

Organização

Edilson Donisete Machado

Vivianne Rigoldi

Danilo Pierote Silva

Giovane Moraes Porto

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

V Semana do Conhecimento do UNIVEM

50 Anos da Fundação de Ensino
“Eurípides Soares da Rocha”



Grupo de pesquisa

GRADIF Gramática dos Direitos Fundamentais

NAPEX - 2019



CONSELHO EDITORIAL DA COLEÇÃO UNIVEM

- Prof. Dr. Carlos Aurélio Mota de Souza (Unesp)
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado (Univem / Uenp)
Prof. Dr. Fernando de Brito Alves (Uenp)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa (Uenp)
Prof. Dr. Ivanaldo Santos (Uern)
Prof. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos (Univem)
Prof. Dr. Lafayette Pozzoli (Univem)
Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé (Univem)
Prof. Dr. Mário Furlaneto Neto (Univem)
Prof. Dr. Mário Lúcio Garcez Calil (Univem / Uems)
Prof. Dr. Maurício Gonçalves Saliba (Uenp)
Prof^a. Dra. Norma Sueli Padilha (Unisantos)
Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior (Univem / Unicamp)
Prof^a. Dra. Raquel Cristina Ferraroni Sanches (Univem)
Prof. Dr. Renato Bernardi (Uenp)
Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso (Univem)
Prof. Dr. Roberto Bueno (UnB)
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Area Leão Júnior (Univem)
Prof^a. Dra. Thereza Christina Nahas (Faap)
Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (Uenp)

ISBN 978-85-87937-30-8

UNIVEM

Centro Universitário Eurípides de Marília
Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”

V Semana do Conhecimento do UNIVEM

**50 Anos da Fundação de Ensino
“Eurípides Soares da Rocha”**

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Edinilson Donisete Machado

Vivianne Rigoldi

Danilo Pierote Silva

Giovane Moraes Porto

(Organizadores)

Marília-SP
2019

Copyright do texto - 2019 - Programa de Mestrado em Direito do
Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM

Edinilson Donisete Machado
Vivianne Rigoldi
Danilo Pierote Silva
Giovane Moraes Porto
(Organizadores)

Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Constitucional / Edinilson
Donisete Machado / Vivianne Rigoldi / Danilo Pierote Silva / Giovane
Moraes Porto, organizadores. 1. ed.

Napex - Núcleo de Apoio à Pesquisa e Extensão do Univem.
Marília, SP: UNIVEM.

Vários autores. Coleção Univem.

Bibliografia.

ISBN 978-85-87937-30-8

1. Direito Constitucional 2. Crítica aos Fundamentos da Dogmática
Jurídica 3. Estado Democrático de Direito 4. Teorias da Constituição

Índice para catálogo sistemático

1. Jurisdição Constitucional. 2. Hermenêutica Constitucional
3. Neoconstitucionalismo 4. Ativismo Judicial

Endereço

Av. Hygino Muzzi Filho, 529 .

Cx. Postal 2041, CEP 17.525-901. Tel: (14) 2105-0800. Marília – SP

Disponível em <https://www.univem.edu.br/cursos/mestrado-direito>

Todos os direitos são reservados, ©UNIVEM. (copyright Univem)

Reprodução

Citação da fonte:

Permite-se a reprodução total ou parcial dos textos com citação expressa da fonte.

Responsabilidade: Os trabalhos expressam conceitos da responsabilidade de seus autores.

Livro editorado em Janeiro/2019.

SUMÁRIO

7 APRESENTAÇÃO

ARTIGOS

- 10 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL:
HÁ LIMITES?
Marco Aurélio Marchiori
- 40 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE NEOCONSTITUCIONALISMO
Adelle Rojo
Fabício Fracaroli Pereira
- 57 O IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E SERVIÇOS, SUAS
COMPARAÇÕES COM OS IMPOSTOS INTERNACIONAIS E SEUS REGIMES
DE TRIBUTAÇÃO
Leonardo de Oliveira Simões
- 77 DA BUSCA DA SEGURANÇA JURÍDICA POR INTERMÉDIO DA UNIFORMIZAÇÃO DA
JURISPRUDÊNCIA DA TNU
Daniel Pulino
Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi
- 94 ANÁLISE CRÍTICA DA OPERAÇÃO LAVA JATO: ATIVISMO JUDICIAL, MUDIATIZAÇÃO E
JURISDIÇÃO DE EXCEÇÃO
Matheus de Almeida
Fernando Henrique da Silva Horita
- 120 A MODIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO S.T.F QUANTO À NECESSIDADE DE DUPLA
IMPUTAÇÃO PARA A RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA
Fausy Vieira Salomão
Cristina Veloso de Castro
- 140 O PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PARA O PRINCÍPIO DA
FRATERNIDADE - ANÁLISES DE CASOS PRÁTICOS
Luana Pereira Lacerda
- 153 NOTAS SOBRE AS DIVERSAS CONCEPÇÕES DE ESTADO E A CRISE NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO
Aline Zapaterra Mazzo
Danilo Pierote Silva

172 A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA ANTROPOLÓGICO EM PROL DO MEIO AMBIENTE
Daniela Cristina Valada
José Eduardo Lourenço dos Santos

184 O USO EXAGERADO DE PRICÍNIOS: A DISSEMINAÇÃO DO MAU USO DO
PÓS-POSITIVISMO
Gabriela Miguel Santana
Letícia Aparecida Moura Zanellatti
Phelipe Ribeiro da Silva

196 DA JUSTIÇA AO JUSTO
Jair Pinheiro

210 JUSTIÇA TRIBUTÁRIA, JUSTIÇA SOCIAL E DIGNIDADE
Ana Flavia Castilho
Camila Sant'Anna

RESUMOS

218 REGIME DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PÚBLICOS: A VIABILIDADE JURÍDICA DE
QUALIFICAR O ESTADO NA FIGURA DO CONSUMIDOR
Bruno Baldinoti
Antônio Augusto Martino
Jussara Domingues da Silva
Maiara Santana Zerbini

223 CASAMENTO HOMOAFETIVO E SUA ACEPTÃO JURÍDICA
Maria Carolina Rubi Palmezan Bezerra
Natália Murata

228 A DISCIPLINA DOS TÍTULOS DE CRÉDITO FRENTE À EVOLUÇÃO
TECNOLÓGICA DO MERCADO CAMBIAL
João Felipe Simões Aguiar

234 DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
Elisangela Marcarí
Gabriela Cristina Bezen

Apresentação

A presente obra coletiva - Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Constitucional - é fruto do trabalho desenvolvido pelo Grupo de pesquisa GRADIF Gramática dos Direitos Fundamentais, sob a liderança do Prof. Dr. Edilson Donisete Machado, no evento realizado junto ao Centro Universitário Eurípides de Marília- UNIVEM, no âmbito da V Semana do Conhecimento.

Um livro que contém estudos, investigações e interpretações resultando em produções científicas relativas às pesquisas voltadas para a construção de uma sociedade mais livre, justa e igualitária, com análise crítica referente aos conflitos humanos e às correntes filosóficas existentes para a solução das contingências sociais.

O direito consiste em uma ciência social aplicada que se constrói de forma discursivo-argumentativa, portanto, todos os debates travados no presente livro contribuem para a construção do fenômeno jurídico que deverá incidir sobre a sociedade, por isto a necessidade de todos os pesquisadores estarem constantemente engajados com os problemas sociais a fim de viabilizar a libertação da sociedade em face das relações de dominação que incidem sobre a subjetividade dos indivíduos.

A diversidade de discussões que os artigos trazem no presente livro demonstra bem o quanto o assunto pode ser debatido e resultando em uma melhor compreensão no processo de interpretação das normas constitucionais. É possível afirmar que a obra vai além das considerações gerais sobre a jurisdição constitucional, abordando temas variados e atuais de forte impacto, tais como o ativismo judicial, meio ambiente, responsabilização criminal da pessoa jurídica, entre outros.

Todos os temas abordados no presente livro influenciam não as instituições, os institutos, os objetos, mas os seres humanos que estão sobre a incidência da atividade destas instituições, assim a preocupação na elaboração de todos os temas deve se dar primordialmente sobre o resguardo da subjetividade de cada indivíduo. Assim, construímos um direito a serviço da sociedade, um direito que

resguarda a subjetividade dos jurisdicionados e os protege da interferência da relação de mando e obediência, permitindo a construção de uma sociedade livre do princípio da soberania e do poder disciplinar.

Uma edição digital que propicia inúmeras análises de categorias jurídicas científicas para as reflexões a respeito de como o direito constitucional, assim entendido como máximo ideal humanitário, exposto na Constituição Federal de 1988, é capaz de inspirar as relações jurídicas que atuam nos diversos campos do direito e o quanto isso pode auxiliar o intérprete do direito na produção e aplicação de normas jurídicas capazes de dar conta de que o direito deve estar a serviço da função promocional da pessoa humana, insígnia que está impressa nele como maneira de ter uma sociedade mais livre, justa e fraterna.

Edinilson Donisete Machado

Vivianne Rigoldi

Danilo Pierote Silva

Giovane Moraes Porto

Artigos

PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: HÁ LIMITES?

MARCO AURÉLIO MARCHIORI

RESUMO

Almeja-se com o presente artigo abordar a evolução dos poderes instrutórios do magistrado na condução e administração do processo judicial, iniciando o tema no Estado Liberal, posteriormente no Estado Social e, atualmente, o Estado Democrático de Direito visando, ao final, concluir se o atual artigo 190 do Código de Processo Civil, pode impor limites ao ativismo judicial. As partes, ao celebrarem o negócio jurídico processual, dispendo sobre ônus da prova, nos termos do que permite o referido artigo, impõe limites ao poder instrutório do magistrado, determinando que apenas uma espécie de prova será utilizada na solução do conflito. Essa imposição, entende alguns doutrinadores, pode conflitar com os preceitos contidos no artigo 370 do Códex Processual. A função jurisdicional do Estado pode sofrer limitação?

PALAVRAS-CHAVE

Poderes instrutórios do magistrado, negócio jurídico processual, artigo 190 CPC/2015, limitações, artigo 370 CPC/2015, livre iniciativa e celeridade processual.

Marco Aurélio Marchiori, sócio do escritório Marchiori & Marchiori Sociedade de Advogados, especialista “lato sensu” em Direito Tributário pelo Centro Universitário de Rio Preto-UNIRP, especialista “lato sensu” em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBET e mestrando pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS E DELIMITAÇÃO DO ESTUDO

No direito processual contemporâneo, produto da evolução de um Estado Liberal para o Estado Social, este qualificado pela compreensão e adoção da democracia, definindo a ideia atual de Estado Democrático de Direito, os jurisdicionados passaram a exigir dos magistrados, representantes diretos do Estado Maior, dentro de uma relação jurídica processual, uma atuação mais ativa para a solução dos conflitos levados ao Poder Judiciário.

O juiz, assim, deve ter como premissa, atualmente, que a decisão proferida em um processo judicial, deve abranger não apenas as partes do processo, mas toda uma coletividade, trazendo a almejada paz social.

Para alcançar essa finalidade, o juiz, na administração do litígio deve buscar a verdade processual, sendo a ele permitido, de ofício, e, em determinadas situações específicas, decidir pela produção de uma prova, motivando-a, caso a instrução probatória produzida pelas partes não seja suficiente para a solução do litígio. Nesse sentido, o poder instrutório do juiz não deve sofrer limitações, sob pena de não se alcançar a verdadeira justiça, colocando em risco a referida paz social, contrário, portanto, ao que se espera os jurisdicionados.

Entretanto, a Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, trouxe relevante inovação ao introduzir o artigo 190 do Código de Processo Civil, possibilitando as partes, nos direitos que admitam autocomposição, adotarem alterações no procedimento judicial, convencionando, inclusive, sobre o ônus da prova, faculdade, poderes e deveres processuais¹.

Hodiernamente, assim, as partes podem celebrar o que se denomina de *negócio jurídico processual*, antes ou durante um eventual litígio, contendo cláusula, por exemplo, que determina que apenas a prova pericial ou uma prova documental deverá ser produzida na instrução do processo, devendo o magis-

¹ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdade e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

trado pautar-se nessa prova para a prolação da sentença. Pois bem. O grande problema que surge é se o magistrado, diante da não conclusão dos fatos narrados no processo, pela produção apenas da prova informada no documento firmado pelas partes, pode interferir no negócio jurídico processual, determinando a produção de outras provas que não estão previstas no documento particular. Poderia o magistrado, para justificar essa intromissão, invocar o artigo 370 do atual Código de Processo Civil? Os poderes instrutórios do magistrado sofrem limitações no negócio jurídico processual?

Eis o tema que será tratado no presente artigo, advertindo-se, inicialmente, que não se tem a intenção de esgotar os possíveis pontos controvertidos diante das questões complexas que circundam o objeto do trabalho, mas devendo ser analisado como uma possível contribuição para os possíveis conflitos que surgirão diante da nova lei processual civil.

O método utilizado no trabalho será o hipotético dedutivo, uma vez que se adota a premissa que há um conflito iminente entre o ativismo judicial e o negócio jurídico processual, buscando uma solução as hipóteses conflituosas. Por fim, será adotado, quanto a forma, o aspecto qualitativo e bibliográfico, utilizando-se estudos já publicados.

2. EVOLUÇÃO DO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NA ADMINISTRAÇÃO DO PROCESSO

O tema referente aos poderes instrutórios do juiz sempre foi alvo de calorosos debates na doutrina processual, iniciando-se desde o século passado, muito embora sua origem nos remeta ao direito canônico do século XI que, após transcorrer diversas etapas, chegamos ao atual estágio, que será abordado nesse trabalho.

Com a decadência do Estado Liberal individualista do século XIX e o início do Estado Social, o ambiente jurídico existente até então, sofreu relevantes alterações pois passou a exigir do Estado uma postura ativa, o que não se via no Estado Liberal, frente às relações jurídicas para que se oferecesse maior proteção aos cidadãos.

No transcurso do século XX, nosso ordenamento jurídico sofreu relevantes mutações valorativas, as quais acompanharam as tendências mundiais. Nes-

se período foram criadas novas perspectivas jurídicas, pois o Estado de Direito abandonou sua concepção liberal, adotando uma postura intervencionista, fase essa que se denomina de Estado Social.

Ato contínuo, essa postura intervencionista do Estado Social foi qualificada pela compreensão e adoção da democracia, ou seja, supremacia da vontade do povo, preservação da liberdade e da igualdade, definindo a ideia atual de Estado Democrático.

Dalmo de Abreu Dallari, esclarece que *“a idéia moderna de um Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles”*²

Diante de todas essas evoluções, a figura do juiz, considerado representante legítimo do ente estatal, se revelou fundamental, pois tem a função primordial de apaziguar os conflitos sociais. Com isso, sua participação no processo judicial saiu da posição de mero espectador para adotar uma conduta ativa, enérgica, imprimindo diligências e controle jurídico nos embates judiciais. O juiz, então, passou a assegurar aos jurisdicionados um processo judicial igualitário, justo e tempestivo, concedendo justiça a quem a mereça e para aqueles que não possui condições financeiras ou sociais de obtê-las.

Todas essas alterações que abrangeram nosso ordenamento jurídico e, conseqüentemente, refletiram na postura do juiz na administração do processo judicial afetou, também, substancialmente, o tema referente a “prova” que, como era de se esperar, englobou esses novos contornos jurídicos, tendo a necessidade de repensar no direito probatório em razão dessa nova realidade.

Sobre a evolução do papel do juiz no processo influenciando diretamente na questão atinente a prova, Eugênio Pacelli, teceu os seguintes comentários: *“Ao longo de toda a sua história, o Direito defrontou-se com o tema da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas de obtenção da verdade, desde as ordálias e juízos de deus (ou dos deuses), na Idade Média, em que o acusado submetia-se a determinada provação física (ou suplício), de cuja superação se lhe reconhecia*

² DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da teoria geral do Estado. 27ª edição, São Paulo, 2007, p. 145.

a veracidade de sua pretensão, até a introdução da racionalidade dos meios de prova”³.

Desta feita, o caráter público do processo e a necessidade da busca da verdade processual – não se aplica mais a diferenciação entre verdade formal e material – tornou-se imperiosa a colaboração de todos os sujeitos do processo, inclusive do papel do próprio juiz, através de seus poderes instrutórios.

Nesse diapasão, arremata Sérgio Cruz Arenhat: *“Destas afirmações ressurgem a importância de se colocar o juiz no centro do problema probatório. É ele o destinatário final da prova porque é ele, enquanto representante do Estado-jurisdição, quem deve estar convencido da validade (ou não) das proposições formuladas. A argumentação probatória, portanto, levará em conta, também, as características próprias do Estado-juiz instituído, porque o seu convencimento há, necessariamente, de estar condicionado por inúmeras variáveis políticas, econômicas, sociais etc. Assim se explica porque, diante de dois processos idênticos, em que foram produzidas as mesmas alegações e as mesmas provas, dois juízes distintos podem chegar a duas conclusões completamente antagônicas: é que a prova não se presta à reconstrução da verdade – caso em que as conclusões judiciais, como exercício de mero silogismo, deveriam ser, inexoravelmente, as mesmas – mas a apoiar a argumentação retórica das partes (e também do magistrado) sobre a controvérsia exposta”*.⁴

Dentro de todo esse contexto, os poderes conferidos ao juiz na condução do processo foram ampliados com a fundamentação constitucional de que o Estado-jurisdição deve promover, com eficiência, a entrega da tutela jurisdicional. Com isso, o magistrado passou a ter maior atuação no campo probatório dos processos judiciais. Vale recordar os princípios basilares da administração pública, descritos no artigo 37 da CF/88⁵: legalidade, impessoalidade, morali-

³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 2. Ed. rev. atual e ampl. até julho de 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 301-302

⁴ ARENHAT, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. Revista Iberoamericana de Derecho Procesual, año 5, v. 7, p. 71-109, 2005. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo100.htm>

⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

dade, publicidade e **eficiência**.

E esses poderes conferidos aos juízes, que se destacam na fase instrutória do processo, se apresentam sob três justificativas.

A primeira justificativa tem fundamento na tentativa de traçar uma igualdade dentro da relação jurídica processual, conforme determina no artigo 5º da Lei Maior e artigo 139⁶, inciso I do atual Código de Processo Civil, evitando-se descompasso entre as condições processuais dos litigantes que, não raramente, não se encontram em paridade de armas.

No que concerne sobre as modalidades de desigualdade, afirma Leonardo Greco: *“A posição de dependência de uma parte em relação à outra, a inferioridade econômica em decorrência da pobreza ou da proeminência do Estado são circunstâncias que criam uma desigualdade concreta a exigir permanente intervenção equalizadora do juiz e a limita o seu poder de disposição”*.⁷

O Professor Nelson Finotti Silva, no artigo *“Paridade de Armas no Processo Civil”*⁸, com clareza informa que *“Não há dúvida de que a inércia judicial importará em favorecimento da parte mais forte, violando, assim, o princípio da imparcialidade. O princípio da isonomia impõe que as partes estejam no mesmo pé de igualdade e existindo desigualdade, cabe ao julgador, como elemento do poder estatal, promover a igualização”*. Continua o professor: *“O direito processual, regido pelos princípios publicitas impõe ao juiz um papel ativo, próprio da função social, devendo estimular o contraditório, suprindo as deficiências das partes, superando as desigualdades”*.

A segunda justificativa é a busca pela verdade processual, de forma que a sentença judicial constitua a mais próxima possível da justiça, trazendo credibilidade para todos os jurisdicionados. O magistrado deve, assim, compreender os fatos narrados no processo judicial, superando eventuais nulidades formais da lide.

Por fim, a terceira justificativa é que uma decisão judicial não traga refle-

⁶ Art. 139 – O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento.

⁷ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual, out/dez. 2007. Disponível em: www.revistaprocessual.com.

⁸ SILVA, Nelson Finotti. Paridade de Armas no Processo Civil. Revista Jurídica. Janeiro 2005. V. 327, páginas 31/40)

xos apenas no universo das partes, mas sim, que seja alvo de um interesse geral. José Carlos Barbosa Moreira, a respeito dessa justificativa informa que “o litígio submetido ao exame e decisão do juiz deixe de ser, ipso facto, litígio cuja repercussão fique restrita ao âmbito puramente privado”.⁹

Todavia, essa atuação ativa do juiz na instrução do processo gera inúmeras discussões, pois nosso ordenamento jurídico também consagra o princípio dispositivo, ou seja, o prestígio dos atos de disposição das partes praticadas dentro do processo, conflito esse que será tematizado no tópico seguinte.

2. SISTEMA INQUISITIVO E PRINCÍPIO DISPOSITIVO NO ÂMBITO DA ATIVIDADE PROBATÓRIA

Importante, nesse momento, trazer à questão do aspecto histórico do sistema inquisitivo e do princípio dispositivo, conceituando os dois institutos para, ao final, tentar conciliá-los com o poder instrutório do juiz no tema referente a prova e, finalmente, subsumi-los no âmbito do negócio jurídico processual.

De forma perfunctória, conceitua-se **prova**, do latim *proba*, de *probare*, que significa atestar a veracidade ou a autenticidade de algo. Juridicamente, prova, no conceito de Oscar José de Plácido e Silva, significa a “*demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou se contesta*”.¹⁰

Eduardo Cambi defende que “o vocábulo ‘prova’ é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz)”.¹¹

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 99.

¹⁰ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. Vocabulário Jurídico. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 2, p. 491

¹¹ CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 47

Desta forma, “prova” é o elemento que contribui para a convicção do juiz para que se possa decidir sobre determinado fato ou afirmação. Michele Taruffo entende: *“Desde que el propósito de la prueba es producir una creencia en la mente de los jueces, parece apropiado hablar de una ‘función retórica’ de la prueba”*.¹²

Assim, **prova** é todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato ou afirmação. Todavia, no âmbito do processo, de conformidade com o bem jurídico tutelado, foi considerada a possibilidade de coexistirem duas verdades para fins de solução do litígio: a **verdade material** e a **verdade formal**.

A verdade material é a decorrente da internalização do fato pelo sujeito. Deslocada para o processo, a verdade material está intimamente ligada ao **sistema inquisitivo**, ou seja, o magistrado é uma figura extremamente ativa, que não se contenta com *as provas fornecidas, senão quando são as melhores que se possa ter em concreto*.¹³

A verdade material é, portanto, um juízo de valor realizado pelo magistrado, levando em consideração os enunciados fáticos e seus aspectos relevantes, descritivos ou valorativos. Sérgio Arenhart, tecendo comentários sobre essa categoria de verdade informa: *“Por todo o visto, conclui-se que o mito da verdade substancial tem servido apenas em desprestígio do processo, alongando-o em nome de uma reconstrução precisa dos fatos que é, na verdade, impossível. Por mais laborioso que tenha sido o trabalho e o empenho do juiz no processo, o resultado nunca será mais que um juízo de verossimilhança, que jamais se confunde com a essência da verdade sobre o fato (se é que podemos afirmar que existe uma verdade sobre um fato pretérito)”*.¹⁴

A verdade formal, por outro lado, estaria alicerçada no entendimento de obtenção de um fato através da conjuntura que se lhe é apresentada em determinado espaço e tempo, ou seja, como uma verdade provisória, mas bastante útil para pacificar a lide.

¹² TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Traducción de Juan Andrés Vara Braun. Revista de Derecho, Valdivia, v. 15, n. 2, p. 4, dec 2003

¹³ BARROS, Marco Antônio de. A busca da verdade no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29

¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz, A verdade e a prova no processo civil. Revista Iberoamerica de Derecho Procesal, año 5, v. 7, p. 71-109, 2005.

Todavia, com a publicização do direito processual, essa distinção entre verdade material e verdade formal foi muito criticada pela doutrina moderna, como é o caso de Amendoeira Junior, Sérgio Arenhart, dentre outros, sob a justificativa que a natureza dos interesses postos em juízo não mais se releva quanto aos reflexos na técnica processual, sendo a verdade buscada uma só, em qualquer relação jurídica processual. Almeja-se, atualmente, a busca a verdade processual, como forma de alcançar a decisão justa esperada por aqueles que procuram o Poder Judiciário. Está ultrapassada, assim, a distinção entre verdade formal e verdade material.

Com base nos argumentos expostos até o momento, podemos afirmar que essa ampla liberdade conferida ao juiz em matéria de direito probatório, é um resquício desse sistema inquisitivo, pois ao magistrado, atualmente, compete atuar de forma positiva no processo, a fim de se buscar a denominada “verdade processual” para que os litigantes possam receber a decisão mais justa sobre o caso levado ao Poder Judiciário.

No que concerne ao princípio dispositivo, podemos dizer de forma introdutória, que o mesmo reflete a vertente do pensamento jurídico ocidental, que propende a reservar às partes o papel principal na matéria atinente à prova, o que induz, em tese, ao afastamento de qualquer interferência do juiz. Referido princípio, que rege atualmente nosso processo civil e é apontado como um dos principais obstáculos aos poderes instrutórios do juiz, é comumente designado como o modelo em que o juiz fica subordinado aos atos processuais das partes, em oposição, conforme visto acima, ao princípio inquisitivo, que atribui ao órgão judicial poderes mais amplos. O sistema inquisitivo “*tem como princípio basilar a reunião, num mesmo sujeito, das funções de acusar, defender e julgar*”.¹⁵

O princípio dispositivo, de origem alemã, foi inspirado na disponibilidade de direitos, sendo que em regra, a jurisdição é inerte, mantendo-se passiva a aguardar a provocação dos interessados; ainda, uma vez proposta a ação, a atuação das partes também delimitará o âmbito da atividade cognitiva do julgador, bem como de seus poderes quanto a produção de provas, sempre

¹⁵ CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 36-37

que a lide versar sobre direitos disponíveis. O termo “dispositivo”, por sua origem, indica tratar das relações jurídicas disponíveis, ou seja, dos direitos que as partes podem dispor com liberalidade. Desta forma, para esse princípio a atividade do juiz é delimitada pela demanda formulada pelas partes, cabendo a estas estabelecer o objeto da cognição judicial, de cujos limites não é lícito ao julgador afastar-se.¹⁶

Conciliando o poder instrutório do juiz com o princípio dispositivo, partimos da premissa que a iniciativa que dá ensejo ao exercício da jurisdição não traz qualquer limitação aos poderes instrutórios do juiz, que são amplos, e que diz respeito apenas às limitações do juiz no tocante aos atos de disposição das partes, sendo a iniciativa de provação da jurisdição somente uma dessas condutas processuais.

Sobre o tema, cita-se a lição de José Roberto Bedaque: “*Conclui-se que denominação ‘princípio dispositivo’ deve expressar apenas as limitações imposta ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível. As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexos com a relação material; não decorrem portanto, do chamado ‘princípio dispositivo’. Somente a adoção de um significado diverso para a expressão tornaria possível sua utilização para representar tais restrições*”.¹⁷

Entende-se que, em razão dessa significativa alteração em termos de processo e atuação do juiz, passando de um Estado Liberal para um Estado Social, o processo civil não mais permite que as partes tratem a demanda como um negócio privado, dispondo livremente do direito probatório. Ao invés, ficam submetidas ao interesse público conduzido pelo magistrado.

Sérgio Mattos assevera que “*a disponibilidade do direito material incide sobre o poder de pedir a tutela jurisdicional, mas não repercute na técnica processual, variável consoante a sua adequação ao fim colimado. À natureza disponível ou indis-*

¹⁶ CPC/2015 – Art. 141- O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito à lei exige iniciativa da parte.

¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do juiz, 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 93, 2001.

*ponível do direito material não se reconduz por conseguinte a estrutura interna do procedimento”.*¹⁸

Desta feita, foram reconhecidos poderes instrutórios ao juiz, a fim de que pudesse também colaborar com a elucidação dos fatos da causa, visando formar seu convencimento. O impulso do juiz, em tema de prova, após a instauração do feito, além de legítimo, serve para atender aos interesses e finalidade do próprio processo, motivo pelo qual, com base nos argumentos acima, harmoniza-se o poder instrutório do juiz com o princípio dispositivo.

3. PROCESSO CONTEMPORÂNEO E A FUNÇÃO DO MAGISTRADO NA FASE INSTRUTÓRIA – Divergências doutrinárias

Foi informado anteriormente que o século XX foi marcado pela alteração substancial da atuação do juiz em matéria de prova pois, ao evoluirmos de um **Estado Liberal** – onde o juiz figurava, basicamente, como um mero espectador do processo, pois o Estado não interferia na liberdade do indivíduo - para um **Estado Social**, onde implantou-se um modelo juiz com mais poder de direção e atuação dentro do processo, fazendo dele uma via hábil de representação da democracia. No Estado Social, o ente estatal foi pressionado a atuar positivamente para prestar à sociedade certos valores básicos essenciais de uma população massificada. Com isso, surgiu um juiz mais ativo, consequência da transformação ocorrida nessa relação entre Estado e os cidadãos, com reflexos diretos na relação jurídica processual e na legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade, na solução dos conflitos e aplicação da justiça.

Danilo Knijnik, citando passagem de Augusto Morello esclarece: *“Assim, o abandono do Estado Liberal acarreta a superação do modelo abstrativista do processo, reatando as relações deste com o direito material; a assunção das funções positivas pelo Estado leva à consagração do escopo de pacificar com justiça. No âmbito probatório, substitui-se o modelo do juiz-espectador para o modelo do juiz-administrador, mediante “redução das regras de exclusão dos meios de prova, introdução de instrumentos que*

¹⁸ MATTOS, Sérgio Juiz Wetzel de, Iniciativa probatória do juiz e o princípio do contraditório no processo civil. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.) Prova Cível. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 125.

assegurem a aquisição da prova, extensão do poder de iniciativa instrutória do juiz, adoção de um método eficaz para a assunção e prática da prova, o critério da livre valoração da prova”.¹⁹

O nosso ordenamento jurídico, como era de se esperar, foi frontalmente afetado por esse novo conceito de Estado, adotando a ideia intervencionista, de forma que se buscou uma nova perspectiva constitucional, decorrente do fato de a Constituição Federal ter trazido capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais. Com essas alterações ideológicas, inseridas no texto constitucional, ocorreu alteração no conceito e finalidade do processo, a fim de atender aos reclames sociais elevados a nível constitucional.

Analizando as reformas legislativas, é possível verificar que os poderes dos juízes sempre foram ampliados, com a finalidade de acompanhar as mudanças históricas que orientam o processo. Portanto, a postura de um juiz mais ativo é consequência lógica da transformação ocorrida na relação entre Estado e os cidadãos, refletindo, como afirmado anteriormente, na relação jurídica processual e na legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade, para uma solução mais adequada do litígio e aplicação da verdadeira justiça.

Importante trazer opinião de Paulo Bonavides, ao assinalar que: *“(...) com a ‘publicização’ do processo, por obra de novas correntes doutrinárias do Direito Processual contemporâneo, os laços do Direito Constitucional e do Direito Processual se fizeram tão íntimos e apertados que dessa união parece resultar uma nova disciplina em gestação: o Direito Processual Constitucional”*²⁰

A consequência de todo esse contexto até aqui exposto, refletiu diretamente na atuação do magistrado, exigindo desse representante do Estado, um papel atuante diante da relação jurídica processual, não mais se admitindo que o juiz fique inerente no decorrer do processo, principalmente nos casos em que se observa um latente desequilíbrio entre os litigantes. Essa atuação mais participativa do juiz no processo reflete, conseqüentemente, no direito probatório, assumindo o julgador papel importantíssimo, com a finalidade de dar aplica-

¹⁹ MORELLO, Augusto. La prueba, tendencias modernas. Buenos Aires: LEP, 1991, p. 22, apud KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 10

²⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 46

bilidade ao instituto da prova, de modo a atingir plenamente a sua finalidade.

O Professor e Procurador do Estado de São Paulo, Dr. Nelson Finotti da Silva, no artigo *“Um juiz mais ativo no processo civil”*²¹, discorrendo sobre a importância de um juiz mais ativo no processo, nos ensina: *“Portanto, o juiz ativo é imprescindível para a concretização dos direitos e garantias fundamentais. O papel do juiz moderno no processo não é de mero espectador ou um mero convidado de pedra, na democracia participativa deve se preocupar em dar o rumo ao processo de modo que todos devam dele participar com as mesmas oportunidades”*.

Continua o insigne Professor Finotti: *“O processo não é um jogo onde vence o mais forte, o mais poderoso, o mais esperto; o processo é um instrumento de justiça por meio do qual se espera entregar o direito a quem de direito, de modo que a inércia do julgador certamente poderá comprometer a pacificação social pretendida pela atividade jurisdicional”*

Atento a essas mudanças, o Superior Tribunal de Justiça, teve a oportunidade de se manifestar, conforme aresto:

“Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, e certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. (...) III – tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes” (STJ – RESP n. 43467/MG, 1994/0002624-2, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.12.1995, DJU, de 18.03.1996, p. 7.568, RDR, v. 7, p. 277, REFOR, v. 336, p. 256, RSTJ, v. 84, p. 250, RT, v. 729, p. 155)

Desta feita, o juiz exerce função relevantíssima na produção das provas pois, deve sua atuação instrutória constituir um poder-dever-função, visando à perfeita entrega jurisdicional. Não resta dúvida de que a inércia do magistrado traz malefícios tanto às partes da relação processual quanto à sociedade. O Juiz

²¹ SILVA, Nelson Finotti. Um juiz mais ativo no processo civil. Em tempo, Marília, v. 5, p. 193-201, ago. 2003.

deve ultrapassar as possíveis dificuldades e incertezas para a busca da verdade processual atento, entretanto, a alguns limites sob pena de colocar em risco sua imparcialidade, tema esse objeto da pergunta seguinte.

Todavia, a referida possibilidade de o juiz interferir na produção de provas é um assunto muito controvertido na doutrina nacional, de forma que os juristas o enxerga sob um ângulo diferente. Isso porque, como é cediço, nenhum poder é absoluto, de forma que o aumento dos poderes instrutórios do juiz levou os doutrinadores brasileiros a se preocupar com o estabelecimento de limites a serem respeitados visando, além de guiar a iniciativa oficial, conferir segurança jurídica aos litigantes.

O atual dispositivo legal que trata dos poderes instrutórios do juiz é o **artigo 370 do Código de Processo Civil**, que preceitua: *“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O Juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”*. Rezava o artigo 130 do CPC revogado: *“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”*.

Desta forma, pode-se traçar algumas implicações nessa possibilidade de o juiz interferir na produção de provas. Uma dessas implicações seria o desrespeito ao princípio dispositivo, adotado pelo nosso ordenamento jurídico; por esse princípio, fica reservada às partes o papel principal na matéria atinente à prova, o que induz, em tese, ao afastamento de qualquer interferência do juiz. As partes devem ser diligentes na produção de provas que visem a demonstração dos fatos alegados no processo, não podendo o magistrado intermeter nessa busca, devendo apenas analisar a viabilidade das provas solicitadas.

Outra implicação importante que merece destaque, seria a ideia de que o princípio da isonomia seria afetado, decorrente da ampla aplicação do artigo 370 do atual CPC. Para alguns doutrinadores, dependendo da iniciativa instrutória do magistrado para solução da lide, uma das partes pode ser prejudicada pois, esses atos processuais devem ser buscados pelos litigantes e não pelo representante – juiz – do Estado.

Sérgio Matos se posiciona, tecendo os seguintes comentários: *“(...) o ativismo do juiz em tema de prova esbarraria nos limites do direito material fático aportado*

à causa”²². Para **Leonardo Greco**: “para evitar o juiz investigador, o que comprometeria a sua imparcialidade, a sua iniciativa probatória deve limitar-se aos elementos probatórios cuja existência resulte dos autos.”²³. **João Batista Lopes** expressa: “Cabe advertir, por último, que as iniciativas probatórias do juiz devem limitar-se aos fatos controvertidos do processo, não lhe sendo lícito alterar a causa petendi, introduzindo fatos ou fundamentos novos”²⁴. Por fim, importante trazer a opinião do doutrinador **Arruda Alvim**: “Em face do que dispõe o art. 130 do CPC, a única limitação à atividade do juiz com relação à atividade instrutória é a de que a ele não é dado ir além do tema probatório, ou seja, da lide ou do objeto litigioso, nem infringir o princípio do ônus (subjetivo) da prova”²⁵.

Como se observa, o poder instrutório do juiz é analisado sob muitos enfoques e cada um deles corresponde a uma restrição específica. Desta forma, as principais implicações derivadas da possibilidade de o juiz interferir na produção das provas, é infringir o princípio do dispositivo, o princípio da isonomia, ultrapassar o direito material discutidos pelas partes e, como já adiantado pelo jurista Leonardo Greco, afetar sua imparcialidade. Portanto, dependendo da atuação do magistrado na produção das provas, a sua imparcialidade poderá ser questionada.

A imparcialidade possui íntima correspondência com o instituto da jurisdição e ela se realiza pelo ato desinteressado do juiz no exercício de sua função de julgar. E, como adiantado acima, quando se trata de atos produzidos de ofício pelo juiz, a sua imparcialidade é questionada, relacionando algum tipo de envolvimento subjetivo do magistrado que pode macular a seriedade, credibilidade e legitimidade do pronunciamento judicial.

Todavia, as opiniões doutrinárias divergem sobre esse enfoque – imparcialidade – e, aqueles que defendem a iniciativa probatória do juiz, fundamen-

²² MATOS, Sérgio Luís Wetzel de, Iniciativa probatória do juiz e o princípio do contraditório no processo civil, p. 126

²³ GRECO, Leonardo, Publicismo e privatismo no processo civil. 2007

²⁴ LOPES, João Batista, A prova do direito processual civil, p. 70

²⁵ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de, Manual de direito processual civil: processo de conhecimento, v. 2, p. 392

tam no fato de o representante do Estado atuar como aplicador dos anseios constitucionais. Para alguns doutrinadores, a iniciativa probatória do juiz não ocorrerá de forma indiscriminada e aleatória; pelo contrário, será posterior à oportunidade processual das partes e através dos meios de prova necessários e proporcionais ao caso concreto, qualitativa e quantitativamente.

Portanto, para os casos de insuficiência ou incapacidade probatória, a iniciativa probatória do juiz será exercida de forma natural e lógica de sua própria função de impulsionar os autos, para se convencer e julgar a demanda, sem que isso comprometa sua imparcialidade. Importante citar a opinião do jurista José Roberto Bedaque: *“A participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma alguma afeta a sua imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo. A visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz pode, a qualquer momento e de ofício determinar sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas desejada por quem concebe à ordem jurídica justa”*.²⁶

Marironi também se posiciona a favor de uma participação ativa do magistrado: *“O princípio da imparcialidade do juiz não é obstáculo para a participação ativa do julgador na instrução. Ao contrário, supõe-se que parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, se queda inerte”*.²⁷

Verificando o magistrado, portanto, a insuficiência de provas, ocasionada não pela desídia da parte litigante, mas sim por todo um contexto probatório e, diante da incapacidade de uma das partes em produzir alguma prova fundamental, o magistrado deve atuar de forma ativa, buscando o seu convencimento pois, por representar o Estado, deve propiciar aos litigantes uma decisão equânime, que abranja os anseios postos em discussão.

Atualmente, em termos de processo contemporâneo judicial, é o que se espera do magistrado: uma atuação participativa na lide, analisando os fatos trazidos pelas partes e, se for o caso, protestando pela produção de determi-

²⁶ BEDAQUE, José do Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do juiz, p. 110-111.

²⁷ MARIRONI, Luiz Guilherme, Teoria geral do processo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 415, Curso de Processo Civil, v. 1

nada prova com o fim de trazer uma decisão que melhor acolha os anseios das partes.

Nelson Finotti, no artigo “*Um juiz mais ativo no processo civil*”, citando o professor Kazuo Watanabe, arremata: “O professor Watanabe (1988) escreveu um estudo sobre o Acesso à Justiça e Sociedade Moderna onde concluiu dizendo que o acesso não se limita à mera provocação do Poder Judiciário sim, ‘é fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa’, considerando-se como dados elementares do direito à ordem jurídica justa; b) adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; c) direito a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; e) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características” (WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988)

4. O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL INSTITUÍDO PELO ARTIGO 190 DO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ

Como é cediço, o CPC/2015 tornou-se o primeiro Códex Processual concebido no Estado Democrático de Direito (Lei nº 13.105 de 2015), o qual reiterou os princípios constitucionais que regem o processo, prevendo, expressamente, no seu artigo 6º²⁸, o dever de cooperação de todos os sujeitos do processo, como meio eficaz de se obter, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Determina o artigo 190 do atual Código de Processo Civil:

Art. 190 - Versando o processo sobre direito que admita autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou

²⁸ Art. 6º - Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

durante o processo.

Parágrafo único - De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Em consequência do dever de cooperação de todos os envolvidos no processo e objetivando prestigiar de forma mais evidente a autonomia privada, o novo CPC estabelece, nas hipóteses que admitam autocomposição, a possibilidade de flexibilização procedimental. Assim, as partes plenamente capazes estão autorizadas a estipular mudanças no procedimento judicial para ajustá-los às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Conceitua-se negócio jurídico processo as declarações de vontade elaboradas pelas partes, com o objetivo de regular algum aspecto da relação jurídica processual ou do procedimento judicial.

