotando-se duas abordagens diferentes. Para os organicistas, o interesse

---

<sup>252</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 48

<sup>253</sup> Idem. p 50

público seria algo superior e diferente ao somatório dos interesses particulares. Para os utilitaristas, ele é visto como uma fórmula para maximizar o interesse dos particulares. Já a tese que versa sobre a supremacia do interesse incondicionado dos interesses particulares assenta sobre o individualismo.<sup>254</sup>

Daniel Sarmento defende que a tese a ser adotada é a que estabelece uma ponderação de valores, que busca o equilíbrio, pautada no princípio da proporcionalidade.

E a posição que defendemos neste trabalho, de que a prevalência há de ser aferida mediante uma ponderação equilibrada dos interesses públicos e privados, pautada pelo princípio da proporcionalidade, mas modulada por alguns parâmetros substantivos relevantes, baseia-se numa concepção personalista.<sup>255</sup>

Para alcançar a visão do nobre autor, deve-se retomar cada uma das teorias. A visão organicista admite a prevalência, assumindo a perspectiva de que todo indivíduo faz parte da comunidade e nela desempenha um papel. As comunidades políticas possuem valores e objetivos próprios que transcendem o dos seus integrantes, o que sempre implica na primazia do público sobre o particular, é uma postura inversa à do liberalismo. Parte da premissa de que a realização dos objetivos coletivos, encarnada na figura do Estado, atinge o interesse de cada componente da comunidade, sendo este o argumento que justifica a supremacia do interesse público.<sup>256</sup>

O organicismo já é uma figura antiga e desde antigamente os indivíduos não eram vistos com igualdade, mas desempenhavam um papel essencial, ainda que houvesse a impossibilidade para que fizessem escolhas. O bem comum justificava os tratamentos desiguais. Contudo o organicismo foi revisado, passando a admitir que os indivíduos se realizem no seu interior. Dessa forma, o indivíduo passa a se realizar pelo reconhecimento de que ser membro do Estado o eleva na própria condição de ser.<sup>257</sup>

Ainda que se adote a versão mais moderna do organicismo, esta pode ser refutada, sob vários argumentos. Inicialmente, apesar do impulso natural do homem de ser gregário, este é muito mais do que um órgão que desempenha um papel na sociedade. Ademais, a dimensão pública não faz sentido sem uma dimensão privada, pois não leva em conta a individualidade que cada indivíduo leva em si, ou valores e interesses próprios que são

---

<sup>254</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 52

<sup>255</sup> Idem. p 52.

<sup>256</sup> Idem. p. 53

<sup>257</sup> Idem. p. 54

realizados apenas na órbita privada, que também são essenciais à consecução do interesse público. Aliás, nem a sociedade política, assim como os indivíduos em si, atuam como um órgão, pois a ideia de órgão pressupõe que todos atuem com uma finalidade comum, algo impossível de se concretizar na sociedade moderna, que se pauta no pluralismo.

Outro aspecto do organicismo que deve ser combatido é que este inevitavelmente viola o conceito de liberdade, assumindo uma postura totalitária de alinhamento ideológico e antidemocrático. Há uma visão de superação do coletivo sobre o indivíduo que inviabiliza a possibilidade de exercer o individualismo, ou seja, acaba violando o princípio da dignidade da pessoa humana. É impossível sustentar a ordem pregada pelo organicismo dentro da Constituição de 88.<sup>258</sup>

Contrapondo-se ao organicismo, pode-se afirmar que o utilitarismo propõe outra solução para afirmar a supremacia do interesse público, como uma das mais importantes ferramentas, já que a solução para cada problema político-social é sempre aquela que promove em maior escala os interesses dos membros da sociedade. Baseia-se nos interesses dos indivíduos que integram a sociedade política, buscando promovê-los de forma racional. Parte de uma avaliação de se as consequências estão em conformidade com os interesses dos membros da sociedade. Contudo, ainda assim, o utilitarismo não se adequa, porquanto a escolha do constituinte de inserir as cláusulas pétreas e de proteger os direitos fundamentais significa justamente que determinados valores vão estar em um patamar fora do comércio, portanto jamais serão modificados para atender uma parcela significativa da população.<sup>259</sup>

Em suma, embora o utilitarismo busque o melhor resultado para a maioria, ocorre que nem sempre a promoção da dignidade da pessoa humana leva à maximização dos interesses da maioria, às vezes eles representam obstáculos à concretização de interesses da maioria e sem essa proteção os direitos fundamentais perderiam o seu objeto. Na verdade, o utilitarismo equipara as sociedades a indivíduos, aproximando-se mais do organicismo; não há uma busca pela distribuição do benefício para todos, mas a maximização do benefício. Os indivíduos são parte de um todo, porém nenhum indivíduo pode ser tratado como meio para alcance dos fins sociais.<sup>260</sup>

Portanto, tanto pela ótica do organicismo, quanto do utilitarismo, a supremacia do interesse público sobre o privado não se sustenta dentro da sistemática brasileira.

---

<sup>258</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 58

<sup>259</sup> Idem. p. 59

<sup>260</sup> Idem. p. 63

Analisando no sentido oposto, as teses que crêem que o interesse privado deve suplantar o interesse coletivo partem de um conceito liberal onde todos os indivíduos são iguais perante a lei. Nesse contexto, a igualdade é apenas formal, e o único privilegiado é o burguês que tem a proteção do Estado por ser detentor de bens tutelados. A vontade dos indivíduos era a força imperativa do sistema a ponto de afastar os constrangimentos oriundos das desigualdades; a sociedade política é vista como uma sociedade de mercado, trazendo consigo a ideia de que a competição deve prevalecer sobre a cooperação.<sup>261</sup>

Sob a ótica do liberalismo, os direitos fundamentais são vistos como direitos de defesa em face do governo. Trata-se de direitos negativos, já que não há necessidade da atuação do Estado para promover a defesa. Porém, com o advento do Estado Social, passou a se reconhecer a necessidade de intervenção do Estado para proteger aqueles que não estavam no mesmo patamar de igualdade, vergastando a ideia de supremacia do direito individual.<sup>262</sup>

Extrai-se da leitura individualista que a igualdade jurídica é uma mera formalidade e que recusa qualquer tipo de redistributivismo; a solidariedade não é vista como um princípio, mas como mera faculdade. Assim posto por Daniel Sarmento:

A solidariedade não é um princípio normativo, mas apenas uma virtude humana, que escapa às considerações da ordem jurídica. E a liberdade é a não intervenção; a simples ausência de impedimentos externos para o comportamento individual, afigurando-se irrelevante a existência ou não da possibilidade real do agente de fazer suas escolhas e de agir em conformidade com elas.<sup>263</sup>

Contudo, a sistemática atual não se coaduna com a Constituição de 1988. Nela é possível verificar logo no art. 3º que a República brasileira visa uma sociedade justa e solidária, que relativiza direitos como a propriedade, clama pela existência digna, entre tantos outros princípios e enunciados que demonstram que a atual sistemática coloca o individualismo em segundo plano. Ademais, a igualdade perseguida prevista pelo Estado brasileiro é uma meta, bem como a solidariedade. Tal atitude eleva o reconhecimento de que o conceito de liberdade é mais amplo e que não é apenas um direito negativo, mas um direito efetivo que visa trazer a igualdade material.

A visão individualista traz o conceito de que o violador dos direitos individuais é o Estado. Contudo, a visão atual não corrobora mais com esta ideia, porquanto os poderes

---

<sup>261</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 66

<sup>262</sup> Idem. p. 66

<sup>263</sup> Idem. p 70

públicos são essenciais à promoção dos direitos fundamentais; seu papel é o de concretizar as realizações individuais, desde que estas não violem direito de terceiros. Dessa forma, concebe-se a ideia de que o Estado deve estar a serviço das pessoas e não o contrário.<sup>264</sup>

Há ainda outro debate que se contrapõe à tese dos liberais e dos comunitaristas. De acordo com os liberais, existe um espaço onde não deve haver a intervenção estatal, tal como a liberdade de expressão; por sua vez, os comunitaristas defendem a importância do seio social. Este debate leva inevitavelmente a uma postura ou da soberania do individualismo, ou do coletivo. Mas a questão é situar a Constituição Brasileira entre ambas as teorias. De acordo com Daniel Sarmiento, a posição assumida pela carta é de priorizar os direitos fundamentais, não existindo dicotomia doutrinária se deve prevalecer a liberdade ou a defesa do seio social.<sup>265</sup>

Parece-nos que a tutela ultra-reforçada conferida às liberdades fundamentais, a consagração do pluralismo político como fundamento da República (art. 1º, inciso V, CF), ao lado do princípio da laicidade estatal (art. 19, inciso I, CF), desautorizam qualquer interpretação que abra espaço para um Estado perfeccionista, que, em nome de tradições coletivas, ou de alguma visão majoritária sobre o bem comum, busque tutelar paternalisticamente a vida de cada um, passando por cima da autonomia individual. O sistema constitucional brasileiro tampouco se coaduna com qualquer tipo de discurso que desvalorize os direitos fundamentais, transferindo o foco para as virtudes morais ou para os deveres cívicos dos cidadãos. E a dimensão organicista do comunitarismo, de desvalorização do indivíduo em face da comunidade, pode também ser liminarmente descartada, numa Constituição como a nossa, centrada na dignidade da pessoa humana.

Porém, não há como negar que a Constituição de 88 abre-se para os valores comunitários, não mantendo em relação a eles uma postura de completa neutralidade. Ela preocupa-se com a proteção e promoção da cultura nacional (art. 215 e 216 da CF), consagra direitos transindividuais, de titularidade coletiva, e institui alguns limites para o exercício de direitos individuais, decorrentes não da tutela de outros direitos de terceiros, mas da proteção a interesses gerais da coletividade.<sup>266</sup>

Razão esta que leva o autor a descrever a sistemática brasileira de comunitarismo liberal, já que o ordenamento atual visa conciliar as duas sistemáticas. Seguindo a compreensão de que o Brasil segue a vertente mais próxima do ideal republicano.