Fredie Didier Júnior, a respeito do negócio processual, o conceitua como sendo o *“fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento. Sob esse ponto de vista, o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionais.”*²⁹

Os negócios jurídicos processuais dividem-se em duas espécies. A primeira são os **negócios jurídicos típicos**, mantidos no atual Código de Processo Civil, tendo como exemplos a fixação de calendário para a prática de atos processuais (artigo 191, *caput*, §§1º e 2º)³⁰ e a escolha consensual do

²⁹ JUNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. 18ª edição. Editora JusPodivm. Edição 2016. p. 380/381.

³⁰ Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º. Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

perito (artigo 471)³¹.

A segunda espécie de negócio jurídico processual, denominada de **atípicos**, tem como cláusula geral de negociação o próprio artigo 190 do atual Código de Processo Civil. Por esse dispositivo, fica permitido que sujeitos capazes celebrem negócios jurídicos processuais, que poderão refletir sobre o procedimento judicial e sobre “*seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais*” (*caput*). Entretanto, o magistrado, analisando o objeto da negociação e, constatando a existência de “*nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade*” (parágrafo único), poderá recusar e, conseqüentemente, não homologar a aplicação do negócio jurídico celebrado entre as partes.

Exemplos de negócios atípicos e que se insere no âmbito de negociação entre as partes estão a exclusão de determinado meio probatório no caso em discussão, a desnecessidade de fixação de audiências, a definição de uma única instância para pôr fim a demanda (pela exclusão do cabimento de recurso), a proibição de determinada espécie de intervenção de terceiro e a estipulação acerca do rateio das despesas processuais. O Enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas prescreve: “*São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazo das partes de qualquer natureza, acordo de ratio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória*”.

Entretanto, ao tema que nos interessa – poder instrutório do juiz no negócio jurídico processual – o *caput* do artigo 190 admite que às partes convençionem que o ônus de prova recairá apenas sobre uma delas, conforme previsão expressa no artigo 373, parágrafo 3º do CPC/2015³², com as criteriosas ressalvas contidas em seus incisos. Assim, levando em consideração os amplos poderes instrutórios do juiz (art. 370 CPC³³), decorrente da publicização do processo

³¹ Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que:

³² Art. 373 – O ônus da prova incumbe: (...). §3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

³³ Art. 370 – Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

e de sua íntima ligação com a Constituição Federal, será possível às partes, adotando-se essa liberdade de estipulação nos negócios jurídicos processuais, **a respeito do ônus probatório e poder instrutório do magistrado**, vincular o Poder Judiciário ao negócio realizado?

Como exemplo de um possível conflito – de um lado temos a liberdade das partes (artigo 190 CPC) e de outro os poderes instrutórios do magistrado (artigo 370 CPC) -, imagine-se um caso hipotético em que as partes, em um negócio jurídico processual, pactuam a possibilidade de instruir o processo, num eventual litígio, apenas com a prova testemunhal. Ou seja, ficou vedada a produção de prova documental e pericial, citando-se essas no exemplo, pois são as mais utilizadas comumente. O magistrado, diante da oitiva das testemunhas, única produção de prova permitida, conclui que as questões postas nos autos não restaram completamente solucionadas, impossibilitando-o de fundamentar sua sentença, tal como exigido no artigo 489, inciso II do Códex Processual³⁴. **Diante da ausência de esclarecimentos sobre os fatos, a grande questão que se impõe é se o juiz poderia determinar a realização de outras provas que, diante do contexto trazido aos autos, são fundamentais para a resolução do mérito e, via de consequência, para a aplicação correta da justiça, tal como exige-se a Constituição Federal, ainda que não permitidas no negócio jurídico processual celebrado entre as partes, se valendo do citado artigo 370 do CPC/2015? Ou, estaria o magistrado adstrito ao negócio jurídico processual convencionado entre os litigantes, devendo resolver o embate se valendo da única prova – testemunhal – produzida nos autos?**

Abre-se um parêntese para informar que no exemplo citado, adotamos como premissa a existência dos requisitos de validade de todo negócio jurídico, inclusive o aqui tratado – negócio jurídico processual -, os quais estão dispostos no artigo 104 do Código Civil de 2002³⁵, de modo que esse aspecto não será analisado, por não interessar ao tema do artigo. Portanto, no presente contexto, o negócio jurídico processual preenche os requisitos de validade.

³⁴ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...); II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

³⁵ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.

Seguindo, para HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “a possibilidade de as partes convencionarem sobre ônus, deveres e faculdades deve limitar-se aos seus poderes processuais, sobre os quais têm disponibilidade, jamais podendo atingir aqueles conferidos ao juiz. Assim, não é dado às partes, por exemplo, vetar a iniciativa de prova do juiz, ou o controle dos pressupostos processuais e das condições da ação, e nem qualquer outra atribuição que envolva matéria de ordem pública inerente à função judicante”.³⁶

É uma questão complexa uma vez que surgem conflitos na doutrina e direito nacional, pois de um lado temos um dos pilares da magistratura proveniente do “livre convencimento motivado” e, de outra banda, a efetividade do negócio jurídico processual, que preconiza a manifestação de vontade de partes capazes, em respeito ao princípio da liberdade, harmonizando-se com os outros princípios, tal como o da celeridade processual, da razoável duração do processo, preconizados no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal³⁷.

Como regra geral, a resposta das indagações feitas no exemplo citado, está contida no parágrafo único do referido artigo 190 do CPC/2015, onde o negócio jurídico processual celebrado anteriormente ou no decorrer do processo, para que seja considerado válido perante o Poder Judiciário, deverá ser firmado sem vício na manifestação da vontade, em ambiente de boa-fé e de igualdade substancial das partes envolvidas.

Superados esses requisitos para a celebração da avença processual (partes capazes, ausência de manifesta vulnerabilidade de qualquer das partes e direito material em questão passível de autocomposição), não há dúvida de que as partes ficam vinculadas ao disposto no negócio, como, de resto, ocorre em todo e qualquer negócio jurídico validamente realizado. São obrigadas a respeitar o negócio jurídico celebrado. Nesse contexto, a partir do momento em que as partes introduzem na relação processual, seja ainda no ajuizamento da ação, seja durante o andamento do feito, um negócio jurídico processual válido,

³⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *umberHumCurso de direito processual civil*, vol. 1, 56.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 470.

³⁷ Art. 5º (...): LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

a iniciativa probatória das partes e, conseqüentemente, o poder instrutório do magistrado fica balizado pelo conteúdo desse negócio, desde que não exista qualquer nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou se verificar alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Todavia, a referida liberdade negocial das partes, para fins de pactuação na produção de provas e respectivo ônus num eventual litígio comporta ressalvas, pois nada pode ser considerado ilimitado devendo, obrigatoriamente, esse acordo particular, respeitar balizas, sob pena do juiz considera-lo nulo de pleno direito.

A primeira limitação, em matéria de prova no negócio jurídico processual, será o devido processo legal. As partes, em qualquer hipótese, não podem convenionar que os autos se desenvolva em prejuízo a um dos litigantes. O devido processo legal não deve desequilibrar a relação processual. Como exemplo, deve ser considerada nula a cláusula negocial que estipule que somente uma das partes poderá produzir provas ou que somente o réu poderá falar sobre provas produzidas de ofício pelo juiz. Citados exemplos constituem ofensa ao devido processo legal, nas perspectivas do contraditório e da isonomia (paridade de tratamento), dispostos, inclusive, no artigo 7º do atual Código de Processo Civil³⁸.

As normas processuais cogentes também não poderão ser objeto do negócio jurídico processual, sendo esta a segunda hipótese de o juiz poder interferir no acordo celebrado entre as partes, referente ao seu poder instrutório. O negócio jurídico processual, obrigatoriamente, deverá respeitar regras probatórias indisponíveis, ou seja, aquelas que destinam a tutelar interesse que transcende a esfera jurídica das partes, dizendo respeito a toda a sociedade, como, no exemplo de se admitir a produção de prova ilícitas no processo ou a possibilidade do juiz ser dispensado de fundamentar seu convencimento quanto às provas produzidas ou que dispense as partes de agir com lealdade e boa fé em relação a produção de provas.

Outra hipótese, também limitadora para a celebração do negócio jurídico processual, atinente ao poder instrutório do juiz, diz respeito ao acordo que

³⁸Art. 7º - É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

determine uma ampliação demasiada de prazos processuais, pois caracterizaria ofensa a garantia constitucional da duração razoável do processo, princípio estampado no artigo 5º, inciso LXXVIII da CF/88 e artigo 4º do atual Código de Processo Civil.

Desta forma, em se tratando de contrato livre de nulidade e firmado entre partes que estejam em paridade de condições, em prestígio à autonomia da vontade, a flexibilização do procedimento decorrente do negócio jurídico processual, será aceito e implementado pelo Judiciário, que também será beneficiado com o menor dispêndio de atos processuais a serem praticados pela máquina judiciária, de forma que fica limitado o poder instrutório do juiz ao conteúdo do negócio realizado.

Portanto, no negócio jurídico processual celebrado sem vício de validade ou qualquer nulidade, contratado em igualdade de condições, sem a inserção de cláusulas abusivas e manifesta situação de vulnerabilidade, o poder instrutório do juiz fica limitado ao negócio, não podendo se valer das prerrogativas contidas no artigo 370 do atual Código de Processo Civil para administrar o processo para além do que as partes convencionaram. Entendimento diverso seria caracterizado uma usurpação dos seus poderes instrutórios, contrariando a essência da lei que foi, justamente, prestigiar a livre iniciativa das partes, tal como preconiza o artigo 170 da Constituição Federal³⁹ e a celeridade processual.

Todavia, como fica o caso do exemplo citado anteriormente, onde as partes convencionaram a produção de prova apenas testemunhal e, após o encerramento da fase instrutória, o magistrado verifica que para o direito discutido não se encontrou solução, dificultando-o, inclusive, na fundamentação da sentença? De fato, o juiz deve encerrar a fase de produção de provas, indeferindo outras provas porventura requeridas e que não constam no negócio jurídico processual celebrado pelas partes? Se positiva a resposta anterior, qual critério deverá adotar o juiz na prolação da sentença?

É o que será respondido no tópico seguinte ao discorrermos sobre ônus da prova como regra de julgamento.

³⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (grifamos)

5. ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO

Preliminarmente, afirma-se que o estudo dos poderes do juiz em matéria de prova não se resume à iniciativa de produzir a prova inexistente ou faltante para conduzir seu convencimento sobre a lide. Isso porque, esse tema deve ser considerado em todos os aspectos processuais e, nessa contenda, adentra-se no tema pertinente ao **ônus da prova**, o qual, atualmente, está disciplinado no artigo 373 do Código de Processo Civil⁴⁰.

A ideia de ônus processual se relaciona à existência de uma consequência imposta aquele que não exerceu uma faculdade processual. Maristela Alves, com propriedade, informa: *“O ônus difere do dever, pois este pressupõe sanção (...). Nada disso ocorre com o ônus da prova, pois, em sendo descumprido, acarretará apenas uma consequência processual negativa. Já se atendido, o ônus implicará uma situação de desvantagem. (...) Essas considerações levam-nos à conclusão de que na verdade o ônus da prova é caracterizado pela ideia de risco nele implicada. Não se impõe à parte onerada a prova como uma atitude indispensável para evitar uma consequência desfavorável. Na realidade, ela assume o risco de não trazer a prova para o processo. Diante dessa ausência probatória, o juiz haverá de se pronunciar proferindo julgamento contrário aquele que não o fez, muito embora necessitado da prova. A regra do ônus da prova indica quem deve evitar que falte a prova, ou seja, quem suportará a falta da prova de determinado fato no processo”*⁴¹.

Complementando, Carnellutti diz que *“(...) deve, pois, provar quem deve afirmar, porque assim requer a lei e não porque quem deve afirmar seja o único interessado em provar (...)”*⁴².

Verifica-se, assim, que o ônus da prova tem conotação negativa, eis que evita um efeito danoso por meio do desenvolvimento de certa atividade. O ônus da prova é visto, ainda, sob dois enfoques distintos: um subjetivo e outro objetivo. O ônus subjetivo ou formal relaciona-se com as pessoas responsáveis

⁴⁰ Art. 373 - O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁴¹ ALVES, Maristela da Silva, O ônus da prova como regra de julgamento. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). Prova civil. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 82-83

⁴² CARNELLUTTI, Francesco. A prova civil. 4. Ed. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005, p. 41.

pela produção da prova; e, em contrapartida, o ônus objetivo da prova está relacionado com a distribuição do encargo probatório pelo juiz, no momento do julgamento, consistindo, pois, em uma regra de julgamento.

Importante essa distinção, pois, dependendo do aspecto que se der relevância, o assunto irá seguir caminhos distintos. Explica-se. Caso o ônus da prova for subjetivamente considerado, ou seja, destinado as partes, elas ficam vinculadas ao atendimento dos preceitos distributivos da carga probatória, sob pena de ocorrer um julgamento desfavorável. De outro modo, considerando o ônus da prova como regra de julgamento, destinada ao magistrado, caberá a ele, no exato instante de decidir, analisar o conjunto probatório existentes no processo para, em caso de insuficiência de provas – e apenas residualmente –, atribuir o prejuízo a parte que descumpriu desse encargo processual. **Devemos analisar o negócio jurídico processual sob o aspecto objetivo do ônus da prova.**

Necessário trazer a lição contida na doutrina de Álvaro de Oliveira, que considera o ônus da prova como regra de julgamento: *“Objeta-se que o juiz determina, de ofício, com absoluta liberdade, o tipo de prova a ser produzida e o faz em momento processual que lhe aprouver, está jogando por terra toda a possibilidade de apreciação dos fatos sob o prisma da direção dada pelo ônus de fazer a prova (ou arcar com as consequências de opção de não produzi-la) ou poderá com bastante frequência desrespeitar a ocorrência da preclusão. A assertiva desconhece, no entanto, por um lado, o verdadeiro sentido do dogma do ônus da prova, destinado como regra de juízo a permitir a solução da controvérsia somente quando não suficientemente provados os fatos, hipótese até em processo de corte exclusivamente inquisitivo. E esbarra, por outro, com o entendimento generalizado no sentido de inexistência de preclusão no tocante à iniciativa judicial ex officio para a realização da prova, cuja única finalidade deve consistir em melhor formar a convicção do órgão julgador, matéria de ordem pública concernente à própria atividade jurisdicional. Se, no entanto, os meios probatórios são empregados sem sucesso, impõe-se a aplicação da regra de juízo, seguro limite contra o arbítrio e ao mesmo tempo freio contra o espírito de litigiosidade das partes.”*⁴³

⁴³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Gênesis: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 8, n. 27, 2003, p. 22-51

No caso em apreço, temos um negócio jurídico válido, firmado por pessoas capazes, que estão em paridade de condições e, anteriormente ao ajuizamento da ação ou mesmo no decorrer desta, estipulam sobre o ônus e meios de prova. Assim, num eventual litígio, a parte que não conseguir demonstrar os fatos alegados, em razão de estar limitado a produzir apenas determinadas provas – no caso do exemplo foi produzida apenas a prova testemunhal – arcará com a consequência pela não demonstração dos fatos, ou seja, o juiz deverá apreciar o pedido tendo por base apenas o que foi produzido na instrução do processo.

O juiz não pode deixar de sentenciar ou aplicar um *non liquet* de forma que, caso o autor não demonstre o fato constitutivo do seu direito ou, caso o réu, não comprove os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor, sofrerão as consequências pelo não esclarecimento dos fatos principais.

MARINONI, com precisão, assevera que: “[...] como o juiz não pode deixar de decidir ou aplicar um *non liquet*, são definidos critérios que permitem a solução do litígio quando os fatos principais não restam esclarecidos, que não são constituídos pelas regras que disciplinam o ônus da prova. Tais regras importam quando um fato principal resulta destituído de prova, pois a sua função é estabelecer a parte que deveria provar o fato e determinar as consequências que sobre essa recaem diante da ausência de tal prova.”⁴⁴

Não poderá o magistrado, portanto, nesse caso específico, atuar positivamente na instrução probatória, pois a administração do processo também estará adstrita aos termos que as partes convencionaram no negócio jurídico processual.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder instrutório do juiz sempre foi tema de relevantes debates na doutrina pátria, entendendo alguns doutrinadores que a atuação do magistrado, na condução e administração do processo, deveria se guiar, apenas, pela atuação exclusiva das partes e pelas provas solicitadas; outros, ao contrário, entendendo que o juiz não poderia ficar adstrito apenas as provas protestadas pelos

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 188.

litigantes, se valendo de outros princípios para atuar ativamente no litígio.

Mas o fato é que o direito evoluiu em todos os sentidos, inclusive em relação aos poderes instrutórios do magistrado. Ao passarmos de um Estado Liberal, onde o juiz atuava passivamente na condução do litígio, para um Estado Social, atrelando o processo aos direitos preconizados na Constituição Federal, os administrados passaram a exigir uma ativa atuação do Estado e, via de consequência, o juiz, como representante do ente estatal também foi exigido nesse sentido. O juiz, que anteriormente, apenas julgava o processo com base nas provas produzidas pelas partes, atualmente, no direito contemporâneo, além da instrução probatória protestada pelos litigantes passou, de ofício, a também requerer outros meios de prova, no caso de dúvidas dos fatos expostos na ação para, ao final, proferir sua sentença.

Referido ativismo judicial se justifica pois, com a publicização do processo e sua umbilical ligação com o Texto Supremo, a decisão proferida pelo Estado, representado pelo juiz no processo, deve trazer uma solução que ampare os anseios das partes, através da busca de uma verdade processual; a sentença judicial, ao ser proferida, deve partir da premissa que o contexto do processo não se refere apenas o caso *inter partes* mas toda uma coletividade. A decisão deve englobar um maior número de administrados daí porque, atualmente, o magistrado atua ativamente na instrução probatória.

Todavia, o atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) trouxe uma proeminente inovação, ao permitir em seu artigo 190, que as partes se ajustem antes do início de um litígio ou mesmo no seu decurso, convencionando sobre ônus probatório, poderes, faculdade e deveres processuais. É o denominado negócio jurídico processual.

Para o aspecto que nos interessa – ônus da prova e poder instrutório do juiz – as partes podem pactuar que, apenas um determinado meio de prova resolverá o futuro embate jurídico, de forma que nesse caso, o magistrado verificando que os litigantes estão em paridade de condições; que não há inclusão de cláusulas abusivas; que não se faz presente uma manifesta situação de vulnerabilidade entre as partes; que o negócio jurídico é válido (art. 104 do CC/2015) e que não há nulidades, sofrerá limitações em seu poder instrutório, não podendo determinar, de ofício, outras provas, além daquelas convencionadas no documento particular.

Constando a deficiência na elucidação dos fatos narrados no processo, o que pode dificultar a fundamentação da sentença, o juiz deve se valer das regras do ônus da prova, adotando-o como regra de julgamento, ou seja, o autor deve demonstrar o fato constitutivo do direito e, ao contrário, o réu, deve comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor.

A conclusão adotada está em consonância com a livre iniciativa das partes (art. 170 CF/88), a celeridade processual (art. 5º, inciso LXXVIII da Carta Suprema) e o princípio da cooperação (artigo 6º do CPC/2015).

REFERÊNCIAS

ALVES, Maristela da Silva, *O ônus da prova como regra de julgamento*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). Prova cível. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 82-83.

ARENHART, Sérgio Cruz, *A verdade e a prova no processo civil*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año 5, v. 7, p. 71-109, 2005.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, v. 2, p. 392.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 99.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 93, 110 e 111. 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 46.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 47

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 36-37.

CARNELLUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4. Ed. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005, p. 41.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário Jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 2, p. 491

GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual: primeiras reflexões*. Revista Eletrônica de Direito Processual, out/dez. 2007. Disponível em: www.revistaprocessual.com.

_____. *Publicismo e privatismo no processo civil*. 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 27ª edição, São Paulo, 2007, p. 145.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, 56.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 470.

LOPES, João Batista, *A prova do direito processual civil*, p. 70.

MATTOS, Sérgio Juiz Wetzel de, *Iniciativa probatória do juiz e o princípio do contraditório no processo civil*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.) *Prova Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 125 e 126.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, Revista dos Tribunais, 2006, p. 415, *Curso de Processo Civil*, v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 188.

MORELLO, Augusto. *La prueba, tendencias modernas*. Bueno Aires: LEP, 1991, p. 22, apud KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 10.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Gênesis: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 8, n. 27, 2003, p. 22-51.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. Ed. rev. atual e ampl. até julho de 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 301-302.

SILVA, Nelson Finotti. *Paridade de Armas no Processo Civil*. Revista Jurídica. Janeiro 2005. V. 327, páginas 31/40)

_____. *Um Juiz mais ativo no processo civil*. Em tempo, Marília, v. 5, p. 193-201, ago. 2003.

TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Traducción de Juan Andrés Vara Braun. Revista de Derecho, Valdivia, v. 15, n. 2, p. 4, dec 2003.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE NEOCONSTITUCIONALISMO

Adelle ROJO¹

Fabrcio Fracaroli PEREIRA²

RESUMO

O cenário do segundo pós-guerra implicou numa mudança de paradigmas quanto ao que até então se entendia por direito constitucional. No Brasil, a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 foi a responsável pela mudança. Emergia, pois, o neoconstitucionalismo. O presente enredo se dedica, principalmente, aos componentes teóricos desse movimento e objetiva tecer reflexões acerca do modo de interpretação constitucional revelado. Isso é feito a partir da possibilidade de proteção conferida pelos documentos internacionais de direitos humanos incorporados ao direito pátrio e do controle jurisdicional de convencionalidade. Para tanto, pretende-se, especificamente, delinear os marcos histórico, filosófico e teóricos do aludido movimento, bem como concepções a ele antecedentes; compreender a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação que deve ser feita do texto constitucional; relacionar a proteção conferida pelos instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil com os aspectos da nova hermenêutica constitucional e discorrer a respeito do controle de conven-

¹ Mestranda em Teoria do Direito e do Estado no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM) - Bolsista Capes/Prosup. Pós-graduada em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Membro do Grupo de pesquisa DiFuSo (Direitos Fundamentais Sociais) cadastrado no CNPq. Advogada. adellerorojo@gmail.com.

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Membro do Grupo de pesquisa Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, cadastrado no CNPq. Advogado. fabrciofracaroli@gmail.com.

cionalidade. A pesquisa se caracteriza como qualitativa, exploratória e bibliográfica, e é desenvolvida com base no método hipotético-dedutivo. Ao final, foi possível obter um esclarecimento a respeito da dinâmica com que se reveste o direito constitucional contemporâneo e sua abertura para a proteção dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE

Neoconstitucionalismo; Força Normativa da Constituição; Interpretação Constitucional; Controle de Convencionalidade; Direitos Humanos; Efetividade.

INTRODUÇÃO

O atual cenário político-jurídico brasileiro é marcado por um crescente número de demandas judiciais com vistas à efetivação de direitos fundamentais, cuja violação, muitas vezes, está intimamente relacionada à ação/omissão estatal no trato de políticas públicas. Este contexto é influenciado por um movimento que emergiu do segundo pós-guerra e implicou numa mudança de paradigmas quanto ao que até então se entendia por direito constitucional. No Brasil, a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 foi a responsável pela mudança. Fala-se, pois, no neoconstitucionalismo.

Nessa esteira, objetiva-se tecer algumas reflexões acerca da nova interpretação constitucional - componente teórico do *neoconstitucionalismo* -, fazendo-o à luz da possibilidade de proteção conferida pelos documentos internacionais de direitos humanos incorporados ao direito pátrio e do controle jurisdicional de convencionalidade.

Em específico, pretende-se: delinear os marcos histórico, filosófico e teóricos do aludido movimento (*neoconstitucionalismo*), bem como concepções a ele antecedentes; compreender a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação que deve ser feita do texto constitucional; relacionar a proteção conferida pelos instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil com os aspectos da nova hermenêutica constitucional; discorrer a respeito do controle de convencionalidade.

A investigação proposta encontra amparo acadêmico por refletir sobre questões concernentes à atuação do Poder Judiciário influenciada pela interpretação constitucional revelada no contexto do neoconstitucionalismo. Além disso, justifica-se por tratar de um instrumento ainda pouco explorado no direito brasileiro e que pode contribuir sobremaneira na concretização de direitos humanos: o controle de convencionalidade.

A pesquisa se classifica como qualitativa, possui caráter exploratório e se desenvolve a partir de revisões bibliográficas a respeito da temática apresentada. O cumprimento dos objetivos pretendidos foi viabilizado a partir da aplicação do método hipotético-dedutivo, de acordo com o que, na sequência, é possível conferir.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE NEOCONSTITUCIONALISMO

A nomenclatura *constitucionalismo* passou a ser empregada para designar um movimento social, político e jurídico instalado com o fim de atender, principalmente, a dois objetivos: limitar o poder estatal e resguardar direitos fundamentais, fazendo-o – à época da Idade Moderna - com base na ideologia liberal. Nos ensinamentos de Canotilho (1993, p. 64):

A ideia constitucional [...] significa a criação de instituições através de lei formal para limitar e controlar o poder político e vincular o exercício desse poder a normas bilateralmente vinculantes para os detentores dos poderes políticos e para os cidadãos [...] A ideia constitucional deixa de ser apenas a limitação do poder e a garantia de direitos individuais para se converter numa ideologia, abarcando os vários domínios da vida política, econômica e social (ideologia liberal ou burguesa)..

Desde o seu surgimento, no final da Idade Média, um farto volume histórico foi condensado e diversas etapas paulatinamente superadas até a formação de sua atual concepção: o *neoconstitucionalismo*. Esclarecem Sarmiento e Souza Neto: “O constitucionalismo e as concepções sobre a Constituição que lhes são subjacentes têm variado bastante ao longo do tempo, influenciadas pelas profundas mudanças sociais, políticas e econômicas que vêm ocorrendo no mundo” (2012, p. 52). Na Antiguidade, alguns elementos das sociedades hebraica e grega são apontados como antecedentes de seu nascimento, inclusive no que tange aos primórdios do controle de constitucionalidade. Comparato (1998, p. 04) assim descreve:

Na democracia ateniense, existia um processo punitivo especial para propostas de lei ou deliberação que contraviessem aos princípios fundamentais do regime: era o *graphê paranomon*. Qualquer cidadão tinha o direito de embargar uma moção a ser votada pela assembleia do povo (*ekklesia*), alegando que ela feria a política, ou constituição da cidade. A votação era então suspensa e a questão submetida a um órgão judicial.

O mesmo ocorria com decisões já tomadas pela assembléia, de natureza legislativa ou não. Se a alegação do denunciante fosse julgada procedente, o autor da moção ou do projeto de lei era condenado a uma multa, anulando-se a votação eventualmente já concluída. A pessoa condenada três vezes por esse delito perdia seus direitos cívicos. Na Atenas clássica, a Constituição da pólis era objeto de uma veneração quase religiosa. Aqui a Constituição tende a ser, sempre mais, uma colossal medida provisória.

A contribuição da Idade Média ficou a cargo de documentos como a Magna Carta do Rei inglês João I (Rei “João sem terra”) de 1215, cujo objetivo de limitar os poderes do soberano implicou na garantia de uma série de direitos aos ingleses e, ao seu lado, da ideia de governo representativo. Apesar de originalmente voltado apenas à elite inglesa da época, o documento foi importante por inaugurar a noção de resguardo de direitos que séculos depois teriam sua proteção estendida – ao menos em tese – a todas as camadas da população. Na verdade, consistiu num catálogo de direitos individuais contra o Estado, ingrediente fundamental para o futuro do regime jurídico dos direitos humanos. (RAMOS, 2014).

O constitucionalismo moderno (Idade Moderna) veio como reação ao Estado Absolutista, no qual a centralidade da produção normativa pelos governantes – outrora fundamental para a formação do Estado Moderno e exploração do capital – passou a caracterizar um obstáculo à continuação do desenvolvimento burguês. A liberdade da classe burguesa pressupunha, pois, a limitação do arbítrio estatal por meio da observância do ordenamento jurídico. (SARMENTO e SOUZA NETO, 2012).

Assim, marcado por três experiências principais (inglesa, norte-americana e francesa), o constitucionalismo da modernidade se assentou nos seguintes pilares: separação de poderes, garantia de direitos individuais e necessidade de legitimação do governo pelos governados por meio da democracia representativa (SARMENTO e SOUZA NETO, 2012). Nesse sentido, importa mencionar as Constituições dos Estados Unidos (1787) e da França (1791), que definiram o povo como titular legítimo do poder e serviram de base para a conter a arbitrariedade reinante na época. Em suma, de índole eminentemente

liberal, este constitucionalismo teve seu foco voltado às liberdades e à separação de poderes.

A formação do Estado constitucional de direito, ocorrida na Europa ao longo da segunda metade do século XX e no Brasil após a Constituição Federal de 1988 (CF/1988), constitui o marco histórico do novo direito constitucional. O panorama de seu desenvolvimento foi o segundo pós-guerra, caracterizado pela reformulação da organização política por meio das ideias de centralidade da Constituição e democracia, e teve como referências a Lei Fundamental de Bonn de 1949 (Constituição Alemã) e a criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951. (BARROSO, 2006).

O cenário filosófico do neoconstitucionalismo é caracterizado pelo pensamento pós-positivista. Vale dizer: ética e moral se reaproximam e buscam conviver em prol dos direitos fundamentais, não sendo mais possível a dicotomia positivismo e jusnaturalismo. Desse modo, para compreender a Constituição e os direitos fundamentais, é importante a integração de qualidades relevantes do positivismo e do jusnaturalismo, bem como a superação da defesa de tratamentos isoladamente positivistas ou jusnaturalistas (VALE, 2007, p. 74).

Teoricamente, o neoconstitucionalismo se caracteriza por três aspectos principais: o reconhecimento da força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração de categorias de uma nova interpretação constitucional. (BARROSO, 2006).

Reconhecer a força normativa da Constituição significa concebê-la com *status* de norma jurídica e, em razão disso, superar a imagem - típica do constitucionalismo anterior - segundo a qual a Constituição é entendida como um documento de caráter meramente político. Assim, tudo o que nela é previsto, além de possuir força vinculativa e obrigatória, é dotado de imperatividade, ou seja, caso não observado, enseja uma maneira própria de cumprimento. (BARROSO, 2006).

Em relação ao panorama brasileiro, a mudança foi mais recente:

Embora já contássemos com a existência de instrumentos de controle de constitucionalidade desde a proclamação da República, nossa cultura jurídica hegemônica não atribuía estatuto jurídico às normas constitucionais. As Constituições eram pródigas na consagração de direitos que quase nunca

saíam do papel. [...] O cenário vem se alterando significativamente após o advento da Constituição de 88. Embora ainda exista uma grande distância entre os valores constitucionais e a realidade, a cultura jurídica hoje hegemônica vê na Constituição uma norma jurídica de verdade, que deve ser efetivada por meio de diversos mecanismos, dentre os quais desponta a jurisdição constitucional. (SARMENTO e SOUZA NETO, 2012, p. 358).

Da explicação dos autores é possível compreender que, intimamente ligada à força normativa da Constituição, se encontra outra característica do neoconstitucionalismo, a saber, a expansão da jurisdição constitucional, uma vez que é principalmente por meio deste exercício da atividade jurisdicional que aquela se concretiza. A Constituição, portanto, ganha força e efetividade com a atuação acentuada de um Poder que evolui e supera sua percepção como mera orientação política.

De acordo com este aspecto, ao Judiciário – da mesma forma que os demais Poderes – também se atribui o dever de atuar no sentido de atender aos objetivos da República Federativa do Brasil, sobretudo no que tange à concretização de direitos fundamentais. Nesse sentido, elucidam Cambi e Pereira (2014, p. 04):

A Constituição, por ser detentora da força normativa, não representa um documento essencialmente político, dependente exclusivamente da discricionariedade do Executivo ou da atuação legislativa para a concretização de suas propostas. Ao Judiciário cabe, pois, a tarefa – comum ao Estado como um todo – de realizar os valores e fins constitucionalmente previstos.

Então, conforme princípio expresso no art. 5º, XXXV, CF/1988, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, de maneira que, por ser a jurisdição inafastável, o Judiciário jamais pode se furtar do dever de apreciar e conseqüentemente concretizar direitos constitucionalmente previstos. A justificativa para essa atuação também está no fato de que “a Constituição, ao assumir o compromisso de salvaguardar os direitos fundamentais [...], orientou para uma atuação mais enérgica do Poder Judi-

ciário, especialmente nos casos de omissões dos demais Poderes” (CAMBI e PEREIRA, 2014, p. 04).

No que se refere à nova interpretação constitucional, Cambi e Pereira (2014, p. 03) ressaltam justamente “a necessidade de uma hermenêutica capaz de concretizar os compromissos assumidos pelo constituinte, em consonância com os anseios dos mais diversos setores da sociedade, sem, contudo, acarretar a exclusão de minorias pela maioria”. Assim, “O Judiciário deve concretizar direitos fundamentais, libertando-se do formalismo jurídico, sem cair no espaço fértil dos *voluntarismos* e *decisionismos* da Jurisprudência dos Valores” (CAMBI, 2012, p. 89).

Para que haja tal possibilidade, importante se mostra, por exemplo, a integração entre regras e princípios. Nas lições de Canotilho (1993, p. 168):

A existência de regras e princípios [...] permite a descodificação, em termos de um <<constitucionalismo adequado>> [...]da estrutura sistêmica, isto é, possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios. Um modelo ou sistema constituído exclusivamente de regras conduz-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Conseguir-se-ia um <<sistema de segurança>>, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto [...] não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta [...] O modelo baseado exclusivamente em princípios [...] levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do <<possível>> fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.

Destarte, a imagem de um constitucionalismo adequado pressupõe a descodificação de uma estrutura sistêmica, ou seja, composta por apenas uma espécie normativa. Assim, regras e princípios devem coexistir a fim de que a Constituição seja compreendida como um sistema aberto.

Nesse ínterim, há o reconhecimento do caráter normativo dos princípios como uma das características da nova interpretação constitucional. Por

meio deles, valores são consagrados e fins públicos são indicados para se realizarem por diversas formas (BARROSO, 2006). Todavia, há um necessário cuidado a ser tomado, uma vez que “os princípios, por serem “normas” abertas, não podem conduzir a interpretações arbitrárias. Toda exegese deve buscar “o” melhor sentido a ser extraído do sistema constitucional” (CAMBI, 2012, p. 92).

Além dos princípios, as transformações interpretativas também passam pelas denominadas *cláusulas gerais*, colisões de normas constitucionais, ponderação e argumentação jurídica. As cláusulas gerais equivalem a conceitos jurídicos indeterminados que permitem que o responsável pela interpretação a faça a partir de um significado inicial e de acordo com as especificidades do caso concreto (fatores objetivos e subjetivos). A inevitável colisão entre princípios e direitos fundamentais em determinadas situações concretas carecem de solução que técnicas tradicionais de interpretação não podem conceder. Diante disso, surge a ponderação de normas, bens ou valores, artifício por meio do qual o intérprete tenta preservar o maior significado possível de cada um dos institutos em conflito, operando por meio de concessões recíprocas. Na impossibilidade, agirá fazendo prevalecer a norma, bem ou valor que melhor represente a vontade da Constituição. (BARROSO, 2006).

No que diz respeito à argumentação jurídica, razão prática ou controle da racionalidade das decisões proferidas, Barroso explica que deve haver a ponderação em casos difíceis (*hard cases*), isto é, casos que comportam mais de uma solução possível e razoável, e que, pelo fato de tais decisões envolverem atividade criativa do juiz, o dever de fundamentação das decisões é ainda mais acentuado (2006).

Portanto, quanto à nova hermenêutica constitucional, arremata Bonavides (2004, p. 140-141): “Fora, portanto, da esteira metodológica da Nova Hermenêutica e sua constelação de princípios extraídos do texto da Lei Maior, não se logra a legitimidade das soluções constitucionais”. Diante disso, a título de complemento da importante tarefa do intérprete da Constituição, ganha relevo a necessidade de embasamento jurisdicional também em instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos.

Isso porque, após o processo de redemocratização brasileira instalado com a Constituição Federal de 1988, além do extenso rol de direitos e garantias fundamentais em seu texto previsto, abriu-se a possibilidade para o reconheci-

mento e busca de efetividade de outros direitos decorrentes da ordem constitucional. Trata-se da ideia de abertura material da Constituição inaugurada pelo art. 5º, §2º, CF/1988, cuja redação prevê que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. De acordo com Piovesan,

As Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, expandindo o bloco de constitucionalidade. (2012, p. 69).

Assim, a ideia de abertura material da Constituição permitiu o reconhecimento de “[...] todas as posições jurídico-fundamentais [...], sejam elas expressas ou implícitas, inclusive as previstas no direito internacional convencional” (SARLET, 2012, p. 115). Destarte, tornou-se possível a acolhida de direitos abarcados pelos tratados internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil.³

Deixando de lado a controvérsia – até hoje não absolutamente sanada – acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH) resultante do acréscimo do §3º ao art. 5º da CF/1988, pela Emenda Constitucional n. 45/2004,⁴ uma vez que este não é o escopo do presente trabalho, importa

³ Como consequência, importantes documentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram incorporados ao ordenamento jurídico interno, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, promulgada pelo Dec. n. 678 de 1992; do Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de San Salvador” de 1988, promulgado pelo Dec. n. 3.321 de 1999; da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, promulgada pelo Dec. n. 98.386 de 1989; do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, promulgado pelo Dec. n. 592 de 1992 etc.

⁴ Referido parágrafo previu que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados por dois turnos em cada casa do congresso nacional pelo quórum de 3/5 em cada uma delas terão status de emenda constitucional. A partir daí diversos entendimentos foram tecidos acerca do status normativo dos tratados internacionais. Mazzuoli (2013, p. 128 e ss.) e Trindade (2006, p. 410 e ss.), por exemplo, entendem que os TIDH ostentam status constitucional independentemente de sua aprovação pelo quórum qualificado do §3º, do art. 5º da CF/1988, pois comportam um fundamento ético que ultrapassa qualquer pretensão do Estado de enquadrá-los em patamares previamente definidos. O STF, por outro lado, parece ter consolidado a tese da supralegalidade (e infraconstitucionalidade) dos TIDH. É o que se desprende, pois, do RE 466.343-1/SP, j. em 03 dez. 2008.

sublinhar, propriamente, a influência que tais instrumentos podem exercer na interpretação constitucional. Sarmiento e Souza Neto afirmam que

A busca de convergência entre a interpretação constitucional e os mandamentos contidos nos tratados sobre direitos humanos, além de fortalecer a proteção dos direitos fundamentais – objetivo central do nosso constitucionalismo –, tem também a vantagem adicional de evitar a possibilidade de responsabilização internacional do Estado Brasileiro por afronta aos direitos humanos. (2012, p. 366).

No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH), todo o conteúdo dos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, bem como a interpretação que a seu respeito realiza a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), devem nortear a atuação judicial interna que vise a concretização de direitos postos ao seu crivo. Nessa linha, “não só a normativa internacional, como também os argumentos empregados pelas cortes constitucionais e internacionais passam a ser cada vez mais considerados nas decisões adotadas na esfera interna em matéria constitucional” (SARMENTO e SOUZA NETO, 2012, p. 365).

É assim porque o Brasil assinou e ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, promulgada pelo Dec. n. 678 de 1992 e, do mesmo modo, se submeteu à competência obrigatória da Corte IDH,⁵ cujo entendimento já foi estabelecido no sentido de que consiste em obrigação dos Estados que reconheceram sua competência obrigatória a conformação de suas decisões com a jurisprudência por ela fixada.⁶

Dessa forma, em tempos de neoconstitucionalismo, a nova interpretação constitucional também deve considerar a aplicação dos tratados inter-

⁵ Decreto legislativo n. 89 de 1998 e Decreto presidencial n. 4.463 de 2002.

⁶ No caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*, sentença de 26 de setembro de 2006. De acordo com Sagüés, “A partir desse momento, fixa-se, também, vez por todas, a obrigação dos juízes e tribunais nacionais em aplicar a Convenção Americana segundo a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, atribuindo-se ao controle de convencionalidade um efeito positivo ou construtivo” (2011, p. 385 apud Mazzuoli, 2013, p. 101).

nacionais de direitos humanos pelo Poder Judiciário, o que certamente conferirá maior proteção a aludidos direitos. Todavia, de acordo com Mazzuoli (2014, p. 493)

[...] cabe destacar a dificuldade do Poder Judiciário pátrio (especialmente das instâncias ordinárias) em lidar com a aplicação dos atos internacionais, notadamente quando não se alega qualquer proteção convencional na exordial, e pela análise do caso concreto entende-se que o juiz deveria conhecer e aplicar determinado tratado.

Conforme destaca o autor, nota-se que a falta de aplicação da normativa convencional ocorre sobretudo quando a proteção nela prevista não está no bojo da peça que inaugura o processo. Por isso, Mazzuoli lembra do princípio *jura novit curia*, de acordo com o qual, a partir do momento em que uma lei entra em vigor, ela se torna obrigatória a todos. Quanto ao tratado internacional incorporado ao direito interno, o autor entende não ser diferente, pois “passa a compor o acervo normativo pátrio, devendo então o Judiciário aplicá-lo tal como se lei interna fosse, ainda que não alegado pelas partes: *jura novit curia*.” (MAZZUOLI, 2014, p. 493).

Portanto, a autoridade judicial tem o dever de conhecer a totalidade do ordenamento jurídico e isso não significa se limitar ao conjunto de normas tradicionalmente concebidas. A partir da força normativa da Constituição e da nova interpretação constitucional, existe a possibilidade de instrumentos internacionais comporem o ordenamento jurídico pátrio – por meio do § 2º do art. 5º da CF/1988 – e, por essa razão, é imprescindível o conhecimento daqueles que efetivamente foram incorporados ao direito brasileiro e, conforme se viu, do entendimento consolidado pela Corte IDH a seu respeito.

A responsabilidade por essa observação não se isola nas mãos do Poder Judiciário. A tarefa precisa ser cumprida em conjunto com os demais Poderes. Relativamente ao Legislativo, a título de exemplo, dose extra de atenção necessita ser empregada a fim de evitar a produção de normas que contrariem previsões convencionais de direitos humanos internamente incorporadas, o que, no caso concreto, pode acarretar grande ofensa à dignidade humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Nesse contexto, importa destacar, ainda que brevemente, um instru-

mento que revela singular auxílio para a efetivação de direitos humanos e fundamentais no cenário delineado pelos aspectos do neoconstitucionalismo. Trata-se do controle jurisdicional de convencionalidade.

O controle de convencionalidade é objeto de estudo recente da doutrina brasileira. Possui como marco teórico a sistematização realizada por Valério de Oliveira Mazzuoli (2009; 2013), voltada, especificamente, à atividade realizada pelo Poder Judiciário.⁷ Referido autor explica que o controle de convencionalidade pode ser praticado tanto no âmbito interno de um Estado quanto externamente. No primeiro caso, fica a cargo das três esferas de Poder: Executivo, Legislativo e Judiciário. Já no plano internacional, a responsabilidade por sua aplicação se direciona para alguma Corte internacional cuja competência o país tenha se submetido, a exemplo da Corte IDH, no caso do Estado brasileiro.

Como o foco do presente enredo se concentra na atuação do Poder Judiciário e, em especial, de seu órgão de cúpula – o Supremo Tribunal Federal –, é necessário considerar seu modo de operação no controle de convencionalidade. Assim, principalmente no âmbito dos direitos humanos, por meio do controle jurisdicional de convencionalidade, a autoridade judicial exerce a compatibilidade entre a norma interna (em sentido lato), e os parâmetros aplicáveis ao controle (MAZZUOLI, 2013). Tais parâmetros englobam não apenas a normativa de tratados internacionais incorporados pelo Estado-parte que realiza aludido exercício, mas também a interpretação e jurisprudência fixadas pela Corte internacional que tenha competência reconhecida por referido Estado, conforme anteriormente apontado.⁸

Diante disso, quando a norma objeto de controle não se alinha às previsões dos parâmetros aplicáveis ao exercício, o Poder Judiciário deve afastar sua aplicação, uma vez que será inconveniente (SAGÜÉS, 2009, p. 03). Na verdade, há uma relação de complementariedade, pois ocorre uma dupla verificação de compatibilidade, de maneira que uma norma somente encontrará

⁷ Ramos (2014) também se dedica ao tema, porém, para ele, referido controle somente se caracteriza no âmbito internacional.

⁸ Para Mazzuoli, esse conjunto jurisprudencial integra o “bloco de convencionalidade”, cuja função é servir de referência para a atuação judicial pátria quando do exercício de compatibilidade da produção normativa doméstica com os TIDH (2013).

validade interna quando adequada à Constituição e aos TIDH ratificados e em vigor no país. (MAZZUOLI, 2013).

Percebe-se, portanto, que referido instrumento pode caminhar ao lado da força normativa da Constituição, da jurisdição constitucional e da nova interpretação constitucional, pois reúne condições para fortalecer o propósito de efetivar e garantir direitos fundamentais pela atuação judicial nesse sentido, conferindo-lhe melhor embasamento.

No entanto, não se pode olvidar que, para uma atuação judicial responsável - também no que tange à aplicação do controle de convencionalidade -, é imperiosa a submissão ao controle da atividade desempenhada, condição necessária para sua legitimação. Para Santos (2006, p. 48), “A Jurisdição Constitucional tem, em sua atividade, um relacionamento estreito com o elemento político. Por isso, é prudente que se cuide para fugir de qualquer tentação ou abuso desse poder”. A possibilidade deste controle se concretizar é viabilizada, por exemplo, a partir do “cumprimento rigoroso do dever constitucional de motivação das decisões (art. 93, IX, CF/1988)” (CAMBI, 2012, p. 93).

Finalmente, de acordo com Cambi, também é necessário “sedimentar a noção da reserva da consistência, que exige que o Judiciário formule critérios seguros para a concretização de direitos fundamentais [...]” (2012, p. 93). Nesse sentido, portanto, a aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade também se mostra extremamente adequada, pois a finalidade da reserva de consistência pode ser alcançada quando o Judiciário se utiliza dos critérios para a concretização de direitos fundamentais definidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente enredo permitiu o esclarecimento a respeito da dinâmica com que se reveste o direito constitucional contemporâneo. Dentre seus aspectos teóricos, foi possível compreender a relação existente entre a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e os novos instrumentos disponíveis para o exercício da hermenêutica constitucional.

Diante disso, interessante observar o atual destaque atribuído ao pa-

pel do Poder Judiciário, principalmente no que tange às demandas cujos objetos giram em torno da concretização de direitos fundamentais. Para o êxito de suas tarefas, notável respaldo é encontrado a partir da força normativa da Constituição e da interpretação característica do novo direito constitucional.

Nesse ínterim, quanto à hermenêutica constitucional, o caráter valorativo e principiológico de sua normativa permitem que o responsável por sua aplicação promova a máxima proteção e garantia dos direitos violados no caso concreto. A abertura material da Constituição exerce valiosa contribuição para tanto, pois, ao admitir que a ordem jurídica interna reconheça e incorpore direitos e garantias previstos nos tratados (principalmente) de direitos humanos, o intérprete passa a ter um reforço para a legitimidade de sua atuação nesse sentido.

Por fim, vislumbra-se a figura do controle jurisdicional de convencionalidade, cujo exercício pode contribuir sobremaneira para a efetiva e correta aplicação dos Tratados de Direitos Humanos no direito brasileiro quando do auxílio na interpretação constitucional. Entretanto, vale dizer, a concretização de tal finalidade pressupõe, além do controle ao qual o Poder Judiciário normalmente deve se submeter, um aperfeiçoamento da jurisdição constitucional no sentido da – imperiosa – necessidade de conhecer o conteúdo dos Tratados incorporados ao Direito brasileiro, bem como a jurisprudência que a Corte IDH fixa a seu respeito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Themis - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, v.4, n.2, p.13-100, 2006. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/241>>. Acesso em: 01 maio 2017.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Revista Estudos Avançados*, 18, 51, p. 127-150, 2004.

CAMBI, Eduardo. Protagonismo Judiciário Responsável. *Argumenta (Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP)*, Jacarezinho, n. 16, p. 83-97, 2012.

CAMBI, Eduardo; PEREIRA, Fabrício Fracaroli. Estratégia nacional de prevenção e de redução de litígios. *Revista de Processo*, v.237, p.435, nov. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Réquiem para uma Constituição. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Edição especial em comemoração aos 10 anos de Constituição Federal. Set. 1998. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista/tes2.htm>>. Acesso em: 01 maio 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos Tratados*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. Coleção Direito e ciências afins. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2013. v.4.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 18, pp. 113-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>> . Acesso em: 01 jul. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC) - Revista do Programa de Pós-Graduação “Lato Sensu” em Direito Constitucional*. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), São Paulo, n.19, pp. 67-93, jan./jun. 2012. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf)>. Acesso em: 01 mar. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os Tratados de Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, pp. 241-286, jan./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67857/70465>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez., 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional* (Teoria, história e métodos de trabalho). Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos do século XXI*. In: Org. MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2006.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista brasileira de direito constitucional* – RBDC, n. 09, jan./jun. 2007.

O IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E SERVIÇOS, SUAS COMPARAÇÕES COM OS IMPOSTOS INTERNACIONAIS E SEUS REGIMES DE TRIBUTAÇÃO

LEONARDO DE OLIVEIRA SIMÕES¹

RESUMO

Tem como objeto de estudo do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS) no Brasil. Busca-se uma análise, por meio da utilização do Direito do Tributário, Direito Constitucional e tributação do ICMS, fomentar a discussão que servirá de norte para a conclusão da dogmática apresentada. Este trabalho objetiva o estudo do aludido tema, para demonstrar no que consiste o ICMS, os princípios que o cercam e suas diferenças com os impostos internacionais. Foi utilizado o método dedutivo e pesquisa bibliográfica. O desenvolvimento do trabalho se deu por um breve levantamento histórico do Federalismo, a maneira como o nosso país adotou para se organizar politicamente em forma de federação e o modo em que o Ente Soberano, por meio de sua Carta Magna, distribuiu a competência tributária aos entes federativos. Por fim, passou-se ao estudo do ICMS em si, bem como de suas peculiaridades, formas de tributação, semelhanças e diferenças com os impostos internacionais.

PALAVRAS-CHAVE

Federalismo Fiscal; Entes Federativos; ICMS.

¹ Graduando em Direito pelo UNIVEM.

INTRODUÇÃO

Atualmente, é correto mencionar que em nosso país existem diversos tributos, dentre eles os impostos, os quais são divididos em sua competência, quais sejam Municipais, Estaduais e Federais.

Nesta toada, no que tange aos Estados-membros e Distrito Federal, impende consignar que a maior arrecadação provém do imposto denominado ICMS - Imposto sobre circulação de mercadoria e prestação de serviços.

Ocorre que, tendo em vista que o ICMS é um imposto de competência Estadual, os Estados possuem determinada liberdade para arrecadá-lo. Desta forma, dependendo do interesse de cada Estado-membro ou Distrito Federal, estes concedem a certas empresas privadas benefícios fiscais, tais como isenções ao recolhimento deste tributo, modificação da base de cálculo, reduzindo o valor do ICMS para que, assim, recebam maiores investimentos privados em seu território.

Deste modo, utilizando-se do método dedutivo de pesquisa e por meio de pesquisas bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais, este trabalho objetiva o estudo do aludido imposto, para demonstrar no que consiste o ICMS, seus regimes de tributação e suas semelhanças e diferenças com os impostos internacionais IVA e *Sale Tax*.

Diante disso, em um primeiro momento, no Capítulo 1, será analisada a forma como o Brasil optou por se estruturar politicamente, adotando a forma de Federação, estudando o federalismo fiscal e a divisão de competência tributária em nosso país e, assim, o ICMS propriamente dito.

Após, no intuito de entender o ICMS, o presente trabalho ocupar-se-á com o estudos dos institutos que estruturam sua formação, isto é, o princípio da não-cumulatividade, as formas de compensações desse imposto, suas diferenças com os impostos semelhantes estrangeiros, as operações interestaduais e os regimes de tributação nos Estados.

Com tal delineamento, será possível observar como funciona a arrecadação do ICMS no Brasil, bem como a de seus similares na Europa e Estados Unidos.

O PACTO FEDERATIVO E A DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA NO BRASIL

O nosso País optou por se organizar e dividir em forma de Federação, ou seja, este é um Estado Federal, dotado de soberania perante os entes federativos que a ele deram origem.

Este Estado Federal Brasileiro é composto pela União, Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal.

Nessa seara, tamanha é importância para o nosso País que tal estrutura está consagrada no artigo 60, § 4º, inciso I de nossa Constituição Federal, possuindo o *status* de Cláusula Pétrea, ou seja, não pode ser abolida ou modificada.

Isso quer dizer que os Estados Federados que se uniram numa Federação com a finalidade de preservarem suas personalidades políticas não podem, à sua revelia, ser divididos, desmembrados ou incorporados a outros. (CARRAZZA, 2002, p.125)

Tendo em vista que o Brasil optou pela adoção do sistema federalista, podemos observar que a União e os Estados-membros são entes autônomos, ocupando o mesmo plano hierárquico, devendo receber o mesmo tratamento jurídico-formal. A única diferença existente se dá nas competências distintas que receberam da Constituição Federal. (CARRAZZA, 2002, p.123)

Por força do aludido, os Estados-membros possuem a faculdade de se auto-organizarem, o que fazem por meio de suas próprias Constituições, as quais, em obediência ao pacto federativo, devem seguir os mandamentos da Lei Maior.

Portanto, estamos diante de uma autonomia relativa. “A Constituição Federal, como já acenamos, demarca sua faculdade constituinte, mediante a repartição de competências entre a ordem jurídica parcial central (a União) e as ordens jurídicas parciais periféricas (os Estados federados).” (CARRAZZA, 2002, p.133)

Assim, o Estado Brasileiro (soberano) também impõe restrições à autonomia dos Estados-membros, ainda que todas estas não estejam expressamente previstas. Vejamos:

Portanto, as Constituições dos Estados-membros devem observar, incontendivelmente, os princípios sensíveis, previstos no art. 34, VII, da Lei Maior, que, se desconsiderados,

rendem ensejo à sanção política da intervenção federal. Mas o constituinte estadual há de obedecer, também, a outros princípios não enumerados mas estabelecidos no Texto Magno, que limitam a autonomia organizatória dos Estados-membros e cujo desrespeito acarreta a inconstitucionalidade da norma contida na Constituição do Estado. (CARRAZZA, 2002, p.134)

Há de se ressaltar, ainda, que os Estados-membros não são autônomos apenas em relação à União, mas também entre si. Desse modo, não importa o seu tamanho, riqueza ou população, devendo todos ser tratados isonomicamente, possuindo as mesmas prerrogativas e obrigações e participando, de igual modo, da formação da vontade nacional. (CARRAZZA, 2002)

Pois bem, como dito, é por meio de sua Lei Maior que o Estado Federal exerce sua soberania sobre os entes federados. Logo, em nosso Estado Brasileiro não poderia ser diferente.

Isso porque, em razão da distribuição de competência contida na Constituição Federal, não existe hierarquia entre os entes federativos, conforme ensina CARRAZA:

Desdobrando melhor estas idéias, no Brasil, por obra e graça do princípio federativo – verdadeira coluna mestra de nosso sistema jurídico –, convivem harmonicamente (e nisto estamos com Kelsen) a ordem jurídica global (o Estado Brasileiro) e as ordens jurídicas parciais, central (União) e periféricas (os Estados-membros). Esta múltipla incidência só é possível por força da cuidadosa discriminação de competências, levada a efeito pela Constituição Federal. (CARRAZZA, 2002, p.122)

Assim, verifica-se que a Carta Magna de nossa Federação, a exemplo do que ocorre em outras, traçou normas gerais, obrigando seus entes a segui-las igualmente. Neste palmilhar, resta claro que o federalismo no Brasil traz consigo a autonomia dos entes federados.

Deste modo, inexistente hierarquia jurídica entre os entes federativos. Todos são pessoas jurídicas dotadas de plena capacidade política, enquanto atuam dentro de suas esferas de competência, constitucionalmente traçadas. Portanto, a har-

monia deve presidir a convivência dos entes federativos (pessoas políticas). Há, alias, implícita na Constituição Federal a idéia de que desta convivência harmoniosa resultará o bem de toda a Nação. (CARRAZZA, 2002, p.125)

Desta forma, impende consignar que, por força do pacto federativo, em se tratando de matéria tributária, em nosso País, não pode a União invadir a competência dos Estados, e estes desta. Além disso, conforme mencionado, os Estados também não podem se apossar da competência tributária uns dos outros.

Por serem autônomos, cada ente federativo deve instituir e arrecadar, em caráter privativo, o tributo que lhe foi atribuído pela Constituição Federal, sem que os demais entes interfiram nessa autonomia, uma vez que, por meio desta competência, conseguirão suprir suas necessidades. “Nossa Carta Magna estruturou o País sob a forma de Federação e, para reforçá-la, repartiu as competências legislativa (inclusive as tributárias) entre a União e os Estados-membros.” (CARRAZZA, 2002, p.140)

Em nosso ordenamento jurídico, a competência para criação de tributos foi distribuída apenas (privativo) para as pessoas políticas (União, Estados, Município e Distrito Federal):

Tem competência tributária, no Brasil, as pessoas políticas, ou seja, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Isto porque só elas possuem Legislativo Próprio. E, como procuramos demonstrar, é o Poder Legislativo – e apenas ele – que, em nosso ordenamento jurídico, está credenciado a criar tributos. (CARRAZZA, 2002, p.24)

Como veremos a seguir, o tributo a que hoje chamamos de ICMS é de competência dos Estados-membros e Distrito Federal e anteriormente era conhecido apenas como ICM, uma vez que este incidia tão somente em relação à circulação de mercadoria:

Antes da Constituição Federal de 1988, o tributo denominava-se ICM, por incidir apenas sobre a circulação de mercadoria. Com a Nova Carta Magna, foram acrescidos em seu campo de incidência dois serviços, o de transporte interestadual e inter-

municipal e o de comunicação. Daí o acréscimo da letra “S” à sigla, de forma que, a partir do advento da nova ordem constitucional, passou a existir o ICMS. (ALEXANDRE, 2015, p.608)

Assim, o ICMS passou a existir com o advento da Constituição Federal de 1988. Atualmente, pode-se afirmar que este imposto possui a maior arrecadação no país. Dada esta enorme importância, para a fixação de sua alíquota, devem os Estados e Distrito Federal entrarem em acordo, observando sempre as disposições do Senado Federal. Daí tem-se que este, ainda que se trate de um tributo Estadual, possui características Federais:

Apesar do ICMS ser de competência estadual, possui características nacionais, tendo em vista que questões importantes são resolvidas de comum acordo entre os Estados e o Distrito Federal, quando não pela lei complementar, ou pela Resolução do Senado Federal na fixação de alíquotas. (CASSONE, 2011, p. 342)

Isso ocorre pelo fato de que, neste tributo, estão elencados ao menos cinco tipos diferentes de impostos que emanam da circulação de mercadoria e serviços, motivo este que quando agregados, denominaram a sigla conhecida como ICMS, são eles: “o imposto sobre operações mercantis; o imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; imposto sobre serviços de comunicação; imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica e o imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais” (CARRAZZA, 2002, p. 30/31)

Como mencionado, os impostos são devidos posteriormente a ocorrência de um fato gerador. Neste caso, a circulação de mercadorias, bem como a prestação dos serviços sobreditos (transporte interestadual, comunicação, dentre outros) precede a tributação do ICMS, uma vez que este será devido apenas quando estes fatos o gerar. (SABBAG, 2011, p. 1007)

O referido imposto está previsto no artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, artigo este que atribui aos Estados e Distrito Federal a competência para instituir o ICMS, como leciona Alexandre:

A Constituição Federal, no seu art. 155, II, atribui aos Estados e ao Distrito Federal competência para instituir o imposto

sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. Trata-se do ICMS, o tributo de maior arrecadação do Brasil. (ALEXANDRE, 2015, p. 608)

Para entendermos em que consiste o ICMS, importante se faz analisar o conceito de mercadoria, uma vez que esta representa o aspecto nuclear deste imposto:

As coisas móveis, objeto de circulação comercial, são chamadas de mercadorias. E há outras coisas móveis que não são consideradas mercadorias para fins de tributação. A diferença, entre mercadorias e outras coisas que não são mercadorias, é de destinação. (CASSONE, 2011, p.342)

Neste sentido, o STF, mediante ao voto do Ministro Cunha Peixoto teve a oportunidade de se manifestar acerca do que consiste a mercadoria, adotando, para tanto, os conceitos de Carvalho de Mendonça e Fran Martins (CASSONE, 2011, p. 342):

A coisa, enquanto se acha na disponibilidade do industrial, que a produz, chama-se produto manufaturado ou artefato, passa a ser mercadoria logo que é objeto de comércio do produto ou do comerciante por grosso ou a retalho, que a adquire para revender a outro comerciante ou a consumidor; deixa de ser mercadoria logo que sai da circulação e se acha em poder do consumidor. (RE 79.951-SP, RTJ 78/2015)

Nota-se, portanto, que a mercadoria é o objeto nuclear do ICMS, uma vez que, sem esta, sua tributação não incidirá, pois, para isso, deve necessariamente acontecer os fatos geradores aludidos, os quais, em sua maioria estão ligados a mercadoria, como à circulação e os transportes de mercadoria entre os estados e municípios (interestaduais e intermunicipais).

Neste palmilhar, em que pese suas características federais, posteriormente a decisão de que este seria um imposto Estadual, este trouxe à baila uma nova polêmica, agora no que tange às operações interestaduais, visto que ninguém sabia ao certo de quem seria a arrecadação quando a operação fosse realizada por contribuintes de Estados diferentes, ou seja, ao Estado produtor

ou ao Estado adquirente.

Segundo Alexandre (2015, p. 623), a primeira solução encontrada para este imbróglio favoreceu os Estados produtores, neste caso os mais desenvolvidos. Já a segunda solução proposta, favorecia também os Estados em que ocorreria o consumo, haja vista que esta incrementaria na arrecadação dos Estados menos desenvolvidos, contribuindo assim, para a diminuição das desigualdades regionais, um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Desta forma, após discussões ocorridas na Assembleia Nacional Constituinte, venceram os Estados produtores, entretanto, os Estados consumidores também foram beneficiados:

Nas discussões ocorridas na Assembleia Nacional Constituinte, venceram os Estados produtores (mais desenvolvidos), mas em contrapartida foram criadas regras que garantem que nas operações interestaduais realizadas entre contribuintes boa parte da arrecadação da cadeia produtiva ficará com o Estado em que irá ocorrer o consumo. (ALEXANDRE, 2015, p. 623)

Nesta seara, quando acontece a circulação de mercadoria por meio de operações interestaduais, ou seja, entre dois Estados diferentes, como visto, a arrecadação da cadeia produtiva fica com ambos os Estado, cada qual com a sua parcela.

Desta forma, em se tratando de Guerra Fiscal, tema principal deste trabalho, temos que esta terá início nas operações interestaduais, haja vista que quando ocorrido o fato gerador necessário para a incidência do tributo anteriormente mencionado, os Estados e Distrito Federal concederão isenções ou reduções em sua base de cálculo, anulando ou diferenciando as alíquotas, levando à redução, ou até mesmo à não tributação do ICMS. Tal prática acontece com o intuito de seduzir as empresas a se instalarem no Estado redutor.

O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE AFETO AO ICMS, SUAS COMPARAÇÕES COM OS IMPOSTOS INTERNACIONAIS E OS REGIMES DE TRIBUTAÇÃO NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS

No que tange ao ICMS, importante se faz comentar acerca de sua mais importante peculiaridade, qual seja o princípio da não-cumulatividade.

Isso porque, tal princípio, positivado no artigo 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal, é considerado por nossa Lei Maior como uma das marcas características desse imposto, motivo pelo qual não pode ter seu alcance diminuído ou anulado por outras normas infraconstitucionais. Vejamos:

O ICMS deve necessariamente sujeitar-se ao princípio da não-cumulatividade, que, tendo sido considerado, pela Constituição, um traço característico deste tributo, não pode ter seu alcance nem diminuído, muito menos, anulado por normas infraconstitucionais. (CARRAZA, 2002, p. 247)

Como afirma CARRAZA (2002), o princípio da não-cumulatividade está voltado contra os Estados e Distritos Federais – entes competentes para instituição do ICMS – em razão de que cada operação deste imposto implica no surgimento de um crédito aos contribuintes, que poderá ser utilizado para o abatimento do pagamento do ICMS.

Por estar contido em nossa Carta Magna, o princípio traz uma regra a ser seguida, não abrindo margem para que o Poder Legislativo infraconstitucional deixe de segui-lo, ou seja, trata-se de uma ordem, devendo esta ser observada em cada caso de incidência do imposto em análise.

Logo, o direito à não-cumulatividade deve ser respeitado, não podendo ser negado ao contribuinte o abatimento na arrecadação do ICMS, uma vez que este decorre de nosso Texto Maior.

Nessa seara, caso o abatimento não lhe for concedido “o contribuinte poderá, com base exclusivamente na Lei Maior, fazer valer seu direito constitucional à não-cumulatividade” (CARRAZA, 2002, p. 248).

Com efeito, notamos que o aludido princípio traz um benefício ao contribuinte (de direito e de fato), o qual não pode ser limitado, seja pelo Poder Legislativo, seja pelo Executivo, visto que este implica na redução dos preços finais da mercadoria antes tributada.

É o que leciona CARRAZA (2002, p. 249):

Por meio do princípio da não-cumulatividade do ICMS o Constituinte beneficiou o contribuinte (de direito) deste tributo e, ao mesmo tempo, o consumidor final (contribuinte de fato), a quem convêm preços mais reduzidos ou menos gravemente onerados pela carga tributária.

Por outro lado, quando falamos de ICMS, o princípio da não-cumulatividade comporta exceções à regra alhures mencionada, as quais estão previstas no artigo 155, § 2º, inciso II, alíneas “a” e “b” da Constituição Federal. Tal dispositivo preconiza que, quando se tratar de isenção ou não incidência do imposto, não haverá créditos para compensação ou estes serão anulados:

A exceção – ao permitir a Constituição o estorno – apenas devolve ao legislador infraconstitucional a decisão política de graduar o incentivo, as isenção ou a não-incidência. Os favores fiscais podem, assim, ser graduados pela pessoa que os concede. Se mantido integralmente os créditos, o incentivo será amplo; se reduzidos ou estornados, o incentivo terá alcance limitado. Em nenhuma hipótese, a decisão da lei prejudicará o contribuinte, nem transferirá o ônus do imposto ao contribuinte, pois o incentivo é um favor que poderá ser mais ou menos restrito. Apenas isso. Examinemos o teor das exceções admitidas pela Constituição Federal. Referem-se elas, invariavelmente, a benefícios fiscais como isenção ou não incidência, ficando claro que, onde houver incentivo, caberá ao legislador complementar ou conveniente que concede o favor graduá-lo, de modo que o estorno dos créditos relativos às operações anteriores, assim como a outorga de crédito presumido, constituirão decisão política a ser adotada, caso a caso, pela lei ou convênio. (BALEEIRO, 2010, p.421)

Portanto, estas são as únicas exceções que podem ser adotadas ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, verificando que, de acordo com aludido, não foram estas advindas do legislador infraconstitucional, muito pelo contrário, o próprio Texto Maior quem as trouxe ao cotidiano, impondo ao legislador apenas a possibilidade de ampliar ou restringir os benefícios fiscais.

Tais exceções, tão como o próprio princípio, mais uma vez foram concedidas pela Carta Constitucional em favor dos contribuintes, haja vista que, sem estas, os contribuintes não obteriam vantagens como isenções ou não incidência do imposto concedida pelos legisladores.

De acordo com o princípio da não-cumulatividade, o imposto já devidamente recolhido pelos demais contribuintes da cadeia tributária, será compensado ao que ainda deverá recolher, de modo que este não exceda a alíquota de cada Estado.

Pois bem, para que essas compensações ocorram, o sistema adotado será o de abatimento ou deduções. (CARRAZZA, 2002, p. 249)

Desta forma “o ICMS será “não-cumulativo” simplesmente porque em cada operação ou prestação assegurada ao contribuinte, de modo peremptório, pela própria Carta Suprema, uma dedução (abatimento) correspondente aos montantes cobrados nas operações ou prestações anteriores.” (CARRAZZA, 2002, p. 249/250)

Impende consignar que, para a ocorrência da compensação (abatimento), não se faz necessário que os créditos tenham sido efetivamente recolhidos nas operações anteriores, ou seja, caso algum contribuinte deixe de recolher sua parte do imposto ou este não for lançado, em nada prejudicará o contribuinte futuro, exceto quando a falta de pagamento ou lançamento estiver vinculado com isenção ou não-incidência do tributo (exceções ao princípio da não cumulatividade já delimitada nesse capítulo).

Sendo assim, verifica-se que o abatimento ou compensação é garantia constitucional, independentemente das operações anteriores, de modo que esta pode ser considerada como obrigatória. (CARRAZZA, 2002, p. 251)

Não obstante, a incidência de compensação também não está vinculada à mesma mercadoria, basta, apenas, existir créditos das operações anteriores para que esta aconteça:

A Constituição alude a cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços e compensação do montante cobrado nas (operações ou prestações) anteriores, sem registrar, em nenhum momento, que ditas operações ou prestações devem estar ligadas ou dizer respeito à mesma mercadoria ou serviço que o contribuinte impulsiona em direção ao consumo ou ao uso”. (ARZUA, *Créditos de ICMS e IPI*, Revista de Direito Tributário 64, p. 256)

Com efeito, ao contribuinte é conferido o direito de compensar ou abater, do montante devido de ICMS, o que foi devido por outros contribuintes, que lhe prestaram serviços ou forneceram mercadorias, estabelecendo, assim, uma relação de crédito/débito. (CARRAZZA, 2002, p. 252)

Assim, levando em consideração as operações ocorridas em determinado período, calcula-se os débitos e créditos. Se esses forem superiores aque-

les, existirá a obrigação de se recolher o imposto, caso contrário, o contribuinte nada recolherá, podendo, ainda, utilizar o crédito como abatimento de operações futuras:

A não-cumulatividade no ICMS leva em conta as operações ou prestações realizadas num dado período de tempo (no mais das vezes, de trinta dias). Sendo os débitos superiores aos créditos, há imposto a recolher. Do contrário, isto é, se os créditos forem maiores que os débitos, inexistirá imposto a pagar, senão créditos a transferir para o próximo período de apuração. (CARRAZZA, 2002, p. 252)

Conclui-se, portanto, não ser necessário para a compensação que os créditos e débitos provenham da mesma natureza – mesma mercadoria – quando o contribuinte possuir mais créditos do que débitos, além de não recolher o imposto, ainda utilizará o valor à maior para futuras compensações.

Ao versar sobre a compensação, nossa Carta Magna trouxe a ideia de que esta é resultado da subtração entre o montante de imposto devido e o montante de imposto anteriormente cobrado. (CARRAZZA, 2002, p. 253)

Logo, no que diz respeito ao ICMS, quando esta subtração for positiva, haverá imposto a recolher, contudo, se esta não o for, inexistirá a obrigação de recolhimento pelo contribuinte.

O realizador da operação ou prestação tem o direito constitucional subjetivo de abater do montante de ICMS a recolher os valores cobrados (na acepção acima fixada), a esse título, nas operações ou prestações anteriores. O contribuinte, se for o caso, apenas recolher, em dinheiro, aos cofres públicos, a diferença resultante desta operação matemática. (CARRAZZA, 2002, p. 253/254)

A apuração do saldo devedor, por meio da diferença entre saídas e entradas de mercadorias apenas assegura ao contribuinte o direito Constitucional a não-cumulatividade, ou seja, a abater e compensar o montante devido nas operações anteriores. (CARRAZZA, 2002, p. 255)

Assim, nota-se que a base de cálculo do ICMS é justamente o valor da operação/prestação realizada.

A título de exemplo, caso a alíquota – devidamente fixada em lei es-

pecífica – do imposto sobredito for de 18%, o Estado-membro terá o direito de arrecadar esse valor de ICMS em sua totalidade.

Nesta seara, os valores recolhidos pelos contribuintes anteriores tornam-se crédito aos contribuintes seguintes, os quais o abaterão da quantia que devem recolher a título de ICMS. Daí a não-cumulatividade do ICMS.

O direito à compensação não se limita ao as vendas com lucro, ou seja, quando o produtor, fornecedor efetua uma venda com prejuízo, este não perde o direito Constitucional até aqui exposto:

Melhor dizendo, se, na série de operações que levam a mercadoria do produtor ao consumidor final, houver alguma “com prejuízo”, nem assim o direito ao crédito se esvai (ou deve ser “estornado”, na terminologia fazendária). Pelo contrário, o crédito não-utilizado, na “venda com prejuízo”, é totalmente aproveitável na operação (ou prestação) seguinte, tributável por meio de ICMS. (CARRAZZA, 2002, p. 256/257)

Ainda que o contribuinte tenha efetuado venda com preço inferior ao de aquisição da mercadoria, não terá seu direito a não-cumulatividade restringido. (CARRAZZA, 2002, p. 257)

Vale dizer que o referido princípio não deve ser mitigado pela destinação dada à mercadoria, aos bens ou serviços.

Isso porque a destinação às operações acima citadas é irrelevante, não podendo esta incorrer em qualquer modificação ou restrição ao direito do contribuinte à não-cumulatividade.

Tais abatimentos e compensações ocorrem por meio da chamada “conta corrente fiscal”. Se os recolhimentos efetuados pelos contribuintes ultrapassaram a alíquota alhures mencionada, possuirá as operações futuras créditos a compensar e não débitos a recolher, caso contrário, deverá o contribuinte efetuar o pagamento de sua parcela do ICMS.

Desta forma, segundo os ensinamentos dos doutrinadores, a Constituição Federal adotou para o ICMS o sistema “imposto contra imposto”, *in verbis*:

Conforme vemos, a Constituição submeteu o ICMS ao sistema “imposto contra imposto”, e não o sistema “mercadoria contra mercadoria”. Desta forma, o contribuinte, para calcular o montante de ICMS a recolher, deve subtrair, periodicamen-

te, de todos os débitos (causados por saídas de mercadorias, bens e serviços tributáveis), todos os créditos (provenientes de entradas de mercadorias, bens e serviços tributáveis). Se o resultado for negativo, isto é, se os créditos forem superiores aos débitos, há saldo credor a transferir para o período de apuração subsequente. (CARRAZZA, 2002, p. 257)

Noutro giro, importante observar as diferenças existentes entre o imposto ICMS e os tributos cobrados em solos internacionais, tais como o europeu, conhecido como Imposto Sobre Valor Agregado (IVA) e o norte-americano, denominado *Sale Tax*.

A Europa, em 1960 instituiu o Imposto Sobre Valor Agregado em toda Comunidade Européia, harmonizando, assim, os impostos sobre o consumo em seu território.

O aludido imposto fora recomendado aos Estados Unidos pelo Professor Thomas S. Adams, todavia, sem qualquer sucesso. (YAMASHITA, 1999)

Nesse imposto, incidem sobre o valor agregado dado às mercadorias, serviços ou bens entre as operações e não sobre todas essas como ocorre com o ICMS.

Ensina CARRAZZA (2002, p. 254) que “o imposto sobre valor agregado caracteriza-se, nos patamares do Direito, por incidir sobre a parcela acrescida, ou seja, sobre a diferença positiva de valor que se verifica entre duas operações em seqüência, alcançando o novo contribuinte na justa proporção do que ela adicionou ao bem.”

Destarte, diferentemente do que ocorre com o ICMS, caso o contribuinte efetue uma venda abaixo do custo, não será necessário o recolhimento do aludido imposto europeu, uma vez que este não agregou o valor como deve acontecer para sua incidência.

No que concerne à não-cumulatividade, o imposto IVA também possui essa característica, utilizando-se da técnica da subtração ou diferença imposto-contrainposto para apuração do valor agregado. (BALEIRO, 2010, p. 420)

Com efeito, no Imposto Sobre Valor Agregado, para que as deduções ocorram, é necessário algumas condições formais e materiais, como:

- a fatura que o fornecedor deve emitir em favor do contribuinte conterá, entre outras menções, obrigatoriamente, a alíquo-

ta aplicável, o preço líquido da mercadoria, livre de imposto e o montante do TVA, montante esse passível de dedução;

- outros documentos, como a declaração de importação ou de aquisição intracomunitária, na hipótese de incidência do imposto nas importações ou compras feitas a outro país da Comunidade Européia;
- que a operação subsequente seja tributada, havendo estorno do crédito nas isenções em geral, exceção feita ao caso das exportações;
- que a fatura ou documento equivalente corresponda a uma operação real, efetivamente ocorrida, não fictícia;
- que o imposto registrado seja devido, nem se tratando de operação isente, nem havendo aplicação de alíquota incorreta.
- que a dívida de imposto tenha nascido juridicamente, tratando-se de tributo devido e exigível;
- que o imposto tenha incidido sobre bens e serviços necessários à exploração e exclusivamente a ela afetados. No último caso, entretanto, jurisprudência e doutrina atenuaram a exigência se o uso privado é acessório ou puder o contribuinte identificar a proporção de utilização profissional (caso de prédio parcialmente utilizado para fins profissionais e privados, em que poderá haver o direito à dedução proporcional). (BALEIRO, 2010, p. 427)

Portanto, pode-se afirmar que tanto o ICMS, quanto o IVA são impostos voltados ao consumo, os quais, após incidirem, irão refletir no preço final da mercadoria, levando em consideração as deduções e abatimentos ocorrido nas operações anteriores até chegar ao consumidor final.

Noutro prisma, o tributo norte-americano, denominado *Sale Tax* também reflete diretamente no preço final da mercadoria, contudo, diferentemente dos impostos até aqui mencionados, este é cobrado à parte (“por fora”) da cadeia de operações, ou seja, diretamente do consumidor final, sem que o fornecedor tenha efetuado qualquer pagamento nas operações anteriores.

Em razão disso, o *Sale Tax* é conhecido como um imposto monofásico, isto é, incide uma única vez, no preço final da mercadoria, enquanto o ICMS e IVA são tributos plurifásicos, haja vista que estes incidem em cada operação ocorrida o que, conseqüentemente, também altera diretamente o valor da mercadoria ao consumidor final.

Quando falamos de cadeia produtiva em nosso país, devemos nos lembrar que alguns tributos são recolhidos antes da venda da mercadoria ao consumidor final, tais como IPI e ICMS.

Já nos Estados Unidos, isso não acontece, visto que o *Sale Tax* é o único imposto cobrado com relação à venda e circulação de mercadorias, ou seja, em outras palavras, é como se este “englobasse” os tributos em um só.

Aliado a isso, temos que o *Sale Tax*, tal como o ICMS é um imposto Estadual, onde cada Estado-membro possui sua alíquota. A diferença nesse aspecto é que nos Estados Unidos, os Estados diferenciam a alíquota em razão da mercadoria a ser comprada.

Se o consumidor adquirir roupas a alíquota será uma, agora, se este, por exemplo, comprar bebidas, incidirá uma alíquota maior deste imposto para pagamento.

Ao invés de o *Sale Tax* ser cobrado em cada operação existente na cadeia produtiva até ser colocado a venda (ocorrendo o cálculo “por dentro”), este imposto incide uma única vez, quando da compra da mercadoria pelo consumidor final.

A título de exemplo, suponhamos que a alíquota do Estado-membro é de 6% (seis por cento), ao comprar um produto por \$ 10 (dez dólares), o consumidor, quando do pagamento, o efetuará pelo valor de \$ 10,60 (dez dólares e sessenta centavos), haja vista que ali ocorrerá a incidência do *Sale Tax*.

Assim, notamos que esse imposto não é recolhido na cadeia de operações pelos produtores ou fornecedores, ora contribuintes nas operações ocorridas no Brasil e sim pelo consumidor final quando este efetua o pagamento da mercadoria adquirida.

Há de ressaltar que, por se tratar de um imposto Estadual, o valor recolhido de *Sale Tax* é devido ao Estado em que ocorreu a compra.

Já em nosso país, tendo em vista que o ICMS é um imposto cobrado entre cada operação existente na cadeia produtiva – cálculo “por dentro” – existem algumas discussões a respeito de qual Estado-membro deve ser beneficia-

do com o seu recolhimento, o de origem ou o de destino.

Com o fito de alcançar uma harmonização em relações a tributações do ICMS, a Constituição Federal, nas operações interestaduais, adota alguns princípios para que a mercadoria, bens ou serviços não sejam tributados duas vezes, ou seja, no Estado de origem e no Estado de destino.

Segundo os ensinamentos de BALEEIRO (2010, p. 442) “o objetivo não é apenas impedir a elevação do preço da mercadoria pela transferência da dupla carga tributária, mas, sobretudo, permitir, em relação a certo Estado, que os bens advindos de outros possam concorrer em igualdade de condições com aqueles locais.”

No intuito de solucionar o problema acima exposto, existem dois regimes de tributação: o princípio da tributação exclusiva no Estado de destino, o qual é utilizado pelo mercado internacional, mais precisamente nos países da Comunidade Europeia, e o princípio da tributação única no Estado de origem, adotada pelo nosso país. (BALEEIRO, 2010, 442)

O primeiro princípio nada mais é do que as mercadorias e serviços serem tributadas apenas no Estado de destino, ou seja, estas não são tributadas em sua origem.

Para que isso ocorra, o Estado de origem devolve o imposto pago nas operações ocorridas, de modo que, assim, as mercadorias, bens ou serviços saem livres de quaisquer encargos de sua origem. Neste modelo, os Estados adquirem maior liberdade e flexibilidade em estabelecer suas alíquotas internas. (BALEEIRO, 2010, p. 442)

Noutro giro, o segundo princípio traz que as operações ocorridas de um Estado para o outro (interestadual) irão ser tributadas normalmente independente de seu destino. Em outras palavras, nas mercadorias, bens ou serviços destinados às operações interestaduais irá incidir todos os impostos do Estado de origem, razão pela qual não ocorrerá a interrupção na cadeia de operações.

Como aduzido, nessa forma de tributação é irrelevante o destino da mercadoria, bens ou serviço, havendo verdadeira integração no mercado. Esse é o regime de tributação adotado pelo Brasil no que diz respeito às operações interestadual. (BALEEIRO, 2010, p. 243)

Tal regime foi adotado porque, dessa forma, ao contrário da tributação ocorrida apenas no Estado de destino, ambos os Estados – origem e destino – são beneficiados com o recolhimento do ICMS, de modo que estes, por meio de isenções e incentivos fiscais irregulares ensejam na Guerra Fiscal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, importante observar que ao adotar a forma de federação para se organizar politicamente, o Brasil criou o Ente Supremo, o qual por meio de seu Texto Maior – Constituição Federal – distribuiu a competência tributária entre os entes federativos. T tamanha importância dessa forma de governo adotada por nosso país que a ela deu-se o *status* de cláusula pétrea, ou seja, não pode ser abolida ou modificada.