---

<sup>264</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 70

<sup>265</sup> Idem. p 75

<sup>266</sup> Idem. p 77

Outra questão importante é que a Constituição brasileira é aberta, o que lhe permite fluir na busca da melhor solução. Esse fato leva-a a se afastar tanto do utilitarismo quanto do organicismo: nem o modelo puro do liberalismo, ou do comunitarismo. A primazia é aquela que busca pautar a dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento.

Ainda merece destaque a relevância dos direitos fundamentais nas ordens jurídicas democráticas que não são absolutas, pois existem outros direitos com envergadura de direito constitucional que devem ser tutelados e que restringiriam aqueles. A ponderação tem se operado inclusive de ofício pela Administração diante do caso concreto.

A verdadeira intelecção do que venha a ser a prevalência do interesse público sobre o privado, sobretudo sobre aqueles classificados como direitos fundamentais, não aponta para a existência de uma colisão, mas de convergência, porquanto a consecução dos direitos fundamentais é a realização do interesse público, ainda mais diante do fato de que as sociedades onde os direitos fundamentais são respeitados são mais estáveis. Ademais, os direitos fundamentais não são vistos em uma perspectiva mais individualista, mas constituem a base do ordenamento jurídico e irradiam amplamente por todos os ramos e se tornam diretrizes para a atuação do poder público.<sup>267</sup>

Dessa forma, o dever do Estado não é de apenas se abster, mas de defender os direitos fundamentais e promovê-lo das ameaças ofensivas, razão esta que nega a colisão entre a consecução dos direitos fundamentais e o alcance do interesse público. Porém, existem hipóteses em que é possível identificar um conflito aparente de interesses, porquanto os direitos fundamentais podem representar uma barreira à concretização imediata do interesse público.

Há ainda outros interesses públicos cuja prossecução não corresponde a nenhum tipo de direito fundamental, como o concernente à dívida pública, cujo controle pode afetar diretamente a concretização do direito fundamental. Dessa forma, a solução pode ser a restrição do direito fundamental, visando exclusivamente a tutela de interesse coletivos, o que, pela abordagem liberalista, é completamente negado. Contudo, a abordagem comunitária também é insuficiente para explicar, pois também não é adotada pela sistemática brasileira.

Conforme bem afirma Daniel Sarmento, o que se observa é que a Administração Pública está vinculada aos direitos fundamentais, não importa qual contexto fático, estes

---

<sup>267</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 78

sempre devem prevalecer. Isso não significa que a visão personalista negue por completo a visão comunitária. A Constituição Social adota uma visão personalista de ponderação de valores para se chegar à solução aplicável e não admite uma visão isolada.<sup>268</sup>

A teoria que mitiga a aplicação dos direitos fundamentais parte da Alemanha e denomina-se a teoria da cláusula da comunidade, segunda a qual os direitos fundamentais sofrem uma interrupção a partir do momento em que passam a violar os bens jurídicos da comunidade. Contudo, foi amplamente negada, pois era frágil e permitia arbitrariedades por parte do poder público.<sup>269</sup>

Dessa forma, a conclusão que se alcança é que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular esvazia a incidência dos direitos fundamentais, razão esta que o coloca em cheque. Ademais, o nosso sistema constitucional tem como característica a relevância dos direitos fundamentais, passando a sistemática atual a ser aquela que pondera os valores atribuídos diante do caso fático.

Assim, as questões enfrentadas pela restrição dos direitos fundamentais não devem ser dirimidas apenas com base na supremacia do interesse público, mas de um exame mais detalhado que leva em consideração os limites desenvolvidos pela doutrina. Contudo, antes de analisar esses limites, é preciso recordar que os direitos fundamentais podem estar diretamente estabelecidos na Constituição, podem ser previstos por esta, ou decorrer de sua interpretação.<sup>270</sup>

Quando os direitos estão diretamente expressos na Constituição, não é difícil chegar a uma solução do conflito, já que derivam diretamente da norma. Quando a Constituição permite uma restrição ao direito, isto não significa que o constituinte possui um cheque em branco, deve-se buscar o sentido da restrição, trata-se da chamada questão dos “limites dos limites”, que busca respaldo na estrutura de princípios basilares para alcançar a solução. A mesma restrição perpassa os direitos fundamentais que são reservados, não cabendo ao legislador exercer de forma livre esta restrição, devendo cumprir com o dever de observar os limites da restrição.<sup>271</sup>

Numa primeira análise, parece inconcebível que o ordenamento admita uma restrição aos direitos fundamentais sem expressa autorização da Constituição, uma vez que esses

---

<sup>268</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 87

<sup>269</sup> Idem. p. 87.

<sup>270</sup> ALEXY, Robert. Tradução: Virgílio da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros, 2012.

<sup>271</sup> Idem.

direitos não estão dentro da esfera de disponibilidade do poder legislativo. Contudo, há fatos concretos em que os direitos fundamentais colidem com outros princípios, levando a um postulado de unificação da Constituição para que se permita a convivência harmônica de outros postulados de estatura constitucional.<sup>272</sup>

Nesse sentido, Daniel Sarmento afirma que é preferível que esses postulados sejam de plano fixados pelo constituinte.

E é preferível que tais restrições sejam fixadas de antemão pelo legislador, do que se fique a depender das ponderações casuísticas feitas em face das situações concretas pelo aplicador do Direito, seja ele o juiz ou, pior ainda, o administrador. O caráter legislativo da restrição confere, por um lado, maior previsibilidade e segurança jurídica ao cidadão, e, por outro, crisma com maior legitimidade democrática a ponderação realizada.<sup>273</sup>

Mas o certo é que a restrição seja feita de forma autorizada pela Constituição, ou seja, para tutelar um direito contrário de envergadura maior, pois, do contrário, estar-se-ia admitindo que os interesses de nível legal podem comprometer a estrutura constitucional, debilitando os direitos fundamentais. Outra questão é que apenas lidar com os direitos fundamentais não permite o exercício regular de um direito, uma vez que são direitos fundamentados em alto nível de abstratividade e que podem levar ao arbítrio, permitindo que se assuma qualquer orientação.

Assim, chega-se à conclusão de que as cláusulas muito gerais de restrições dos direitos fundamentais implicam em violação aos direitos democráticos e da reserva da lei. Assim, podemos inferir que o princípio da supremacia do interesse público transfere para a Administração o direito de limitar os direitos fundamentais.<sup>274</sup>

Portanto, a falta de concretude torna tão vago o instituto que dificulta à pessoa de boa-fé conhecer da licitude do seu ato. Logo, a conclusão inadiável é a de que o princípio da supremacia do interesse público é vago, além disso, é impossível reconhecer uma cláusula geral de fixação dos direitos fundamentais numa sociedade plural cujos integrantes são detentores de direitos conflitantes e que, mesmo que sejam direitos de uma minoria, sejam mais insignificantes que os dos demais.

---

<sup>272</sup> ALEXY, Robert. Tradução: Virgílio da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros, 2012.

<sup>273</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 94

<sup>274</sup> ALEXY, Robert. Tradução: Virgílio da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros, 2012.

Outra objeção à supremacia do interesse público é a de que ele não é compatível com o princípio da proporcionalidade, assim visto pelos três subprincípios que o regem: da adequação, da necessidade ou exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação do ônus sobre um nível justificável de interferência nos direitos do cidadão. A busca da proporcionalidade visa otimizar o nível de proteção dos bens jurídicos, o que exige uma ponderação minuciosa para a sua aplicação.<sup>275</sup>

Contudo, ao colocar o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, está se afirmando a impossibilidade de ponderar qualquer valor. Não há uma busca racional que compatibilize uma solução equilibrada. Entretanto, a Constituição adotou o entendimento que deve obediência aos direitos fundamentais, porquanto o constituinte decidira antagonizar ao que era antes o ordenamento dentro do regime totalitário; também não optou por direitos inefetivos, consagrando a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sendo inclusive resguardada a condição de cláusulas pétreas.

Retoma-se os postulados de Alexy para defender que, diante de um conflito de interesses públicos e direitos fundamentais, deve prevalecer os direitos fundamentais. Portanto, a supremacia do interesse público pode até existir, mas deve ser encarada diante de uma ponderação e não de um postulado.<sup>276</sup>

O interesse público pode até prevalecer, mas só após um exame detido que avalia a proporcionalidade, mas para tanto será necessário mais que o argumento detido em prevalência do interesse público. Não importa a forma em que se protejam os direitos fundamentais, em nenhuma hipótese admite-se a primazia do interesse público.

Contudo, nem todo interesse particular pode ser visto como um direito fundamental, mas isso não significa que a primazia do interesse público sempre preponderará, porquanto ainda que o interesse particular não verse sobre um direito fundamental, este deverá atender a critérios de solução de conflitos. Conforme bem elucidada Daniel Sarmiento, deve haver uma ponderação entre a proporcionalidade e a restrição do interesse privado almejado.<sup>277</sup>

Ademais, a Administração está limitada a agir conforme a lei; não se trata apenas de um limite, mas da própria razão que lhe permite agir. Assim, a primazia do interesse público só pode existir quando a norma lhe permite fazê-lo. Contudo, a lei já não é mais o pilar

---

<sup>275</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 100

<sup>276</sup> Idem. p 103

<sup>277</sup> Idem. p 111

principal, o contexto atual já o superou; hoje, o administrado está vinculado à unidade do ordenamento jurídico como um todo, devendo responder à Constituição e seus princípios. Assim nos ensina Daniel Sarmiento:

Entende-se assim que a Administração Pública encontra-se vinculada não apenas à lei, mas antes a todo um “bloco de legalidade”, que incorpora princípios, objetivos e valores constitucionais, e a esta nova formulação tem-se atribuído o nome de princípio de jericidade, ou da legalidade em sentido amplo.<sup>278</sup>

A ideia reforça a inexistência de uma supremacia do interesse público, trata-se mais de um princípio da tutela do interesse público para explicar que a Administração não deve perseguir interesses dos governantes, mas sim o interesse público primário pertencente à sociedade.

A concepção de tratar o interesse público como um pilar do ordenamento é inadmissível dentro da atual sistemática de uma Constituição social como é a brasileira. Não se admite que o interesse público seja sempre visto com um valor superior.

### **3.2 Administração Pública e o particular vinculados pela solidariedade**

A solidariedade é o clamor de uma sociedade que não busca só interesses atomizados, mas também não enxerga as relações jurídicas sob uma ótica de opressão majoritária das relações sociais. Dessa forma, não se admite mais que a Administração, ou o particular, atue de forma a vergastar a parte hipossuficiente, fazendo-a arcar completamente com o prejuízo.

O princípio da solidariedade obriga que as relações jurídicas sejam voltadas para reforçar a cooperação e responsabilidade dos agentes envolvidos, seria a supremacia da solidariedade sobre qualquer interesse. A atitude dos envolvidos na relação deve reforçar o auxílio mútuo, de tal forma que ambos atuem em conformidade com a boa-fé objetiva em busca do consensualismo. Portanto, a vertente não admite mais que a força sobrepujante de uma das partes imponha a qualquer um dos agentes um ônus além daquele previsto, assim,

---

<sup>278</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 113

não é mais admitida a rivalidade cujo foco era a obtenção de maximizar os ganhos sem se preocupar se a atuação de uma das partes levaria a outra à penúria. Tal comportamento não se compatibiliza mais com a Constituição de 88, que elegeu os princípios fundamentais como o centro de sua força, transformando a dignidade da pessoa humana na fundação maior do ordenamento.<sup>279</sup>

Reconhecer a mutabilidade das relações e agir de forma cooperativa é a concretização da solidariedade prevista na Constituição Federal, razão esta que eleva ao seu reconhecimento enquanto princípio obrigatório dentro do Direito Administrativo. O comportamento solidário deixa de ser tratado como uma mera faculdade que se pautava na esfera da liberalidade, vista apenas como uma intelecção da bondade moral.

Os interesses tanto da Administração quanto do particular, passam a focar o comportamento cooperativo como mais vantajoso relativizando os enunciados, seja para a consecução do objetivos da Administração, seja para o reconhecimento da própria satisfação do interesse público primário, aqui tomado como a realização dos objetivos da constituição.

Seguindo pelas teorias já abordadas, para o organicista, o Direito Administrativo deve sempre atender o interesse público, atingido através da concretização do interesse coletivo, que, segundo esta teoria, é o somatório da vontade dos indivíduos da comunidade, a realização dos indivíduos nela contidos. Contudo, esta teoria já não mais prospera, porquanto ao buscar unicamente o interesse público visualizado apenas como a vontade da maioria, a medida retira do particular qualquer possibilidade de ter seus direitos básicos reconhecidos.<sup>280</sup>

Por sua vez, pelo utilitarismo, o Direito Administrativo deve passar pelo crivo da necessidade e utilidade, portanto cabível se for satisfatória para a maior parcela da população, caindo no mesmo erro, porquanto favorece a visão egoísta que pode nem sempre desencadear na melhor solução possível para a sociedade.

A teoria liberalista já parte no sentido oposto; o reconhecimento da solidariedade como obrigação seria completamente inadmissível, uma vez que ela preza a autonomia da vontade das partes, sem que haja qualquer reconhecimento da intervenção estatal, ou de influência da solidariedade nos seus institutos.

A Constituição de 88 busca a perfeição, dessa forma, a teoria que ganha respaldo é a personalista, exigindo que seja feita uma ponderação entre os direitos que estão se

---

<sup>279</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 71

<sup>280</sup> Idem. p 59

contrapondo. Assim, a avaliação é feita conforme o caso fático, fazendo-se sempre uma ponderação para avaliar a razoabilidade e proporcionalidade.

Cooperar é a regra de ouro do ordenamento previsto na Constituição Federal e é dever da Administração cumprir este princípio, pois a sistemática não lhe permite mais agir de forma omissa, uma vez que a sociedade atual lhe impõe a função de ser uma prestadora e realizadora dos direitos fundamentais. Assim, não podem mais os agentes se esconder diante da lei ou da manifestação de vontade para afirmar que a livre manifestação de vontade deve prevalecer. Assim como não é mais autorizado que a Administração se utilize do princípio da supremacia do interesse público para violar direitos fundamentais. Ainda mais quando se trata do interesse público secundário, ou seja, o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica.

Concebe-se da sistemática que a Administração deve reconhecer o princípio da solidariedade como ferramenta norteadora que dirige a solução mais digna de lidar com os problemas cotidianos. Assim deve agir para minimizar os danos de todos os envolvidos, seguindo a tendência da jurisprudência, que não pode ser encarada como mera faculdade, mas sim um dever.

O movimento de cooperação atrelado ao Direito Administrativo é a expressão sólida do princípio da solidariedade, pois, diante da situação fática, a Administração coopera com o cidadão envolvido para concretização do objetivo pretendido pela constituição e evita não só a lesão, mas também age de forma a concretizar a sua obrigação de defensora da Constituição, dos direitos fundamentais e realiza o verdadeiro interesse público. Assim, nada mais lógico que afirmar que o princípio da solidariedade orienta não apenas o Direito Administrativo, mas também é parâmetro de solução de controvérsias, sendo que a ofensa a tal comando desconfigura a própria natureza do Estado.

Ainda que se tenha afirmado que o princípio da solidariedade deve ser aplicado de forma compulsória, há ainda que se tratar sobre a sua aplicação no Direito Administrativo, sem a pretensão de esgotar o tema diante da vasta gama de enunciados que pode inspirar.

Como exemplo, no contrato administrativo ele irá reger o comportamento entre as partes. É possível que ele inspire o comportamento adequado para atingir o objetivo do contrato e assim permitir as partes a agirem de forma paliativa em relação aos prejuízos que podem existir da relação contratual, em especial, em prol do cidadão para diminuir o dano.

Para as políticas públicas permeia para a máxima participação dos envolvidos e de toda a sociedade sempre que for possível para atingir o consenso. Não se trata mais de

enxergar as relações entre governados apenas como ideais traçados pelos administradores, mas de auto determinação do cidadão para que possa optar pelo melhor meio para alcançar o interesse coletivo, tal como no orçamento participativo.

Além disso não se trata apenas de assegurar o direito de participar, mas também de efetivar a proteção criando para o cidadão o direito subjetivo de poder reclamar a ação efetiva, já que não se espera de uma sociedade justa que os direitos apenas sejam concretizados por meio da litigância.

Como forma de assegurar a aplicação do princípio da solidariedade, exige-se a atuação do poder público para minimizar o dano. Entretanto concretizar esta medida exige o afastamento de plano de leis ou exigências legais por não estarem em consonância com o preceito enunciado pela constituição, inclusive pela tendência da jurisprudência.

Dessa forma, a natureza ofensiva aos direitos do cidadão exige a reparação ágil e imediata, com canais de comunicação que garantam a facilidade de acesso e de meios de reação capaz de concretizar a proteção. Somente essa medida já demandaria a necessidade de revisar completamente as ouvidorias públicas e a sua burocracia.

Se a solidariedade fosse o foco da atuação da Administração Pública, retomando os diversos julgados, seria possível traçar novos desdobramentos para os problemas apresentados, tal como o fornecimento de medicamentos, ou a esquiva dos entes do poder público de cooperar para prestar o atendimento. Assim ao invés da Administração assentar na lei para invocar dispositivos orçamentários para impor a responsabilidade a outro ente, estando o seu dever imposto na Constituição, a tendência que imperaria seria a do dever de solidarizar e reparar de imediato o dano.

Logo ao invés de fortalecer a burocracia e a litigância ao enunciar o princípio da solidariedade como preceito obrigatório da Administração Pública o dever é da Administração e de seus representantes de agir para a solução dos problemas, seguindo a lógica do Tribunal de Contas e do Superior Tribunal de Justiça de reconhecer a solidariedade dos agentes públicos na omissão do dever de não agir de forma solidaria. Caberia a ela promover a adequação necessárias para que imediatamente cesse a lesão e se aproxime de seu objetivo de constituir uma sociedade livre, justa e solidária.

Trata-se de expandir a compreensão do enunciado da solidariedade retomando as tendências dos Tribunais para reconhecer a existência da solidariedade como dever de agir, seja para prestar o imediato o socorro ou a assistência. Para a Administração o dever de

proteger o cidadão deve ser visto como o próprio interesse público primário, invertendo a lógica, para exigir que a Administração litigue para proteger o interesse público secundário, garantindo a sua conveniência de litigar, mas sem afastar do seu dever de antes promover a proteção.

O paradigma com base no preceito da solidariedade exige a postura inversa da Administração Pública, condizente com seu dever de promover a proteção. Por conseguinte, fica evidente que a Administração não pode atingir o seu objetivo se não cumprir antes o seu dever de respeitar antes a constituição. A constitucionalização do direito administrativo passa a agir como alternativa ao déficit teórico, trazendo a perspectiva da dignidade humana para além da lei.<sup>281</sup>

Não permitido a Administração agir ao arbítrio e conveniência do administrador. Nesse sentido que Binjenbojm descreve que a discricionariedade deve deixar de ser o espaço para a livre escolha do gestor e passar a ser o espaço para legitimar a sua atuação, legitimação que se dará com a observação dos preceitos constitucionais.<sup>282</sup>

Dessa forma o preceito anunciado que administrar é aplicar lei não é suficiente. Administrar não é apenas cumprir a lei, essa afirmação ignora que este espaço está sujeito ao processo interpretativo e a discricionariedade. Sempre existirá um espaço em que caberá a interpretação. Nesse ponto reside equívocos, ignorando os interpretes os comandos da própria constituição. O fenômeno descrito pela “crise da lei” demonstra a gravidade do enunciado legalista. Parte da crise está na lentidão e generalidade do processo legislativo formal, que aumentou a quantidade de interpretes e delegou a tarefa de construir os procedimentos regulamentares aos administradores, aumentando as atribuições dos demais poderes e constituindo novas responsabilidades não previstas.<sup>283</sup>

Essa delegação tem as suas implicações por não passarem pelo mesmo processo de controle de constitucionalidade preventivo exigido pelas leis. Remanesce na Administração Pública o princípio da legalidade como o norte central de sua atuação, posto por doutrinadores como Bandeira de Mello como o verdadeiro interesse público.<sup>284</sup>

---

<sup>281</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 23

<sup>282</sup> Idem. p. 25

<sup>283</sup> Idem. p. 35

<sup>284</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.62

A legalidade, um dos princípios eleitos pelo art. 37, caput, da Constituição Federal tem passado a ser alvo de crítica por doutrinadores, não sendo aceito como parâmetro de conduta do Estado e mesmo dos particulares. O problema se agrava quando a lei passa a regular assuntos de extrema complexidade, tornando inviável o esforço de detectar a adequada norma ao caso e passa a ser usada como instrumento para promover injustiças.<sup>285</sup>

Como já afirmado, parte da erosão estaria na “quase delegação legislativa”, que passa a competência legislativa para o administrador deixando a seu turno o poder regular a condição em que será aplicada a lei. Gustavo Binbenbom assenta que no Brasil há tendência de fortalecer o poder central e que o paradigma é inconsistente com a celeridade e o processo legislativo é movimentado pela coalizão que exige maioria parlamentar. Além disso defende que com a separação de poderes perde sentido o sentido clássico da legalidade.<sup>286</sup>

O que se evidencia é que a estrutura que fundamenta o paradigma do Direito Administrativo está cercado por medidas que justificam a própria autoridade do administrador.