Com a divisão alhures mencionada, coube aos Estados-membros e Distrito Federal o importante papel de criação, instituição e cobrança do ICMS em seus respectivos territórios.

Com efeito, a partir dessa competência conferida pela Constituição Federal, foram traçadas características e peculiaridades a esse imposto, tais como sua não-cumulatividade e a maneira como este seria tributado, sendo adotada em nosso país, nas operações interestaduais, a forma de tributação no Estado de origem da mercadoria.

Deste modo, vale dizer que quando escolhido tal modelo de tributação para o ICMS, iniciou-se uma enorme disputa entre os Estados-membros e Distrito Federal com o intuito de conseguirem investimentos privados para seus territórios. A essa disputa foi dado o nome de Guerra Fiscal.

Conclui-se, portanto, no que diz respeito às operações interestaduais, que os benefícios e incentivos fiscais irregulares concedidos ao ICMS ensejam na Guerra Fiscal em nosso país, vez que é por meio destes que os Estados-membros e Distrito Federal diminuem a tributação do aludido imposto às empresas privadas, fazendo com que estas optem por se instalar no Estado conessor dessa redução.

REFERÊNCIAS

ALCKMIN, Geraldo; et al. **Federação e Guerra Fiscal**. 2010. 163 f. Anais do Seminário de Federação e Guerra Fiscal organizado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e pela Fundação Getúlio Vargas. Brasília. 15 set 2011.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**. 9ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

ALVES, Maria Abadia da Silva. **Guerra fiscal e finanças federativas no Brasil: o caso do setor automotivo**. 2001. 211 f. Dissertação (Mestrado)-Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas.

ARZUA, Heron. **ICMS: caráter nacional: guerra fiscal e seus mecanismos de atuação: o regime dos incentivos fiscais no ICMS**. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, Malheiros, n. 81.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

BRASIL, **Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 out. 1966.

_____. **Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975**. Convênios para a Concessão de Isenções ao ICMS. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 jan. 1975.

_____. **Sobre o CONFAZ: Conselho Nacional de Política Fazendária**. Disponível em: <http://www.sefaz.mt.gov.br/portal/confaz/?acao=sobre>. Acesso em: 19 out. 2016.

_____. **Competência**. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/menu-de-apoio/competencias>. Acesso em: 25 set. 2016.

_____. **CONFAZ**. Disponível em: <http://www.sefaz.pi.gov.br/index.php/institucional/teste>. Acesso em: 17 out. 2016.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CARRAZA, Roque Antônio. **ICMS**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CARVALHO, Osvaldo Santos de. **A “guerra fiscal” no âmbito do ICMS: considerações sobre os benefícios fiscais e financeiros concedidos pelos estados e Distrito Federal**. 2006. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. 22^a ed.: Editora Atlas, 2011.

Grandes Temas Tributários da Atualidade, 8º Simpósio Nacional IOB de Direito Tributário São Paulo, 1999.

MARQUES, Klaus Eduardo Rodrigues. **A guerra fiscal do ICMS: uma análise crítica sobre as glosas de crédito**. São Paulo: MP Editora, 2010.

MARTINS, Ives Gandra. **Estímulos Fiscais do ICMS e a Unanimidade do CONFAZ**. In. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 59, jan-abr, 2013.

DA BUSCA DA SEGURANÇA JURÍDICA POR INTERMÉDIO DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA TNU

DANIEL PULINO¹

NAYARA MARIA SILVÉRIO DA COSTA DALLEFI²

RESUMO

O presente artigo visa tratar do princípio da segurança jurídica e sua efetividade diante a Uniformização da Jurisprudência nos processos Previdenciários que tramitam nos Juizados Especiais Federais. Isto porque, a Turma Nacional de Uniformização, que será explicado sua composição e função, pacífica questões que poderiam abarrotar o Judiciário, evitando decisões conflitantes, que poderiam causar insegurança jurídica. A partir de uma pesquisa bibliográfica, pretende concluir que a TNU é um meio eficaz de uniformização concretizando a segurança jurídica nos processos de competência dos Juizados

¹ Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo – USP (1992); Mestre em Direito pela PUC/SP (1999) e Doutor em Direito Pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2007). Professor do Departamento de Direito Público da PUC/SP (admitido na carreira em 1996), com ênfase na disciplina de Direito Previdenciário.

Procurador Federal (PGF/AGU), admitido na carreira por concurso público (aprovação em 1994), em exercício atualmente na Procuradoria Federal da 3ª Região, em São Paulo. Membro eleito do Conselho deliberativo da FUNPESP-EXE (Fundação da Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo). Tem experiência na área do Direito Público, com ênfase em Direito Previdenciário.

² Doutoranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC; Mestre em Direito, pelo Programa de Estudo Pós Graduado em Direito, do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM (2016); Pós-graduada na área do Direito pela Universidade Estadual de Londrina-UEL (2012); Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, em Presidente Prudente-SP (2009). Atualmente é advogada militante e professora universitária na FAPEPE de Presidente Prudente-SP e do Curso de Pós Graduação Infoc. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil, Direito Previdenciário e Processual Civil. Coordenadora da Comissão da Assistência Judiciária de Presidente Prudente-SP (3º mandato), também na cidade de Presidente Prudente-SP. Membro do grupo de pesquisa CODIP do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM; Editora e membra da equipe de realização da revista Saber Acadêmico da Fapepe de Presidente Prudente-SP desde dezembro de 2015. E-mail: naydallefi@hotmail.com / nayradallefi@adv.oabsp.org.br

Especiais Federais, principalmente aqueles que envolvem matéria de Direito Previdenciário.

PALAVRAS-CHAVE

Princípio da Segurança Jurídica. Uniformização da Jurisprudência. Turma Nacional de Uniformização.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da segurança jurídica se faz presente no nosso ordenamento pátrio de forma explícita, assim como em diversos outros Estados Ocidentais, principalmente após o final da segunda guerra mundial e a criação com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

No Brasil, sua presença inicia no preâmbulo da Constituição de 1988 – embora sem força normativa - e também no texto constitucional, possuindo grande repercussão em vários ramos do direito, como por exemplo no Direito Tributário, Previdenciário e Processual Civil.

No presente trabalho, sua relação será no âmbito do direito processual previdenciário, com ênfase na questão da uniformização da jurisprudência diante as questões levadas à Turma Nacional de Uniformização, dos processos de competência do Juizado Especial Federal.

Desta feita, a partir de uma pesquisa bibliográfica, com método histórico-dedutivo, será verificada a efetividade dos processos em grau de recurso, que vão a Turma Nacional de Uniformização, em prol de estabelecer maior segurança jurídica no direito previdenciário.

Para explicar o tema, será abordado quais são as possíveis ações que podem chegar a TNU, abordando os aspectos da competência dos processos levados ao Juizado Especial Federal, principalmente de ordem previdenciária.

Por fim, será verificado se haverá a efetivação do direito, em casos de ações previdenciárias que chegam à TNU, para julgamento e pacificação da jurisprudência, proporcionando maior segurança jurídica para aqueles que buscam no Poder Judiciário, a solução para a garantia de seus direitos.

2. DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A busca pela concretização do princípio da segurança jurídica é verificada em todos Estados, independentemente da ideologia da ideologia política e jurídica preconizada, como uma forma de garantir o direito.

Importante pontuar que o presente artigo, não pretende dizer qual ideologia política – ex: nazista, comunista, fascista, democrática, etc – é melhor para ser adotada em nome da segurança jurídica, e sim, analisar o referido prin-

cípio dentro do Estado Democrático de Direito Brasileiro, voltado para a uniformização da jurisprudência, dentro das ações de competência dos Juizados Especiais Federais, com ênfase no Direito Previdenciário.

Nessa toada, falar em segurança jurídica de acordo com a presente pesquisa voltada para a uniformização da jurisprudência visa possibilitar que relações jurídicas dentro do direito previdenciário sejam mais justas. Isto porque, segundo Theodoro Junior (2008, p.262) “[...] o mundo do Direito, portanto, não é da Justiça (em seu feitiço absoluto). É o da segurança. Sem justiça alguma o Direito – é verdade – encontrará dificuldades para manter seu projeto de pacificação social. Sem segurança, porém, o Direito simplesmente não existe”.

Em epítome, o direito pátrio consagra o princípio da segurança jurídica, desde o preâmbulo – embora não tenha força normativa³ – da Carta Magna de 1988, perlustrando sobre o princípio no texto constitucional, levando a doutrina e a jurisprudência consagra-lo na aplicabilidade do direito, em prol da sua efetividade. Neste diapasão, Ávila (2011, p.64), ensina ser o princípio da segurança jurídica “um elemento objetivo do ordenamento jurídico [...] um meio de garantir a dignidade da pessoa humana”⁴.

³ Consta do voto do Ministro Cesar Veloso, relator da ADI 2076-5 AC: “[...] O preâmbulo, segundo Jorge Miranda, ‘proclamação mais ou menos solene, mais ou menos significativa, anteposta ao articulado constitucional não é componente necessário de qualquer Constituição, mas tão somente um elemento natural de Constituições feitas em momentos de ruptura histórica ou de grande transformação político social’. (Jorge Miranda, ‘Estudos sobre a Constituição’, p. 17). Teria o preâmbulo relevância jurídica? Jorge Miranda registra três posições da doutrina a respeito do tema: ‘a tese da irrelevância jurídica; a tese da plena eficácia, colocando o preâmbulo em pé de igualdade com quaisquer disposições constitucionais; entre as duas, a tese da relevância jurídica indireta, não confundindo preâmbulo com preceitos normativos’. E o Ministro relator, após citar as lições de outros doutrinadores, pontua que ‘[...] O preâmbulo, ressaí das lições transcritas, não se situa no âmbito do direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica. (grifei) O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, a proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta: princípio do Estado Democrático de Direito; princípio republicano, princípio dos direitos e garantias, etc. Esses princípios, sim, inscritos na Constituição, constituem normas contrais (SIC) de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição do Estado-membro dispor de forma contrária, dado que, reproduzidos, ou não, na Constituição estadual, incidirão na ordem local”. (BRASIL. STF, 2002).

⁴ Ávila (2011, p.64) afirma que “A segurança jurídica também é um elemento objetivo do ordenamento jurídico. Ela é um meio de atingir o bem de todos. Quando há um elevado grau de insegurança, o indivíduo evita ações que estimulam a integração. Com isso, a cooperação social é reprimida. A segurança jurídica é, igualmente, um meio de garantir a dignidade da pessoa humana”.

Conceituar segurança jurídica, é uma tarefa árdua, diante dos inúmeros aspectos que possa ser analisada e diante a necessidade de proteção e garantia do direito, diante o tema que pretender propor o presente artigo, tem relação com a estabilidade social, quando relacionada com a criação de súmula e uniformização da jurisprudência, desde que ocorra um estudo aprofundado para chegar ao seu resultado.

Daí a importância da Turma Nacional de Uniformização, criada após a lei nº 10.529/2001, que trata sobre a competência das ações direcionadas para os Juizados Especiais Federais, proporcionando maior segurança jurídica diante a pacificação da coisa julgada, evitando decisões conflitantes sobre o mesmo assunto no direito pátrio.

É função do Poder Judiciário, a aplicação da norma positivada, contudo, a segurança jurídica deve ir além da sentença, deve ter um fim social, pois a existência de sentenças sobre o mesmo assunto divergente, por mais que realize a coisa julgada, não reflete segurança jurídica para os cidadãos.

Por isso deve haver um estudo aprofundado para a uniformização da jurisprudência, haja vista que o trânsito em julgado, caso divergente, gera insegurança jurídica, conhecido como a crítica da doutrina diante a “coisa julgada inconstitucional”.⁵

Sem esgotar o tema, não poderia deixar de mencionar a ilustre e inteligentíssima expressão utilizada pelo professor Gelson Amaro de Souza, sobre o assunto, chamado falso julgamento de mérito pela improcedência ante a falta de insuficiência de provas durante a tramitação processual, impedindo a parte

⁵ Há até as que atribuem à coisa julgada a condição de que *clausula pétrea*, quando se trata apenas de uma regra instrumental de cunho político-jurídico sob ressalva da Constituição Federal que a lei não a pode prejudicar. Os que assim pensam esqueceram que, ao julgar o caso da contribuição previdenciária dos inativos, o Supremo Tribunal Federal assentou que o ato jurídico perfeito e o direito adquirido são institutos de caráter relativo. Ora, se tais institutos são parte integrante da mesma *clausula constitucional*, como, pois, admitir que eles sejam relativos e somente a coisa julgada seja absoluta? A prevalecer essa tese talhada pela ambiguidade, alguns magistrados, não são todos, diga-se de passagem, continuarão a dizer o direito sem se importar com o real. Assim, tanto faz sentenciar que o mar é mar ou rio é mar. Nessas duas hipóteses, os efeitos da intangibilidade são os mesmos, porquanto o erro grosso será sepultado pela segurança jurídica, definitivamente, sem a menor chance de ser removido. (NASCIMENTO, THEODORO JUNIOR, 2011, p. 74).

de novamente buscar o aparelho judicial⁶, outra questão importantíssima para análise. Melhor explicando, necessário valer-se de suas próprias palavras, se não vejamos Souza (2011, p. 13-15):

[...] A prova é elemento básico sem a qual não se pode falar em julgamento de mérito. Não se conhece o verdadeiro direito se não fizer uma perfeita interpretação das provas sobre o fato. Quando se diz que uma ação ou pedido foi julgado improcedente por falta de prova, não se pode tomar essa palavra “improcedente” como equivalente ao real julgamento de mérito, porque o mérito em verdade não foi julgado. Somente se julga o mérito diante da análise da prova e, sem esta, o que pode haver é um falso julgamento de mérito, mas não de mérito propriamente dito. Se o juiz não encontra nos autos prova suficiente para afirmar a existência do direito afirmado pelo autor, também não pode dizer que o autor não tem direito. A agir assim, está presumindo a inexistência do direito e o julgamento não pode ser feito sobre mera presunção. Não encontrando prova suficiente para julgar o pedido, deve extinguir o processo sem julgamento de mérito e não arriscar a embrenhar por um falso julgamento de mérito, no qual afirma a procedência ou improcedência de prova suficiente. [...] Quando no processo falta prova suficiente para convencer o juiz da existência ou da inexistência do direito, ele não deve se pronunciar sobre o direito, porque não se sabe se o direito

⁶ [...] Ora, se o ônus da prova dos fatos constitutivos do alegado direito do autor, a ele pertence, cabe ao mesmo diligenciar produção das provas necessárias. Não diligenciando a produção das provas necessárias ao convencimento do juiz, no prazo estipulado, está caracterizado o abandono da causa e o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito. Extinguir o processo por falta de prova e dizer que o faz com julgamento de mérito pela improcedência nada mais é que um falso julgamento de mérito, porque o mérito mesmo não foi julgado por ausência ou insuficiência de prova. Mas não é só. Outras hipóteses existem em que o legislador reconhece que a falta de prova não enseja julgamento de mérito, podem ser vistas nas seguintes normas: Lei nº 7.347/85, art. 16 (Ação Civil Pública), na Lei nº 4.717/85, art. 18 (Ação Popular), Lei nº 7.853/99, art. 4º (Lei de apoio ao deficiente) e Lei nº 8.078/90, art. 103, I e II (Código do Consumidor). Nestas normas fica bem clara a disposição de que, sendo a ação julgada improcedente por falta ou insuficiência de Prova, poderá haver a sua repropositura, o que evidencia a inexistência de julgamento de mérito, bem como a ausência de coisa julgada material, pois, se julgada material existisse, a ação não mais poderá ser reproposta. A tendência moderna é a ampliação da coisa julgada com efeito erga omnes quando julgado o verdadeiro mérito com bases sólidas em provas, mas, ao mesmo tempo, também a tendência futurística em reconhecer a inexistência de julgamento de mérito quando ao existir prova ou esta for insuficiente, caso em que será autorizada a repropositura da ação, a exemplo das normas acima citadas. (SOUZA, SOUZA FILHO, 2012, p. 145).

existe ou não existe. Por isso, não se pode se pronunciar sobre o mérito. Melhor que se extinga o processo sem julgamento de mérito com fulcro no art. 267, III, do CPC⁷.

Portanto, a efetivação no princípio da segurança jurídica diante a uniformização da jurisprudência se faz necessária, para a busca de uma pacificação social, evitando a coisa julgada de questões idênticas, porém com resultados diferente, e por conseguinte, maior efetividade na aplicação do direito, principalmente em questões previdenciárias, de competência dos Juizados Especiais Federais, levadas a TNU, conforme será verificado no estudo dos próximos itens.

3. PROCESSOS DE COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

Após o advento da lei nº 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais Cíveis, cuja a competência são para as causas cíveis que não ultrapassam a 40 salários mínimos (art. 3º, I⁸), a lei 10.259/2001 cria o Juizado Especial Federal, com o intuito de regulamentar as causas voltadas à bens e serviços da União, que não ultrapasse a 60 salários mínimos.

De forma que os casos omissões da lei dos Juizados Especiais Federais, será aplicada a Lei dos Juizados Especiais Cíveis, valendo-se de enunciados para questões novas, principalmente de cunho processual civil, quando nada dispondo sobre a possibilidade de aplicação ou não.

Em relação às ações, em que pese tenha valor até 60 salários mínimos, mas que não farão parte da competência dos Juizados Especiais Federais, estão dispostas de forma expressa no artigo 3º⁹, de forma que, havendo o JEF nem

⁷ A referida obra foi publicada anterior ao Código de Processo Civil de 2015. O artigo 267, III do CPC de 1973 corresponde ao artigo 485, III do Código Processual Civil vigente.

⁸ JEC. En. 54 do Fonaje: “A menor complexidade da causa para a fixação da competência é aferida pelo objeto da prova e não em face do direito material”.

⁹ Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças. § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas: I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por

determinada Subseção da Justiça Federal, torna-se foro absoluto.

Portanto, questões de voltadas a Seguridade Social, que não excedam o valor de 60 salários mínimos, estão inclusas no JEF, diante os indeferimentos dos pedidos daqueles que buscam o Instituto Nacional do Seguro Social, para garantia de seus direitos, com previsão no texto Constitucional, na lei nº 8.212/91, lei nº 8.213/91 e demais ordenamentos relacionados.

A novidade que trata a referida lei, está na fase recursal, em prol a efetividade do princípio da segurança jurídica. Isto porque, o artigo 14 da lei dos Juizados Especiais Federais, prevê a possibilidade de “pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei” (grifei).

Com o processo digital, os Juizados Especiais Federais, em sua amplitude já se adequou, sendo que referido pedido de uniformização, pode ser pedido em campo determinado, para protocolar as peças digitais.

Além disso, cabe dizer, que são três os incidentes que podem surgir diante questões conflitantes advindas das decisões dos Juizados Especiais Federais, sendo o incidente de uniformização regional, o incidente dirigido ao STJ e o incidente de uniformização nacional, este último será tratado de forma específica no próximo item.

Sobre a importância desses incidentes, Savaris e Xavier (2015, 201-202), pontuam:

Sérgio Cruz Arenhart defendeu que o instituto do pedido de uniformização “constitui (...) nova figura recursal, assemelhada aos embargos de divergência, cuja finalidade básica é de manter a uniformidade na interpretação do *direito material* de interesse federal”. Entretanto, a análise do instituto e a forma como se consolidou sua aplicação indicam que essa modalidade recursal é muito peculiar (...). Cuida-se com efeito, de instituto recursal diverso e peculiar ao microsistema processual dos Juizados Especiais, sem paralelo na legislação

improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos; II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais; III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal; IV - que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares. § 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, caput. § 3º No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.

processual civil. É possível reconhecer que os incidentes de uniformização apresentam algumas notas características do recurso especial, mas o espectro de cabimento daqueles se afigura mais restrito. Neste sentido, já a inicial comparação identificaria que a hipótese de cabimento do incidente de uniformização alcança apenas uma das hipóteses previstas para a interposição do recurso especial, qual seja, a de admissibilidade do especial quando a decisão recorrida “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal” (art. 105, III, “c”, da CF/88). Ainda assim, o incidente de uniformização somente é cabível no caso de divergência de interpretação em questões de *direito material*, e não em questões de direito processual. De qualquer sorte, a categorização dessas duas figuras recursais na tipologia dos recursos excepcionais e o comum propósito de conferir a unidade à interpretação da lei conferem certa aproximação entre o recurso especial e os incidentes de uniformização. Vale reconhecer a natureza recursal dos incidentes de uniformização nos Juizados Especiais. Diferentemente do incidente de uniformização de jurisprudência previsto no Código de Processo Civil, o pedido de uniformização da jurisprudência do art. 14 da lei nº10.259/01 consubstancia verdadeira modalidade recursal, não sendo apenas uma fase incidental e precedente ao julgamento do recurso. Ao contrário, a decisão dos incidentes de uniformização dos JEF’s traz como consequência a eventual modificação do resultado do julgamento proferido nos autos, impondo reconhecer sua natureza recursal.

Assim divergência de decisão entre Turma Recursais da mesma região (EX: TRF3 X TRF3 ou TRF4 X TRF 4), será decidido com a união em reunião das turmas, com o auxílio do Juiz Coordenador. Nesse interim, cabe ressaltar que a Resolução 61/09 do Conselho da Justiça Federal corrobora em enaltecer a importância do incidente, lembrando ainda, que a divergência da interpretação da lei ser da mesma turma recursal.

Em contrapartida o incidente de uniformização para o Superior Tribunal de Justiça, com previsão no artigo 14, §4º da lei nº 10.259/01, tem por objeto demonstrar a contradição entre a decisão e súmula ou jurisprudência do STJ.

Desta feita, verifica-se que a o incidente de uniformização visa a efetivação do princípio da segurança jurídica nas questões levadas aos Juizados

Especiais Cíveis, como forma de pacificação das interpretações das decisões no microsistema ali previsto, sendo que agora, cabe tratar especificamente da TNU e a uniformização, principalmente de questões voltadas ao direito previdenciário.

4. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA À LUZ DA TNU E A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NA PACIFICAÇÃO DOS PROCESSOS PREVIDENCIÁRIOS

Caberá o incidente de uniformização nacional, nos termos do art. 14 §2º da lei nº 10.259/01 *“em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal”* (grifei).

As regras para julgamento, também se valem do Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização, Resolução 022/2008¹⁰, que irá tratar da organização, composição¹¹, competência¹² e todos os procedimentos para a tra-

¹⁰ Disponível em: <<<http://www.cjf.jus.br/cjf/tnu/Reg%20Interno%20TNU%20-versao%20consolidada.pdf/view>>>. Acesso em: 22 de abril de 2017.

¹¹ Art. 1º A Turma de Uniformização, em âmbito nacional, é presidida pelo Ministro Coordenador-Geral da Justiça Federal, compõe-se de dez juízes federais como membros efetivos e tem a designação de Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. § 1º A Turma Nacional de Uniformização - TNU, com sede na Capital Federal, funciona em plenário junto ao Conselho da Justiça Federal, onde ocorrem as sessões de julgamento, podendo realizá-las fora da sede, conforme a necessidade ou conveniência. § 2º Os membros efetivos são indicados pelos Tribunais Regionais Federais, sendo dois juízes federais de cada Região, escolhidos dentre os integrantes de Turmas Recursais, com mandato de dois anos, vedada a recondução. § 3º Os membros suplentes são indicados pelos Tribunais Regionais Federais, sendo dois juízes federais de cada Região, escolhidos de acordo com o critério do parágrafo anterior, e serão convocados na ordem de antiguidade na carreira. § 4º Os juízes terão assento segundo a ordem de antiguidade na Turma e subsidiariamente na carreira.

¹² Art. 2º O Presidente será substituído, nas ausências ou impedimentos, pelo Ministro que o seguir na ordem de antiguidade no Conselho da Justiça Federal. Art. 3º O membro efetivo será substituído, em suas ausências, pelo suplente da respectiva Região. Ocorrendo vacância, o sucessor completará o mandato, escolhendo-se novo suplente. Art. 4º O Presidente e os juízes declarar-se-ão suspeitos ou impedidos, nos casos previstos em lei. Processar-se-á o incidente na forma da lei processual, quando suscitado pela parte. Art. 5º Terminado o mandato do relator, os processos distribuídos serão atribuídos ao nomeado para preencher a vaga. Art. 6º Compete à Turma Nacional processar e julgar o incidente de uniformização de interpretação de lei federal em questões de direito material: I – fundado em divergência entre decisões de Turmas Recursais de diferentes Regiões; II – em face de decisão de Turma Recursal proferida em contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; ou

mitação do incidente em âmbito nacional. Para seu julgamento é necessário de 7 juízes dos 10 que compõe a Turma, sendo que o presidente só irá participar na hipótese de desempate¹³.

Na hipótese que houver a divergência entre decisões de diferentes regiões, voltadas para questões de direito material, segundo Savaris e Xavier (2015, p.305-306) deve ser entendido como “*divergência entre órgãos colegiados de diferentes Regiões*”, vejamos:

No entanto, não se deve restringir o cabimento do incidente de uniformização nacional às decisões proferidas por *turmas*

III – em face de decisão de Turma Regional de Uniformização proferida em contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. § 1º Havendo interposição simultânea de incidentes de uniformização dirigidos à Turma Regional de Uniformização e à Turma Nacional, será julgado, em primeiro lugar, o incidente dirigido à Turma Regional. § 2º A Turma Nacional de Uniformização poderá responder a consulta, sem efeito suspensivo, formulada pelos coordenadores dos Juizados Especiais Federais, pelas Turmas Recursais ou Regionais sobre matéria processual, quando verificada divergência no processamento dos feitos.

¹³ Art. 25. A Turma Nacional de Uniformização reunir-se-á com a presença de, no mínimo, sete juízes, além do Presidente, e deliberará por maioria simples. § 1º As sessões e votações serão públicas, observada, quando for o caso, a restrição à presença de terceiros prevista no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal. § 2º As sessões de julgamento poderão ser realizadas por meio eletrônico, observada a legislação própria. Art. 26. O relator ordenará, se for o caso, no prazo de dez dias, o encaminhamento dos autos ao órgão do Ministério Público Federal, que disporá do mesmo prazo para oferecer parecer. Art. 27. Com ou sem manifestação do órgão do Ministério Público Federal, o relator, em dez dias, redigirá exposição que a Secretaria distribuirá, via correio eletrônico, aos juízes da Turma Nacional de Uniformização. Art. 28. É facultado às partes, por seus advogados, apresentar memoriais e produzir sustentação oral, por dez minutos, prorrogáveis por igual prazo, a critério do Presidente. § 1º Eventuais interessados que não sejam partes no processo poderão manifestar-se, ficando ao juízo do Presidente conceder ou não oportunidade de sustentação oral por ocasião do julgamento. § 2º Caso os advogados, os peritos e as partes estejam presentes, os juízes, por intermédio do Presidente, poderão convocá-los para prestarem esclarecimentos sobre matéria de fato. § 3º Falará em primeiro lugar a parte que apresentou o incidente de uniformização e por último, se o requerer, o Ministério Público Federal. Art. 29. A Turma Nacional de Uniformização poderá converter o julgamento em diligência, quando for necessário à decisão da causa. Art. 30. O relator fará a exposição do caso e proferirá o seu voto, seguido pelos demais juízes, na ordem de antiguidade. § 1º Se o relator ficar vencido, lavrará o acórdão o juiz que proferiu o primeiro voto vencedor, ainda que votos anteriores sejam reconsiderados. § 2º Suspenso o julgamento com pedido de vista, os demais juízes que se considerarem habilitados poderão votar na mesma sessão. § 3º O julgamento do incidente de uniformização suspenso por pedido de vista prosseguirá, independentemente da presença do relator, na sessão seguinte, com prioridade sobre os demais processos. § 4º O juiz vencido na preliminar deverá votar no mérito e, se seu voto nessa última parte prevalecer, redigirá o acórdão. § 5º O relator cujo mandato houver terminado fica vinculado aos feitos já incluídos em pauta de julgamento. Art. 31. O acórdão assinado pelo relator e os demais votos serão encaminhados à Secretaria da Turma Nacional, no prazo de dez dias, a contar da sessão de julgamento. § 1º Vencido o prazo do relator, o processo será encaminhado ao juiz que tiver votado no mesmo sentido, seguindo a ordem de antiguidade, a quem caberá redigir o acórdão. § 2º Caso o voto vogal não seja apresentado, o acórdão será publicado sem a consideração deste. Art. 32. Em caso de divergência entre acórdãos da própria Turma Nacional de Uniformização, prevalecerá a orientação mais recente até que, admitido e julgado o incidente de uniformização de jurisprudência, venha a ser firmada a orientação definitiva.

recursais, especialmente diante do contido no art. 14, §2º, da Lei nº 10.259/01, que se refere a decisões de *turmas de diferentes Regiões*. Essa referência à *divergência entre decisões de turmas de diferentes Regiões* deve ser compreendida como a divergência entre *órgãos colegiados diferentes Regiões*. Em outras palavras, ainda que o *caput* do art. 14 da Lei nº 10.259/01, induza ao raciocínio de que o incidente de uniformização nacional somente é cabível contra decisão proferida por turma recursal, o §2º deste mesmo dispositivo legal prevê o cabimento do recurso caso de divergência entre decisões de *turmas de diferentes Regiões*, sendo, portanto, razoável entender-se que também é cabível o recurso contra decisão de Turma Regional de Uniformização. É perfeitamente factível que uma decisão proferida por Turma Regional de Uniformização apresente-se divergente de decisão da Turma Recursal e de outras Regiões, o que demandaria uniformização de interpretação no sistema dos Juizados. (...) cabe lembrar que, se a decisão da turma recursal desafia, ao mesmo tempo a interposição de incidente de uniformização nacional e regional, a parte deve interpor os dois incidentes simultaneamente, sob pena de preclusão.

Prosseguindo sobre o assunto, também caberá o incidente no caso que for contrária as súmulas proferidas pela Turma Nacional ou a jurisprudência dominante¹⁴ do STJ. Verifica-se que esse procedimento que acarreta no incidente, acaba por levar o caso para um estudo mais elaborado e conseqüentemente maior efetivação do princípio da segurança jurídica. Isto é perceptível principalmente em questões voltadas ao direito previdenciário, que constantemente verifica-se a interposição tanto pelo advogado do beneficiário como pelo procurador do INSS.

Á exemplo de questões que geram controversas, necessário analisar ao menos duas súmulas realizadas pela TNU e suas razões. A primeira, não mais importante dos que as outras existentes, é a de nº 5 que diz "A prestação de serviço rural por menor de 12 a 14 anos, até o advento da Lei n. 8.213, de 24 de julho de

¹⁴ Art. 51. Para fins deste regimento interno, considera-se jurisprudência dominante o entendimento jurídico adotado reiteradamente em decisões idênticas proferidas em casos semelhantes.

1991, devidamente comprovada, pode ser reconhecida para fins previdenciários”.

Sobre referida súmula, fundamenta Lazzari (2016, p.52) no livro Súmulas da TNU Comentadas:

A súmula protege o direito de trabalhadores rurais, possibilitando-lhes o cômputo de tempo de serviço laborado no campo a partir dos 12 anos de idade, desde que devidamente comprovado, no período anterior ao advento da Lei n. 8.213/91. O tempo de serviço rural, inclusive o prestado em regime de economia familiar, foi disciplinado pela Lei n. 8.213, de 50 1991 (LBPS), que operou a paridade de direitos entre os trabalhadores rurais e urbanos, passando aqueles ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS). O art. 55, § 2º da LBPS, possibilita o cômputo da atividade campesina anterior à sua vigência, independentemente do recolhimento de contribuições, exceto para fins de carência. Ressalta-se que a Súmula em comento contextualiza exatamente o interregno anterior ao início de vigência da Lei de Benefícios da Previdência Social (LBPS). A questão, no ponto, é regida pela referida lei que, quando editada, estendeu aos cônjuges e filhos maiores de 14 anos do chefe da unidade familiar a condição de serem segurados de um regime de previdência e a fazerem jus aos benefícios proporcionados aos segurados especiais, desde que laborem, comprovadamente, com o respectivo grupo familiar no meio rural (art. 11, VII)¹. O legislador ordinário adotou, assim, o mesmo limite estabelecido na redação original da Constituição Federal de 1988, que proibiu o trabalho dos menores de 14 anos, salvo na condição de aprendizes, a partir dos 12 anos (art. 7º, XXXIII).

Isto porque, em normas anteriores havia divergência em relação à idade, sempre ficando entre 12 e 14 anos e o fato da proibição da legislação de laborar nesta idade, não se pode descartar que foi uma realidade para muitos trabalhadores rurais, conforme entendimento do STF¹⁵, levando o pedido de

¹⁵ DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO DE TRABALHADOR RURAL OU RURÍCOLA MENOR DE QUATORZE ANOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. 52 [...] A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de ser possível a contagem de tempo de serviço do trabalhador rural ou rurícola menor de quatorze anos de idade. Mesmo proibindo a Constituição o trabalho infantil, ocorrido ele, deve ser considerado para efeito dos benefícios que lhe são

incidente para uniformização na turma Nacional pacificar a questão, influenciando em todos os julgamentos no mesmo sentido.

Outra súmula que também merece destaque é a Súmula 17: “Não há renúncia tácita no Juizado Especial Federal, para fins de competência”. Importante analisar que a lei nº 9.099/95 deve ser tratada de forma subsidiária e o fato o art. 3º §3º que diz ser renúncia tácita o crédito que exceder a competência dos Juizados Especial, não tem a mesma aplicabilidade nos Juizados Especiais Federais, após o Incidente de Uniformização na Turma Nacional e criação desta súmula.

Perlustrando sobre o assunto, Carrá (2016, p.99) em Súmulas da TNU Comentada, aponta que:

O problema, em resumo, passar ser o de saber o que deve prevalecer: a vontade da parte no sentido de ajuizar, entendendo-se que houve implícita ou tacitamente a renúncia do que venha a superar o chamado teto dos juizados, continuando a ação pelo restante; ou, ao contrário, considera-se que tal renúncia deve ser expressa e, assim, não poderia a demanda prosseguir. Esse é o pano de fundo da Súmula 17 da Turma Nacional de Uniformização, na qual se coloca, ademais, a questão de se saber, no ponto, se poderia ou não ser possível a aplicação subsidiária do § 3º do art. 3º da Lei n. 9.099/95. Como todos sabem, foi o primeiro dos diplomas legais a disciplinar a existência e o rito procedimental dos juizados

inerentes: “Agravos de instrumento. 2. Trabalhador rural ou ruri- cola menor de quatorze anos. Contagem de tempo de serviço. Art. 11, VII, da Lei n. 8.213. Possibilidade. Precedentes. 3. Alegação de violação aos arts. 5º, XXXVI; e 97, da CF/88. Improcedente. Impossibilidade de declaração de efeitos retroativos para o caso de declaração de nulidade de contratos trabalhistas. Tratamento similar na doutrina do direito comparado: México, Alemanha, França e Itália. Norma de garantia do trabalhador que não se interpreta em seu detrimento. Acórdão do STJ em conformidade com a jurisprudência desta Corte. 4. Precedentes citados: AgRAI 105.794, 2ª T., Rel. Aldir Passarinho, DJ 2/4/86; e RE 104.654, 2ª T., Rel. Francisco Rezek, DJ 25/4/86 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento” (AI 529.694, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 11/3/2005). AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADORA RURAL. MENOR DE 16 ANOS DE IDADE. CONCESSÃO DE SALÁRIOMATERNIDADE. ART. 7º, XXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMA PROTETIVA QUE NÃO PODE PRIVAR DIREITOS. PRECEDENTES. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o art. 7º, XXXIII, da Constituição ‘não pode ser 53 interpretado em prejuízo da criança ou adolescente que exerce atividade laboral, haja vista que a regra constitucional foi criada para a proteção e defesa dos trabalhadores, não podendo ser utilizada para privá-los dos seus direitos’ (RE 600.616 AgR/RS, Rel. Min. Dias Toffoli). Agravo regimental a que se nega provimento” (RE 600.616-AgR, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 10/9/2014). [...] (RE 889635, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, julgado em 15/6/2015, publicado em DJe-118 Divulgado em 18/6/2015 Publicado em 19/6/2015).

especiais, notadamente para o âmbito estadual. Assim, por haver tratado do assunto de forma mais ampla, reconhece-se de modo tranquilo que suas disposições podem ser subsidiariamente aplicáveis posteriormente à Lei n. 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais (JEFs). Aliás, tal afirmação não possui natureza apenas doutrinária, visto que o art. 1º da Lei n. 10.259/2001 determina expressamente a aplicação subsidiária das disposições da Lei n. 9.099/1995 naquilo em que não conflitar com as suas. O problema surge, todavia, em razão de não haver o legislador – como não poderia ser diferente – previsto 100 antecipadamente o que é de fato compatível e o que não o é no confronto entre mencionadas leis de regência. Enquanto o § 3º do art. 3º da Lei n. 9.099/95 preceitua que a opção pelo procedimento do juizado especial importará renúncia ao crédito excedente ao limite legal estabelecido, excetuada a hipótese de conciliação, a correspondente norma contida na Lei n. 10.259/2001 iria em sentido oposto. Efetivamente, a já referida regra constante do § 3º de seu art. 3º, ao aduzir que a competência da Vara do Juizado Especial Federal será absoluta no foro onde estiver instalada, retiraria do autor da ação a faculdade de optar entre os ritos comum ou especial para exercitar seus direitos.

Com efeito, mesmo sendo a competência absoluta dos Juizados Especiais Federais deve ser considerada nos casos que levou a criação da súmula 17, fazendo entender que a vontade da parte autora deve prevalecer, sendo o mais correto realizar uma audiência com as partes, informando o excesso e a opção para a renúncia ou o declínio de competência.

O incidente de nº 2002.85.10.000594/SC corroborou para definir a questão, a partir do fundamento que havia contrariedade a posicionamento dominante do STJ, considerada matéria de ordem pública, motivo pelo qual poderia ser arguida em qualquer tempo.

Portanto, com os exemplos acima, verifica-se que a Turma Nacional de Uniformização, proporciona maior segurança jurídica nas relações de competência dos Juizados Especiais Federais, com grande repercussão em pacificar questões voltadas ao direito previdenciário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do princípio da segurança jurídica faz-se necessário, para inúmeros ramos do Direito, inclusive quando voltado ao direito previdenciário, nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais.

A segurança jurídica, com revisão expressa desde o preâmbulo da Carta Magna de 1988, também está presente nas questões levadas para a uniformização da jurisprudência, no âmbito da lei nº 10.259/01.

Referida norma, dispõe como forma de garantir a segurança jurídica incidente de uniformização em âmbito regional, do STJ e Nacional. O presente estudo focou no incidente de uniformização da turma nacional e a criação de súmulas, que acabam por pacificar questões em todos os Juizados Especiais Federais, em âmbito nacional.

Desta feita, diante da competência absoluta para todos os casos que estiver na Subseção dos Juizados, nota-se que os incidentes da Turma Nacional proporciona a segurança jurídica no sentido de evitar decisões conflitantes sobre casos idênticos ou semelhantes, vinculando todos os juízos de primeira instâncias dos Juizados Especiais Federais.

Portanto, com a presente pesquisa, conclui-se que a uniformização da jurisprudência por meio da Turma Nacional concretiza o princípio da segurança jurídica, proporcionando a efetividade do direito, em questões da competência da lei nº 10.259/01, principalmente aquelas voltadas para o direito previdenciário, com valores não superiores a sessenta salários mínimos.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADI 2076. Relator: Min. Carlos Veloso: Partido Social Liberal – PSL. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Acre**. Brasília, 15 ago. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

BRASIL. **Lei 8.212/91**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm. Acesso em: 23 abr.2017

BRASIL. **Lei 8.213/91**. Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>>. Acesso em: 23 abr.2017

BRASIL. **Regimento Interno da TNU**. Resolução 022/2008. Disponível em: << <http://www.cjf.jus.br/download/res022-2008.pdf>>>. Acesso em 23. Abr. 2017.

CARRÁ, Bruno. **In: Comentários às Súmulas da Turma Nacional dos Juizados Especiais**. Conselho da Justiça Federal. 2016

LAZARI, João Batista. **In: Comentários às Súmulas da Turma Nacional dos Juizados Especiais**. Conselho da Justiça Federal. 2016.

NASCIMENTO, Carlos Valder. THEODORO JUNIOR, Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro. **Coisa Julgada Inconstitucional – “A questão da segurança jurídica”**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

SAVARIS, José Antonio. XAVIER, Flávia da Silva. **Manual dos Recursos nos Juizados Especiais Federais**. 5ª Ed. Curitiba: Editora Alteridade, 2015.

SOUZA, Gelson Amaro de. SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. **Sentenças que não passam em julgado**. In: **Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas. Patos de Minas**: Jurisvox, ano 13 – número 13, dezembro de 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **“As reformas do Direito Processual Civil e o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica”**. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; JOBIM, Eduardo. (Coord.). **O processo na Constituição**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

ANÁLISE CRÍTICA DA OPERAÇÃO LAVA JATO: ATIVISMO JUDICIAL, MUDIATIZAÇÃO E JURISDIÇÃO DE EXCEÇÃO

MATHEUS DE ALMEIDA¹

FERNANDO HENRIQUE DA SILVA HORITA²

RESUMO

O presente estudo apresenta análise crítica da operação lava jato, expondo inicialmente a problemática atual, relacionada ao papel do juiz na decisão judicial, seus limites e até onde o ativismo pode ser positivo ou negativo, além de expor o cometimento de excessos nas decisões que ultrapassam a axiologia das normas, como também a criação de juízos de exceção. O artigo também propõe a demonstrar os perigos de se midiatar processos, com veículos de comunicação partidarizados ideologicamente. Tem por finalidade trazer reflexão jurídica e social, que possa criar soluções para os problemas atuais. Por fim, é analisado sob o método materialista histórico/dialético, com pesquisa bibliográfica, análise documental de jornais, entrevistas e autores renomados do campo da pesquisa jurídica e política.