O problema se assevera quando se percebe que algumas das medidas trazidas pelos doutrinadores focam em criar estruturas simbólicas que fecham a possibilidade; são estruturas que, com ar de autoridade, limitam os usuários, ou mesmo afastam o debate acerca do assunto.<sup>287</sup>

Como exemplo dessa limitação é possível observar a ressalva à abrangência dessa intervenção, citem-se os postulados de Dinorá Grotti defendendo que a exigência da prestação dos serviços é apenas cabível nos serviços *uti singuli* (de fruição individual), não sendo possível aplicar sanções diretas para serviços de interesse geral, *uti universi* (de fruição coletiva), como o serviço de iluminação pública.<sup>288</sup>

Elucida a autora que a exigibilidade da prestação está condicionada ao interesse direto do beneficiário. Dessa forma, o usuário apenas pode reclamar de serviços coletivos se for diretamente atingido e prejudicado pela não prestação, ou seja, o próprio campo faz a limitação, inviabilizando o usuário de exigir a prestação de um serviço de natureza coletiva e criando uma estrutura para afastar o debate.

---

<sup>285</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 126

<sup>286</sup> Idem. p. 136

<sup>287</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Difel, Lisboa, 1989. p. 237

<sup>288</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. Coleção Temas de Direito Administrativo 6. Malheiros, São Paulo, 2003. p. 338

A interpretação óbvia é a de que não há interesse em que os serviços coletivos possam ser debatidos e exigidos em ações do poder judiciário, inviabilizando a aplicação de sanções pelo não atendimento dos serviços, impossibilitando a concretização de direitos. É com essa ressalva que Bourdieu faz a ressalva:

O direito é a forma por excelência do discurso actuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele faz o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este. Convém, com efeito, que nos interroguemos acerca das condições sociais – e dos limites – desta eficácia quase mágica, sob pena de cairmos no nominalismo radical (que certas análises de Michel Foucault sugerem) e de estabelecermos que produzimos as categorias segundo as quais construímos o mundo social e que estas categorias produzem este mundo.<sup>289</sup>

Assim, percebe-se que as estruturas de cooperação com o Estado se desenvolve de forma limitada revelando o seu papel como estruturantes de um poder simbólico que não permite à população reconhecer que são dominadas pela estrutura burocrática que as descreve, já que não permite participar de forma ativa do processo. A própria estrutura jurídica se revela como uma força que inviabiliza a ação protetiva que visa tutelar interesse comunitários.

Nesse sentido, a reconstrução de um processo que permita a concretização do princípio da solidariedade no Direito Administrativo deve focar na mudança da estrutura e ser permeado pela possibilidade de cooperação e promoção dos valores de proteção dos direitos dos cidadãos, oferecendo uma abertura para que a criatividade possa integrar e melhorar os serviços. Isso corresponde a ver o cidadão como um cooperador, significa acrescer o paradigma que orienta a responsabilidade de agir em conjunto para promoção dos direitos constitucionais.

Isso significa construir uma estrutura jurídica direcionada a concretização dos direitos de terceira geração. Para tanto deve-se materializar os direitos a seus titulares, a coletividade, conferindo mecanismos para que possam alcançá-lo de forma ativa. As atuais ferramentas existentes no Direito Administrativo apenas os colocam na situação passiva. Materializar os poderes, ainda que genericamente, é consagrar o princípio da solidariedade e deve ter um importante papel no processo de desenvolvimento e desenvolvimento do Direito Administrativo.

---

<sup>289</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Difel, Lisboa, 1989. p. 238

Interpretar o princípio da solidariedade como consensualismo é um dos obstáculos que precisa ser superado. Como foi analisado pela jurisprudência o princípio da solidariedade não se desenvolve como medida que obriga os sujeitos a atingir o consenso. Portanto não busca acordos de vontades. Seu enunciado reconhece o dever de alguém de se portar para minimizar o dano de outro. Entretanto isso não significa que seu desdobramento não imponha a obrigação de que conciliar interesses antagônicos.

Obter a concordância da vontade do indivíduo e a vontade do Estado é tarefa difícil e que só será possível realizar se se preservar a liberdade individual. Óbvio que quanto maiores forem as barreiras mais difícil será a produção de decisões.<sup>290</sup>

Assim para corrigir a discrepância, a ideia do princípio majoritário deve ser reconstruída diante da ideia de igualdade, ou seja, as vontades dos indivíduos devem ser iguais. Isso não significa primar a vontade da maioria como medida que possa se sobrepor a todos os demais e de qualquer forma, devendo ser preservado o valor de cada indivíduo como integrante da coletividade. Do mesmo modo, não seria admissível conceder à minoria poder de obstar a vontade da maioria.<sup>291</sup>

Para que exista o ideal democrático satisfeito, todos os indivíduos submetidos à ordem do Estado devem participar da sua criação; todos estão submetidos em tese à possibilidade de terem suas liberdades reduzidas. Assim, se o poder do Estado sobre o indivíduo for ilimitado, acaba-se com a liberdade individual, negando-se a possibilidade da participação democrática. Logo, só é possível a participação se o poder estatal for criado pelos indivíduos, vinculando-se todos os envolvidos a essa ordem constituída.<sup>292</sup>

Portanto, a solidariedade deve ser considerada um postulado fundamental da relação estatal e não pode ser encarada como reduto isolado em que apenas alguns administradores possam assumir tomar as decisões do Estado.

Para isso, o cidadão de um Estado deve ser livre e isso apenas ocorrerá se houver vias que garantam a ordem da liberdade, permitindo que a vontade do indivíduo seja substituída pela ideia de sua participação na composição da soberania popular, constituindo

---

<sup>290</sup> KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p.31

<sup>291</sup> Idem. p.32

<sup>292</sup> Idem. p. 32

um Estado autônomo e livre. Com essa premissa, fica claro que a ideia de participação nas decisões administrativas do Estado não deve sofrer reduções.<sup>293</sup>

Seguindo essa fórmula, deve haver a identificação entre os governantes e governados, surgindo a solidariedade como ponto de unificação do postulado ideológico político. Assegurando, portanto, a participação dos envolvidos no procedimento de forma ampla deve permear uma identidade entre a vontade dos usuários e os agentes integrantes da administração.<sup>294</sup>

Retomando Kelsen, o sentimento de unidades não seria uma constatação fática, mas a observação de unidade na ordem jurídica estatal constituída. O elemento povo, constituinte do Estado, não pode ser visto como um conjunto de indivíduos, mas um conjunto que integra determinada ordem jurídica do Estado. Assim não é o indivíduo que pertence à coletividade, mas a unidade advém de atos individuais que são dirigidos em prol do Estado, bem como de atos do Estado em prol dos indivíduos.<sup>295</sup>

Seria ilusão acreditar que a cooperação do cidadão com a gestão pública se constitui de indivíduos isolados, pois neste contexto o cidadão não exerceriam nenhum poder real.<sup>296</sup>

Da mesma forma, acreditar que é possível constituir uma comunidade em que todos estão agregados a ela por interesse geral superior e transcendente aos interesses do grupo, com total identidade de ideal e em apenas um único ideal, como bem sugere os defensores da supremacia do interesse público, é uma ilusão metafísica. Além disso, é impossível para um sistema apurar qual seria a vontade do povo, pois este não tem uma vontade real e uniforme, razão pela qual apenas gestores com vocação autocrata afirmam conhecê-la, já que atua como instrumento retórico não condizente com a realidade.<sup>297</sup>

Kelsen afirma que existem diversas possibilidades para a construção da democracia, desde que se respeite o enunciado basilar: permitir que os governados possam participar do governo, participação que se apura na forma de escolha dos governantes.<sup>298</sup> Esse entendimento pode ser aproveitado, mas ainda seria precário para o Direito Administrativo. Conferir aos cidadãos o poder de participar da gestão pública, seja diretamente, ou por meio da representação, não seria suficiente para garantir que não haveriam distorções.

---

<sup>293</sup> KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p.34

<sup>294</sup> Idem. p.35

<sup>295</sup> Idem. p.36

<sup>296</sup> Idem. p.37-40

<sup>297</sup> Idem. p.141

<sup>298</sup> Idem. p.143

Deve-se ter em mente que a ideia de participação do cidadão é apenas uma das formas de se alcançar a concretização do princípio da solidariedade, isto porque o seu enunciado se liga a valores que vão para além da ideia de democratização da gestão pública, participação social, liberdade individual e igualdade social.

Quando se afirmar que a solidariedade é um princípio que deve ser observado pela Administração Pública, deve-se ter em mente que enuncia valores até contrários aos ideais de uma geração, do contrário ele negaria a existência do dever de promover a preservação de recursos ambientais para as gerações futuras. A sua declaração é um valor que segue a mesma autonomia que a liberdade e a igualdade, portanto deve-se ter em mente que está em constante transformação e sofrendo acréscimos.

A visão republicana da solidariedade busca garantir a liberdade dos integrantes da sociedade, não se deve confundi-la com a ideia posta na participação social. O modelo republicano pode até representar limites a participação. Retomando Kelsen, o que se busca é que a quantidade dos indivíduos livres sobreponham aos não livres para a sua construção.<sup>299</sup>

Ao se observar o postulado de Kelsen e o princípio da solidariedade fica nítido que ele não impõe que todas as decisões administrativas sejam legitimadas pela participação social. Apenas que assegurem ao maior conjunto possível de indivíduos o exercício da própria liberdade. Assim ao reconhecer a solidariedade intergeracional está se assegurando a um conjunto maior de indivíduos o gozo da liberdade.

Essa concepção de realização do princípio da solidariedade passa então por um jogo de formação de interesses entre o Estado, os indivíduos e os conceitos teóricos que promove. A ideia é que a liberdade política, a igualdade e os valores que acercam a ideia de solidariedade devem ser suporte para constituição do Estado.

Desenvolvendo melhor o raciocínio da solidariedade como participação social dos assuntos de Estado, dentro de uma visão republicana, pode-se afirmar, com respaldo nas obras de Kelsen, que nenhum governo poderia ser totalmente democrático ou totalmente autocrático. Isto porque é completamente impossível dentro de um sistema democrático a participação da população em todos os assuntos do Estado, ou mesmo que possa existir uma absoluta identidade entre a representação do governante e a vontade do governado. Da mesma forma que é impossível dentro de um sistema autocrático que o autocrata consiga exercer

---

<sup>299</sup> KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p.10

todas as atribuições exigidas no comando do governo, ainda que seja sua vontade, já que devido à extensão da administração, seria impossível a participação direta de todos os membros e em todas as decisões.<sup>300</sup>

Além disso, a implementação da participação direta implicaria em prejuízos ao funcionamento da própria atividade estatal. Assim, o autor reconhece que sistemas autocráticos podem conseguir resultados mais efetivos e sólidos a longo prazo do que sistemas democráticos, isso apenas em princípio. Entretanto, a questão da eficiência pode ainda ser vista sobre outros aspectos que poderiam ser discutidos, como a não realização e efetivação da garantia de liberdade para tomar as próprias decisões, ou mesmo na realização de outros atributos como a questão da realização de soberania.<sup>301</sup>

Outro ponto importante de distinção é que a participação direta, idêntica àquela nascida em Atenas, se tornou um tipo de prática impossível de se realizar nos Estados modernos, especialmente em razão das dimensões territoriais e demográficas<sup>302</sup>

Para Platão, assegurar a participação do cidadão das coisas de Estado representaria um erro, pois se constituiria de um regime em que a opinião dos sábios poderia estar distante das decisões do Estado, permitindo que todos exerçam a atividade de governo. É por isso que ele afirma que a forma democrática seria um tipo de Estado ruim, especialmente por pregar que todos os cidadãos possuem o exercício da liberdade e igualdade como ponto de unidade, deixando o sistema sujeito a instabilidades e movimentos gerados pela multidão de divergências. Por isso sustenta que é um regime instável que acaba por sucumbir à tirania.<sup>303</sup>

E na sua visão, o regime que busca conciliar as diferenças ideológicas, buscando o que há de melhor em cada um, se tornaria de fato o pior de todos, pois acabaria sendo fraco em absolutamente tudo, já que prima pela posição de mediocridade. Contudo, mesmo como figura fraca, assegurar a cooperação mútua entre os indivíduos e o Estado parece a opção mais sólida e mais segura, isto porque quando há a concentração do poder nas mãos de poucos, a tendência é que se constitua ações voltadas a beneficiar apenas um pequeno grupo.<sup>304</sup>

---

<sup>300</sup> KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p.11

<sup>301</sup> Idem.. p.15

<sup>302</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** – a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.18

<sup>303</sup> Idem. p.30

<sup>304</sup> Idem. p.32

Aristóteles já chega a formatação diferente sobre a participação, defendendo que todos estão incumbidos do governo, devendo entre eles distribuir as suas competências.<sup>305</sup>

Fazendo o exame de Platão e Aristóteles, Goyard-Fabre apresenta a observação de que quanto mais democrático for determinado sistema, mais presente estará a supremacia no poder e maior a possibilidade de ocorrer desvios da república.<sup>306</sup>

A conclusão mais adequada é que a participação do cidadão por si só não assegura a concretização do princípio da solidariedade dentro de uma concepção republicana. Isso porque ao massacrar a minoria como forma de promover os interesses da maioria, em desrespeito aos fundamentos basilares de uma sociedade, não se pode desenvolver as condições de liberdade e igualdade assegurada a todos os cidadãos.

Além disso, para que se possa designar a existência de determinado sistema político como solidário, é impreterível que este seja capaz de conviver de forma harmônica, preservando certo grau de liberdade. Deve também ter uma formatação de conformação de igualdade como ideal político capaz de dirimir conflitos dos anseios individuais. Por isso o princípio da solidariedade só pode se desenvolver se for capaz de permitir a tolerância.

Justifica-se a ideia da tolerância pela necessidade do convívio com o outro. Esta impõe restrições da liberdade que apenas seriam admissíveis se fossem para assegurar o maior conjunto de liberdades. Portanto, as normas, atos, decisões editadas pela Administração Pública devem estar atentas as relações com os demais e ao mesmo tempo observar que estarão em constante luta com o instinto da liberdade, o qual se rebela com os limites impostos pelas normas de constituição da própria sociedade. Assim deve a Administração Pública antes de pautar a sua orientação na legalidade observar quais são os preceitos declarados pela Constituição, promovendo os direitos fundamentais.

Surge para a Administração o dever observar a Constituição e assegurar ao cidadão a devida proteção e esse enunciado orienta a ação. Torna inadmissível que administrador negue a devida assistência e desenvolva complexos sistemas litigiosos e burocráticos. Por isso a necessidade de que aquele que esteja na linha de comando siga as regras colocadas na

---

<sup>305</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** – a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.33

<sup>306</sup> Idem. p.34

Constituição. Antes de promover os objetivos colocados pela lei, deve promover os direitos fundamentais do cidadão e cumprir com o princípio da solidariedade.<sup>307</sup>

Entretanto colocar essa obrigação de forma tão aberta ignora que surge para a Administração Pública o dever de conciliar interesses coletivos que estão em conflitos. Sopesando a existência de que para proteger a um deve ignorar outro. Para tanto a ideia de Kelsen parece ser um bom norte para a solução do conflito. A Liberdade natural deve se transformar em liberdade social ou política, ou seja, a fim de minimizar a antítese das ideais entre princípios políticos e sociais e a formatação do princípio da solidariedade dentro de uma concepção republicana, deve-se tomar como norte que a decisão imposta às minorias deve ser reduzida ao mínimo, a fim de que está se converta em maioria.<sup>308</sup>

A questão do relativismo pode oferecer uma boa solução para o problema, já que autocracia enquanto sistema filosófico se assenta no absolutismo político, enquanto a democracia como relativismo. O absolutismo parte da concepção metafísica de realidade absoluta que nega contradições. Mas diante da própria complexidade da natureza humana, é impossível chegar a essa posição, já que a realidade política é construída pelo indivíduo, impossibilitando o seu conhecimento absoluto.<sup>309</sup>

Dessa mesma construção, parte a liberdade individual e a igualdade que são também elementos do relativismo político.<sup>310</sup> A conjugação de ambos imprime bem a força motriz do princípio da solidariedade, eis que revela os conflitos e a intenção de constituir a pacificação social.

O problema é encontrar o equilíbrio. Como solução, Kelsen sustenta que o sistema deve ser orientado para o racionalismo da ordem jurídica estatal, ou seja, antes de tudo a própria Constituição. Formatação que costuma ser abolida em sistemas autocráticos, que apresentam fórmulas que possam exprimir o seu poder discricionário, bem como há uma força tendente a ocultar tudo que possa prejudicar a autoridade do governo.<sup>311</sup>

Goyard-Fabre sustenta que a lei deve ser apresentada como garantia de ordem e escudo em favor do povo contra todas as formas de tirania e constitui o pilar da democracia. A lei se afirmar como um acordo de respeito às regras do Estado capaz de definir as decisões

---

<sup>307</sup> KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p.27

<sup>308</sup> Idem. p.28 e 29

<sup>309</sup> Idem. p.158-164

<sup>310</sup> Idem. p.167

<sup>311</sup> Idem. p.185-187

políticas das massas. Adverte que, se essa regra é violada, o sistema entra em crise de ordem política que arrasta a constituição e o cidadão todos no mesmo movimento de queda.<sup>312</sup>

A autora conclui que a norma instituída é remédio contra o arbítrio da vontade, inclusive do povo. Ela demonstra que sua força emana em favor da própria democracia, já que a sua construção é realizada pelos mesmos sujeitos que a legitimam, portanto o triunfo da legalidade não deve ser encarado como hostil à democracia, mas via de sua defesa.<sup>313</sup>

Para Sócrates, a lei também deve seguir em harmonia com a vontade do povo, daí a importância do cidadão e o dever de jamais transgredi-la. Assim, ele argumenta que pela lei deve viver o cidadão na democracia, sendo que esta revela a unidade ética de acordo do povo, qual seja a legislação que ele dita para si mesmo sendo, portanto, uma questão de equilíbrio, harmonia, bom senso e de razão segui-la.<sup>314</sup>

Entretanto, como já afirmado e descrito pela história não parece defensável que a lei seja erigida como fórmula capaz de pretender remediar as arbitrariedades. Com isso Gustavo Binjenbojm sustenta que o novo paradigma informador do Direito Administrativo não deve se ater apenas “à lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico)” e isso inclui observar o princípio da solidariedade.<sup>315</sup>

A Constituição e os seus princípios passa a ser descrito por Binjenbojm como o elo de unidade que deve costurar o arcabouço normativo do que compõe o regime jurídico administrativo, defendendo a importância de se seguir os princípios constitucionais.

Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos este: como núcleos de condensação de valores. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. Como assinala Santamaria Pastor, as bases profundas do direito administrativo são de corte inequivocamente autoritário; até que fosse atraído para a zona de irradiação do direito constitucional, manteve-se ele alheio aos valores democráticos e humanista que permeiam o direito público contemporâneo.<sup>316</sup>

---

<sup>312</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** – a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.52

<sup>313</sup> Idem. p.54

<sup>314</sup> Idem. p.56

<sup>315</sup> BINENBOJIM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 142

<sup>316</sup> Idem. p. 143

A proposta de Gustavo Binbenjy não nega a legalidade, mas exige o exame de sua aplicação as regras constitucionais. Busca a legitimação dos atos do administrador através do cumprimento da constituição e seus princípios e assim preencher o vazio do estrito legalismo. Atrai para a administração o dever de se responsabilizar pelo cidadão, diminuindo o autoritarismo do Estado.<sup>317</sup>

No caso brasileiro a moldura do Direito Administrativo é ainda mais tortuosa, isso porque o seu bloco de juridicidade informado pelo ordenamento pátrio é muito fragmentado. Como bem reforça Binbenjy segue uma estrutura que se esbarra em divisões de competências normativas. Para o autor a dispersão das normas administrativas atua como uma estratégia que dificulta o reconhecimento, controle das atividades administrativas e legitima a sua autoridade.<sup>318</sup>

Defender a observação do conjunto de instruções previstas no ordenamento jurídico, permite extrair dela o princípio da solidariedade como diretriz que orienta as ações no Direito Administrativo. Trata-se de instrumento que tutela o cidadão e reconhece o dever de agir da Administração Pública para minimizar os danos. Além disso, os julgados apresentados orientam que o dever de agir da Administração se enquadra dentro da responsabilidade objetiva, repercutindo no dever de agir sem a necessidade da intervenção judicial.

Seguir a orientação traçada pelo ordenamento jurídico transfere para a Administração Pública o dever de ponderar e buscar o equilíbrio entre as liberdades individuais e a conjugação de interesses coletivos. Ao retomar a afirmação de Platão, Goyard-Fabre especifica que a busca pela harmonia dentro de um regime pode instalar o desequilíbrio, gerando uma situação em que ninguém possui o poder político, autoridade, gerando um sistema voltado para desobediência, abalando as ordens de disciplina e instituindo o caos.<sup>319</sup>

Quando se atinge o estágio em que ninguém mais cumpre as regras e obrigações, deixa de existir sentido de qualquer parâmetro de justiça, caindo-se na embriaguez da liberdade. Portanto, a forma perfeita de ação deve ser instituída junto com mecanismos republicanos capazes de afastar os vieses que lhe distorcem.<sup>320</sup> Assim, sempre que a decisão mais adequada se distancia da técnica, dar-se-ia lugar ao procedimento que contraria os

---

<sup>317</sup> BINENBOJY, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 144

<sup>318</sup> Idem. p. 146

<sup>319</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** – a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.68

<sup>320</sup> Idem. p.70 e 71

interesses coletivos, devendo o Estado voltar-se para aquelas que preservam o melhor interesse na condução da coisa pública.

A adoção do republicanismo pode não parecer adequada, especialmente se explicitada de forma tão aberta, inclusive legitimando o legalismo como império absoluto a sistemática a ser adotada pela Administração Pública. As críticas ao sistema republicano apresenta o problema de conjugar técnicas voltadas a proteção dos direitos fundamentais.

Os críticos descrevem o problema da sua adoção ao formularem críticas à guardiania, ou seja, quem pode agir como guardião e nortear a técnica mais adequada para dirimir os conflitos. Os defensores desta afirmam que as pessoas comuns não são qualificadas para esta tarefa, devendo o governo ser confiado a uma minoria qualificada em razão do seu conhecimento e virtude superior. A república de Platão revela a mais antiga tese sobre a guardiania.<sup>321</sup>

Ainda que as ideias originais da guardiania advenham de Platão, o seu exercício prático remete a outras instituições como o marxismo e o leninismo presentes na atualidade. O ideal por detrás desse regime está na busca da verdade e no discernimento daquilo que é melhor para a comunidade<sup>322</sup>

A grande questão desse regime seria quem são aqueles que estão mais aptos a exercerem as atribuições de governo e fazerem os juízos para definir o que contraria o bem comum, ou qual o enunciado que se extrai do princípio da solidariedade aplicado ao Direito Administrativo.<sup>323</sup>

Deve-se, antes de iniciar qualquer direção em busca da solução das questões apresentadas, que a guardiania não se confunde com a meritocracia, pois a última remete a um corpo selecionado exclusivamente por competição, o que seria compatível com a ideia do processo seletivo. Para os defensores da guardiania, seria necessária a existência de três qualidades para ser capaz de governar: ser moralmente competente, ter conhecimento técnico e ser instrumentalmente competente. Resta então definir aquilo que seriam essas competências políticas.<sup>324</sup>

---

<sup>321</sup> DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.p.77

<sup>322</sup> Idem.p.79

<sup>323</sup> Idem.p.84

<sup>324</sup> Idem.p.87

A respeito da questão da moralidade, deve-se iniciar a discussão de que esta possui um critério duvidoso, já que as virtudes da competência moral para a política remete à afirmação de absolutismo moral, ou seja de como esses critérios seriam obedecidos. Seria impossível para alguém afirmar conhecer regras absolutas de moralidade. A competência instrumental remete ao absolutismo de técnicas, reclamando o consenso sobre aquilo que seria o melhor instrumento para alcançar os fins desejados. Contudo a compreensão da realidade ensina que não existe um consenso entre especialistas de qual é a forma mais qualificada de se atuar na solução de problemas.<sup>325</sup>

Por mais grandiosa que seja a guardiania, existe uma ponte para além do conhecimento que seria impossível de se satisfazer na prática. Em que pese algumas observações históricas como a república de Veneza, deve-se ter em mente que ela foi uma possibilidade histórica genuína, mas não pode ser racionalmente defendida como superior ou melhor que os sistemas atuais. Ademais a sua prática advém da competência moral e intelectual das pessoas.<sup>326</sup>

A suposição lógica que provém da guardiania está no advento do conhecimento dos melhores meios de alcançar o bem público. Logo, a sua defesa deve supor a existência de duas verdades: a primeira, de que existem técnicas objetivamente válidas, à semelhança de leis físicas; a segunda, de que apenas a minoria poderia conhecê-las.<sup>327</sup>

Entre os filósofos seria quase impossível a existência daqueles que acreditariam na possibilidade de chegar a juízo morais absolutos, que seriam objetivamente válidos e verdadeiros. E caso fizessem, então fracassariam em tentar demonstrar essa condição absoluta e objetiva.<sup>328</sup>

Outrossim, investigações morais remetem ao subjetivismo e à arbitrariedade que não apela para a razão ou a experiência. Contudo, isso não demonstra que os guardiões não possam ter o conhecimento de uma ciência do governo, mas permite afirmar que seu juízos morais são absolutamente superiores aos das pessoas.<sup>329</sup>

A questão do conhecimento instrumental dirige à indagação sobre os especialistas que deveriam exercer e deteriam o controle sobre o ramo do conhecimento necessário para

---

<sup>325</sup> DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.p.93-94

<sup>326</sup> Idem.p.100

<sup>327</sup> Idem.p.101

<sup>328</sup> Idem.p.102

<sup>329</sup> Idem.p.103

decidir. Isso levaria a conflito entre as próprias ciências, já que cada uma se afirmaria essencial no seu ramo de conhecimento empírico.<sup>330</sup>

Além disso, as escolhas técnicas não são apenas instrumentais, são também escolhas morais difíceis e complexas, assim como os juízos morais são completamente distintos das questões instrumentais e tomam direções distintas daquelas.<sup>331</sup>

Até o entendimento moral e o conhecimento instrumental não são ferramentas suficientes para os juízos do curso da ação política. Por isso que a tecnocracia não qualifica ninguém para fazer juízos morais. Aliás, juízos científicos não conseguem compreender absolutamente o mundo real. Isso pode ser demonstrado nas decisões políticas sobre armamentos nucleares onde as habilidades técnicas se revelaram insuficientes para descrever a realidade.<sup>332</sup>

Outro pressuposto seria a definição do bem comum; como ele seria adquirido e como atingiria essa opinião. Para esse último, o autor revela a necessidade de assegurar a todos oportunidade de expressar a sua escolha e tomar decisões.<sup>333</sup>

O bem público ainda possui duas acepções teóricas distintas: o sentido orgânico e outro centrado no indivíduo. O organicismo considera a coletividade política um organismo, assim o bem de uma pessoa também será o bem de qualquer parte específica dela. Chega-se ao bem comum do sistema pela soma de suas partes. Por outro lado, o pressuposto baseado no indivíduo apenas analisa pontos individuais, o que não significa que desconsiderem a importância de valores associativos, mas o interesse de cada um tem mais relevância para composição do que o interesse de todos.<sup>334</sup>

O risco da guardiania também está na dificuldade de assumir decisões com base nas consequências, que são apenas prováveis, não havendo certeza se atingirão o seu objetivo. E para justificar o seu direito de governo, ele deveria ser possível. Além disso, a experiência histórica produzida na república de Veneza remete a condições históricas e fáticas que são improváveis de serem reproduzidas no futuro.<sup>335</sup>

---

<sup>330</sup> DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.p.105

<sup>331</sup> Idem.p.106

<sup>332</sup> Idem.p.107-109

<sup>333</sup> Idem.p.110

<sup>334</sup> Idem.p.113-115

<sup>335</sup> Idem.p.117-120

Apesar de vários autores defenderem a atuação da Administração como defensora da Constituição, não se deve ignorar o temor sobre a guardiania, ou seja, como confiar no arbítrio do administrador para agir como guardião do ordenamento jurídico e defensor dos direitos fundamentais se este está cercado na impossibilidade do absolutismo moral e técnico de se tomar a melhor decisão.