PALAVRAS-CHAVE

1. Teoria Crítica do Direito; 2. Direito Constitucional; 3. Ativismo Judicial; 4. Juízo de Exceção; 5. Direitos Fundamentais.

¹Bolsista CNPq. Doutorando em Filosofia do Direito – PUC/SP. Mestre em Teoria do Direito e do Estado - Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. E-mail: matheusde_almeida@hotmail.com

² Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Atualmente é docente de Direito na Faculdade FASIPE; membro associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI); Pós-graduando em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG); Licenciando em Filosofia pela Rede de Ensino Clarentiano. E-mail: profhorita@outlook.com

INTRODUÇÃO

O artigo abordará crítica aos processos federais que tramitam na primeira instância, sob a condução do Juiz Federal da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, Sérgio Moro, iniciados por uma investigação da Polícia Federal sob o nome de “operação lava jato”. Embora seja uma análise crítica da forma como esses processos estão sendo conduzidos, precisa-se esclarecer que o estudo não deixa de apoiar os avanços ao combate à corrupção, ou seja, a forma que melhor contribua com o bom uso do dinheiro público arcado pelos impostos dos trabalhadores e trabalhadoras. Mas, entende-se que a corrupção não pode ser combatida de qualquer forma, utilizando de meios que desrespeitem o ordenamento jurídico vigente, principalmente regras e princípios constitucionais que consolidam os direitos fundamentais.

Deste modo, vale ressaltar que o principal combate a corrupção não se dá com processos judiciais midiáticos, e sim, diminuindo ou erradicando a desigualdade social, forma essa, impossível de se ocorrer em um Estado Burguês³ capitalista, onde o objetivo principal é tornar as pessoas cada vez mais individualistas e competitivas. Mas, apesar de ser um Estado Burguês, que pouco assiste a classe trabalhadora, existe ainda um limite do razoável, um pacto social realizado para se ter uma conciliação de classes, que se dá por meio de uma Constituição Federal⁴ impondo leis para a sociedade, criando normas de conduta e estabelecendo limites de atuação, inclusive cargos e funções públicas, para que sejam utilizados em prol de toda a sociedade. Entretanto, com o rompimento desse valor axiológico de bem público por meio de manobras ilegais como a corrupção, ou desvio de função pública, caracteriza-se crimes que devem ser investigados dentro das regras pré-estabelecidas e dentro do Estado Democrático de Direito.

3 Por Estado Burguês, entende-se o Estado formado pelos detentores dos meios de produção, chamado de burgueses, ou dominadores; de outro lado, estaria aqueles que precisam vender sua força de trabalho para sobreviver, também chamado de operários, trabalhadores ou dominados. Marx e Engels, já mencionavam na histórica obra Manifesto do Partido Comunista, que: “O governo do estado moderno não é se não um comitê para gerir os negócios comuns de toda a classe burguesa.” (1987, p. 36, grifo nosso).

4 A Constituição Federal de 1988 do Brasil diz: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...] (grifo nosso)

Embora seja uma análise crítica ao capitalismo - que por forma já é um Estado criado para desrespeitar os oprimidos e que tem isso como regra e, nem chega a ser a exceção - o estudo adota um viés estratégico, para assegurar o maior número de benefícios possíveis para os mais prejudicados, a classe trabalhadora. Sendo assim, pelos moldes postos por esse modelo de Estado, não é permitido pela Constituição Federal e lei ordinária vigente que os bens públicos sejam utilizados de uma fatia do poder para se enriquecer ilicitamente, obtendo vantagens e benefícios, bem como, também existe um regramento para se combater os enriquecimentos ilícitos e, os servidores públicos do judiciário precisam cumprir, não podendo burlar regras postas pelo Estado Democrático de Direito para se atingir fins em “nome” de um benefício maior - sociedade.

Assim, o estudo não tem seu objetivo, propor uma nova forma de Estado, mas, propõe que seja cumprido, pelo menos o Estado Democrático de Direito que tem em sua finalidade os direitos fundamentais, que são o mínimo para se viver em uma sociedade menos desigual. Não parece legal e razoável que exista um poder, um Juiz, um processo, ou um tribunal, ou qualquer outro poder que extrapole os limites estabelecidos dentro da Constituição Federal, utilizando de manobras e pretextos, argumentando que se tem interpretação distinta do conteúdo axiológico da carta magna. Quando se tem regras já postas, não se pode importar regras e valores de outros países, ou interpretações diferentes da cultura jurídica nacional. Além disso, por vezes, tentam se utilizar da mídia, com manobras espetaculosas, dando a desculpa de ser o único meio de “lutar” de igual para igual contra poderosos. Foi com medidas semelhantes, que se justificaram as maiores atrocidades da humanidade, na história dos povos.

Posto isso, embora a justiça deva ser sempre a fonte axiológica de uma decisão judicial, o estudo não se aprofundará em provocações filosóficas decorrente de um dos principais debates existente entre juristas e filósofos de todos períodos, qual seja, a medida que diferencia a justiça da vingança, e sim, fica limitado por uma análise crítica do poder judiciário e seus limites legais.

A metodologia utilizada para essa pesquisa, será o materialismo histórico/dialético, proposto por Karl Marx, pressupondo dois momentos inseparáveis: a investigação (pesquisa analítica, reflexiva, do objeto, antes de sua exposição metódica) e a exposição (apresentação crítica do objeto com base em suas contradições), ou seja, reconstruindo criticamente, buscando compreender

o movimento real, no qual o desenvolvimento histórico se apresenta sob tensão de forças opostas, geradas nas condições materiais da vida em sociedade, segundo Meksenas:

O método de Marx concebe os fenômenos em análise como sendo históricos, dotados de materialidade e movidos pela contradição: afirmação-negação- nova afirmação. Desse método resulta a tese que concebe o conhecimento como um movimento que se dá no marco da *luta de classes* e, assim, a ciência e a pesquisa afirmam-se como fenômenos que contribuem para a manutenção da atual sociedade capitalista. Por outro lado, as classes trabalhadoras e aquela intelectualidade que se aliar a seus interesses tornar-se-ão os sujeitos da contradição dessa sociedade também no campo do conhecimento, isto é, capacitar-se-ão a estabelecer uma nova afirmação: a luta por uma nova ciência e por pesquisas comprometidas com os valores populares⁵.(grifo do original)

Ainda, com base em estudos marxistas no direito, vale se socorrer do autor que aplicou o método de Marx na Teoria do Direito, Pachukanis⁶, que menciona em celebre passagem: “O fetichismo da mercadoria⁷ é completado pelo fetichismo jurídico”, levando a uma reflexão crítica para a sociedade que busca resolver os conflitos de luta de classe criando leis, e na prática, as leis acabam sendo a estrutura do Estado que permite os excessos. Porém, como já mencionado, o estudo não procura trazer uma nova forma de Estado, e nem uma nova forma de regras, mas, se utilizar estrategicamente do processo de luta de classes, fazendo que se garanta as regras já postas em benefício da classe trabalhadora do país, já que um dos objetivos constitucionais é manter

⁵ MEKSENAS, Paulo. Considerações a Respeito do Método. In: _____. Pesquisa Social e Ação Pedagógica: conceitos, métodos e práticas. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2011, p. 88.

⁶ PACHUKANIS, E. B. A teoria geral do direito e o marxismo. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p.75.

⁷ Para Marx a célula fundamental do capitalismo é a mercadoria, que passa por dois processos, o da produção e o da circulação. O fetichismo é um valor simbólico atribuído a uma mercadoria, que excede a sua utilidade real, fazendo que seja necessário para o homem o consumo desse valor simbólico, ocultando a forma como esse produto foi produzido. Para Marx (2013, pp.206-7) esse fetichismo “que se cola aos produtos do trabalho tão logo eles são produzidos como mercadorias e que, por isso, é inseparável da produção de mercadorias”.

os direitos fundamentais.

Salienta-se, que o estudo também fará um comparativo com o - considerado pela literatura - o maior caso de julgamento de exceção, o tribunal de Nuremberg, e suas semelhanças com o processo da lava jato.

Diante disso, se justifica o presente estudo com a finalidade de manter o Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias consagrados na Constituição Federal de 1988. E, que além de combater a corrupção no país, também se combata a utilização de medidas de exceções do judiciário, pois só assim, pode-se ter uma harmonia social, que luta pelo real objetivo, a desigualdade social.

1. ATIVISMO JUDICIAL: ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

Questão oportuna de ser aventada, suscitada por grandes constitucionalistas, seria questionar o que seria ativismo judicial? Surge daí o entendimento que este fenômeno se manifesta em divergentes caminhos, um deste, é a transferência de decisões, em detrimento do Legislativo e do Executivo, para o Poder Judiciário. Quanto ao outro caminho, pode-se destacar a utilização de métodos judiciais de tomadas de decisões no campo político⁸.

Assim, pode-se urgir que quando o Poder Judiciário ultrapassa suas atribuições, invadindo a esfera da competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo, este se encontra com o fenômeno do Ativismo Judicial. Ou, como, conceitua Elival da Silva Ramos: “[...] O exercício da jurisdição como desbordante de seus limites institucionais [...]”⁹.

Ocorre, todavia, que este fenômeno não é tão simples assim¹⁰. Nesse aspecto, salienta-se o entendimento de Luiz Roberto Nunes que diz:

[...] há que se ressaltar que a própria Constituição Federal, embora elenque as competências privadas de cada um dos

⁸ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O papel político do Judiciário e suas implicações. *Systemas – Revista de Ciências e Jurídicas e Econômicas*, Ano 1, n. 2, 2010, p. 56.

⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 172.

¹⁰ NUNES, Luiz Roberto. O Judiciário e a Concretização dos Direitos Fundamentais. *DPU*, n. 40, jul./ago. 2011, p. 14-15.

Poderes, em diversas ocasiões, deixa margem à atuação concorrente ou comum ou complementar dos outros dois Poderes, bem como, quer pela vagueza, ambiguidade, indeterminação e polissemia dos termos empregados, propicia margem a incontáveis dúvidas e incertezas. Por exemplo: competência privativa da União para legislar (art. 22 da CF), mesmo aqui, legislam tanto o Congresso Nacional como o Poder Executivo Federal por meio de medidas provisórias (art. 62 da CF). Ressalta-se que há diversos anos o Poder Executivo Federal vem legislando de forma abundante por meio de medidas provisórias, em flagrante invasão da competência reservada ao Poder Legislativo (em especial o art. 48 da CF) e, o que é pior, o próprio Legislativo é conivente com essa situação, visto que grande parte desses atos emanados do Executivo não atendem aos requisitos de relevância e urgência estabelecidos pela Constituição Federal¹¹.

Observando por estes termos, percebe-se a questão do ativismo judicial, ainda que a explicação se apresente aparentemente de forma simples. Na verdade quanto a questão da divisão dos poderes e o ativismo judicial, entra-se, especialmente, em outro fato, ou seja, o que se entende por legislar. Desta feita, por legislar se entende como ato de inovar o Ordenamento Jurídico, originando normas jurídicas¹². Cabe salientar que a competência do Judiciário de criar normas de regimento interno, não figura como ativismo judicial¹³. Sem mais delongas, Luciana Costa Poli, ao analisar a questão do ativismo judicial, menciona,

[...] que o direito na pós-modernidade abandonou o modelo positivista, que transformava os juízes em meros executores da lei, e passou a exigir uma maior participação do Poder Judiciário como corresponsável pela construção de uma sociedade que, de fato, pretenda alcançar os ideais do Estado de Direito. Sustenta-se que o ativismo judicial é uma ferramenta importante para que se possa extrair o máximo das

¹¹ *Ibidem.*, p. 15.

¹² *Ibidem.*, p. 16.

¹³ *Ibidem.*, p. 16.

potencialidades das linhas diretrizes do texto constitucional, privilegiando a busca de soluções mais adequadas para cada caso concreto¹⁴.

Note-se, então, que o Poder Judiciário deve ficar atento às demandas da pós-modernidade, buscando não apenas julgar os casos aplicando o comando da legislação, mas observar os embates de suas decisões na Sociedade¹⁵. Em casos reservados, tem que se destacar que o fenômeno do ativismo judicial incide como aspecto positivo, em relação ao valimento aos direitos fundamentais através deste novo constitucionalismo, fazendo com os operadores do direito presencie um novo raciocínio jurídico, baseado pela ponderação entre regras e princípios¹⁶. Destarte que

[...] pode parecer um contra-senso ressaltar os riscos que o judiciário pode oferecer à soberania popular, especialmente se esta crítica é apoiada numa ideia normativa da política legislativa. A sensação de que esta crítica aos excessos do judiciário é equivocada resulta especialmente dos seguintes fatores. Em primeiro lugar, a referência à corrupção nas instituições abertamente políticas é, há muito, recorrente na imprensa e nos diálogos públicos, de um modo tal que parece pertencer à fauna e flora nacional, o que acaba por estimular um sentimento de rejeição da política que tende a abranger de modo difuso os partidos políticos as instâncias parlamentares e o poder executivo. Com isso a política “prática” ganha conotações não exatamente virtuosas o que confere ares de “extravagância de intelectual” à tentativa de usar a política legislativa como critério moralmente legítimo para qualquer coisa. Em segundo lugar, especialmente nas faculdades de direito mas também em grande parte da sociedade civil, as instituições “não-diretamente” políticas do judiciário e do ministério público são

¹⁴ POLI, Op. cit., p. 211.

¹⁵ *Ibidem.*, p. 212.

¹⁶ JUNIOR, José Antonio Gomes Ignácio. Ativismo Judicial: impossibilidade interpretativa dos direitos políticos negativos pelo neoconstitucionalismo. In: PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; SIMÕES, Alexandre Gazetta; JUNIOR, José Antonio Gomes Ignácio (org.). *Ativismo judicial: paradigmas atuais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 140.

vistas como parcialmente responsáveis pela consolidação das instituições democráticas e pela atuação direta no combate à corrupção. Some-se a isso o fato do acesso do cidadão à justiça (por mais precário que seja) aparentemente ser mais efetivo que o acesso aos parlamentos [...]¹⁷.

No entanto, o ativismo judicial não afigura somente com aspecto positivo, tem em grande parte mais aspectos negativos, parece ser interessante a abordagem de Ronald Dworkin que leciona,

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *Fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la [...]¹⁸.

Neste diapasão, como já falado, o ativismo judicial seria um comportamento do Poder Judiciário, em especial aos magistrados, em realizar condutas não reguladas, impondo ao Executivo e ao Legislativo seu ponto de vista¹⁹. Assim, com o fim de retirar possíveis dúvidas, ressalta-se a divergência conceitual entre ativismo judicial e judicialização. Diversamente do ativismo judicial, fenômeno conceituado no decorrer da confecção textual, a judicialização segue como a “[...] transferência de poder para as instâncias judiciais, em detrimento

¹⁷ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. “Direito como Integridade” e “ativismo judicial”: algumas considerações a partir de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Disponível: <http://www.diritto.it/archivio/1/26776.pdf>. Acesso em: 26/04/2017.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 452.

¹⁹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 7, n. 12, p. 249-268, jan./jun. 2012, p. 265.

das instâncias políticas tradicionais – Legislativo e Executivo, com o aumento da quantidade de matérias [...]”²⁰. De forma didática, as palavras de Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal menciona que “[...] a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmo lugares, mas não têm as mesmas origens [...]”²¹. Ademais, não são originados, pelos mesmos fatos. Da mesma forma, explicando a judicialização, Bruno de Souza Lopes, Francisco José Gonçalves Karlinski e Thiago Cougo Cardoso, dizem:

Entende-se por judicialização a resolução de conflitos de ordem política, moral, científica e/ou social realizada pelo Poder Judiciário, em face dos Poderes Executivo e Legislativo, tendo em vista, geralmente, a omissão destes. Está omissão é denominada, pela doutrina, como síndrome da ineficácia das normas constitucionais, tendo em vista que determinados dispositivos constitucionais originam uma obrigação legislativa. O Judiciário muitas vezes, visando garantir o gozo dos direitos previstos nos dispositivos constitucionais, que, em tese, só poderiam ser exercidos com criação de uma norma infraconstitucional pelo legislador, é obrigado a exceder sua competência, fato que caracteriza a judicialização²².

Ora, então, o ativismo se trata de um comportamento, forma de agir, ou melhor, atuação política do Poder Judiciário. Por sua vez, a judicialização, em suma, se apresenta como fato, ou seja, decorre da opção de solucionar questões políticas, sociais, dentre outras que estejam sendo abordadas judicialmente, não induzindo a um ativismo judicial²³.

Voltando para os aspectos negativos, o ativismo além de caracterizar o magistrado como um protagonista da atividade política, faz com que este

²⁰ *Ibidem.*, p. 260.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado*, n. 13, 2009, p. 6.

²² LOPES, Bruno de Souza; KARLINSKI, Francisco José Gonçalves; CARDOSO, Thiago Cougo. Algumas considerações acerca do ativismo judicial. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8831&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso: 26/04/2017.

²³ *Ibidem.*, p. 265.

perca sua imparcialidade, pois o juiz competente ao concretizar politicamente sua visão, em especial sua ideologia, afeta e reflete, conseqüentemente, suas decisões²⁴. Há que se observar, entretanto, o fato de que:

Os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo? [...]²⁵.

A partir destes fatos, podemos passar para outro aspecto negativo. Cabe ressaltar que alguns indivíduos identificam o ativismo como algo nocivo para a sociedade, fazendo com que poucos juízes se manifestem como ativistas²⁶.

Entre outras críticas, é importante ressaltar que o fenômeno do ativismo judicial desprestigia à separação dos Poderes, pois coloca um Poder, hierarquicamente, acima dos demais²⁷.

Por fim, entende-se que o magistrado transpassaria o campo jurídico, ingressando na seara da política, resolvendo, desta forma, a problemática política através de critérios jurídicos. Por outro lado, continuará o questionamento: Quem controlará o Judiciário?

2. JURISDIÇÃO DE EXCEÇÃO E A ESPETACULARIZAÇÃO MUDIÁTICA

Vale ressaltar que o estudo não foca análises sobre a discussão, origem e conceito do Estado de Exceção previstos na Constituição Federal, onde

²⁴ FILHO, Op. cit., p. 70.

²⁵ BARROSO, Op. cit., p. 10.

²⁶ BICCA, Carolina Scherer. Judicialização da Política e Ativismo Judicial. *Revista de Direito Brasileiro*, 2, 2012, p. 128.

²⁷ JUNIOR, Op. cit., p. 141.

por meio do Estado de Defesa e Estado de Sítio são utilizados em situações de excepcionalidade e crise, quando chegam a colocar em ameaça à soberania do Estado e, com esses mecanismos suspendem direitos e garantias fundamentais até que seja alcançada a ordem interna.

Além disso, estudo também não se aprofundará nas teorias dos pioneiros nessa pesquisa, como Giorgio Agamben²⁸ e Carl Schmitt²⁹, que embora tenham pontos de vistas distintos, muito contribuíram para os estudos contemporâneos e as novas formas de estudo de Estado de Exceção. O estudo focará um sentido mais contemporâneo de Estado de Exceção, se apresentando por meio de medidas pontuais, por parte do judiciário, ou sendo referendado por ele, assim, discorre Serrano:

E é necessário observar que esse fenômeno pode ocorrer em dois sentidos: como decisão jurisdicional ocasionadora ou legitimadora da interrupção inconstitucional da normalidade democrática ou como decisão suspensiva de direitos fundamentais do ser humano³⁰

Antes de adentrar propriamente as decisões de exceção na lava jato, vale resgatar, que talvez seja, o precursor dos casos de grande repercussão midiática, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg onde desde seu início já tinha um caráter político, pois foi um tribunal criado pelos vencedores (Estados Unidos, Reino Unido, França e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas) para julgar os vencidos da Segunda Grande Guerra Mundial, depois do cometimento dos crimes, acrescenta Mello:

²⁸ AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

²⁹ SCHMITT, Carl. Teologia Política. Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Teoría de la constitución. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

_____. La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la constitución. Tradução Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Editorial Tecnos, 1983. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000

³⁰ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1.ed. São Paulo: Alameda, 2016, p. 105.

No tocante à crítica de Nuremberg foi um tribunal de exceção não há como negar. Os juízes foram escolhidos pelos vencedores sem qualquer critério prévio. O tribunal foi extinto após ter proferido o julgamento. As sentenças eram “negociadas” entre os juízes. Os próprios alemães em 1945 e 1946 diziam aos Aliados que eles deveriam ser eliminados, ou ainda, por que processá-los se eles já estão condenados [sic]. O juiz Presidente da Corte Suprema, Harlam F. Stone, que defendera, anteriormente, o julgamento dos criminosos alemães, afirmava que o Tribunal de Nurember era um linchamento barulhento colocado em cena (dirigido) por Jackson.³¹

No caso de Nuremberg, é mais evidente a exceção, pois, foi um tribunal realizado pelos vencedores sob os vencidos, sendo assim, impossível de haver imparcialidade, e além dos juízes, os acusadores e advogados também foram escolhidos pelos vencedores. Além disso, não teriam os acusados direito a uma revisão da decisão, o que hoje se chama de duplo grau de jurisdição, desta forma era evidente as medidas de exceções judiciais cometidas nesse caso espetaculoso.

Assim, para configurar uma jurisdição de exceção, não basta apenas suspender direitos já consagrados, mas tem uma razão fundante mais repugnante, que é, a certeza do seu resultado, ou seja, afastando totalmente a imparcialidade do juiz e aplicando apenas a forma de um devido processo legal, ou processo justo, apenas em aparência, em outras palavras, uma teatralidade, meros atores seguindo um roteiro já escrito, só na espera do momento adequado para aplicar o resultado previamente determinado.

Com os casos contemporâneos, a situação é extremamente complexa, temos hipóteses histórico sociais, que serão arguidas para entender as medidas de exceção cometidas pelo judiciário, como a midiatização dos processos judiciais, trazendo duas problemáticas; sendo a primeira, as forças política-ideológicas que controlam a mídia, determinando qual o contexto que será transmitida a notícia e; a segunda problemática, a espetacularização por parte dos membros da acusação e do judiciário, que levando argumentos sem pro-

³¹ MELLO, Celso Duvidier de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 441.

vas para a imprensa, fazem a prévia condenação social do acusado.

2.1 Politização da Mídia

No Brasil, não é uma inovação que julgamentos sejam escandalizados pela imprensa, fazendo com que os acusados já sejam condenados socialmente antes mesmo do devido processo legal. Antes da operação lava jato, destaca-se os casos com bastante repercussão, como o da atriz global, Daniela Perez; o caso de Suzane Von Richthofen; o caso Lindemberg; o caso do casal Nardoni e o caso político do mensalão. Para explicar esses casos, em que o acusado pela mídia, já se torna um condenado pela sociedade e, é tratado como um inimigo do Estado, vale as explicações de Zaffaroni, em sua renomada obra “o inimigo no direito penal” que assim menciona:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao *inimigo* consiste em que o direito *lhe nega sua condição de pessoa*. Ele só é considerado sob o aspecto de *ente perigoso* ou *daniño*. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre *cidadão* (pessoas) e *inimigos* (não pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do *hostils*, no direito apresenta com relação ao princípio do Estado de Direito³² (grifos do original)

Assim, a pessoa acusada, passa ter uma dupla acusação para se defender, aquela dita como a tradicional por meio do sistema judiciário, e outra, que vai muito além da possibilidade de defesa, a acusação/condenação causada pela comoção social, gerada pela mídia. Nesse sentido, menciona Serrano:

Na relação entre mídia e o tribunal, entre o sistema de comunicação e o sistema jurídico, a lógica própria do direito, do lícito-ilícito, sucumbe em favor da exclusão do inimigo. A racionalidade transversal entre os sistemas conviventes numa

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 18.

sociedade democrática complexa não ocorre. Outras formas de consenso social construído também contribuem para a formação da figura do inimigo e para a formação da decisão de exceção que lhe atinge.³³

Tratando ainda da problemática jurídica midiática, tem-se um nível de complexidade difícil de se compreender, pois a politização da mídia, decorre de vários fatores, entre eles as próprias ideologias de mercado que sustentam esses veículos de comunicação, sendo impossível que exista “neutralidade” em uma imprensa tem como objetivo principal, o lucro, além disso:

um grande número de pesquisas mostra que os jornalistas compartilham crenças ideológicas como qualquer outro indivíduo, e que os padrões de recrutamento profissional e as rotinas produtivas nas redações incorporam consciente ou inconscientemente valores culturais e políticos(...); no jornalismo comercial moderno a diferenciação política dos jornais se dá muito mais pelas crenças políticas e valores morais do que pela associação com uma organização partidária ou política em particular.³⁴

É crucial levantar o debate sobre a opinião pública, pois é dele que decorre as condenações prévias da sociedade e as cobranças sociais sob os juízes. Deste modo, a opinião pública, é realizada por meios de veículos de comunicação privados, e tem sua ideologia própria de mercado, desde modo diz Martino: “Se a opinião pública é formada por elementos externos a ela, a mídia, então essa opinião não é ‘pública’, mas é o discurso produzido por um grupo e lançado sobre um público”³⁵. Sobre as táticas de manipulação de informações, acrescenta:

É possível, apenas controlando as informações sem alterá-las de maneira alguma, induzir as pessoas a um determinado

³³ SERRANO, Op. cit., p.109.

³⁴ AZEVEDO, Fernando Antônio. Mídia e democracia no Brasil: relações entre o sistema de mídia e o sistema político. Revista Opinião Pública, Campinas, vol.12, nº1, Abril/Maio, 2006, p. 102.

³⁵ MARTINO, Luís Mauro Sá. Teoria da comunicação: ideias, conceitos e métodos. Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p. 207.

juízo a partir das informações parciais tomadas – ou apresentadas – como sendo a totalidade de dados disponíveis sobre um determinado assunto ou tema³⁶

Ponto ainda que precisa ser levantado, para se ter uma visão mais ampla do problema da mídia e da manipulação da opinião pública no Brasil e, nesse artigo trataremos pelo nome de grande mídia, é o fato desse poder de “criar opinião pública” estar concentrado em apenas 6 famílias, conforme afirma Julian Assange, criador do Wikileaks, em entrevista para o jornal Estadão: “há seis famílias que controlam 70% da imprensa no Brasil”³⁷

Deste modo, é necessário fazer reflexões quanto aos juízes, que também fazem parte da sociedade e também são afetados pelos discursos ideológicos, seja no plano inconsciente contribuindo com a formação da sua personalidade, seja no plano consciente, no sentido de que, o juiz que proferir uma decisão que vai contra os anseios da população, também será penalizado? Zaffaroni responde:

Os juízes por sua vez, também, se encontram submetidos à pressão do discurso único publicitário dos meios de comunicação da massa. Toda sentença que colide com o discurso único corre o risco de ser estigmatizada e o magistrado, de acordo com as circunstâncias, pode envolver-se em sérias dificuldades e até mesmo acabar destituído, processado ou condenado.³⁸

Nesse sentido, pode existir processos que sejam prejudicados pela imprensa, pois a imprensa pode manipular a opinião pública e fazer com que o réu já seja um condenado social e, inconscientemente o juiz seguido pelos noticiários formar uma convicção prévia, que já geraria uma exceção, bem como

³⁶ MARTINO, Op. cit., 207.

³⁷ ASSANGE, Julian. ESTADÃO. Disponível em <<http://internacional.estadao.com.br/blogs/jamil-chade/entrevista-com-assange-e-bom-que-os-governos-tenham-medo-das-pessoas/>> Acesso em 29/04/2017.

³⁸ ZAFFARONI, Op. Cit., p.80

pode fazer com que conscientemente o juiz tome uma decisão de exceção, aplicando, na dúvida, a condenação do acusado, para “se livrar” socialmente, do estigma de ser um juiz “fraco”, ou de que não exista “justiça” por parte do Poder Judiciário.

2.2 Espetacularização por parte de servidores públicos

Já no segundo caso, relembrando, aquele em que membros de acusação e do judiciário se utilizam da grande mídia para tentar ter apoio social, precisam em primeiro lugar por óbvio, ter o apoio da mídia e, a mídia para divulgar essas acusações precisam ter um retorno econômico, que seja lucrando para veicular essas informações com maior venda de jornais revistas, aumentando a comoção social para melhor vender seus espaços publicitários, ou seja no plano de um interesse ideológico político, que atenda os anseios dos grupos que a patrocinam.

Desta feita, é caracterizado o juízo de exceção quando funcionários públicos, membros da Polícia Federal, Ministério Público, Poder Judiciário, se utilizam do processo, para politizar e manobrar a opinião pública, em favor de sua investigação, ainda sem provas concretas, em conluio com a mídia e com interesses políticos, já condenam previamente os acusados, e deixam que o processo seja apenas uma teatralidade, sendo que esses órgãos públicos, já almejam um resultado final para o processo, qual seja a condenação do acusado.

3. OPERAÇÃO LAVA JATO E JUÍZO DE EXCEÇÃO: BREVES APONTAMENTOS

O tópico se refere a breves apontamentos, pois, o estudo tem a finalidade de gerar a reflexão, o contrapor ao cenário midiático atual e, não objetiva fazer uma pesquisa minuciosa demonstrando todos os andamentos da operação lava jato e seus desdobramentos.

Iniciando esse tópico, é necessário mencionar expressamente alguns direitos que direitos fundamentais, que foram tidos como cláusulas pétreas, ou seja, até estar em vigor a Constituição Federal de 1988 esses direitos não podem ser suprimidos, os quais obrigatoriamente devem ser observados na operação lava jato, sendo eles: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer

natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (caput, art. 5º); ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X); é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII); é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV); não haverá júízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII); ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º LIII); aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV); são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI); ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII); Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, §2º), para esse parágrafo vale ressaltar que a Constituição recepcionou a Declaração Universal de Direito Humanos (1948), o Pacto Internacional Sobre os Direito Civil e Políticos (1966), e o Pacto de San José da Costa Rica, que é a Convenção Interamericana de Direito Humanos (1969), tratados internacionais, que também garantem o direito a um juiz imparcial e a um processo justo.

A operação lava lato em números é o maior processo da história do Brasil, com a pretensão de investigar e julgar o mais alto escalão social, entre políticos (presidente, ex-presidentes, ministros de Estado, governadores, senadores, deputados, etc.) donos de grandes grupos financeiros, em outras palavras, os oligarcas do país. Por ser pioneiro em nível de processamento de alta cúpula decisiva de toda uma nação, tem grande semelhança com o poder dos réus envolvidos no famoso caso de Nuremberg. Entretanto, a operação lava jato, coloca-se em semelhanças que vão além dos poderes dos réus, mas tam-

bém com as medidas de exceção, acometidas pelos acusadores e julgadores, que serão expostos ao decorrer desse tópico. Ainda, sobre os números, somente em primeira instância sob a condução do Juiz Sérgio Moro, segundo o site do Ministério Público Federal, são de:

1434 procedimentos instaurados; 751 buscas e apreensões, 202 conduções coercitivas, 92 prisões preventivas, 101 prisões temporárias e 6 prisões em flagrante; 183 pedidos de cooperação internacional, sendo 130 pedidos ativos para 33 países e 53 pedidos passivos com 24 países; 155 acordos de colaboração premiada firmados com pessoas físicas; 10 acordos de leniência e 1 termo de ajustamento de conduta; 59 acusações criminais contra 267 pessoas (sem repetição de nome), sendo que em 27 já houve sentença, pelos seguintes crimes: corrupção, crimes contra o sistema financeiro internacional, tráfico transnacional de drogas, formação de organização criminosa, lavagem de ativos, entre outros; até o momento são 131 condenações, contabilizando 1.377 anos, 9 meses e 21 dias de pena; 8 acusações de improbidade administrativa contra 50 pessoas físicas, 16 empresas e 1 partido político pedindo o pagamento de R\$14,5 bilhões; valor total do ressarcimento pedido (incluindo multas) R\$38,1 bilhões; os crimes já denunciados envolvem o pagamento de propina de cerca de R\$6,4 bilhões, R\$10,3 bilhões são alvo de recuperação por acordos de colaboração, sendo R\$756,9 milhões objetos de repartição, R\$3,2 bilhões em bens dos réus já bloqueados.³⁹

Feito o devido introito, passa-se a analisar criticamente – dentro das regras postas - algumas decisões que geram polêmicas. Entre elas, talvez a mais grave, diz respeito ao princípio do juiz natural, que somados os artigos; art. 5º, XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, e, art. 5º LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; ambos da Constituição Federal de 1988, assim são comentados pela doutrina:

As modernas tendências sobre o princípio do juiz natural nele englobam a proibição de subtrair o juiz constitucionalmente

³⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Disponível em <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>> Acesso em 28/04/2017.

competente. Desse modo, a garantia desdobra-se em *três conceitos*; a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) **ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato**; c) **entre os juizes pré-constituídos vigora uma ordem imperativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja (...)**

A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes. Por isso, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial – e o Estado, que assumiu a responsabilidade do exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.⁴⁰ (Grifo nosso).

A respeito dos processos relacionados a Petrobras que tem sede no Rio de Janeiro, tramitarem na cidade de Curitiba-PR, levanta-se várias teorias, que o estudo não pretende debater. A questão que leva maior estranheza, é o fato da 13ª Vara Federal de Curitiba (sob a condução do Juiz Sérgio Moro), desde a sua especialização, ter sido “alterada” 8 vezes trocando competências e até o nome, conforme demonstra as resoluções do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pesquisadas pelo Livre-Docente Gustavo Badaró:

A princípio: a então 2ª Vara Federal de Curitiba, por meio da Res. 20, de 26.05.2003, do TRF da 4ª Região, foi especializada para julgar os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores.

Posteriormente, pela Res. 42, de 19.07.2006, do TRF da 4ª Região, a referida Vara Federal passou a ter competência para também julgar os crimes praticados por organizações criminosas, independentemente do caráter transnacional das infrações.

Segue, então, a Res. 56, de 06.09.2006, do TRF da 4ª Região, que revogou a Res. 42/2006. Manteve-se a competência da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba para julgar os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem ou ocul-

⁴⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 31ª ed. Malheiros editores: São Paulo, 2015.

tação de bens, direitos e valores. Mas, por outro lado, retirou de sua competência o julgamento dos crimes praticados por organizações criminosas, atribuindo-lhe o julgamento dos processos de júri.

A Res. 56/2006 foi então alterada pela Res. 63, de 05.10.2006, desta vez, sem qualquer mudança específica na competência da 2ª Vara Federal Criminal.

Segue-se, então, a Res. 18, de 24.04.2007, do TRF, além de reorganizar as competências das Varas Federais Criminais da Justiça Federal da 4ª Região, manteve a competência 2ª Vara Federal de Curitiba, para julgar os crimes praticados por organizações criminosas, independentemente do caráter transnacional das infrações, além da competência ora atribuída e a de processar e julgar os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, que já era de sua competência jurisdicional.

Posteriormente, por meio da Res. 99, de 11.07.2013, do TRF, alterou a denominação da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, que passou a ser denominada 13ª Vara Federal de Curitiba.

Depois de nova certidão de batismo, a 13ª Vara Federal de Curitiba, por força da Resolução nº 101, de 15.08.2014, passa a ter competência para processar os pedidos de cooperação jurídica passiva em matéria penal, tanto por meio de carta rogatória quanto por meio de cooperação direta com intervenção judicial, encaminhados à Justiça Federal da 4ª Região no âmbito da Seção Judiciária do Paraná (art. 1º).

Novo acréscimo de competência vem pela Resolução nº 96, de 10.09.2015, que alterou a competência de varas da Subseção Judiciária de Curitiba, passou a atribuir para 13ª Vara Federal de Curitiba a competência para os processos do tribunal do júri (art. 2º, caput, II, b), mantida a competência anterior.

Por fim, mas não menos relevante, a Resolução, nº 3, de 19.01.2016, a 13ª Vara Federal, assim como as demais varas federais da Subseção Judiciária de Curitiba, com competência criminal, passaram a ter atribuição jurisdicional para a execução penal da Penitenciária Federal de Catanduvas/PR (art. 1º).⁴¹

⁴¹ BADARÓ, Gustavo. A garantia do juiz natural a 13ª Vara federal de Curitiba e o juiz Sergio Moro. Disponível em <<https://portal-justificando.jusbrasil.com.br/noticias/358591929/a-garantia-do-juiz-natural-a-13-vara-federal-de-curitiba-e-o-juiz-sergio-moro>> Acesso em 28/04/2017.

Deste modo, acredita-se que o Tribunal Regional Federal da 4ª região, não tenha “manobrado” para que os processos da operação lava jato ficassem todos com o juiz Sérgio Moro, pois, se assim o fosse, teria instalado um Tribunal de Exceção nos mesmos moldes de Nuremberg.

Se já não fosse desconfiança o bastante, ainda se faz necessário trazer para o estudo, que o processo da operação lava jato ocorre em meio à conturbado ambiente político, e vez ou outra, um partido ou seu opositor se utiliza da investigação para se alavancar em meio a opinião produzida pela grande mídia e angariar apoio popular para suas bandeiras. Inclusive, o processo de impeachment da presidente Dilma Rousseff, teve dois grandes desdobramentos, um, seria o processo – também de exceção – que ocorreu por parte dos parlamentares, que não será aprofundado nesse estudo; e outro desdobramento, seria ter o apoio social, e esse se deu pelas investigações da lava jato, que foram determinantes para as justificativas, como apoio da “opinião pública” para embasar moralmente o processo de impeachment, como afirma o cientista político Singer: “a combinação entre três fatos produzidos pela Operação Lava Jato e o quadro de emergência comunicacional criado ao redor deles: a prisão de João Santana (23/2), a delação de Delcídio do Amaral (3/3) e a condução coercitiva de Lula (4/3)”⁴².

Assim, nas principais fases midiáticas do processo da lava jato, que começa por volta de 2014, o país ainda tinha no governo, o Partido dos Trabalhadores, que acabará de ganhar uma eleição muito apertada, posto isto, seus principais opositores – com pauta neoliberal que beneficia os empresários do país – apropriaram-se dos discursos espetaculosos dos procuradores e do juiz da lava jato para criar uma comoção social, contra a corrupção, somado a grande mídia, que também tinha interesse no projeto neoliberal, já que lhe beneficiaria. Assim, deve-se enfatizar o papel da grande mídia no caso lava jato, e com sua estruturação publicitária bem definida, criou até uma propaganda à parte, com a frase, “passar o país a limpo”, tentando gerar um conforto na sociedade, de que se terá um novo Brasil após esse processo e, excluindo totalmente desse debate, o fator primordial para a causa da corrupção, que é o aparelho ideoló-

⁴² SINGER, André. Fica, 2016. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/andresinger/2016/12/1845742-fica-2016.shtml>> Acesso em 28/04/2017.

gico do capitalismo, gerador de individualismo e consumismo, principal fator para desigualdade social existente.

Deste modo, a intenção superficial da grande mídia é que todos investigados sejam condenados socialmente, para dar “exemplo”, com a publicidade jurídica de que no Brasil não se pode cometer corrupção, acabando com a impunidade de outrora. E, em outro sentido, a real intenção da grande mídia, é utilizar o processo para benefícios políticos próprios, que de certa forma, atende as demandas do grande empresariado brasileiro.

Tanto os acusadores da lava jato quanto o Juiz, se colocam publicamente como defensores máximos da sociedade, afirmando que seus atos são referendados pelo grande apoio popular – como já mencionado “opinião pública” encomendada pela grande mídia. Nesse sentido, o processo tomou proporções inimagináveis, a vaidade dos procuradores em ter o apoio da grande mídia ao seu lado ocorre em inúmeros casos, convocando até coletiva de imprensa para ridicularizar seus investigados, como exemplo, apenas um dos casos e talvez o mais grave, foi o episódio do procurador federal Deltan Dallagnol apresentando slides - que mais tarde viria ser motivo de chacota - dizendo que Lula era o “comandante máximo do esquema de corrupção identificado na Lava Jato”⁴³, sem no entanto, apresentar qualquer prova disso, apenas para ter o apoio da opinião “pública”, este caso, somados a várias outras arbitrariedades, como conduções coercitivas ilegais, vazamento seletivos de informações que deveriam ser sigilosas, quebra de sigilo telefônico sem a devida competência funcional, entre inúmeros atos de exceção, tornam esse processo, não só o maior caso da história brasileira, mas também, o maior caso de arbitrariedades já cometidas por um juízo e referendados pela sociedade, em total descompasso com a lei vigente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, o estudo busca demonstrar de forma reflexiva, que não se pode analisar o processo da lava jato, sem construir uma leitura histórica e ideológi-

⁴³ G1. Lula era o ‘comandante máximo’ do esquema da Lava Jato, diz MPF. Disponível em <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/09/mpf-denuncia-lula-marisa-e-mais-seis-na-operacao-lava-jato.html>> Acesso em 28/04/2017.

ca, das forças que movem o processo político no país, principalmente a construção de discursos por parte da grande mídia brasileira, que constrói opiniões públicas para atender finalidade própria, afetando diretamente os andamentos processuais. Também, traz a importância para análise técnica científica jurídica que embasa os processos brasileiros, de que não se pode alterar ou criar atalhos processuais para se atingir fins, sem desrespeitar os meios, qual seja, os direitos fundamentais existentes, mesmo diante da complexidade em se determinar até que ponto pode-se operar o ativismo judicial, sem desrespeitar os valores axiológicos de uma Constituição Federal. Se não forem respeitados os direitos dos investigados, se terá na história do Brasil, uma arbitrariedade tamanha, que será semelhante ao Tribunal de Nuremberg. Além disso, deve ficar claro, que a finalidade do Estado Democrático de Direito é manter todos direitos assegurados na carta magna, e tanto a irregularidade de agentes públicos quando buscam se enriquecer ilicitamente deve ser combatida, como também, a utilização do Poder Judiciário de tomar medidas de exceção, burlando regras pré-existentes, para atender anseios sociais momentâneos, que vão de encontro com ideologias dominantes e contrárias as determinadas pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

ASSANGE, Julian. **ESTADÃO**. Disponível em <<http://internacional.estadao.com.br/blogs/jamil-chade/entrevista-com-assange-e-bom-que-os-governos-tenham-medo-das-pessoas/>> Acesso em 29/04/2017.