Tendo em vista o temor desse ideal do guardião que o Dahl remete a uma simples ideia que resume muito de suas lições, advertindo que é impossível constituir um regime desprovido de falhas. Assim ele aponta que a melhor solução estaria em optar por um regime que se distancie ao máximo de sistemas autoritários, advertindo que até o modelo republicano pode revelar-se o pior de todos, se não for bem descrito.<sup>336</sup>

Por isso, a via ideal de se promover a defesa do ordenamento jurídico pela Administração está na busca do equilíbrio da forma republicana. Com isso deve concentrar grande esforço na compreensão de como deve ser o processo de tomada de decisões. O primeiro ponto é que o processo de tomada de decisões deve estar em conformidade com aquilo que é pretendido pela população. Pois, para conviver numa associação há necessidade de um processo que possa assumir o ideal político da maioria e que permita a seus integrantes dele participar. Do contrário, onde apenas a minoria participa, o regime estaria mais próximo da guardiania.<sup>337</sup>

Assim a tomada de qualquer decisão deve ter em mente quais são objetivos pretendidos pelo Estado. Essa tarefa é fácil de ser atingida pelo Brasil, já que o art. 3º da Constituição Federal informa quais são os seus objetivos. Deixando de forma clara o princípio da solidariedade como um dos seus elementos centrais.

Dentro dessa premissa, deve-se supor como fundamental um regime de igualdade em que “todos devem valer como um e ninguém como mais que um”.<sup>338</sup> Logo, cada um dos sujeitos a essa ordem jurídica deve ter o ambiente capaz de desenvolver a sua liberdade e permitir a concretização da autodeterminação e autonomia moral, como meio eficaz para o desenvolvimento humano de promover e proteger os interesses pessoais.<sup>339</sup>

Dessa forma, por mais que exista desconfiança sobre o administrador, ao se inverter a lógica de que sua atuação está para proteger o cidadão, ainda que tal esteja sujeito ao

---

<sup>336</sup> DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.p.123

<sup>337</sup> Idem.p.127

<sup>338</sup> Idem.p.132

<sup>339</sup> Idem.p.136-149

juízo errôneo, esta via assegura o ambiente mais adequado para promover os valores do desenvolvimento humano digno.

No processo de tomada de decisões administrativas, a conclusão que se extrai é que a igualdade deve agir como norte capaz de legitimar e sujeitar às pessoas ao seu comando. Por isso Robert Dahl defende o “princípio forte” de que o interesse de todos deve ser pesado de forma igual. Além disso, cada pessoa adulta deve ser vista como o melhor juiz de seu próprio bem e de seus interesses, isso significa que os membros adultos devem ser classificados como qualificados para participar das decisões coletivas e de caráter vinculativo, que afetam seus interesses. Por isso nenhuma pessoa deve ser vista como mais qualificada que as outras de forma a lhe ser conferida exclusividade para fazer as decisões coletivas. Logo, tomando o princípio da igualdade nas considerações de interesse e apresentação de autonomia pessoal, “o princípio forte” se torna ferramenta poderosa, ainda que controversa.<sup>340</sup>

O processo de tomada de decisões pela Administração Pública reflete dois estágios que são importantes para a sua compreensão da aplicação do princípio da solidariedade: o primeiro se refere ao estabelecimento da agenda, que remete à decisão inicial sobre o processo escolhido e os temas das decisões que serão tomadas, o segundo é o processo que combina o resultado. Na segunda etapa, o curso de ação política já foi definitivamente adotado.<sup>341</sup>

Para a maioria das instituições políticas existentes, o processo de tomada de decisões encontra limites dentro das constituições existentes, sendo importante frisar que as decisões devem ser dirigidas apenas por aqueles que estão sujeitos a elas, ou seja, os membros da associação.<sup>342</sup>

Deve haver vantagem quanto às pretensões de cada cidadão na adoção do processo, o que não significa que o critério de justiça seja a igualdade para a sua distribuição, mas que, em certas circunstâncias, cada pessoa receba uma cota igual, ou pelo menos em igualdade de oportunidades. Por isso, entre os critérios mais marcantes no processo de tomada de decisão nas escolhas administrativas estaria na participação efetiva em igualdade, ou seja, voltada no estágio decisivo para a compreensão esclarecida e o controle da agenda.<sup>343</sup>

---

<sup>340</sup> DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.p.164

<sup>341</sup> Idem.p.168

<sup>342</sup> Idem.p.168-169

<sup>343</sup> Idem.p.170-181

Os defensores da guardiania criticam a possibilidade de participação do cidadão no processo de escolha da tomada de decisões pela Administração Pública, afirmando que é impossível para o cidadão leigo conduzir o bem comum e o bem público a partir deles. Aliás, como resolver os conflitos de interesses coletivos e individuais, já que foi mostrado que a regra decisória precisa ser concretizada de alguma forma no mundo real, o qual se dá por meio de procedimentos e resultados práticos que nem sempre são alcançados com as instituições, que são incapazes de promover o bem comum em determinadas situações fáticas.

344

O problema advém da inclusão, pois, em princípio, os qualificados poderiam compor apenas a minoria permitindo que as decisões do Estado ficassem reduzidas a uma elite dominante. Remetendo ao critério da inclusão, o Dahl afirma que não seria possível contornar o princípio da competência na decisão quanto à inclusividade, especialmente o de escolha do gestor.<sup>345</sup>

É óbvio que a aplicação do princípio da solidariedade no processo de tomada de decisões não poderia existir se não houvesse previsão de mecanismos autolimitadores, devendo restringir as decisões que possam destruir a sua condição de existência do Estado. Entre eles, estão os critérios de adoção, ou de rejeição, dos demais princípios informativos do ordenamento jurídico, que pode se apresentar sob diferentes regras para a tomada de decisões coletivas.

A incapacidade do princípio da solidariedade de garantir resultados substantivos desejáveis se apresenta por vezes como algo fraudulento ao direito. Entretanto a solução perpassa pela questão de se adotar um processo perfeito ou imperfeito, corrigir as imperfeições, ou admitir certo grau de imperfeição. A questão estaria nas consequências de cada uma e se por acaso não se optaria por negar a sua aplicação.

O mais adequado e importante é que, qualquer que seja a adoção dos critérios para se aplicar o princípio da solidariedade, que se tenha, sempre que possível, a compreensão resultante dela e as alternativas possíveis.

Conforme bem fundamenta Daniel Sarmiento, a atual sistemática do ordenamento jurídico se pauta no personalismo, devendo os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa

---

<sup>344</sup> DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.p.183-187

<sup>345</sup> Idem.p.199-202

humana serem colocados no centro do sistema como um verdadeiro farol que norteará a conduta dos agentes.

Na nossa opinião, a recusa à possibilidade de qualquer ponderação entre direitos fundamentais e interesses coletivos não parece conciliar-se com a premissa antropológica personalista, subjacente às constituições sociais. O personalismo, como já se destacou acima, não concebe o indivíduo como uma ilha, mas como ser social, cuja personalidade é composta também por uma relevante dimensão coletiva.<sup>346</sup>

O Estado deve atuar como guardião e deve promover a proteção dos direitos fundamentais, não podendo se pautar na tese de que deve ser sempre observada a supremacia do interesse público, porquanto a sua base está na promoção da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, partindo do conceito personalista, adotado pelo ordenamento jurídico, a adoção do princípio da solidariedade, se justifica como meio para tutelar o bem jurídico regido pelo Direito Administrativo, que não pode sobrepujar o direito do particular envolvido, colocando-o em penúria para efetivar os interesses secundários da Administração.

Conforme já foi amplamente defendido, neste caso não existe uma contradição entre o interesse público e o privado, mas apenas um conflito aparente, porquanto a realização da solução que melhor satisfaça a relação jurídica, de forma reflexa, irá trazer benefícios à coletividade, pela própria afirmação dos direitos fundamentais, ou pela própria solução apresentada.

Ao proteger o particular e seguir o princípio da solidariedade, o Estado estará agindo como um verdadeiro defensor dos direitos fundamentais, uma vez que está dando força à Constituição e está buscando atingir a própria perfectibilidade.

---

<sup>346</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.86

## CONCLUSÃO

A Solidariedade pode ser um caminho para mudança de postura na gestão, execução e formulação de políticas públicas ou de sentidos jurídicos legítimos que são ignorados por procedimentos puros. A interpretação e aplicação que é conferida a um artigo da norma não pode estar em conflito com um princípio da Constituição. Assim, deve-se reforçar que o princípio da solidariedade instrui a atuação da Administração Pública nas relações jurídicas justamente porque tem embasamento jurídico na Constituição para que o procedimento seja adotado.

Seguir a orientação de que o princípio da solidariedade informa o Direito Administrativo traz em si a resposta para a reformulação da cultura jurídica. O seu fortalecimento é essencial para desvincular a estrutura de dominação contida pela forma como a Administração trata o cidadão, desvirtuando o seu comportamento voltado para a promoção do autoritarismo e do interesse público secundário.

A aplicação do princípio da solidariedade reforça o critério de eticidade e moralidade da Administração pública. Sua acepção reflete na ideia de que as relações jurídicas são interligadas ao relacionar com o outro, reconhecendo que a Administração Pública deve agir para promover os anseios da constituição do Estado. Não permite a construção de teorias e dogmas que são baseados apenas em indivíduos atomizados, que sejam tão desprendidos dos demais que possa sobreviver sem interligação nenhuma com a sociedade.

O preceito da solidariedade retoma a ideia de reumanizar a postura da Administração Pública, é retomar a singularização do indivíduo e permitir o seu desenvolvimento dentro de um ambiente salutar. Traz a necessidade de desconstruir a burocracia e o autoritarismo, afastados da razão instrumental e massacrado pela aplicação do legalismo desconexo dos objetivos pretendidos pela Constituição.

A Solidariedade traça que a construção das decisões administrativas apenas será admissível se existir uma abertura para o fortalecimento da sua atuação como promotora da constituição e dos seus objetivos apresentados no art. 3º.

Tendo o Brasil escolhido os preceitos republicanos e seguindo um histórico que se dirige para a conciliação entre teorias liberais e comunitárias, deve se ter em mente que este tenta alcançar uma instância neutra que equalize os sentidos de sociabilidade com uma

perspectiva geral, e muito menos o mero esforço racional em deliberar acordos e consensos. O princípio da solidariedade reforça essa busca de equilíbrio entre anseios de desenvolvimento da liberdade e da igualdade.