AZEVEDO, Fernando Antônio. Mídia e democracia no Brasil: relações entre o sistema de mídia e o sistema político. **Revista Opinião Pública**, Campinas, vol.12, nº1, Abril/Maio, 2006.

BADARÓ, Gustavo. **A garantia do juiz natural a 13ª Vara federal de Curitiba e o juiz Sergio Moro**. Disponível em <<https://portal-justificando.jusbrasil.com.br/noticias/358591929/a-garantia-do-juiz-natural-a-13-vara-federal-de-curitiba-e-o-juiz-sergio-moro>> Acesso em 28/04/2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado**, n. 13, 2009.

BICCA, Carolina Scherer. Judicialização da Política e Ativismo Judicial. **Revista de Direito Brasileiro**, 2, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 28/04/2017.

BRASIL. **Ministério Público Federal**. Disponível em <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>> Acesso em 28/04/2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31ª ed. Malheiros editores: São Paulo, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 7, n. 12, p. 249-268, jan./jun. 2012.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O papel político do Judiciário e suas implicações. **Systemas – Revista de Ciências e Jurídicas e Econômicas**, Ano 1, n. 2, 2010, p. 56.

G1. **Lula era o ‘comandante máximo’ do esquema da Lava Jato, diz MPF**. Disponível em <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/09/mpf-denuncia-lula-marisa-e-mais-seis-na-operacao-lava-jato.html>> Acesso em 28/04/2017.

JUNIOR, José Antonio Gomes Ignácio. Ativismo Judicial: impossibilidade interpretativa dos direitos políticos negativos pelo neoconstitucionalismo. In: PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; SIMÕES, Alexandre Gazetta; JÚNIOR, José Antonio Gomes Ignácio (org.). **Ativismo judicial: paradigmas atuais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 140.

LOPES, Bruno de Souza; KARLINSKI, Francisco José Gonçalves; CARDOSO, Thiago Cougo. Algumas considerações acerca do ativismo judicial. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8831&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso: 26/04/2017.

MARTINO, Luís Mauro Sá. **Teoria da comunicação**: ideias, conceitos e métodos. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

MARX, Karl. **O Capital**. São Paulo: Ed. Boitempo: 2013.

MARX, K.; ENGELS, F. **Manifesto do partido comunista**. Edições Progresso, 1987. Impresso na URSS.

MEKSENAS, Paulo. Considerações a Respeito do Método. In: _____. **Pesquisa Social e Ação Pedagógica**: conceitos, métodos e práticas. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2011.

NUNES, Luiz Roberto. O Judiciário e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **DPU**, n. 40, jul./ago. 2011, p. 14-15.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **“Direito como Integridade” e “ativismo judicial”**: algumas considerações a partir de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Disponível: <http://www.diritto.it/archivio/1/26776.pdf>. Acesso em: 26/04/2017.

PACHUKANIS, E. B. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 172.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey: 2006.

_____. **Teoria de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

_____. **La defensa de la constitución**: estudio acerca de las diversasespecies y posibilidades de salvaguarda de la constitución. Tradução Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Editorial Tecnos, 1983. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1.ed. São Paulo: alameda, 2016.

SINGER, André. **Fica**, 2016. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/andresinger/2016/12/1845742-fica-2016.shtml>> Acesso em 28/04/2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

A MODIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO S.T.F QUANTO À NECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO PARA A RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA

*FAUSY VIEIRA SALOMÃO¹
CRISTINA VELOSO DE CASTRO²*

RESUMO

A Constituição Federal garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao poder público e a todos os cidadãos o dever de zelar por ele a fim de garantir condições de existência digna às futuras gerações. Além disso, a Constituição Federal prevê também os princípios ambientais da prevenção, precaução e poluidor pagador, entre outros. Em relação à possibilidade de cometimento de crimes ambientais pela pessoa jurídica, a Constituição Federal reconheceu essa possibilidade e determinou a edição de lei regulamentando a matéria. Em atendimento ao determinado constitucional-

¹ Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Mestre em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha de Marília - Univem; Graduado em Direito pela UNIP - Universidade Paulista; Professor de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia da UEMG, Unidade Frutal; Membro dos grupos de pesquisa cadastrados no CNPQ Igualdade, Reconhecimento e Inclusão Social: Minorias e Grupos Vulneráveis - IRIS; e INOVA-EDUCA - INOVAÇÃO NA EDUCAÇÃO, JUVENTUDE E PREVENÇÃO DE DELITOS; Advogado; Pesquisador colaborador da Fundação Centro Internacional de Educação, Capacitação e Pesquisa Aplicada em Águas - UNESCO-HidroEX.

² Docente permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Ambientais da Universidade Brasil - Campus de Fernandópolis. Professora de Direito Constitucional na Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG. Possui pós-doutorado em Direito e Saúde, pela Universidade de Messina, Itália, doutorado em Sistema Constitucional de Garantias de Direito pelo Instituto Toledo de Ensino, graduação em Direito - Faculdades Integradas Riopretense, mestrado em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto e doutorado em Derecho Empresarial pela Universidade de Extremadura. Participa dos grupos de pesquisa do CNPQ Ciências Ambientais e Saúde e Sustentabilidade Integrada dos Municípios da UnivBrasil e Cultura, Direito - Sociedade da UEMG - Universidade do Estado de Minas Gerais. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, ambiental, função social do direito, direitos coletivos, federalismo, pacto federativo e inclusão social.

mente, o Congresso Nacional promulgou a lei de crimes ambientais e consolidou tal possibilidade. Estando consolidada a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica, a jurisprudência passou a exigir a dupla imputação para aplicação de punição às empresas. Dessa forma, era imprescindível que se identificasse de modo cristalino a conduta ilícita praticada pelo representante da pessoa jurídica. Ocorre, porém, que o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento para dispensar a necessidade de dupla imputação, passando a responsabilizar criminalmente a empresa independentemente da individualização da conduta praticada pela pessoa física que a representava. O presente artigo pretende então, por meio do estudo bibliográfico e jurisprudencial, analisar os elementos teóricos que fundamentam a jurisprudência objeto de estudo, bem como a sua modificação recente.

PALAVRAS CHAVE

Responsabilidade Penal; Crimes ambientais; Pessoa jurídica; Teoria da dupla imputação; Jurisprudência.

INTRODUÇÃO

As grandes catástrofes ambientais que têm assolado a humanidade nos fazem refletir sobre os efeitos da degradação ambiental e a necessidade de preservação do meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Em atenção a essa nova realidade da vida contemporânea, a Constituição Federal de 1988 elegeu o meio ambiente como direito de todos e a sua proteção é dever do Estado e de todos cidadãos. Ainda contemplando as novas realidades vividas atualmente, a constituição Federal regulamentou a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais.

A grande controvérsia surgida daí se deu em relação à responsabilização da empresa pela prática de ilícito penal tendo em vista os antigos preceitos da ciência penal, em especial àqueles que limitam a responsabilidade aos entes humanos. Para tal corrente do pensamento jurídico, a responsabilização penal da empresa não seria possível porque as pessoas são entes que não gozam de consciência e livre arbítrio, sendo incapazes de executar condutas no sentido penal do termo.

Tal entendimento, contudo, não prosperou, justamente porque a responsabilização das empresas são algo que se nos impõe, justamente porque o exercício das atividades econômicas atualmente é desempenhado por empresas e são elas os entes com maior potencial para praticar condutas capazes de causar sérios danos ao meio ambiente. Todavia, segundo a jurisprudência predominante até recentemente, para que se procedesse à responsabilização da pessoa jurídica era necessário que se individualizasse a conduta ilícita praticada pela pessoa física representante legal.

Todavia, recentemente, ocorreu uma mudança na jurisprudência nacional carreada pelo Supremo Tribunal Federal e, desde então, deixou-se de exigir a necessidade de individualização da conduta praticada pela pessoa física para a responsabilização da empresa, razão pela qual realizou-se a presente pesquisa que, valendo de revisão bibliográfica e estudo jurisprudencial, a fim de se analisar a mencionada mudança.

O CONCEITO DE MEIO AMBIENTE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A expressão “Meio Ambiente” nos dá o sentido de reunião do que compõe a natureza, o ambiente em que os seres estão inseridos, bem como suas condições ambientais, biológicos, físicos e químicos, tendo em conta a sua relação com os seres vivos. O CONAMA conceitua meio ambiente como “conjunto de condições, leis, influências de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite abrigar e rege a vida em todas as suas formas” (Resolução 306/2002, Anexo I, XII).

Diante de tal significado e conceitos precisamos entender o contexto inserido, no presente trabalho a conceituação esta inserida nas normas do Direito Ambiental. Antes aprofundar o tema é preciso uma breve análise sobre o meio ambiente e suas formas, as quais se dividem em três: Meio Ambiente Natural, Meio Ambiente Cultural e por fim, não menos importante, o Meio Ambiente Artificial.

Entendemos por Meio Ambiente Natural os elementos bióticos e abióticos, tudo aquilo que já existe na natureza, os quais não precisaram da interferência humana para ter vida, constituído por a água, o solo, ar atmosférico, flora e fauna, sendo este tutelado pelo *caput* do artigo 225 da Constituição Federal e pelo seu paragrafo 1º inciso I e VII:

Art.225.Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Paragrafo 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

[...]

VII- proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

O Meio Ambiente Cultural tem por principal exemplo o patrimônio cultural, compreendendo os bens de natureza material bem como obras de arte, imóveis históricos, museus, dentre outros, e imateriais, como danças típicas, festas religiosas, cardápio culinário típico de determinada região, tudo englobando à identidade de um determinado povo, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade. Tal classificação esta prevista no artigo 216 da Constituição Federal, que delimita da seguinte forma:

Artigo 216: Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados as manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor históricos, paisagísticos, artísticos, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

Ressalta o Ilustre Professor José Afonso da Silva que o meio ambiente cultural: “é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra como obra do homem difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial”.

O que se entende por Meio Ambiente Cultural e seus patrimônios, é a cultura distinta existente no Brasil, cada uma dessas descreve a história, a formação da sociedade, são elementos identificadores de grupos existentes no território brasileiro.

O Meio Ambiente Artificial compreende no espaço urbano o qual foi construído pela intervenção do homem, com as edificações, e recebe tratamento constitucional não apenas no artigo 225, mas também nos artigos 182, ao iniciar o capítulo referente à política urbana, também no artigo 21, inciso XX, que prevê a competência material da União Federal de instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, como habitação, saneamento básico e transportes urbanos e ainda o artigo 5º, inciso XXIII.

De acordo com o artigo 182, 21 e 5º, XXIII da Constituição Federal:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Art. 21. Compete à União:

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

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

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

O conceito legal de Meio Ambiente tem definição Na Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81, artigo 3º, inciso I conceitua como “meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

A Constituição Federal de 1988 inseriu o tema “meio ambiente” reservando um Capítulo inteiro para a matéria, garantindo o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conceituando meio ambiente como “bem de uso comum do povo”, dessa forma esse bem não pode ser apropriado, em seu artigo 225 caput: todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Tal artigo impõe duas situações importantes, o direito e o dever, bem como da coletividade e dos entes públicos, direito de usufruir gratuitamente do meio ambiente e dever de zelo para com o tal, preservá-lo para futuras gerações, ou seja, todos têm direito ao meio ambiente equilibrado, podendo usar e gozar com moderação para que não falem nada as futuras gerações e o dever de cuidado e zelo.

Entende-se que o Poder Público tem o dever de defender e preservar o meio ambiente, partindo de tal pressuposto a competência em matéria am-

biental se divide em Competência Privativa da União, Competência Comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e ainda Competência Concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal.

Conforme tal entendimento, o sistema de proteção adotado no Brasil é o do Federalismo Cooperativo, em que todos os entes possuem competência para legislar sobre o meio ambiente e atuar diretamente em sua proteção, dessa forma, pode ocorrer à sobreposição de competência e conflitos de normas, neste caso valera a norma mais protetiva e que tenha relação com o bem ou interesse discutido. É válido lembrar que incube também a sociedade a preservação do meio ambiente, uma vez em que todos têm o direito de usufruir o meio ambiente equilibrado e saudável, tem o dever de zelar do mesmo e reponsabilidade de cuidado para repassar aos seus sucessores o meio ambiente no estado em que se encontrava ou ainda melhor.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS

A Constituição Federal de 1988 consagrou o meio ambiente como um direito humano fundamental atribuindo de forma explícita relevantes princípios do Direito Ambiental, que desempenham a função de interpretação das normas legais.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin apontam as quatro principais funções dos princípios do Direito Ambiental no que diz respeito a sua compreensão e aplicação:

- a) são os princípios que permitem compreender a autonomia do Direito Ambiental em face dos outros ramos do Direito;
- b) são os princípios que auxiliam no entendimento e na identificação da unidade e coerência existentes entre todas as normas jurídicas que compõem o sistema legislativo ambiental;
- c) é dos princípios que se extraem as diretrizes básicas que permitem compreender a forma pela qual a proteção do meio ambiente é vista na sociedade;
- d) e, finalmente, são os princípios que servem de critério básico e inafastável para a exata inteligência e interpretação de todas as normas que compõem o sistema jurídico ambiental, condição indispensável para a boa aplicação do Direito nessa área.

Este princípio diz respeito ao “ao uso comum do povo” a sociedade tem o direito de usufruir o meio ambiente em que vive sem comprometer as gerações futuras, devem usar moderadamente do que meio ambiente dispõe, devem usar adequadamente os recursos oferecidos para que no futuro não se esgotem as fontes e não prejudiquem outros, dessa forma o cidadão deve atender sua necessidade sem prejudicar gerações futuras. O fundamento normativo deste princípio é o artigo 225 da Constituição Federal e artigo 170, inciso II e VI, também da Constituição Federal que estabelecem:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

Dessa forma tal artigo estabelece a compatibilização entre a ordem econômica, a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente.

Princípio da Prevenção

Este princípio regula uma atuação preventiva, de modo a se evitar o risco de uma atividade humana que atrás de estudos constatados riscos danosos ao meio ambiente, de forma a ser possível prever que certa atividade causará um dano, a mesma deverá ser evitada.

A Declaração Universal sobre o Meio Ambiente já consagrava desde 1972 o princípio da prevenção ao estabelecer:

Deve-se pôr fim à descarga de substâncias tóxicas ou de outros materiais e, ainda, à liberação de calor em quantidades ou concentrações tais que o meio ambiente não tenha condições para neutralizá-las, a fim de não se causar danos graves ou irreparáveis aos ecossistemas. Deve-se apoiar a justa luta dos povos de todos os países contra a contaminação.

A Lei nº 6.938/81 em seu artigo 4º, incisos III, IV e V, faz menção implícita a esse princípio, vejamos:

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: III - ao estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais; IV - ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais; V - à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico”.

A prevenção ao Meio Ambiente vai além de sua proteção, de forma que o mesmo deve ser prevenido de tudo que lhe cause dano, certo de que após o dano causado a reparação deste pode levar anos, prejudicar a sociedade e ser onerosa, e ainda dependendo do dano este pode ser irreversível. A melhor doutrina entende que se deve prevenir o meio ambiente e não reparar-lo, certo de que a reparação ocorre em longo prazo prejudicando as gerações futuras. Pensando nisso surgiu o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), cujo qual tem um por finalidade um relatório sobre critérios técnicos sobre os prejuízos e impactos ambientais que determinada edificação pode causar ao meio ambiente, devendo ser claro e acessível, retratando fielmente o conteúdo do estudo, devendo ser encaminhado para o órgão ambiental competente para que se procedam a análise sobre o Licenciamento Ambiental ou não da futura atividade. O estudo prévio de Impacto Ambiental se caracteriza por ser uma medida preventiva, o qual deve ser realizado antes de qualquer implementação no meio ambiente, pois este estudo visa uma análise aprofundada sobre a implementação e possíveis impactos naquela proximidade, vedando assim o dano e assegurando um meio ambiente equilibrado e protegido.

O EIA/RIMA constitui um dos mais importantes instrumentos de proteção do meio ambiente, a sua existência é preventiva e pode compor uma das etapas do Licenciamento Ambiental, o qual a resolução Conama n. 237/97 tratou de definir no seu artigo 1º, I, *licenciamento ambiental* como:

procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental compete licenciar a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

O artigo 9º, inciso IV, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, dispõe sobre a natureza jurídica do Licenciamento Ambiental, o qual diz: “o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”, sendo ele um instrumento de caráter preventivo de tutela do meio ambiente.

Princípio da Precaução

Este princípio se assemelha com o Princípio da Prevenção, José Afonso da Silva e Toshio Mukai sequer citam a precaução como princípio do Direito Ambiental, outros como Celso Antônio Pachêco Fiorillo, Edis Milaré e Luís Paulo Sirvinskas preferem adotar o princípio da prevenção como sinônimo ou como gênero de que o princípio da precaução é espécie.

Machado coloca:

Em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou de incerteza também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção (MACHADO, 2005, p. 72).

Tal princípio é norteador pela ausência de informação, ou seja, incerteza científica sobre a potencialidade de danos sérios e irreversíveis de uma intervenção no meio ambiente, se tratando de um perigo abstrato. Certo que da incerteza deve adotar o melhor pro meio ambiente, a favor de sua conservação, ou seja, “*in dubio pro ambiente*”. Se o interessado se achar no direito cabe a ele a inversão do ônus da prova, de modo que deverá comprovar que sua intervenção não trará prejuízos ao ambiente.

Princípio do Poluidor-Pagador

Este princípio determina que a pessoa física ou jurídica, que causar degradação ao meio ambiente, direta ou indiretamente, deveram arcar com as despesas onerosas de prevenção, reparação ou indenização aos prejuízos causados. Portanto este princípio é de natureza econômica, pelo fato de obrigar o empreendedor responsável a arcar com os custos ambientais decorrentes de sua atividade. A regra é: quem polui, degrada ou causa danos ao meio ambiente deve se responsabilizar onerosamente para a reparação do dano, devendo reestabelecer o “*status quo ante*”.

Esse princípio está previsto no § 3º do artigo 225 da Constituição Federal, que dispõe que:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Neste entendimento, conforme explica Machado:

O uso gratuito dos recursos naturais tem representado um enriquecimento ilegítimo do usuário, pois a comunidade que não usa do recurso ou que o utiliza em menor escala fica onerada. O poluidor que usa gratuitamente o meio ambiente para nele lançar os poluentes invade a propriedade pessoal de todos os outros que não poluem, confiscando o direito de propriedade alheia (MACHADO, 2005, p.59-60).

Fica evidente que por esse princípio que o poluidor, pessoa física ou jurídica, responde por suas ações ou omissões, de qual contribuiu para o resultado de dano e prejuízos ao meio ambiente, ficando sujeito a sanções cíveis, penais ou administrativas.

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR DANOS AMBIENTAIS E OS CRIMES AMBIENTAIS POR ELA PRATICADOS

A Constituição Federal acolheu em seu artigo 225, § 3º, a reponsabili-

dade penal da pessoa jurídica, conforme o disposto:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

A Constituição Federal, tem por principal objeto em seu artigo 225 a proteção e prevenção do meio ambiente, o seu § 3º visa punir corretamente os autores e coautores dos crimes ambientais, se a esfera administrativa ou cível não for eficaz ao problema o direito penal poderá intervir com intuito de imputar a responsabilidade penal às pessoas jurídicas pela relação estabelecida ao comportamento de seus dirigentes, responsáveis, mandatários ou prepostos, posto que, através da vontade destes, e a hierarquia estabelecida dentro da empresa, pode uma pessoa jurídica incidir na prática de condutas lesivas ao meio ambiente.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica foi consolidada pela Carta Magna, a qual é a lei maior existente no Brasil, posteriormente com objetivo de aprimorar e reforçar a penalização da pessoa jurídica foi sancionada a Lei de Crimes Ambientais, nº 9.605/98 que previu a possibilidade nos seguintes termos:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminoso de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”.

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado,

no interesse ou benefício da sua entidade

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”.

Os funcionários, dirigentes, proprietários e demais contribuintes de uma empresa, tendo a possibilidade de agir para que não ocorra o dano ambiental, deve fazê-lo, se for omissor responderá como partícipe, de acordo com o artigo 2º da Lei nº 9.605/98, combinado com o artigo 13 do Código Penal, podemos citar como exemplo o proprietário que observa seu gerente dando ordem de queimada em uma determinada área e nada faz para impedir a determinação de mando dada pelo gerente, nesse caso ambos responderão por crime ambiental e incorrerão em sanções penais.

Quanto aos aspectos criminais, os artigos 29 a 37 da Lei 9.605 de 12 de Fevereiro de 1998, tem por principal função a proteção da Fauna e regulam os crimes cometidos contra a mesma, de forma que os animais silvestres gozam de considerável proteção.

Os artigos citados regulam sobre os crimes cometidos contra animais silvestres, sendo vedada a caça e a pesca em locais e épocas proibidas, fica vedado também o contrabando de animais, seja eles espécies extintas ou proibida a comercialização, os maus-tratos com os animais e a realização de experiências cruéis. Vale lembrar que o dano na localidade onde esses animais vivem, chamado de habitat natural, gera crime, não podendo destruir a qualidade de vida que a natureza oferece a ele.

Os crimes contra a flora estão previstos nos artigos 38 a 53 da Lei 9.605/98, os quais regulam sobre a proibição de atividades que causem qualquer tipo de destruição ou dano à vegetação de Áreas de Preservação Permanente, sendo proibido ao ser humano provocar incêndio em mata ou floresta, ficando proibida também a fabricação de balões para evitar a sua venda e posteriormente que cause incêndio.

Quanto às atividades lesivas ao meio ambiente de modo geral, dispõe o artigo 54 da mencionada lei:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana,

ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

O presente artigo trás consigo uma importante expressão, a saber “danos à saúde humana”. A saúde no plano constitucional se caracteriza pelo bem estar, de qualquer espécie, sendo ela natural, doença ocupacional, profissional ou do trabalho, regulando sobre a proteção direta a danos à saúde humana, tendo em vista a proteção do meio ambiente do trabalho e de outros bens ambientais, cuja suma importância à cadeia econômica básica destina aos brasileiros e estrangeiros residentes no País.

Esse crime se caracteriza por toda a atividade do homem a qual tem o por resultado a produção de poluente, ou seja, o simples fato de jogar ao solo um papel de bala, uma latinha de refrigerante gera poluição ao meio ambiente, porém, somente será caracterizado crime ambiental a poluição acima dos limites estabelecidos em lei.

Pode ser considerado como poluição criminosa, aquela que pode, tem o risco, sendo ele abstrato de produzir dano à saúde de todos os seres vivos.

No que se refere ao meio ambiente cultural, observa-se que o mesmo passa a ter disciplina criminal ambiental, sujeito a sanções penais, visando a tutela do direito ambiental. Vejamos:

Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:

I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

II - arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial.

O meio ambiente artificial e cultural gozam de proteção legal, assim como o meio ambiente natural, uma vez em que a junção de todos estes formam um só meio ambiente o qual deve ser respeitado e preservado, para proporcionar um desenvolvimento equilibrado para todos, certo disso a deterioração do meio ambiente cultural bem como artificial gera crime ambiental passível de sanção penal.

Os artigos 66 a 69 da Lei 9.605 de 12 de Fevereiro de 1998, detalham alguns critérios para que os servidores do Poder Público possa realizar a ativi-

dades pertinentes com ética e respeito ao bom direito, defendendo com intuito de preservar o meio ambiente.

Este crime é conceituado como condutas omissivas que dificultam e impedem o Poder Público de fiscalizar os tramites legais perante aos investidores que usufruem o meio ambiente em suas atividades comerciais. Ou ainda a corrupção por parte do funcionário público que nega, omite e sonega as informações necessárias para o devido procedimento a ser implantado, como por exemplo, o licenciamento ambiental, podendo ele conceder a licença em casos em que a lei não permite dessa forma o agente público comete crime ambiental, pois fica ele vedado de conceder algo que a lei não permite.

A JURISPRUDENCIA A RESPEITO DA NECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Para a teoria da necessidade da dupla imputação para a responsabilização da pessoa jurídica determina a necessidade de concreta imputação da pessoa física que efetivamente tenha praticado a conduta. Assim, segundo essa teoria estaria vedada a responsabilização penal de pessoa jurídica sem que se fizesse a demonstração cristalina dos ilícitos penais praticados por seu ou seus representantes legais.

A Teoria da Imputação Jurídica ganhou destaque no STJ (Superior Tribunal de Justiça), pois os julgados vem responsabilizando criminalmente as pessoas jurídicas, e tornando até mesmo ineptas as denúncias que não indicam o nome da pessoa física responsável pela empresa.

Vejamos o julgado abaixo:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. DENÚNCIA REJEITADA PELO E. TRIBUNAL A QUO. SISTEMA OU TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO. Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio. (STJ, Resp nº 889528 – SC Rel. Min. FELIX FISCHER. 5ª Turma. DJ 17/04/2007).

Há também a seguinte jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO SIMULTÂNEA DO ENTE MORAL E DA PESSOA FÍSICA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Aceita-se a responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, sob a condição de que seja denunciada em coautoria com pessoa física, que tenha agido com elemento subjetivo próprio.(Precedentes) 2. Recurso provido para receber a denúncia, nos termos da Súmula nº 709, do STF: “Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela. (STJ, REsp 800817/SC)

E ainda é possível observar o mesmo entendimento na seguinte decisão:

RECURSO ESPECIAL 2005/0197009-0 Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (8175) SEXTA TURMA DJ 22/02/2010 RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. 1. Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a actio poenalis, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pela estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do nullum crimen sine actio humana. 2. Excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal, relativamente à pessoa jurídica, é de rigor. 3. Recurso provido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício. (STJ, RMS 16696/PR)

No entanto, o art. 225, §3º, da Constituição Federal, não condiciona a

responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. Nesse sentido, em um julgado recente a Ministra Rosa Weber, não reconhece a existência da Teoria da Dupla Imputação, de acordo com o RE 548181 do STF:

[...] condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação e manutenção, na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural, exigência que me parece não existir no art.225, § 3º, da Constituição Federal. (STF - RE: 548181 PR, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 14/05/2013, Primeira Turma).

Seguindo o mesmo posicionamento, outros julgados acerca do tema passaram também a não exigir a dupla imputação para responsabilização da pessoa jurídica, como podemos observar abaixo:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DOS ARTS. 54, 60, AMBOS DA LEI N.º 9.605/98. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. DENÚNCIA GERAL. POSSIBILIDADE. INÉPCIA NÃO CONFIGURADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA ENQUADRADA COMO CRIME DE POLUIÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA ELEITA INADEQUADA. EXCLUSÃO DA PESSOA JURÍDICA DO POLO PASSIVO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE QUE PERMITA A CONCESSÃO DE ORDEM EX OFFICIO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte Superior, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Tribunal Superior tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República. 2. Entretanto, a impetração de writ substitutivo de recurso ordinário não impede a concessão de ordem de habeas corpus de ofício, em situações de

flagrante ilegalidade. 3. A teor do entendimento desta Corte, é possível o oferecimento de denúncia geral quando uma mesma conduta é imputada a todos os acusados e, apesar da aparente unidade de desígnios, não há como pormenorizar a atuação de cada um dos agentes na prática delitiva. No caso, a denúncia não é inepta, mas apenas possui caráter geral, e tampouco prescinde de um lastro mínimo probatório capaz de justificar o processo criminal. Precedentes. 4. Nos crimes de autoria coletiva, é prescindível a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada acusado, bastando a narrativa das condutas delituosas e da suposta autoria, com elementos suficientes para garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório, como verificado na hipótese. 5. “[O]s denunciados causaram poluição em nível possível de resultar danos à saúde humana, bem como fizeram funcionar estabelecimento potencialmente poluidor contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes.” Tais fatos, em tese, amoldam-se aos tipos penais descritos nos arts. 54 e 60, ambos da Lei n.º 9.605/98, a evidenciar que a denúncia atende o disposto no art. 41 do Código do Processo Penal, sendo inviável o prematuro encerramento da persecução penal. 6. A alegação de que o crime de poluição não se configurou, ante a falta de comprovação de perigo concreto à saúde humana, esbarra na necessidade de dilação probatória, incompatível com a via estreita do habeas corpus. 7. A pessoa jurídica também denunciada deve permanecer no polo passivo da ação penal. Alerta-se, em obiter dictum, que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu que a necessidade de dupla imputação nos crimes ambientes viola o disposto no art. 225, 3.º, da Constituição Federal (RE 548.818 AgR/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, Informativo n.º 714/STF). 8. Ausência de patente constrangimento ilegal que, eventualmente, imponha a concessão de ordem ex officio. 9. Ordem de habeas corpus não conhecida. (STJ, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 01/04/2014, T5 - QUINTA TURMA). (grifei). 59.

Assim, para o STF, condicionar a aplicação do referido artigo a uma concreta imputação também da pessoa física implicaria indevida restrição da norma constitucional, que expressa a intenção do constituinte originário não

apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constituição Federal reconheceu o direito ao meio ambiente equilibrado nos termos do art. 225 e impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. A Constituição Federal fez previsão ainda dos princípios da prevenção, precaução, poluidor – pagador, entre outros, no intuito de orientar a atuação do Poder Público para a proteção do meio ambiente a fim de garantir condições de existência e progresso das futuras gerações.

Em relação à possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica em virtude da prática de delito, a CF também expressamente previu essa possibilidade e condicionou tal fato à edição de lei disciplinando a situação. Em atendimento à determinação constitucional, foi promulgada a Lei de Crimes Ambientais, legislação essa que prevê as condutas ilícitas que podem ser praticadas pelas pessoas jurídicas, bem como especifica as possibilidades de sanção a ser aplicada, em consideração às particularidades do caso. Assim, conclui-se pela plena possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de atos lesivos ao meio ambiente.

Apesar da cristalina redação do texto constitucional, surgiu então a chamada Teoria da Dupla Imputação para que se pudesse aplicar a punição de natureza criminal à pessoa jurídica. Para tal teoria, a pessoa jurídica só será responsabilizada penalmente depois de se proceder à concreta imputação da pessoa física que efetivamente tenha praticado a conduta. Assim, segundo essa teoria estaria vedada a responsabilização penal de pessoa jurídica sem que se fizesse a demonstração cristalina dos ilícitos penais praticados por seu ou seus representantes legais.

Apesar de bastante consolidada, em especial no STJ, a jurisprudência foi modificada por meio de decisão do Supremo Tribunal Federal e, desde então, tem prevalecido entendimento segundo o qual não se faz necessária a

demonstração dos atos praticados pelo seu representante legal. Segundo esse mesmo entendimento, condicionar a responsabilização da pessoa jurídica à individualização da conduta praticada por seus membros seria impor requisito que não está previsto na Constituição Federal, razão pela qual modificou-se o entendimento.

Por fim, no que se refere a qualidade da mudança jurisprudencial, observa-se que essa foi bastante salutar, justamente porque elimina entraves que poderiam eximir as pessoas jurídicas das condutas ilícitas e lesivas ao meio ambiente. Dessa forma, acreditamos ainda que a mudança na jurisprudência atende aos princípios constitucionais ambientais, em especial o da precaução, prevenção e poluidor-pagador. Referida mudança, ao tratar com mais rigor os crimes ambientais praticados por pessoa jurídica, contribui com a preservação do meio ambiente e, conseqüentemente, contribui para a garantia de existência e progresso das presentes e futuras gerações.

O PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PARA O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE - ANÁLISES DE CASOS PRÁTICOS

LUANA PEREIRA LACERDA¹

RESUMO

A sociedade atual destaca a necessidade de transcender o mero individualismo ou o não se importar com outro, isto porque, não bastam somente os direitos de liberdade e de igualdade é necessário voltar ao passado, Revolução Francesa, e reconhecer a Fraternidade como um princípio ativo de condução motora para comunidade universal. Nesse contexto, apresentam-se o preâmbulo da Constituição de Federal de 1988, e os valores que o Estado democrático possui como objetivos a serem alcançados, entre outros, sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. Portanto, o presente artigo, busca destacar o princípio da fraternidade como um princípio de categoria jurídica de base interpretativa e integrante na ordem constitucional, a partir do referencial teórico, jurisprudencial, doutrinário e artigos científicos, por base o método hipotético-dedutivo, para uma interpretação constitucional sobre análise de casos práticos.

PALAVRAS-CHAVE

Princípio da Fraternidade. Preâmbulo da Constituição Federal de 1988. Hermenêutica. Dignidade Humana. Comunidade Universal.

¹ Mestranda em Teoria do Direito e do Estado no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (2015-2016) na Faculdade Damásio, Graduação em Direito (2010-2014) na Faculdade de Direito de Marília - Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, bolsista no Programa de Universidade para Todos (PROUNI), advogada, membro e secretaria geral do Grupo de Pesquisa GEP - Grupo de Pesquisa de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas. Direito e Fraternidade, cadastrado no Diretório de Grupos de Pesquisas do CNPq. Realiza as atualizações da página Direito e Fraternidade, <<http://www.lafayette.pro.br/fraternidade/>> desde 2015. E-mail: luanaplacerdaadv@gmail.com

INTRODUÇÃO

O resgate da fraternidade como categoria constitucional, pela Constituição de 1988, é a pretensão do presente estudo, a partir de um reflexão da hermenêutica do preâmbulo.

Inicialmente, busca-se ter um foco a constatação da fraternidade como princípio/valor possível para comunidade universal, ao lado da igualdade e da liberdade. Em razão disso, destaca a necessidade do seu reconhecimento para a promoção de uma sociedade mais igualitária e pluralistas, sobre afirmação da dignidade humana.

Origina-se daí um olhar sobre os valores supremos do preâmbulo constitucional, notadamente, a Fraternidade na reflexão de uma princípio de condução motora. Assim, ressalta alguns caso práticos que utilizaram o princípio da fraternidade como categoria jurídica e, ainda, afirmando a importância do seu resgate ao lado da triple da Revolução Francesa. “*liberte, égalité, fraternité*”.

Por meio de um levantamento bibliográfico, jurisprudencial de análise criteriosa com base no método hipotético- dedutivo já se pode observar o processo histórico da Fraternidade, bem como a sua aplicabilidade de forma efetiva em várias seara da ciência do Direito.

1. O PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 A FRATERNIDADE

Na última década, vem sendo impulsionado pela acadêmica os estudos sobre o tema da fraternidade. Essa condensada ora na dimensão de valor ou na promoção de princípio, notadamente como categoria jurídica. Os estudos ressaltam o esquecimento² do princípio/valor da fraternidade pela referência da tríplice da Revolução Francesa, em 1789, “*liberte, égalité, fraternité*”.

Baggio (2008, p. 7) afirma: “o fato é que a Revolução de 1789 constitui um ponto de referência histórico de grande relevância, porque, durante o seu

²A denominação “O Princípio Esquecido” representa o título de duas obras organizadas, por Antônio Maria Baggio, no Brasil, a qual representa a Fraternidade em um processo de reflexão e de resgate.

andamento, pela primeira vez na Idade Moderna a idéia (sic) de fraternidade foi interpretada e praticada politicamente.”

Nessa vereda, Carlos Augusto Alcântara Machado (2013, p. 63):

E a **fraternidade**? Por que restou relegada ao esquecimento? Porque não foi acolhida como princípio, valor ou categoria, objeto do Direito ou da Ciência do Direito? A explicação que apreço mais evidente encontra eco nos tradicionais contornos responsáveis pela delimitação do espaço jurídico, quais sejam a **coação e a obrigatoriedade**, a tributos que, num primeiro natural exame, se revelam incompatível como valor/princípio fraternidade. [GRIFO DO AUTOR]

A partir daí lança um segundo olhar sobre a fraternidade a qual é vestida de princípio/valor necessário para sociedade atual ao lado de outros valores que tutelam a vida humana. Conforme, Frade (2013, p. 24):

A união de esforços entre as Nações reclama, então, pelo fortalecimento do Estado Democrático de Direito e contribui para o universalismo dos direitos que são próprios e naturais ao homem, anseia ainda por uma sociedade livre de preconceitos, com mais dignidade e qualidade de vida para a humanidade, com mais segurança jurídica, com menos desigualdades entre os homens. Esse esforço conjunto, em sua essência, é o que aninha o Direito Fraterno.

A fraternidade é, também, ressaltada de plenitude ao lado da liberdade e da igualdade, para construção harmoniosa da comunidade universal, que tutela os valores da sociedade fraterna respeitando uns os outro na condição comum a todos, a vida, portanto, encontra-se a dignidade humana na fraternidade. Paulo Ferreira da Cunha (2014, p. 27) destaca essa aquela plenitude no contexto de irmãs:

Dir-se-ia que são duas irmãs ambas com muito forte personalidade, e que é necessária a autoridade e a sutileza da terceira para que possam não só dialogar como colaborar. Porque é muito necessária a colaboração, o remar para o mesmo lado, da Liberdade e da Igualdade.

Nesse alcance, O professor da Universisitá Roma Ter, Eligio Resta, em seu livro “O Direito fraterno” destaca a Constituição como uma representatividade de valores, histórias, fatos, identidade de um corpo político, que afirmam características de um determinado país.

A razão está no fato de que a Constituição é o ponto de chegada de uma comunidade que compartilha nascimento, história, uma forma de vida, uma língua, uma cultura e que, na base de *ethnos* que a fundamenta, define as regras da convivência política. Uma Constituição requer, ao invés, a necessidade de um “povo” unitário e de um único ponto de imputação jurídica e política. Portanto, o *ethnos* seria a estrutura fundadora que funciona como condição ao menos necessário para a Constituição quem, segundo o notório formalismo antropológico (teoria da dupla institucionalização), outra coisa não é que a “formação” das condiçõesunitárias já existentes. (RESTA, 2004, p. 77)

Observa-se que, que as constituições têm um *status* políticos de povo, cultura, e, ao mesmo tempo, elas são passado, presente e futuro, aspirações, afirmadas por movimentos de revoluções, lutas, guerras, regimes políticos e de valores social.

Sobre o contexto de valores na Constituição Carlos Ayres Brito (2012, p. 88) destaca:

Deveras, sendo a Constituição a lei de todas as leis que o Estado produz, os valores nela positivados são também os valores de todos os valores que as demais leis venham a positivar. Reexplicando: Os valores de berço constitucional são o hierárquico referencial de todos os outros de matriz infraconstitucional. Valores, estes últimos, que de alguma forma têm que se reconduzir aos primeiros, penas de invalidade (que para isto serve o princípio da supremacia formal e material da Constituição).

Nesse seguimento, a Constituição Federal de 1988 ressalta em seu preâmbulo a busca pelos seus objetivos cêtricos, bem como as aspirações do Estado Democrático Brasileiro: “os valores supremos de sociedade fraterna, pluralista e sem preceito”, além disso, pode-se perceber uma autenticidade de

princípios e direitos que se constitui em fundamento de validade de toda a ordem jurídica.

Origina-se daí a fraternidade vestida em grau de importância de princípio/ valor jurídico na ordem constitucional.

Pozzoli e Rodrigues (2017, 183) afirmam:

Toda a primeira parte do Preâmbulo da Constituição Federal refere-se à afetividade que o cidadão brasileiro deve ter um com o outro, notadamente quanto ao princípio ali contido do bem-estar. A fraternidade, por mais que esteja em nossas culturas sua relação com a religião, aqui, fica claramente apresentada como o grande objetivo da organização jurídica. A ordem jurídica, fundada no princípio da igualdade e da paz, voltada para a dignidade da pessoa humana, é o ordenamento da fraternidade. O ser humano não deve ser visto apenas como um ser que existe, mas deve ser visto essencialmente como um ser que vive em sociedade.

Nesse alcance, a fraternidade é um princípio ativo de condução motora que representa não só afirmação da comunidade universal, ato de espontaneidade e aquisições de direitos e deveres, mas, também, a tutela da dignidade da pessoa humana, a partir da construção de valores que permeiam a harmonia entre aqueles que vivem em sociedade, na relação de uns com o outro.

O homem não pode considerar apenas a sua existência individual. Deve sempre perceber que, enquanto homem, permanece em contínua relação com seus semelhantes, e tais relacionamentos devem se desenvolver fraternidade. Ou seja: o reconhecimento e o respeito à alteridade devem imperar nas relações humanas. (SANFELICE, 2011, p. 17)

Começa-se daí a questão da positivação da fraternidade como categoria jurídica. Para Tanto, destaca Frade, (2013, p. 34):

Uma eventual codificação desse Direito funcionaria, por exemplo, como um princípio iluminador e humanizante das decisões judiciais. Imaginar a contraposição a essa ideia pode parecer, num primeiro momento, que se está assumindo uma

postura contrária à própria humanidade, e consequentemente, contra si próprio.

Pelo exposto, reconhecimento da Fraternidade como categoria jurídica constitucional é, ao mesmo tempo, afirmação de um processo histórico, cultural, de conquista de direitos e deveres os quais transcendem qualquer grupo social, raça/etnia, e que coexistem na comunidade universal ao lado da liberdade e da igualdade em cada ser humano, pois é condição intrínseca à pessoa humana.

Sobre o Direito Fraternal e a sua positivação são ressaltados os termos da insegurança jurídica e da liberalidade da hermenêutica. Conforme destaca Frade (2013, p. 34-35):

Por outro lado, entende-se que determinados valores ao serem positivados correm o risco de serem mal interpretados e, consequentemente, mal utilizados ou subexplorados para o fim a que se destinam. Portanto, por prudência, opina-se em não defender afincadamente, pelo menos nesse atual estágio, uma positivação de um Direito Fraternal (rígido, estático e impositivo). E nem mesmo se defende aqui a necessidade urgente de uma codificação para o uso do Direito Fraternal. Essa posição é assumida por **entender-se que a própria interpretação da Constituição já confere bases suficientemente possíveis de sua aplicabilidade, ou seja, a Constituição possui a estrutura necessária para o despertar coletivo** desse paradigma que pode ser utilizado nos casos práticos da vida, bastando para isso o conhecimento e a vontade de mudar [...] [GRIFO NOSSO].

Nesse sentir, é dever do próprio homem o compromisso para com a comunidade universal pelos valores da radiação da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal de 1988 destaca essa relevância na medida em que afirma a importância do desejo da ordem constitucional em promover uma sociedade como os valores fraternos a partir do seu próprio preâmbulo, bem como já direcionam as algumas reflexões que permeiam esses valores.

Portanto, Reinas (2014, p. 30) afirma:

O direito fraterno é, portanto, um conceito mundial e que o constituinte pátrio o **inseriu no preâmbulo da Constituição, preâmbulo que tem aplicação enquanto norma de Direito, ou seja, possui plena eficácia.** Tem-se, então, que a fraternidade trata-se de um categoria jurídica. Por mais novo que o tema se apresente, a fraternidade não é um questão utópica e distante de se efetivar, é transcender ao papel e tornar efetivo o que determina, é tornar os significados concretos reais, e a fraternidade está não só para alguns, mas para todos, começando de quem diz o Direito, de quem aplica a justiça à sociedade. [GRIFO NOSSO]

Aos que pensam em contrários, por exemplo, Sarte, Marinonin e Miti-deiro (2017, p. 83) afirmam: “negam às deposições do Preâmbulo força jurídica autônoma e direta, de modo que o Preâmbulo não poderá servir de parâmetros para o controle de constitucionalidade nem opera como fundamento autônomo de direitos e obrigações.”

Entretanto, Machado (2013, p. 70) ressalta que a rejeição da fraternidade no preâmbulo com um dos fundamentos e força normativa da carta Constitucional de 1988 constitui, também, a negação dos valores supremos:

O princípio da fraternidade, nesse passo, constitui-se em fundamento de validade de toda a ordem jurídica brasileira. Portanto, comportamentos frontalmente contrários ou em linhas de colisão como o direcionamento jurídico contribuem para a não edificação da reclamada sociedade fraterna e caminha na contramão de uma sociedade solidária, desrespeitando também norma expressa da Lei-Mãe (Artigo 3º, I – CF). E qual a consequência? Serão ajustados por meio dos conhecidos mecanismo de controle de constitucionalidade.

Conclui-se que, portanto, o princípio da fraternidade inspira e norteia um processo não só pelo método empírico, mas, também, métodos científicos; experimental, prático e com base interpretativa.

Nesse vereda, Sonilde K. Lazzarin (2015, p. 98) afirma:

Conclui-se que não apenas o Judiciário deve revitalizar o princípio da fraternidade, mas todas as esferas públicas, bem

como as instituições privadas e cada um dos indivíduos. Para que isso ocorra são necessárias algumas redefinições, a conscientização de que a dignidade de uma pessoa faz parte da dignidade do outro, assim, é necessário reconhecer o outro como um irmão, como humano, portador de idêntica dignidade. Nesse contexto, o Estado também terá que redefinir seu papel na atual e complexa sociedade.

Considerando a proteção jurídica constitucional da dignidade humana, da igualdade e da liberdade por base a Revolução Francesa, o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 passou a consagrar e almejar a sociedade fraterna. Assim, o princípio da fraternidade permeia valores os quais em conjuntos com outros (valores) constituem como um dos objetivos e fundamentos da República Federativa República Federativa do Brasil.

2. ANÁLISES DE CASOS PRÁTICOS - DECISÕES JUDICIAIS QUE JÁ UTILIZARAM EM SUAS FUNDAMENTAÇÕES O DIREITO FRATERNO

O Direito da Fraternidade aos poucos vem sendo reconhecido em algumas decisões jurisprudencial mesmo que, ainda, essas não tragam de forma expressas uma teoria que se fundamenta nesse direito. Porém, é possível destacar o seu referencial teórico no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, e seus valores que permeiam a partir da dignidade humana.

Em tal relevância Leite (2016, p. 18) afirma:

[...] a promulgação da constituição é motivada pela busca do objetivo maior sinalizado no preâmbulo e confirmado pelos princípios e pelos direitos básicos delineados em seus primeiros artigos. O conceito de Fraternidade ganha contornos de categoria de suma importância dentro da ordem constitucional. Ao inserir este conceito no ordenamento, o legislador constituinte mostra qual é o fio condutor a ser seguido para o desenvolvimento do texto constitucional e de todas as suas consequências políticas, jurídicas e administrativas.

O ministro Reynaldo Soares da Fonseca, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), concretizou o Princípio da Fraternidade na seara do direito penal, no

recurso em Habeas Corpus n.º 74.123 - RS (2016/0202163-1) o qual tratava da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. Na decisão o ministro destacou a consagração da fraternidade em âmbito constitucional.

O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º). Multicitado princípio é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei nº 13.257/2016 decorre, portanto, desse resgate constitucional (FONSECA, 2016, p.1).

Nesse processo de identificação, têm-se as relações: o direito penal, a aplicação da pena e a fraternidade no diálogo de caráter pedagógico, reconciliador e possível ser flexível: entre o agente que cometeu o crime, a vítima e a sociedade. O Porquê seria a própria condição de existência que possuem em comum, a humana (PATTO, 2013, p. 23).

Ainda, sobre o Julgamentoo ministro retratou no procedimento da comutada da prisão afirmando o princípio da fraternidade como categoria jurídica de fundamental relevância, para as necessidades e as complexidades dos problemas sócias, jurídicos, bem como estruturais que se destacam na democracia atual.

Reynaldo Soares da Fonseca (2016, p. 1) afirma: “A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque afraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade.”

Portanto, observa-se que, a fraternidade passa pela empatia e busca uma mediação entre os próprios seres humanos sem afastar as exigências do ordenamento jurídico, bem como do estatal.

Nesse seguimento, destaca-se, também, o Ministro Carlos Ayres Brito no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade-ADIs 3.128 e 3105, em 2008, o qual aborda a questão da contribuição previdenciária dos servidores inativos, determinada pela Emenda Constitucional 41/03. Com isto, fundamentou-se que a manutenção da previdência é solidaria. Ou seja, tanto os

servidores ativos e inativos, assim se refere a solidariedade na verdade é a fraternidade, a qual vem como o terceiro valor ao lado liberdade e da igualdade:

[...] apercebi-me de que a solidariedade, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, em verdade, é fraternidade, aquele terceiro valor fundante, ou inspirador da Revolução Francesa, componente, portanto -- esse terceiro valor --, da tríade “Liberté, Igualité, Fraternité”, a significar apenas que precisamos de uma sociedade que evite as discriminações e promova as chamadas ações afirmativas ou políticas públicas afirmativas de integração civil e moral de segmentos historicamente discriminados, como o segmento das mulheres, dos deficientes físicos, dos idosos, dos negros, e assim avante.

Ressalta, portanto, a afirmação do processo histórico da fraternidade ao lado da liberdade e da igualdade, na medida em que se relacionam de forma permanente nos direitos e deveres de todos os seres humanos.

Nesse contexto, Cássia Cristina Hakamada Reinas (2014, p. 28) afirma a importância da fraternidade e os meios de concretizá-la: “O esforço para a construção de uma sociedade fraterna depende do Estado e, por assim dizer, de cada cidadão que faz parte do mecanismo, basta uma ação positiva voltada para a aproximação, a fraternidade certamente estará em evidência.”

Desta feita, as decisões promovidas pelos Ministros direcionam, a fraternidade como princípio de categoria jurídica teórica, para as necessidades e as complexidades relações jurídica, social etc. e, principalmente, afirmação do princípio esquecimento (Fraternidade) e seu grau de relevância ao lado da igualdade e da liberdade.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo referencial teórico, demonstrou-se, então, que a fraternidade é plenamente aplicável ao direito, bem o seu resgate de princípio/valor esquecido ao lado da liberdade e igualdade, a partir da Revolução Francesa.

A partir do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, a fraternidade é interpretada e buscada por “atores da justiça” em suas decisões como princí-

pio constitucional necessário para as complexidades das relações humanas, no âmbito do judiciário, e para promoção da harmonia na comunidade universal.

Entretanto, constatou-se que, apesar da resistência em não reconhecer a fraternidade como categoria jurídica sobre alguns argumentos, por exemplo, de mero desejo explanado no preâmbulo, que não veste de princípio efetivo, pode-se observar na fraternidade a sua construção teórica, experimental e prática.

Os casos concretos analisados afirmaram o grau de importância, bem como a relevância sobre o processo quem vem direcionado para a construção do possível conceito da fraternidade enquanto valor e provedora de direitos e deveres na consciência humana, a partir da relação uns com os outros.

Nesse breve artigo, apresentamos algumas questões do Direito Fraternal, que precisam ser estudadas e aprofundadas a partir do preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e do referencial teórico. Não pretendemos esgotar o tema, mas, sim, convidar os autores jurídicos a discutirem e a interpretar constitucionalmente frente às novas complexidades dos casos concretos.

REFERÊNCIAS

BRITO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1 ed. 2. Reimp. Belo Horizontes: Forum, 2012.

_____, **Voto o senhor ministro Carlos Ayres Brito**, 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittoInativos.pdf> > . Acesso em: 20 de abr. 2017.

BOGGIO, Antonio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In: BOGGIO, Antonio Maria (org.). **O princípio Esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008.

CUNHA, Paulo Ferreira da. A Igualdade e as suas irmãs valorativas. **Scientia Iuridica** – Tomo LXIII, 2014, n.º 334. Disponível em: < file:///C:/Users/User/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/2IWSWIJ/fulltext_stamped.pdf > . Acesso em: 20 de abr. de 2017.

FALLER, Maria Ferreira Fonseca. Contribuições do princípio da fraternidade para a normatividade constitucional. VERONESE, Josiane Rose Petry. OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. (Orgs.). **Direito e fraternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FRADE, Amarah Farage. **Constituição e Fraternidade Cultura**, Doutrina e Jurisprudência de um novo Paradigma Constitucional. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Porto, 2013. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/70568/2/24829.pdf>>. Acesso em: 20 de abr. 2017.

FONSECA, Reynaldo Soares. **STJ justifica prisão domiciliar com base em princípio da fraternidade**, 2016. Disponível em: <<https://correio-forense.jusbrasil.com.br/noticias/413443877/stj-justifica-prisao-domiciliar-com-base-em-principio-da-fraternidade>>. Acesso em: 20 de jan. 2016.

LAZZARINO, Sonilde K. O princípio da fraternidade na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 41, n. 1. Disponível em: <<http://revistas-eletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/19975/12670>>. Acesso em: 20 de abr. 2017.

LEITE, Valéria Aurelina da. **Adoção e suas dificuldades no contexto da sociedade fraterna**. Dissertação. Centro Universitário de Marília, Programa de Pós-Graduação de Direito. Orientador: prof. Dr. Lafayette Pozzoli. Marília 128 f. 2015.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade e o Direito Constituição brasileiro Anotações sobre a incidência e aplicabilidade do princípio/valor fraternidade no Direito Constitucional brasileiro a partir da sua referência no preâmbulo da Constituição Federal de 1988. PIERRE, Luiz Antonio de Araujo [ET alii] (orgs.). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande, SP: Cidade Nova, 2013.

MESSIAS, Jonathan Jefferson Miranda. **Fraternidade: um caminho jurídico para uma mudança social**, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41274/fraternidade>>. Acesso em 20 de mar. 2017.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. O princípio da fraternidade no direito: instrumento de transformação social. PIERRE, Luiz Antonio de Araujo [ET alii] (orgs.). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande, SP: Cidade Nova, 2013.

POZZOLI, Lafayette. TOLEDO, Iara Rodrigueis. **Análise do princípio constitucional da dignidade humana** face a dimensão da afetividade e o direito fraternal. Revista

Problemata: R. Intern. Fil. v. 8. n. 1 (2017). Disponível em: < <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/problemata/issue/view/1906/showToc>> Acesso em: 20 de mar. de 2017.

REINAS, Cássia Cristina Hakamada. **Análise sobre o princípio da fraternidade no direito**: a conciliação e a mediação na construção do saber jurídico. 2014. Dissertação em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraternal**. Tradução e Coordenação de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul, RS: EDUNISC, 2004.

SANFELICE, Patrícia de Mello. **Artigo I (IN) BALERA**, Wagner. Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos. São Paulo: Conceito, 2011.

WOLFGANG, Sarlet Ingo. MARININI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6 ed.- São Paulo: Saraiva, 2017.

NOTAS SOBRE AS DIVERSAS CONCEPÇÕES DE ESTADO E A CRISE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*ALINE ZAPATERRA MAZZO¹
DANILO PIEROTE SILVA²*

RESUMO

A presente pesquisa pretende analisar a crise vivenciada pelos Estados Democráticos de Direito. A primeira parte do trabalho se consubstancia numa pretensão de analisar as diversas teorias que buscaram fundamentar a origem, formação e legitimação do Estado. Verificar-se-á a evolução da noção de Estado e as principais construções teóricas que foram determinantes para o que hoje entendemos por Estado Democrático de Direito. A metodologia utilizada é de caráter dedutivo a partir de pesquisa bibliográfica, principalmente no que concerne às construções teóricas da Teoria Geral do Estado. É esperado despertar a atenção dos juristas para as diversas concepções de Estado, bem como, a forma como fora edificado teoricamente por diversos pensadores clássicos.

PALAVRAS-CHAVE

Estado; Democracia; Direito; Crise; Contratualismo.

¹Graduanda no Curso de Direito do UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília - SP.
E-mail: linemazzo@gmail.com

²Mestre em Direito pelo UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília-SP:
E-mail: danilopierote@univem.edu.br.

INTRODUÇÃO

Para uma melhor compreensão de possíveis críticas feitas a atual formação do Estado Democrático de Direito, buscaremos analisar alguns conceitos, considerados elementares na sua formação, no entanto, para os fins deste trabalho, a análise se restringirá a algumas teorias de formação do Estado, tomando o cuidado, contudo, de demonstrar os contextos históricos que originaram as transformações.

Portanto, para o estudo do “Estado Democrático de Direito” imprescindível iniciar o trabalho com uma abordagem histórica, a partir do qual será possível entender a sua evolução no tempo em face dos fatos que influenciaram sua formação.

Estabelecidos os precedentes históricos, buscaremos uma reflexão acerca da identidade do atual modelo de Estado, nesta senda observando questões conjunturais pelas quais perpassam nosso País.

O presente trabalho almeja, ainda, suscitar uma reflexão sobre a manifesta crise instaurada no Estado Democrático de Direito, notadamente no que atine às tensões existentes entre os poderes e os momentos de rupturas vivenciados no campo da política.

Ademais, pretende-se uma análise sucinta do conceito (atualmente utilizado com a denominação de princípio, pois embasa os pilares do Estado Brasileiro) de Liberdade, nas suas duas vertentes, a positiva e a negativa, ocasião em que tentaremos relacionar as ditas liberdades com a proposta contida no modelo brasileiro.

No mais, esta pesquisa não tem a pretensão de esgotar o tema. A metodologia utilizada foi de caráter dedutivo utilizando a pesquisa bibliográfica como fonte de observação teórica.

1. DA FORMAÇÃO E EVOLUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA TEORIA POLÍTICA-FILOSÓFICA

1.1. Da evolução do Estado

A definição e as origens do Estado são questões de inúmeras discussões e controvérsias entre os juristas e os cientistas sociais. A despeito disto, o símbolo do “Estado” apareceu pela primeira vez na ilustre obra “O Príncipe” de

Maquiavel, tendo como significado uma forma organizacional sempre ligada à sociedade política.

Pois bem. As controvérsias, de acordo com Dallari (2001, p. 52) concentram-se, principalmente, no que diz respeito à origem de tal Estado, existindo três diferentes teorias a respeito do aparecimento deste.

A primeira teoria conduz à conclusão de que o Estado sempre existiu, assim como a humanidade, pois desde que o homem vive acha-se integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo; destacam-se como defensores desta teoria: Eduard Meyer e Wilhelm Koppers (DALLARI, 2001, p. 52)

Os defensores desta teoria (concepção orgânica) acreditam que o Estado e a humanidade têm uma origem em comum, pois é inimaginável uma organização social independente do Estado, pois “organização”, segundo eles, há ente abstrato, uma *mão-invisível*, ou um ente unificador de vontades, que de certa maneira controla as condutas dos indivíduos pertencentes à essa dada organização.

Uma segunda teoria, como apontou Dallari (2001, p. 53) para a explicação da origem do Estado, sendo que os seus autores admitem que somente pode ser considerado Estado as sociedades políticas dotadas de certas características muito bem definidas. Tal hipótese é defendida por Carl Schmitt, a título de exemplo, o qual entende que o Estado se formou quando nasceu a ideia e a prática da soberania.

No entanto, distintamente do posicionamento supramencionado, Morais dividiu as teorias entre: teológica, onde seus expoentes acreditavam que o Estado é criação divina, tendo sido São Tomás de Aquino e Santo Agostinho precursores de tal corrente e, defensores da monarquia absolutista (MORAIS, 2011).

Ademais, há para o autor a teoria jusnaturalista, segunda a qual o Estado encontra fundamento na própria natureza humana, tendo o direito natural precedido o direito positivo, portanto, antes das leis, há princípios morais intrínsecos aos homens, os quais devem ser respeitados (MORAIS, 2011).

Por fim, há ainda uma terceira teoria, que por sua vez, é a adotada por ampla maioria dos autores, admite que as sociedades humanas existiram sem a presença do ente estatal, durante certo período, contudo, diversos motivos levaram à estruturação do Estado, que evoluiu, tendo sido o Estado constituído para atender às necessidades ou às conveniências de determinados grupos po-

pulares que assim acordavam (DALLARI, 2001, p. 52).

A partir desta terceira hipótese de origem do Estado, amparada por grande parte dos pensadores clássicos, surgem teorias secundárias, sendo que alguns autores entendem que o Estado se formou de uma maneira *natural* ou *espontânea*, sem que houvesse um acordo entre os indivíduos a respeito de tal entidade. Por outro lado, outros pensadores, os quais fundamentam o Estado Moderno Ocidental, não obstante as suas peculiaridades, entendem que a *vontade* de alguns homens, senão de todos os homens, levou à criação da figura do Estado.

Com base na última teoria exposta, teremos por definição de Estado a associação perpétua de homens com objetivos comuns, reunidos em conjunto com o fito de gozar dos próprios direitos e buscar atender a determinadas necessidades comuns (BOBBIO, 1995, p. 21).

Portanto, partiremos do pressuposto que o Estado é uma instituição abstrata, contudo de formação real, ou seja, o Estado como sendo o resultado da vontade racional dos indivíduos que ele compõe e estão intrinsecamente ligados a fatos históricos, isto é, o Estado se forma a partir das ligações com a realidade social.

1.2. A visão positiva do Estado: os Contratualistas

O contratualismo moderno é uma escola que floresce entre os séculos XVI a XVIII, a qual surgiu como um contraponto a concepção orgânica da formação do Estado. Segundo esta, o Estado é intrínseco ou natural ao homem. Já para os adeptos à teoria contratualista, a instituição estatal foi uma criação artificial dos homens, apresentando-se como um objeto proveniente da vontade racional dos indivíduos.

A principal semelhança entre os pensadores tidos como contratualistas, além do fato de estarem classificados em uma mesma “escola”, é o fato de que para todos esses autores há um estado em que o homem se encontrava que precede o contrato social, sendo que tal condição é conhecida como “estado natural”.

Nas palavras de Lenio Streck (2014, p. 30): “Substancialmente, o estado de natureza se apresenta como contraface do estado civil, ou seja, se não estamos no interior da sociedade política, caímos no estado de natureza. Seria o estágio pré-político e social do homem”.

Não obstante as divergências filosóficas apresentadas por Calmon

(2013, p. 13), entre os motivos que levaram os indivíduos a selarem o pacto social, nota-se a existência de um ideal em comum entre eles, qual seja, a percepção de uma *luta* entre os homens e a necessidade de se estabelecer um meio que permita a convivência harmônica.

Portanto, mostra-se evidente que o contrato social foi um marco divisor entre o estado de natureza e o estado civil. Em outras palavras, o contrato social é o que legitima o Estado, cabendo apontar que o contrato estabelecia apenas a vontade dos homens, que em determinado momento se reuniram e estabeleceram um pacto, de onde se originou não só o Estado propriamente dito, como também o direito positivado.

Posto isto, resta destacado que embora homogêneo o pensamento de que houve um estado de natureza, é importante destacar que não é uniforme a conclusão acerca de como os homens conviviam em cada “estado natural” hipotético fundamentado pelos autores e nem os termos em que acordaram o contrato social.

1.2.1. Thomas Hobbes

Thomas Hobbes foi um matemático, cientista político e filósofo britânico, que viveu na Inglaterra entre os anos de 1588 a 1679, sendo o autor de livros como o *Leviatã* e *Do Cidadão*, os quais são considerados marcos da filosofia política e, tendo ofertado importante contribuição para o desenvolvimento da Teoria Geral do Estado.

O autor supracitado foi um empirista, que acreditava que todos os homens nasciam iguais, pois a *natureza assim os fez*. Este foi o princípio da igualdade apresentado por Hobbes. Contudo, para ele, todos os indivíduos nasciam imprudentes e ignorantes, sendo que o único meio de adquirir determinados valores seria através da experiência.

Em *Leviatã*, o autor reflete sobre a máxima “*o homem é o lobo do homem*”, pois de acordo com ele, os indivíduos, em seu estado de natureza, mesmo que as experiências lhes trouxessem a sabedoria necessária para distinguir entre as possíveis desigualdades reais, ainda assim o homem só percebe a si mesmo, aos seus próprios interesses, não atribuindo aos outros as qualidades que imputar a si mesmo.

Daí extrai-se o conceito de liberdade em Hobbes, sendo entendido como a ausência de obstáculos externos às ações que contribuem para a preservação da vida, é a *pura liberdade*, ou seja, quando o indivíduo pode fazer o que quiser,

sem sofrer nenhuma coação. Sendo a lei um meio de coação, em Hobbes, em um caso hipotético, quanto menos a lei proibisse, mais livre seria o homem (ROUSSEAU, 2011, p. 31).

A liberdade seria um *direito originário*, que se opõe à lei e à obrigação, é a condição humana. Contudo, o autor descreve o homem como sendo *egoísta*, de certa forma, uma vez que como enxergavam no outro o seu inimigo, não mediam esforços para conseguir aquilo que queriam, mesmo que isso significasse lutas e guerras constantes.

Isto é, no estado natural o homem era livre, mas encontrava-se sozinho e amedrontado, não havia ordem, e nem leis a serem obedecidas. Os homens seriam, portanto, governados por suas próprias paixões não respeitando a nenhum poder comum, fazendo valer, portanto, a lei do mais forte (HOBBS, 1997, 108/109).

Neste ponto, Hobbes entende que houve a passagem do estado de natureza para o “estado social”, quando os homens, temerosos de uma vida em constante perigo e da morte iminente no estado de natureza, decidem, de modo consensual, submeter-se a um poder maior, o Leviatã, ou soberano, que regulará as diferentes capacidades e traria paz e harmonia.

(...) E contra esta desconfiança de uns em relação aos outros, nenhuma maneira de se garantir é tão razoável como a antecipação; isto é, pela força ou pela astúcia, subjugar as pessoas de todos os homens que puder, durante o tempo necessário para chegar ao momento em que não veja qualquer outro poder suficientemente grande para ameaçá-lo. E isto não é mais do que sua própria conservação exige, conforme geralmente admitido (...) não há sociedade; e o que é pior do que tudo, um constante temor e perigo de morte violenta. E a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta (...); (...)incapazes de subsistir durante muito tempo, se se limitarem apenas a uma atitude, de defesa. Consequentemente, esse aumento do domínio sobre os homens, sendo necessário para a conservação de cada um, deve ser admitido por todos. Por outro lado, os homens não tiram prazer algum da companhia uns dos outros (e sim, pelo contrário, um enorme desprazer), quando não existe um poder capaz de manter a todos em respeito. Porque cada um pretende que seu companheiro lhe atribua o mesmo valor que ele se atribui a si

próprio e, na presença de todos os sinais de desprezo ou de subestimação, naturalmente se esforça, na medida em que a tal se atreva (...).

Destarte, o homem estaria em seu estado social quando houvesse um *Estado*, encarregado de manter a ordem entre os homens e, a partir deste momento, haveria a limitação dos direitos do homem para o seu convívio em sociedade. Hobbes observa, no entanto, que o soberano deveria ter o respeito dos seus súditos e, através de leis, fazer com eles também se respeitem.

Resta evidente, portanto, que as leis civis surgem, para Hobbes, a partir do poder soberano, pois somente tal poder poderia impor normas que seriam respeitados por toda a sociedade, ante do *Leviatã*, haveria apenas o direito natural, a liberdade do indivíduo de se autodeterminar.

Percebe-se, enfim, que desta corrente filosófica fundamentou-se os “Estados Absolutistas”, pois a convivência pacífica social decorreria da renúncia à *liberdade total* que os homens têm sobre si mesmo, concentrando o poder nas mãos de um governante soberano, um monarca. O soberano, de acordo com Hobbes, não poderia dividir o seu poder, ou ele não seria respeitado e não poderia manter a ordem e a paz, o que remeteria os homens ao estado natural.

1.2.2. John Locke

John Locke nasceu na Inglaterra, viveu durante o século XVII, sendo filho de burgueses e comerciantes ingleses, antecessor à Revolução Gloriosa, viveu em um período conturbado, em que a Inglaterra passava por conflitos entre a autoridade do Rei e a autoridade do Parlamento. Inspirou a corrente filosófica do liberalismo e os pensadores iluministas, foi fonte de crítica das primeiras obras de Immanuel Kant, bem como inspirou Montesquieu na teoria da separação dos poderes.

Locke também defende a ideia de que originalmente os indivíduos viviam em um estado natural, sendo que por meio de um acordo entre os mesmos (pacto social), surge o estado de sociedade e, conseqüentemente, o poder político. No entanto, diferentemente do que pensava o seu antecessor, Locke acreditava que, no estado de natureza “nascemos livres na mesma medida em que nascemos racionais”, assim, os homens seriam iguais, independentes e governados por sua razão.

Neste estado natural, idealizado por Locke, a sorte estava a cargo dos

próprios homens, pois cabia a eles preservar a paz e a humanidade, bem como buscar evitar ferir os direitos dos outros. Desta forma, no estágio pré-social, os indivíduos seriam livres e iguais entre si.

Segundo este autor, os homens possuem um direito natural à vida, liberdade e propriedade, sendo a propriedade um direito que o homem adquiria através do processo de trabalho.

Nos dizeres de Lenio Streck (2014, p. 34):

Para John Locke, a passagem do Estado de natureza para o Estado civil, mediada por este contrato social, far-se-á para permitir que aqueles direitos pré-sociais, vistos como direitos naturais, dos indivíduos, presentes no Estado de natureza, possam ser garantidos mais eficazmente pelo soberano.

Em oposição às ideias de Hobbes, para Locke, o homem não deveria renunciar aos seus direitos naturais ao passar do estado natural ou estado civil. Em Locke, as pessoas vivem em liberdade e igualdade já no estado natural, contudo, para evitar certos inconvenientes, como por exemplo, o fato de alguns homens beneficiar-se às custas de outros, o homem teria abandonado o estado de natureza e criado uma sociedade política. Locke, de certo modo, sustentou que as leis não diminuem a liberdade dos homens, mas as amplia (ROUSSEAU, 2011, p. 33).

É válido frisar que o pacto social não criaria direito algum. Há apenas a proteção dos direitos preexistentes à criação do Estado, ou seja, em Locke, o pacto selaria um acordo entre os indivíduos para que eles pudessem garantir o seu direito à liberdade e, conseqüentemente, a propriedade. O que os homens estariam renunciando é do seu direito individual de se sobrepor ou reprimir violações aos direitos naturais.

Conforme Locke (*apud* STRECK, 2014, p. 34):

A única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com os outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte.

Por fim, Locke admitiu o *direito à resistência*, que consiste numa suposta revogação do poder outorgado aos governantes, uma vez comprovado o abuso do poder por parte das autoridades, pois o soberano é apenas o agente e executor da soberania do povo. É o povo que decide quando se abusa do poder cedido por eles.

1.2.3. Jean-Jacques Rousseau

Rousseau foi um importante filósofo, teórico político e influenciador das ideias iluministas, tendo sido criado por seu pai, após a morte de sua mãe. Nasceu na Suíça e, há relatos de que tenha sido muito mimado por seu pai, tentando compensar a perda da mãe. Filho de um pai culto, contudo, economicamente, sua família decaía de posição. Embora tenha tido uma infância prazerosa, teve que trabalhar para ajudar o seu pai ainda adolescente, sendo relatado tal experiência como *servidão*.

Rousseau acreditava que, no estado de natureza, o homem exercia a sua liberdade. Contudo, diferentemente do que apontava Hobbes, isso não necessariamente faria insurgir um estado de guerra, pois, para Rousseau, o homem era ignorante, em seu estado primitivo, ou pré-social. Desta forma, diferentemente do que pensava Hobbes, para Rousseau, o estado de natureza não era um *estado de guerra*, posto que as guerras e corrupções advêm do estado civil, mais precisamente, de conflitos de propriedade.

A ciência não estava nos salvando; ela estava causando nossa ruína moral. O progresso era uma ilusão. O que parecia ser um avanço era, na realidade, retrocesso. O desenvolvimento da civilização moderna não havia tornado os homens mais felizes ou mais virtuosos. A felicidade era um atributo do homem no estado de natureza. A virtude era possível numa sociedade simples, em que os homens levassem uma vida austera e frugal. Na sociedade moderna, sofisticada, o homem era corrupto, e quanto maior a sofisticação, maior a corrupção (ROUSSEAU, 2011, p.14).

Para Rousseau, o homem era inocente, em seu estado de natureza, sendo que o diferenciava dos demais animais, era o fato de que o homem era dotado de racionalidade, que Rousseau descreveria como a faculdade de aperfeiçoar-se. Ademais, o homem era atribuído de compaixão e simpatia, sendo que ao

se tornar sociável, o homem se corrompe.

Na obra, *Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens*, Rousseau discorre a respeito do surgimento da desigualdade que, segundo ele, se deu com a origem da sociedade civil, pois no estado natural o homem é puro, livre e é igual. É importante ressaltar que, para Rousseau, a liberdade era um direito intrínseco ao homem (ROUSSEAU, 2011, p. 18/19).

Neste sentido Lenio Streck (2014, p. 37) explica que: “Rousseau diz que o verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro homem que, depois de haver delimitado um terreno, pensou em dizer, isto é meu, e falou aos outros, tão ingênuos que nele acreditaram.

A despeito do pacto social acordado entre os indivíduos, Rousseau entendia que para que a sociedade pudesse existir pacificamente, era necessário a figura do Estado, pois sem que houvessem um governo e leis, os homens não passariam de corruptores.

Portanto, se, em comum acordo, os homens celebrassem um contrato social, com intento de submeter-se às leis, por eles criadas, preservariam os seus direitos natos e a vigoraria a paz social, pois, prezava tanto a liberdade, acreditava que podia mostrar que era possível os homens serem ao mesmo tempo livres e membros de uma sociedade política (ROUSSEAU, 2011, p. 25)

Rousseau busca demonstrar que a partir da vontade das pessoas é possível haver um contrato genuíno e legítimo, que seria benéfico a todos, dado que une a liberdade à lei e a utilidade ao direito, sendo, portanto, o primeiro pensador a traçar o atual conceito de soberania moderno. Já de acordo com Rousseau, a soberania vem do povo, tendo estes o dever de cumprir as leis, que são garantias do seu direito. “Na verdade, o que Rousseau diz é quem em vez de renunciar à sua liberdade em prol do contrato social, eles convertem a sua liberdade de independência em liberdade moral e política” (ROUSSEAU, 2011, p. 31).

Ademais, o autor supramencionado também se mostra defensor da democracia direta e da república. Contudo, a democracia de Rousseau se mostrou uma utopia, uma vez que imaginou um poder parlamentar, constituído por todos os cidadãos.

No entanto, conforme aponta Bobbio, muito embora Rousseau tivesse predileção à democracia direta, ele teria reconhecido que em razão dos Estado serem populosos, uma democracia direta jamais existiria, pois ela exige um Estado muito pequeno, onde seja fácil reunir o povo para a tomada de decisões (BOBBIO, 2000, p. 376).

Posto isto, é válido ressaltar a importância de Rousseau que inovou ao trazer lado a lado conceitos como república, forma de governo e, democracia. Para o autor, havia como os cidadãos escolherem os seus governantes e, por meio da “vontade da maioria”, elessem os representantes que tornariam o Estado legal e legítimo, garantindo aos cidadãos os direitos naturais que antes encontravam-se limitados. Rousseau fez do povo o “soberano”, pensamentos estes que, apesar das ressalvas, precedeu o Estado Democrático de direito.

1.3. Da visão negativa de Estado: teoria economicista

Diferentemente da teoria abordada anteriormente, a economicista, também conhecida por teoria marxista, pensada e manifestada por Karl Marx e Friedrich Engels, tem uma visão negativa do Estado, sendo uma estrutura de poder viciosa e, portanto, indesejada.

Nas palavras de Streck (p. 47, 2014), apesar do “modelo contratualista ver positivamente o Estado, surge a tradição socialista – de base marxista, fundamentalmente – que se apoia em uma versão negativa do Estado desde uma perspectiva que considera a hegemonia e a submissão no contexto de uma sociedade de classes”.

Os autores Marx e Engels, estudiosos da Revolução Industrial, bem como da Revolução Francesa, adotaram uma visão pessimista em relação ao Estado pois, em um avançado estudo do materialismo histórico não houve, em nenhum momento, uma estrutura de poder que não resultasse em um mesmo fim: a opressão de uns sobre outros.

Pois bem. Apenas a título de exemplo, o Estado absolutista se mostra como primeira forma do Estado Moderno, tal forma de governo encontrava-se calcada tanto nas ideias de soberania da época, como também na doutrina ensinada pelos adeptos da teoria teológica, haja vista o expresso apoio aos monarcas, bem como as ideias de que o monarca seria o representante absoluto de Deus na terra, portanto, merecia apropriar-se do Estado, personificando-o à sua imagem.

Em outras palavras, as monarquias absolutistas se apropriaram dos Estados do mesmo modo que o proprietário faz do objeto a sua propriedade, surgindo um poder de imperium como direito absoluto do rei sobre o Estado (STRECK, 2014, p. 46).

Nesta condição, o indivíduo alienaria a sua própria liberdade, para ganhar, em troca, a certeza de manter-se vivo, pois este seria o preço a pagar pela

proteção do Estado.

Assim como este modelo de sociedade, os subsequentes não teriam evoluído na perspectiva de tal teoria, pois sempre haveria uma pessoa, ou um grupo seletivo de pessoa (como no caso da sociedade burguesa), que teria o controle sob milhares de outros. Não havia igualdade nisto. Portanto, o Estado, em todas as formas já existentes, não passaria de um poder que mantém o conflito de classes.

O marxismo teve influência no mundo inteiro. De acordo com tal tradição, o Estado é concebido como um aparelho repressivo, ou seja, o Estado é uma máquina de repressão que permite às classes dominantes (no período vivenciado pelos autores, no século XIX à classe burguesa e à classe latifundiária) assegurar a sua dominação sobre a classe operária, para submetê-la ao processo de extorsão da mais-valia (termo trazido por Marx, em o *Capital*, que significa, simploriamente, exploração capitalista) (ALTHUSSER, p. 62, 1985).

Em outras palavras, tal modelo leva à negação do Estado, isto é, a sua extinção. Na mecânica social marxista, a rotação das classes, que se dará em um materialismo dialético até o completo desaparecimento das classes e, conseqüentemente ao fim da própria estrutura de Estado.

Contestando Hegel, Engels vai dizer que o Estado não é, de modo algum, um Poder imposto de fora à sociedade, nem é tampouco “a realidade da ideia moral ou da razão”. O Estado é produto da sociedade ao chegar a determinada fase de desenvolvimento, é a confissão de que esta sociedade se há enredado consigo mesma numa contradição insolúveis, se há dividido em antagonismos irreconciliáveis, perante os quais se mostra impotente para conjurar (STRECK, p. 47, 2014).

De acordo com ALTHUSSER (p. 63, 1985), o aparelho de Estado que define o Estado como força de execução e de intervenção repressiva, “a serviço das classes dominantes” na luta de classes da burguesia e seus aliados contra o proletariado é o Estado, e define perfeitamente a sua “função” fundamental, em outras palavras, a finalidade do Estado seria manter o “status quo” de uma determinada classes, garantindo-lhe direitos e poderes e, oprimindo uma outra classe, chamada de proletariado.

Marx trouxe o conceito de liberdade para o cunho materialista, sendo impossível separar o seu conceito de liberdade do conceito de revolução. Para

o autor, a liberdade humana advém de sua consciência, ou seja, o humano só se realiza como humano se consegue ultrapassar suas vontades imediatas, adquirir consciência de si mesmo, de suas potencialidades, sem interferências externas (VASCONCELOS, artigo).

1.4. Da visão negativa de Liberdade

Para Berlin (p. 136/138, 1981), a liberdade negativa pode ser definida como os indivíduos agem por seus próprios desejos, sem que haja qualquer coação, a não ser os seus próprios desejos:

Diz-se normalmente que alguém é livre na medida em que nenhum outro homem ou nenhum grupo de homens interfere nas atividades deste alguém. A liberdade política nesse sentido é simplesmente a área de em que um homem pode agir sem sofrer a obstrução de outros. Se sou impedido por outros de fazer o que, de outro modo, poderia fazer, deixo de ser livre nessa medida; e se essa área é limitada por outros homens além de um certo mínimo, podem dizer que estou sendo coagido ou, provavelmente escravizado.

De acordo com tal perspectiva, as sociedades devem se organizar de forma que os indivíduos pudessem ser livres para expressar-se e agir em consonância com as suas vontades. Em sua forma mais clássica, preconiza que a coerção é má, a medida em que frustra desejos humanos, embora, às vezes, tenha de ser aplicada para evitar outros males maiores; enquanto que a não interferência, que é o oposto da coerção, é boa.

Essa concepção visa responder a seguinte pergunta: qual é área em que o sujeito deve ter ou receber para fazer o que pode fazer ou pode ser, sem que as outras pessoas interfiram?

Em outras palavras, essa teoria não acredita que o Estado, principalmente o democrático, poderá proporcionar esse conceito de liberdade, pois, a tendência é que o homem fique cada vez mais despojado de muitas liberdades que ele poderia ter em alguma outra forma de sociedade, como na sociedade absolutista (BERLIN, p. 141, 1981).

São defensores de tal perspectiva John Stuart Mill, utilitarista, bem como o próprio Isaiah Berlin. Ademais, é possível perceber a inclinação para essa perspectiva dos pensadores políticos e filósofos descrentes do aparato estatal.

1.5. Da visão positiva de Liberdade

Por sua vez, a liberdade positiva corresponderia aos chamados “direitos sociais”, sendo que, neste conceito de liberdade, deve haver uma atividade prestadora dos direitos garantidos pelo Estado, para que o indivíduo possa concretizar, na prática, sua autonomia pessoal.

Diferentemente da visão negativa, a positiva visa responde à seguinte indagação: o que ou quem é fonte de controle de interferência que pode determinar que alguém faça, ou seja, tal coisa e não outra?

O sentido “positivo” da palavra “liberdade” tem origem no desejo do indivíduo de ser seu próprio amo e senhor. Quero que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo e não de forças externas de qualquer tipo. Quero ser instrumento de mim mesmo e não dos atos e vontades de outros homens. Quero ser sujeito e não objeto, ser movido por razões, por propósitos conscientes que sejam meus, não por causas que me afetem, por assim dizer, a partir de fora.