As bases de cada modelo de Estado define a solidariedade de forma distinta. Enquanto instrumento jurídico, a solidariedade se manifestará no Estado liberal para recompor distribuições de bens onde se constatar que esta ocorre em prejuízo para todos. Evidencia-se uma limitação sobre o campo de atuação da solidariedade enquanto instrumento quando comparada com os demais sistemas. Os Estados liberais legitimam a cooperação como comportamento facultativo. A atuação da Administração Pública se limita para sanear os danos quando o exercício da liberdade torna-se prejudicial aos demais.

Os comunitaristas identificam a solidariedade na igualdade complexa, na remoção do autoritarismo, ou predominância na distribuição dos bens. A solidariedade traçaria que o acesso aos bens não pode ocorrer com hegemonia. A diferença é que ela não atacaria apenas o monopólio, mas também o predomínio ao acesso a eles. Combateria a limitação ao acesso dos bens colocados à disposição e as formas de tirania consistente no poder universal fora da esfera em que o bem se situa.

A solidariedade consistiria na construção de argumentos que impossibilitem o predomínio de bens em razão de um bem que está fora da sua esfera em que tem relação. Seria solidariedade tratar com desigualdade se o âmbito dessa desigualdade está dentro da esfera em que o bem se constitui.

A premissa do Estado comunitarista é a que o princípio da solidariedade deve ser parâmetro orientador do seu paradigma, inclusive do Direito Administrativo, como princípio capaz de desenvolver soluções aos problemas apresentados no caso concreto. Essa visão se fortalece em meados do século XX, a história parte para um sistema completamente diferente, baseado na solidariedade social, passando a visualizar o homem como um ser fraterno. Entretanto tanto o liberalismo quanto o comunitarismo resultaram em polarização das discussões.

O enfraquecimento do liberalismo trouxe à baila uma nova formatação para o Direito Administrativo, permeando os institutos, antes tão afastados das normas de ordem pública, para o totalitarismo do Estado. A humanização ocorrida após o advento da 2ª guerra mundial modificou as teorias jurídicas, trazendo o preceito de que a Administração Pública tem o dever de promover a defesa dos direitos humanos e garantir a defesa dos direitos

fundamentais. A essência é a constitucionalização do Direito Administrativo, trazendo por conseguinte o princípio da solidariedade e o reconhecimento da sua obrigação de cooperar. A maior expressão da consecução desse novo instituto encontra-se nos princípios que saem da esfera de normas meramente programáticas e assumem uma função normativa. Trata-se de uma expressão do pós-positivismo, tendência observada pela jurisprudência brasileira.

Evoluindo, dentro de um ideal republicano, para um limite das ações tanto do Estado quanto dos indivíduos, fortalecendo a ideia de constitucionalização dos institutos. Evidencia-se que a solidariedade constitui uma força coercitiva, capaz de construir regras que não podem ser ignoradas e que estão direcionadas tanto a preservar as liberdades individuais quanto a promoção da igualdade social.

Dentre os princípios, merece destaque o princípio da solidariedade, que vem sendo aplicado nos institutos jurídicos, sejam de natureza pública ou privada, e influenciando uma nova postura nas relações da Administração Pública, que exigem a sua aplicação de forma cogente e mitigando interpretações que violem o sentimento de cooperação.

A solidariedade é uma afirmação do dever de fraternidade que as partes têm entre si. É a consagração do respeito e cumprimento da Carta Política, bem como é a realização da aceção moderna do conceito de Estado Democrático de Direito, concretizando o respeito pela liberdade e igualdade.

Assim, aplicar o princípio da solidariedade exige que a supremacia do interesse público, bem como a visão legalista, desproporcional e desarrazoada, sejam revisadas para se tutelar o interesse privado, principalmente quando a relação estiver imersa no dever de promover a proteção dos interesses da constituição. Sempre que se verificar uma disparidade dentro de uma relação jurídica, deve esta relação ser interpretada dentro do princípio da solidariedade, para que minimizar os danos do cidadão.

Diante da situação fática, a Administração deve cooperar com o cidadão para execução a concretização do objeto pretendido pela constituição e evitar não só o dano, mas agir de forma a concretizar a sua obrigação de defender a unidade do ordenamento jurídico, dos direitos fundamentais e realizar o interesse público em sua verdadeira essência que são os objetivos apresentados no art. 3º da CF. Assim, o princípio da solidariedade orienta não apenas a atuação do Direito Administrativo, mas também é parâmetro de solução de controvérsias, sendo que a ofensa a tal comando desconfigura a própria natureza da sua existência.

Ademais, ao prever que as controvérsias sejam resolvidas de forma cooperativa, a Administração está concretizando o comando previsto no art. 3º da CF, assim como está dando força à sistemática constitucional, perfectibilizando as relações jurídicas, trazendo à baila a própria força normativa defendida por Hesse, porquanto está dando ao comando da solidariedade força capaz de induzir prática nas relações havidas na sociedade.<sup>347</sup>

A tendência da jurisprudência analisada revela que em grande parte dos julgados, o princípio da solidariedade é invocado para atrair a responsabilidade dos agentes que por disposição intelectual têm o dever de agir para minimizar o dano. Logo, a atitude da Administração de eximir a sua responsabilidade não se coaduna com o comportamento cooperativo e nem mesmo atende ao suposto interesse público primário, mas apenas ao interesse público secundário.

Além disso, o princípio da solidariedade reconhece que a relação jurídica está permeada pela responsabilidade cooperativa, exigindo a atuação dos agentes para agir de forma paliativa em relação aos prejuízos, inclusive vinculando as partes à finalidade da lei. Irradiando seus efeitos por toda a ordenação que instrui o Direito Administrativo exigindo a direção pragmática da lei conforme este instituto e convocando os agentes envolvidos para promover a proteção exigida pela ordenação informada pela constituição.

A aplicação do princípio da solidariedade possui um amplo aspecto, especialmente dentro das relações jurídicas em que a Administração está envolvida. Ademais, pode o princípio da solidariedade ser revisto para ser aplicado em outros ramos do conhecimento, permitindo a reavaliação das decisões, sejam elas de natureza administrativa, ou de provimento judicial.

---

<sup>347</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1991.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Tradução: Virgílio da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros, 2012.

ARENDDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo, Companhia das letras, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional- artigos e pareceres**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Difel, Lisboa, 1989.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1006765/ES**. Relator ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Brasília, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1330012/RS**. Primeira Turma. Relator ministro Sérgio Kukina. Sessão de 17/12/2013. Brasília, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1115555/MG**. Primeira Turma. Relator ministro Arnaldo Esteves Lima. Sessão de 15/02/2011. Brasília, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1129558/SP**. Segunda Turma. Relator ministro Mauro Campbell Marques. Sessão de 17/08/2010. Brasília, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1312706/AL**. Quarta Turma. Relator ministro Luis Felipe Salomão. Sessão de 21/02/2013. Brasília, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1348458/MG**. Terceira Turma. Relatora ministra Nancy Andrichi. Sessão de 08/05/2014. Brasília, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 840.918/DF**. Primeira Seção. Relator ministro Herman Benjamin. Sessão de 14/10/2008. Brasília, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 931.513/RS**. Primeira Seção. Relator ministro Herman Benjamin. Sessão de 25/11/2009. Brasília, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus 28.853/RS**. Terceira Turma. Relator ministro Massami Uyeda. Sessão de 01/12/2011. Brasília, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus 34.096/RJ**. Quinta Turma. Relator ministro Moura Ribeiro. Sessão de 06/05/2014. Brasília, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 30**. Relator ministro Luiz Fux. Brasília, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 9**. Relator ministro Ellen Gracie. Brasília, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.003-MC**. Relator ministro Celso de Mello. Brasília, 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856**. Relator ministro Celso de Mello. Brasília, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3540**. Relator ministro Celso de Mello. Brasília, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.343**. Relator ministro Ayres Britto. Brasília, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510**. Relator ministro Ayres Britto. Brasília, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental 801676**. Relator ministro Roberto Barroso. Brasília, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 144**. Relator ministro Celso de Mello. Brasília, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 524**. Relator ministro Celso de Mello. Brasília, 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 102877**. Relator ministro Djaci Falcão. Brasília, 1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 450.855**. Relator ministro Eros Grau. Brasília, 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2362/2003**. Sessão plenário. Relator ministro Augusto Sherman. Sessão de 07/10/2003. Brasília, 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 798/2014**. Sessão plenário. Relator ministro Valmir Campelo. Sessão de 02/04/2014. Brasília, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos, teoria geral e contratos em espécie**. 1ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

FREITAS FILHO, Roberto. LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões**. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3634.pdf>>. Acesso em 30 de mar de 2015.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** – a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988. Coleção Temas de Direito Administrativo 6**. Malheiros, São Paulo, 2003.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 3ªed, Del Rey, Belo Horizonte, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Ed. Martins Fontes, São Paulo: 2006.

KUHN, T. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Perspectiva, São Paulo, 1996.

MATTEI, Ugo. NADER, Laura. **Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da Solidariedade**. Disponível em: <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>. Acesso em 13 de set de 2012.

MULLER, Pierre. **L'analyse cognitive des politiques publiques : vers une sociologie politique de l'action publique**. In: Revue française de science politique 50e année, n°2, 2000.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Método, 2013

PASSERON, Jean - Claude. **O Raciocínio Sociológico – o espaço não popperiano do raciocínio natural**. Ed. Vozes, RJ, 1995.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 2ª Edição. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002.

SANDEL, Michael J. **El liberalismo y los limites de la justicia**. Ed. Gedisa, Barcelona, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Luciana Virgília Amorim de. **A Previdência Social no Brasil: uma longa história para contar**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/previd%C3%A2ncia-social-no-brasil-uma-longa-hist%C3%B3ria-para-contar>. Acesso em 03/10/2014.

SUREL, Y. **Les politiques publiques comme paradigmes**. In: FAURE, A.; POULLET, G.; WARIN, P. (Ed.). *Débats autour de la notion de référentiel: la construction du sens dans les politiques publiques*. Paris: l'Harmattan, 1995.

VIANA, Ana Luiza. **Abordagens metodológicas em políticas públicas**. Rio de Janeiro mar/abr. 1996.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003.