Nas palavras do filósofo político Berlin (p. 142/143, 1981) tal visão de liberdade consiste em não se ser impedido por outros homens de escolher o que quero, pode, se a encararmos de frente, parecer um conjunto de conceitos que não se acham muito separados um do outro.

Neste sentido, a liberdade positiva se relaciona com a visão orgânica. Segundo ela, seria dizer que se o sujeito for impedido até mesmo pela força, torna-o mais saudável para desempenhar seu papel de cidadão, portanto mais livre. A sociedade e o Estado comparado a um corpo. O bom funcionamento do Estado, tem relação com o bom funcionamento de um organismo. Todos os indivíduos são igualmente importantes para o Estado (BERLIN, p. 145/151, 1981).

Relacionam-se a esta concepção, Rousseau e Hegel, sendo que, para o primeiro, a liberdade positiva ligava-se intrinsecamente à liberdade civil. Para Hegel, era necessário entender a história, isto é, as leis peculiares ao crescimento contínuo, de maneira dialética. Só podendo ser atingida através da razão.

Portanto, a liberdade positiva permite que o homem seja livre por meio do Estado, sendo que o ser é livre no sentido de ter autodomínio de si.

1.6. Do Estado Democrático de Direito

“O homem é um animal social”, já dizia Aristóteles cerca de trezentos anos antes de Cristo. Partindo desta premissa, conclui-se que o homem só se reconhece quando vivendo em sociedade. Muitas foram as formas de se organizar das sociedades, sendo que, ainda hoje, é possível encontrar resquícios de sociedades ditatoriais, regimes pseudo-comunistas, contudo, após as conquistas dos séculos XIX e XX, houve a consolidação do Estado Social e a expansão do regime de governo Democrático.

Aceitando, portanto, a premissa de que o homem precisa viver em sociedade, não há que se falar em liberdade de autonomia. No Estado Democrático é possível ponderar acerca de uma liberdade social, onde o homem não deixa de ser livre, contudo, sua liberdade passa a ser amoldada em vista das outras garantias.

No Brasil, mais tardiamente, somente com a Constituição de 1988, após a última eleição indireta, impulsionada pela abertura política e pela campanha das diretas já, foi quando efetivamente se concretizou as bases para a formação de um Estado Democrático de Direito.

Para Bobbio (p. 30/31, 2000), democracia deve ser entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, caracterizada por um conjunto de regras, escritas ou consuetudinárias, que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas, que são tomadas pela vontade de uma maioria e, vinculam todos os membros do grupo; e quais os procedimentos.

O autor aponta ainda que para a concretização da sociedade chamada de democrática é necessário que seja garantido aos indivíduos dessa sociedade os direitos historicamente conquistados, os chamados direitos invioláveis ou fundamentais, como, por exemplo, a liberdade (de expressão, opinião, reunião, etc.). Esses são os direitos fundantes do Estado liberal e foi construída a doutrina do Estado de direito em sentido forte, isto é, do Estado que não apenas exerce o poder sub lege, mas o exerce dentro dos limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos invioláveis (BOBBIO, p. 32, 2000).

Portanto, apenas será possível adotar uma visão positiva do Estado (contratualista), para que este se sustente, em outras palavras, o Estado liberal é pressuposto histórico e jurídico para o Estado Democrático. Contudo, na democracia representativa, que é a única forma de democracia existente, pressupõe, na sua própria formação, uma renúncia ao princípio da liberdade como autonomia.

O Estado Democrático de Direito, busca assegurar as conquistas modernas e resgatá-las naquilo que ainda está incumprido, enfrentando, inclusive, suas próprias dificuldades frente às transformações operadas por novas formas de vida, pela “complexidade” da sociedade contemporânea, pelo “transbordamento” mesmo das formulas político-jurídicas modernas” (STRECK, 2014, p. 22).

Não obstante, vive-se, no Brasil, mais particularmente, uma crise sistêmica estatal, onde, diferentemente do que preceitua a Constituição Federal, os poderes (executivo, legislativo e judiciário) encontram-se emaranhados em um jogo de interesses. Ademais, as pessoas encontram-se desacreditadas da política e quase não há representativa.

A sociedade encontra-se desorientada, perplexa com os noticiários, descrente de uma possível solução, cogitando, inclusive, um retrocesso à regimes ditatoriais, como forma de extirpar a corrupção. Isso traz uma maior insegurança, ainda mais em relação os vários direitos adquiridos e os ainda almejados, a intolerância aumenta, assim como a descrença.

No entanto, não era de se esperar que um cenário muito diferente quando as fundações desse Estado Democrático se encontram tão superficialmente amparado em seus pressupostos e, notáveis são os seus vícios. Apenas à título de exemplo, temos o fato de que a Assembleia Constituinte de 1987, marco do estado democrático brasileiro e, criada para elaborar a atual Constituição, era composta por boa parte dos políticos atuantes e defensores da ditadura militar, restando vestígios de um sistema de interesses.

Desta forma, é possível perceber fragilidades na efetivação do Estado Democrático de Direito, como a falta de representação política, pois em diversos Estados há apenas um jogo de interesses; a manutenção das oligarquias no poder, em outras palavras, o poder encontra-se, sempre com um determinado grupo (político); tem-se ainda o problema com os diálogos limitados entre os diferentes indivíduos, há, também, a questão do poder invisível, os quais muitas vezes se manifestam negativamente por meio dos aparelhos ideológicos de Estado; ou ainda, a questão do descaso com que é tratada a educação, principalmente a instrutiva à formação do cidadão (BOBBIO, 2000).

As divergências a respeito da liberdade, embora fundamentais para o autoconhecimento dos indivíduos, toma um papel secundário em momentos

de enfraquecimento político. A nossa Constituição recepcionou o sistema democrático representativo, como a melhor forma de garantir todos os direitos fundamentais e sociais pleiteados pela sociedade através dos séculos. Portanto, nos resta buscar meios de concretização dos direitos conquistados, inclusive o da liberdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante as diversas concepções expostas no presente trabalho, observa-se que nas sociedades atuais é predominante a aceitação das sociedades nos moldes das perspectivas positivas, tanto no que se refere à liberdade, quanto ao Estado.

O presente texto buscou apresentar as diversas concepções sobre a noção de Estado e sobre a noção de liberdade, demonstrando a necessidade de referencial teórico para o devido exame e como a utilização de cada concepção pode implicar em uma noção diversa acerca do Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito não possui um único significado ou princípio de atuação na sociedade. A concepção contratualista parte do Estado Democrático de Direito como uma invenção da sociedade civil sendo que seu conceito se transforma na história.

Atualmente, predomina a visão contratualista e a visão positiva sobre o conceito de liberdade. O Estado deve estar diretamente vinculado com a noção de liberdade, não pode ser um instrumento de aprisionamento e não participação dos indivíduos.

Enquanto houver a propagação de dinâmicas elitistas, de exclusão de grupos sociais, em que os membros não possam apresentar suas perspectivas, em que o interesse público prevaleça sobre o interesse privado, que não se guiam pela melhor razão, não haverá que se falar em democracia, muito menos em um sistema democrático. É certo que a própria concepção de democracia pressupõe a necessidade de atuação de representantes e representados a partir de uma ideia do agir racional, guiado pelo debate na esfera pública.

No horizonte afigura-se como um caminho viável, a efetivação, pelo Estado, de institutos jurídico-políticos, bem como instituições, que promovam a democracia, tais como a concretização de direitos fundamentais (liberdade de expressão, liberdade de reunião e associação, direito de petição entre outros).

Mas isso, ainda, deve ser aliado à promoção de uma cultura democrática, em que os indivíduos devem ser incentivados à participar dos processos coletivos de tomada de decisão.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado** (AIE/Louis Althusser; Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro: introdução crítica de José Augusto Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

BERLIN, Isaiah, **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, 205p.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Norberto Bobbio; tradução de: Marco Aurélio Nogueira. 11ª Edição – São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito**; compiladas por Nello Morra; tradução e notas de: Márcio Pugliesi, Edson Bini e, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Norberto Bobbio, organizado por Michaelangelo Bovero; tradução de Daniela Baccacia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e Conciliação**. 2 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 22. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2001.

HOBBS, THOMAS. **Leviatã ou Matéria, forma, e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva – São Paulo: Editora Nova Cultura; 1997; pp. 107 – 111.

LOCKE, John. **Coleção Os Pensadores: Locke – Vida e Obra**. Consultoria de Carlos Estevam Martins e João Paulo Monteiro – São Paulo: Editora Nova Cultura, 1999.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Sobre a evolução do Estado: do Estado Absolutista ao Estado Democrático de Direito. Artigo Científico. Publicado em abril de 2011, Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18831/sobre-a-evolucao-do-estado>>. Acesso em: 09 de agosto de 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político**. Tradução de: Eduardo Brandão; organização e introdução de: Maurice Cranston – São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e teoria do Estado**. Lenio Luiz Streck; José Luís Bolzan de Moraes. 8ª Edição rev. e atual. 2ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

VASCONCELOS, Joana Salém. **Karl Marx e a Liberdade: de Jacobino a Comunista**. Artigo Científico. Público em 2012, na Revista “Humanidades em Diálogo”. Da Universidade de São Paulo. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/humanidades/article/view/106219>> Acesso em: 19 de setembro de 2017.

A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA ANTROPOLÓGICO EM PROL DO MEIO AMBIENTE

DANIELA CRISTINA VALADA¹
JOSÉ EDUARDO LOURENÇO DOS SANTOS²

RESUMO

Ao analisar as formas antropocêntricas, biocêntrica e ecocêntrica de interpretação legislativa, produzimos diferentes resultados a um mesmo caso prático. Estas diversas interpretações surgem com a evolução da sociedade civil e na Constituição Brasileira ganha traços amplos, uma vez que há diversos autores defendendo que esta adotou uma ou outra forma preponderante. A depender da posição adotada, um precedente judicial e uma consequência prática diferente serão concretizados. Esta divergência torna-se mais calorosa quando entram em conflito interesses humanos com interesses naturais, e a crescente onda de conscientização ecológica traz uma sociedade civil cada vez mais desejosa por soluções *pro natura*. Assim, ao interpretar a Carta Magna o jurista desenvolve qual o direito constitucional perquirido pela Constituição Federal Brasileira e qual o direito ambiental aceito pela sociedade brasileira na atualidade.

PALAVRAS-CHAVE

Constituição; Antropocentrismo; Biocentrismo; Ecocentrismo; Hermenêutica.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, bolsista do CNPq, modalidade Iniciação Científica, nos anos 2017/2018.

² Professor do Centro Universitário Eurípides de Marília, Graduação e Mestrado, e Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. Possui Graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1988), Mestrado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (2002), Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR - 2013) e Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra (área de Democracia e Direitos Humanos - 2016). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Penal, Criminologia, Direito e Internet, Direito Processual Penal, Direitos Fundamentais, Derrotabilidade Normativa e Novos Direitos.

INTRODUÇÃO

Considerado um direito fundamental, o meio ambiente esta previsto na Ordem Constitucional Brasileira em seu artigo 225, que dita que todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Contudo, a depender da interpretado da Constituição Federal em sua integridade, consoante o princípio da unidade constitucional, tal direito se torna lesado, com diminuta concretude prática.

Tal efeito geralmente decorre de uma interpretação antropocêntrica, que vê no homem a justificação de toda a defesa do meio ambiente. Porém, o meio ambiente é razão em si próprio, sendo o motivo para qual devemos preservar-lo e defende-lo.

Na presente pesquisa, busca-se compreender o intuito do legislador constitucional ao estabelecer a proteção do meio, analisando as diversas formas de interpretações utilizadas e suas modernas concepções, deste as formas antropocêntricas, passando a visão biocêntrica e findando na interpretação ecocêntrica.

Ainda, busca analisar qual a opção adotada pela Constituinte de 1988 e a mais adequada interpretação para responder ao propósito do legislador constituinte ao inaugurar a nova ordem de defesa ao meio ambiente na Constituição de 1988.

Destarte, tal análise mostra-se imprescindível já que, a depender de como é interpretada a Lei Maior, os resultados práticos e concretos serão variados, respondendo ou não pelos anseios da sociedade.

Por fim, na presente pesquisa fora utilizado o método de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO MEIO AMBIENTE NATURAL

Como nos alerta José Afonso da Silva, os substantivos “meio” e “ambiente” constituem uma redundância que busca significar todo aquilo que nos cerca. A ênfase – meio ambiente -, no Direito, busca globalizar a palavra para abranger o meio ambiente natural, cultural, artificial, do trabalho e todas estas interações (SILVA, 2011, p. 19 e 20).

Em especial na ordem constitucional de 1988, que buscou integralizar e proteger tanto o meio ambiente natural, quanto o artificial, assim como os demais meios em que se vive: meio ambiente do trabalho, meio ambiente cultural.

Contudo, cotidianamente, a expressão busca significar o meio ambiente natural, sendo aquele donde retiramos todas as fontes de sobrevivência: ar, água, clima, solo, matérias-primas como minérios, etc.

Ao utilizar a palavra meio ambiente, a presente pesquisa remete diretamente ao meio ambiente natural, sendo esta fonte de riqueza do ser humano, mas, principalmente, de sobrevivência a todas as espécies planetárias, inclusive a humana.

O meio ambiente natural destacou-se distintamente nos últimos anos. Isto porque a qualidade de vida humana esta diretamente ligada à qualidade do meio ambiente natural. Nos últimos anos, o capitalismo, o consumismo e ambição humana, a exploração desenfreada do meio pelas indústrias e o crescimento populacional encontraram óbice na finitude dos recursos naturais, até então não previstos, culminando em diversos impactos ambientais.

A partir de então, a sociedade humana passou a desenvolver uma consciência ecológica. O respeito pelo meio ambiente, necessário à manutenção da espécie e fonte de riquezas e sobrevivência, conjuntamente com a intolerância a práticas agressivas contra outros seres vivos, componentes da natureza, trouxe uma mudança de postura de nossos governantes, acarretando em mudanças jurídicas em prol da natureza.

DO ANTROPOCENTRISMO AO ECOCENTRISMO

De certo, após inúmeras catástrofes e diversos problemas ambientais atuais³, o ambientalismo se desenvolveu e prosperou de forma singular, momento em que a busca pelo desenvolvimento desenfreado restou obstaculizada para dar espaço e importância à defesa do meio ambiente natural.

Nestes termos, a omissão ao meio ambiente configurou auge com a Revolução Industrial nos séculos XVIII e XIX, onde, apesar do desenvolvimento

³ Esgarçamento da camada de ozônio, aquecimento global, escassez de água, etc.

econômico exponencial, o meio ambiente⁴ era ignorado na crença da infinidade de seus recursos, visto apenas como fonte de matérias primas e centro da exploração industrial. Assim, este era utilizado sem ponderações pelas indústrias humanas.

Por conseguinte, após os primeiros sintomas ambientais da exploração sem limites, os principais governantes de vários países do globo movimentaram-se a busca de soluções a fim de socorrer a natureza e descontinuar o ciclo de desastres ambientais.

Logo após a primeira manifestação mundial em prol do meio ambiente – Conferência de Estocolmo, em 1972, o Brasil inaugurou de forma definitiva a defesa do meio ambiente na Constituição de 1988, prevendo um capítulo todo a formar os princípios fundamentais ambientais na ordem constitucional brasileira.

Porém, em tal momento prevalecia, ainda, um pensamento tradicional genuinamente antropológico, qual seja, o pensamento de que a defesa deste meio deveria acontecer com o único intuito de manter viável e confortável a espécie humana no planeta, possibilitando a continua exploração industrial.

Ou seja, não se defendia a natureza como razão em si próprio, mas puramente em prol dos interesses humanos de manter-se vivo e confortável em um ambiente onde até o momento ele somente explorava, sem nenhuma preocupação e cuidados quanto à preservação, prevenção e precaução do meio em que vive.

Assim, ao manifestar-se pela defesa do meio o homem buscava apenas conter os desequilíbrios ecológicos com o intuito de continuar a degradá-lo, concepção visivelmente antropológica, qual seja, defender o meio ambiente por causa do homem, e não em razão do próprio meio.

Dessa forma, explicando a concepção antropocêntrica tradicional, temos a lição de Romeu Thomé, *in verbis*:

Para o antropocentrismo, a natureza é um bem coletivo essencial que deve ser preservado como garantia de sobrevivência e bem-estar do homem. Impõe-se, por conseguinte, o equilíbrio entre as atividades humanas e os processos ecológicos fundamentais. O mundo natural tem valor apenas enquanto atende aos **interesses da espécie humana** (THOMÉ,

⁴ O termo “sustentável” ainda não existia!

2015, p. 60).

Inúmeros autores encerram esta visão até os dias atuais, como por exemplo Celso Antônio Pacheco Fiorillo e José Afonso da Silva.

Tal concepção, na prática, levou a inúmeros casos de afastamento da defesa do meio ambiente pela utilização do princípio da insignificância, onde uma pequena degradação isolada não era punida já que apenas aquela manifestação, isolada e irrisória, não seria capaz de destruir a natureza por si só, permitindo ao homem a prática de tal ato degradador.

Hoje, tal concepção resta superada, já que há previsão em nosso ordenamento jurídico de crimes de acumulação, contumazmente utilizado em cerne ambiental, sendo que para estes, a pequenez da degradação isolada se cumula com outras causando, a médio e longo prazo, grande impacto ambiental, sendo necessário, portanto, o afastamento do princípio da insignificância e a punição na tentativa de conter a degradação ambiental.

O desenvolvimento da hermenêutica e da consciência ecológica⁵ resultou em distintas variações do antropocentrismo, sendo que os autores costumam diferencia-lo em antropocentrismo utilitarista e em antropocentrismo alargado (também conhecido como antropocentrismo protecionista).

O antropocentrismo utilitarista é aquele tradicional, até aqui exposto, onde o meio ambiente deve ser preservado até o ponto em que é útil ao ser humano, sendo apenas fonte de riquezas e recursos ao homem, em uma visão genuinamente economicacêntrica.

Adotando uma visível postura antropológica utilitarista, Celso Antonio Pacheco Fiorillo diz:

A vida que não seja humana só poderá ser tutelada pelo direito ambiental na medida em que sua existência implique garantia da sadia qualidade de vida do homem, uma vez que numa sociedade organizada este é o destinatário de toda e qualquer norma (FIORILLO, 2015, p. 54).

Contudo, com o desenvolvimento do pensamento ambientalista e em

⁵ Precipualemente após a criação do termo “desenvolvimento sustentável”, considerado *prima principium* no Direito Ambiental brasileiro, que, segundo Romeu Thomé (THOMÉ, 2015, p. 58) possui como pilares: crescimento econômico, preservação ambiental e equidade social.

posição mais aceita doutrinariamente, sobrevém a aplicação do antropocentrismo protecionista, sendo este aquele que defende a proteção da natureza como um todo, afinal, este é o meio em que vive o homem, essencial para a sua sobrevivência e bem estar.

Difere do anterior uma vez que, para esta concepção a proteção de toda a natureza é perpetuada, e não somente daquela parcela útil momentaneamente ao homem. Contudo, a razão desta proteção ambiental permanece justificada no ser humano.

Destarte, no momento em que esta visão abrange a proteção de todo o meio ambiente independentemente de sua utilidade direta, acaba por proteger as futuras gerações a capacidade de funcionamento e gerenciamento do meio como um todo, afinal, a teia da vida esta infinitamente interligada.

Nesses termos, o princípio 1 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ECO 92:

Princípio 1. Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.

Defendo que a Constituição Federal possui caráter antropocêntrico protecionista, Romeu Thomé nos diz:

A Carta Magna prevê a exploração da propriedade privada, a utilização de recursos naturais, a obtenção de lucro, mas desde que seja respeitada a função social da propriedade, a preservação dos recursos naturais e da legislação trabalhista (THOMÉ, 2015, p. 61).

Esta visão procura apaziguar e mediar a relação entre duas visões diametralmente opostas, quais sejam, o antropocentrismo tradicional e o biocentrismo. Sua grande aceitação doutrinaria se deve ao equilíbrio a ela inerente, sem ser fundada apenas em razões econômicas, como também não sendo radical, conforme a visão biocêntrica é por muitos considerada.

A visão biocêntrica entende que o meio ambiente pertence a todos aqueles com vida que dele usufrui. Dessa forma, ao tratar do meio o ser humano deve possuir extrema cautela, já que este não lhe pertence.

Segundo essa visão, cada homem constitui parte do meio ambiente, devido a isso, nenhuma outra criatura está em posição subalterna em relação ao homem, mas sim, todos estão em posição de equidade, possuindo o mesmo direito a um meio ambiente e vida digna, onde possam exercer seu papel ecológico.

Comumente tratados como sinônimos, o biocentrismo é diferente do ecocentrismo.

Tal disparidade inicia-se logo com os termos. O termo biocentrismo significa centralidade na vida, uma vez que *bio* representa vida. Já o termo ecocentrismo transfere esta centralidade para toda a natureza, inclusive para os elementos abióticos.

Assim, o ecocentrismo é uma visão alargada, que vê a natureza como detentora de direitos⁶. Coloca em posição de equidade todos os elementos naturais uma vez que tudo está entrelaçado biologicamente e toda a natureza é de origem comum, em uma visão claramente holística.

É importante observar que a partir do momento em que se adota uma postura biocêntrica ou ecocêntrica a defesa da natureza frequentemente se dará contra os interesses momentâneos humanos, que deve abandonar seu individualismo em prol do bem maior, qual seja, a vida em todas as suas formas e o Planeta Terra.

A CONSTITUINTE DE 1988

Analisar a opção constituinte é fundamental na formação de decisões concretas justas e de acordo com os anseios populares. Nesta tarefa, fundamental faz o estudo e ponderações dos princípios constitucionais.

Assim, *verbi gratia*, a discussão ganha grandes contornos quando envolve o direito constitucional animal, isto porque as práticas culturais humanas por diversas vezes choca-se com a liberdade e dignidade animal, o que,

⁶ Consoante já previsto na Constituição do Equador, in verbis:

Art. 72. A natureza ou Pachamama onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estruturas, funções e processos evolutivos. Toda pessoa, comunidade, povoado, nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos se observarão os princípios estabelecidos na Constituição no que for pertinente. O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema.

segundo os biocêntricos, devem prevalecer os últimos por serem sencientes, ou seja, suscetíveis à dor.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo, de forma adversa defende:

Quando entram em choque o direito constitucional do animal de não ser submetido a práticas cruéis e o de manifestação da cultura do povo, parece-nos que a única opção a prevalecer é a atividade cultural, porquanto é a identidade de um povo, representando a personificação da sua dignidade como parte integrante daquela região (FIORILLO, 2015, p. 55)

Em que se pesem manifestações nestes moldes, tal conflito principiológico, manifestação cultural *versus* não crueldade aos animais, ambos direitos previstos na Carta Magna, estão sendo gradualmente pacificado pela jurisprudência ao julgar pela inconstitucionalidade de leis que permitem a crueldade animal sob a justificativa de serem práticas culturais de determinada localidade.

Em casos como “briga de galos”, “farra do boi” e recentemente a “vaquejada”, a Suprema Corte Brasileira, apesar de controvérsias e votos antagônicos, afastou o artigo 215 da Lei Maior, que trata da manifestação cultural, a dar prevalência ao artigo 225 do mesmo diploma, que prevê a não crueldade a animais como princípio político/jurídico.

Estes julgados representam uma mudança histórica de paradigmas, onde a concepção antropocêntrica tradicional fora afastada unicamente para defesa dos animais, decisões estas de caráter estritamente biocêntricos.

Vejamos:

COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”.

Destarte, deve-se observar que a discussão, apesar de formalmente

debatida entre o caráter cultural de tais práticas e o direito dos animais, possui outras entranhas profundas que a movem, não sendo somente ligada a dualidade de cultura *versus* não crueldade.

Isto porque, todas essas práticas, consideradas inclusive esportes, movimentam somas exuberantes de dinheiro. Em um país tão corrupto quanto o Brasil, acrescentando a ganância humana, há de se pensar os motivos que movem aqueles que lutam pela continuidade dessas práticas “culturais”.

Superado tal ponto, passa-se a questionar qual a posição da Constituinte de 1988 frente a estas concepções.

Nestes termos, importantíssimo o posicionamento do antigo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, exercendo carreira atualmente no Tribunal Superior Eleitoral, Antonio Herman Benjamin, ao debater o posicionamento da Constituição Federal perante tais concepções, dizendo que “a Constituição, exatamente por inserir-se em época de superação de paradigmas, apóia-se, de uma só vez, em padrões antropocêntricos, biocêntricos e até ecocêntricos” (BENJAMIN, 2007, p. 110).

Conclui o autor defendendo que o hibridismo constitucional não seria acidental, mas sim intencional. A vista disso, o constituinte estaria impondo o questionamento e a superação de paradigmas a todo aplicador de direito, sem olvidar que o poder judicial possui o dever de implementar as normas brasileiras.

A nosso ver, assiste razão o Ministro, sendo possível encontrar traços antropocêntricos, biocêntricos e ecocêntricos durante toda a Carta Política, que prevê a dignidade humana como princípio mor, mas em todo momento ressalta a necessidade de preservação ambiental, confundindo-se com o antropocentrismo protecionista.

Dessa forma, fundamental as decisões das Cortes Superiores em conflitos aparentes de princípios. Isto porque essas decisões geram precedentes judiciais, a opção dos ministros nestes casos serão bases a outros casos semelhantes como a prática de “Rodeios”, se assim questionada e comprovada a crueldade.

Ainda, no atual estágio evolutivo da sociedade brasileira, inviável se mostra a aplicação de uma postura estritamente biocêntrica ou ecocêntrica. Mesmo que mais correta e ética, tal postura não se mostra consoante a sociedade civil. Afinal, o direito acompanha a sociedade, externando seus anseios, e não o inverso.

Isto porque adotar uma postura estritamente biocêntrica ou ecocêntrica pressupõe o questionamento e mudanças de posturas em todos os aspectos da vida humana, como alimentação, vestuário, produção em geral e consumo.

Mesmo que parcela da sociedade esteja apta e plenamente capaz de viver conforme uma ótica que respeita integralmente o meio ambiente, para muitos, tal mudança é inconcebível e por vezes inviável.

Destarte, a educação ambiental, o ensino da ética e cidadania mostram-se imprescindíveis para, primeiramente, mudar o posicionamento e valores da sociedade, para que então o Direito atue, acompanhando e regulando o corpo social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O meio ambiente natural é fonte de recursos humanos sendo fundamental para a manutenção de todas as espécies planetárias. Neste sentido, necessário se faz a busca de um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a preservação da natureza.

No momento em que restou obstaculizada o desenvolvimento econômico devido aos inúmeros impactos ambientais, o ser humano passou a buscar a proteção do meio, sobretudo através de normas jurídicas.

Neste ponto, passaram a surgir diversas formas de interpretação que ditam como que os interesses humanos e ambientais deveriam ser ponderados para a melhor aplicação das normas ambientais.

Estas interpretações ganham suma importância quando se refere ao Direito Constitucional. Isto porque, a depender de como é interpretada a Lei Maior, a proteção constitucional da natureza será mais efetiva ou prejudicada.

Tradicionalmente, o antropocentrismo utilitarista prevê que a defesa do meio deve se dar somente até o ponto em que a degradação ambiental afete diretamente o ser humano. Ao considerar o meio ambiente fonte de matéria prima e utilidade, afasta-se qualquer proteção que não seja estritamente essencial a este fim.

Após, o antropocentrismo protecionista dita que a defesa do meio deve se dar além daquele afetado diretamente pelas opções humanas, devendo o homem promover sua preservação integral, inclusive para as futuras gerações. Mas toda essa defesa é considerada em detrimento do homem, ou seja, defende-se todo o planeta, pois, a manutenção deste é necessária à

manutenção da espécie humana.

Deste ponto surge a postura biocêntrica, com pretensão de defender tudo aquilo que possui vida em um sistema de igualdade, sendo necessário cautela ao tratar com os outros seres vivos.

Como variação do biocentrismo, surge a versão mais ampla denominada ecocentrismo, com caráter holístico, vê o homem como parte do meio, que deve ser defendido em razão de si próprio. Assim, busca sempre a solução *in pro natura*, não se admitindo uma visão onde os anseios momentâneos humanos prevaleçam.

Por fim, analisa-se a postura que melhor se aplica a Constituição da República Brasileira, chegando-se a conclusão, consoante entendimento doutrinário, que nossa Carta Política possui traços antropocêntricos, biocêntricos e ecocêntricos em si.

Para tanto, a interpretação jurídica, principalmente a que prevalece na Corte Constitucional, se mostra imprescindível. Esta interpretação nos mostra como o Brasil atualmente trata o meio ambiente.

REFERÊNCIAS

Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ECO 92. ONU.

ALMEIDA, Paulo. A visão ecocêntrica no mundo jurídico. Disponível em: <<https://paulossalmeidaadv.jusbrasil.com.br/artigos/151203513/a-visao-ecocentrica-do-meio-ambiente-no-mundo-juridico>>. Acessado em: 20/04/2017.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens. Direito Constitucional Ambiental brasileiro. São Paulo. Editora Saraiva. 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 15ª edição. 2015. Editora Saraiva.

PADILHA, Norma Sueli. Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro. 2010. Editora Campus Jurídico.

PADILHA, Norma Sueli; MASSINE, Maiara Cristina Lima. O paradigma constitucional de práticas que submetam os animais a crueldade: uma análise da razão antropocêntrica da cultura jurídica brasileira na implementação judicial do crime de tráfico de animais silvestres. Trabalho publicado nos anais do *CONPEDI* de Maringá/PR, 2009.

SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. 9ª edição, atualizada. 2011. Malheiros Editores.

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 5ª edição, revista, ampliada e atualizada. Editora Juspodivm.

O USO EXAGERADO DE PRINCÍPIOS: A DISSEMINAÇÃO DO MAU USO DO PÓS-POSITIVISMO

GABRIELA MIGUEL SANTANA¹
LETICIA APARECIDA MOURA ZANELATTI²
PHELPE RIBEIRO DA SILVA³

RESUMO

O presente estudo analisa a proposta Pós-positivista e busca fazer uma análise sobre alguns dos possíveis problemas quando este é mal utilizado pelos operadores do direito, estabelecendo uma reflexão acerca do conceito de Direito desde o Estado moderno ao novo constitucionalismo ou neoconstitucionalismo presente hodiernamente.

Para tal, discorreremos sobre os preceitos apontados pela corrente Jusnaturalista e Positivista da Escola da Exegese, a qual teve grande influência no desenvolvimento desta corrente, demonstrando que o conceito de Direito se alterou de acordo com o paradigma adotado.

Por fim, procuramos apresentar a teoria de Robert Alexy, que baseado no papel exercido dos princípios e na argumentação jurídica, faz a diferenciação entre regras e princípios e delimita o campo de atuação de cada um destes.

PALAVRAS-CHAVE

Jusnaturalismo, Pós-Positivismo, Princípios, Regras, Interpretação.

¹ Estudante do Curso de Direito do Univem.

² Estudante do Curso de Direito do Univem.

³ Estudante do Curso de Direito do Univem.

INTRODUÇÃO

Desde que o homem se organizou socialmente, buscou viver em harmonia, para tanto, precisava limitar o poder Estatal contra abusos, e garantir direitos fundamentais individuais. Este primeiro movimento ficou conhecido como Constitucionalismo Moderno.

Ocorre que o constitucionalismo está em constante construção e desenvolvimento e aqueles direitos não eram suficientes, precisando assim de novas conquistas.

Atualmente, ele foi denominado como neoconstitucionalismo, em poucas palavras, verifica-se que não é só a luta, mas a solidificação dos direitos, princípios e garantias fundamentais individuais do direito positivado, analisado sempre à luz dos valores, da moral e da ética. O pós-positivismo é o principal marco teórico do neoconstitucionalismo, e se constitui numa terceira via, entre o direito natural e o direito positivo, absorvendo as virtudes daquele e desprezando os defeitos deste.

Entretanto, baseado em Alexy que diferencia em sua teoria princípios e regras, é importante distinguir ambos para delimitar o campo de aplicação e conseqüentemente, melhor concretizar um direito. Daí a importância deste estudo.

Trata-se de trabalho que adota o método dedutivo, e o procedimento de pesquisa é o bibliográfico.

O JUSNATURALISMO

O termo jusnaturalismo mostra que o direito tem como uma de suas naturezas as leis naturais, advindo com a criação da sociedade, justificada na existência de um direito natural, esse ideal tem como base um conjunto de valores de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica posta pelo Estado, ou seja, sem relação com o direito positivo. Esse direito natural tem validade por si só, tendo com legitimidade a ética superior, tendo como próprio objetivo estabelecer limites à norma Estatal.

Este pensamento tem uma perspectiva universal, pois a ideia de Direito Natural surge da procura de determinados princípios gerais que sejam válidos para os povos em todos os tempos. A crença de que o homem possui

direitos naturais, ou seja, um espaço de integridade e de liberdade que deve ser preservado pelo próprio Estado, foi o incentivo para revoluções liberais e fundamento das doutrinas políticas, como por exemplo, a revolução francesa, que sofreu grande influência do direito natural.

O direito natural é considerado o critério que se designa o justo. A fundamentação dele se dá pela observação de conformidade entre regras jurídicas de diferentes povos, que induziu a postular uma justiça superior.

Com a ingressão do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e a conquista do movimento de codificação simbolizou a vitória do direito natural, que teve sua eminência. Antagonicamente, representou também a sua superação histórica.

O século XIX foi marcado pela incorporação, dos direitos naturais cultivados e desenvolvidos por mais de dois milênios, de forma generalizada aos ordenamentos positivos. O qual busca pela conservação, o direito natural, considerado metafísico e anticientífico, é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.

O POSITIVISMO JURÍDICO INFLUENCIADO PELA ESCOLA DA EXEGESE

O direito positivo tem por base o ordenamento jurídico, o qual será determinado nas suas características. Segundo Norberto Bobbio tem a característica de atitude científica frente ao direito, considerando que ele estuda o direito tal qual é, e não tal qual deveria ser.

O advento do Código de Napoleão fez surgir à chamada Escola da Exegese, que impôs o apego ao texto e a interpretação gramatical e histórica, limitando a atuação do juiz em nome de uma interpretação objetiva e neutra. Tendo grande influência no desenvolvimento desta corrente, empolgando o mundo jurídico de então, servindo como base para inúmeras outras codificações estrangeiras. Ainda, o Direito reduzir-se-ia à leis escritas, por prever em seu corpo, os princípios superiores, eternos, uniformes, permanentes e imutáveis sustentados pela escola jusnaturalista.

Para o juriconsulto, para o advogado, para o juiz existe um só direito, o direito positivo [...] que define: o conjunto de leis que o legislador promulgou para regular as relações dos

homens entre si [...] As leis naturais ou morais não são, com efeito, obrigatórias enquanto não forem sancionadas pela lei escrita... Ao legislador só cabe o direito de determinar, entre regras tão numerosas e, às vezes, tão controvertidas do direito natural, aquelas que são igualmente obrigatórias [...] Dura lex, sed Lex; um bom magistrado humilha sua razão diante da razão da lei: pois ele é instituído para julgar segundo ela e não para julgá-la. Nada está acima da lei, e eludir suas disposições, sob o pretexto de que equidade natural a contraria, nada mais é do que prevaricar. Em jurisprudência não há, não pode haver razão mais razoável, equidade mais equitativa do que a razão ou equidade da lei. (BONNECASE apud BOBBIO, 1995, p. 86).

Para os adeptos desta escola, a lei era obra jurídica perfeita, completa, abarcando o “verdadeiro direito”, reprodução escrita dos valores absolutos de justiça do direito natural, insculpidos na vontade do legislador. O positivismo jurídico sustentava que as leis feitas pelos homens eram obrigatórias e válidas, sem considerar o seu conteúdo moral. O que diverge do jusnaturalismo, que sustenta que deve fazer parte do estudo do direito real a sua valoração com base no direito ideal.

A fundamentação jusnaturalista do Direito foi estritamente material, tendo em vista que o direito positivo, para que fosse válido, deveria estar em conformidade com os preceitos do Direito Natural.

Essa concepção acerca do Direito sustentou-se enquanto havia certa homogeneidade moral na sociedade (crenças, costumes, visões de mundo partilhados), vindo sucumbir diante da já mencionada Escola da Exegese, que posteriormente fora sucedida pelo Positivismo Jurídico, devido à pluralidade de características de uma nova sociedade que se formou.

Os preceitos jusnaturalistas no que tange ao fundamento de validade do direito (material) tornaram-se insustentáveis, cabendo ao Positivismo Jurídico demonstrar seu caráter dogmático e absoluto, que em uma sociedade pluralista como a contemporânea nada mais seria que arbitrar as visões de mundo de uma minoria sobre as da maioria.

Assim como aduz Jünger Habermas:

O mundo se revela e é interpretado de modo diferente segundo as perspectivas dos diversos indivíduos e grupos.

Uma espécie de pluralismo interpretativo afeta a visão do mundo e a autocompreensão, além da percepção dos valores e dos interesses de pessoas cuja história individual tem suas raízes em determinadas tradições e formas de vida e é por elas moldada. (HABERMAS, 2007, p. 09).

Nesse quadrante, a aplicação tradicional do Direito tornou-se insustentável, a qual o Pós-positivismo Jurídico pretende superar.

O NOVO CONSTITUCIONALISMO

A proposição abrigada pelo novo constitucionalismo moderno, que defende que há uma distinção axiológica entre normas constitucionais e infraconstitucionais, sendo marcada a Constituição como um valor em si, como aduz Pedro Lenza:

A Constituição nesse novo cenário passa a ocupar o centro do sistema, devendo os Poderes Públicos, quando da observação e aplicação das leis, além das formas prescritas na Constituição, estarem em consonância com seu espírito, seu caráter axiológico e seus valores destacados. (LENZA, 2009, pp.09-10).

Pretende-se nesse viés, a reaproximação entre o direito e a ética, o direito moral, o direito a justiça “de modo a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo sistema jurídico político, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana” (LENZA, 2009, p. 11).

Logo, percebe-se a busca por uma aplicação mais justa do direito, e isso se dá por decorrer de uma proposta aludida por Novellino que diz que “uma nova visão interpretativa e das tarefas da Ciência e Teoria do Direito, cuja preocupação reside no desenvolvimento de um trabalho crítico e não apenas descritivo” (2010, p.58). Isto é, a aplicação do direito não está adstrita a uma atividade puramente silogística, de simples exegese, mas possui um papel construtivo, que tem como norte a tutela e a efetividade dos direitos fundamentais, entendidos como direitos individuais, sociais, políticos e econômicos.

O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

O Pós-Positivismo Jurídico veio a suceder o direito positivo, sendo considerada a terceira via que surge do direito natural e direito positivo, como teoria que busca justificar o direito, esta propõe a promoção do reencontro da ética com o Direito, por meio de um conjunto de ideias difusas, inovando sua aplicação sem substituí-la, ou seja, é o direito positivado a luz de valores, direitos e princípios constitucionais.

O Pós-Positivismo não surge com intuito da desconstrução do positivismo, todavia uma superação do conhecimento convencional. Introduzindo ao ordenamento positivo as ideias de justiça e legitimidades, ideias essas predominantes na teoria do jusnaturalismo. Logo o constitucionalismo moderno promove a volta de valores, uma harmonização entre a ética e Direito. Tem como consequência a migração da filosofia para o mundo jurídico, para que haja a disseminação de valores na sociedade, um vez que se materializam-se em princípios, e passam a ser abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.

A norma jurídica tutela valores e cabe ao direito saber usá-los conforme a circunstância de cada caso concreto. Isso só é possível, por se tratar de uma norma jurídica de uma referência a ser seguida, além do poder discricionário do intérprete, como expõe Miguel Reale:

O certo é que toda norma enuncia algo que deve ser, em virtude de ter sido reconhecido um valor como razão determinante de um comportamento declarado obrigatório. Há, pois, em toda regra um juízo de valor, cuja estrutura mister é esclarecer, mesmo porque ele está no cerne da atividade do juiz ou do advogado. (REALE, 2001, p. 31).

NORMA E PRINCÍPIO: SUA RELAÇÃO E DISTINÇÕES

Robert Alexy concebe princípios e regras como espécies de normas jurídicas, por mais que sejam distintos. Para ele, as regras são aplicáveis na maneira do “tudo ou nada”.

Vale dizer, se uma regra é válida, deverá ser aplicada na sua totalidade. Em se tratando de um conflito entre regras, para que apenas uma delas seja

considerada válida, deveremos tomar alguns cuidados, pois se considerarmos determinada regra como válida a fim de aplicá-la ao caso, como consequência, além da desconsideração da outra regra pela decisão, sua invalidade será declarada, a não ser que essa regra se encontre em uma situação que excepcione a outra.

Os princípios, de outro modo, são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. São, por conseguinte, mandamentos de otimização, caracterizados pela possibilidade de satisfação em diferentes graus e de acordo com as aduzidas possibilidades fáticas e jurídicas.

Podemos encará-los como razões em favor de determinado posicionamento argumentativo, atribuindo-se peso à luz do caso concreto, quando de uma colisão:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência [...]. (ALEXY, 2008, pp. 93-94).

Para Alexy, os princípios dizem respeito a um conceito deontológico (de dever ser), enquanto que os valores atinam a um conceito axiológico (de bom, de melhor), não obstante estarem intimamente ligados, possibilitando-se colisão, bem como sopesamento tanto de princípios como de valores, vez que a realização gradual dos princípios corresponde à dos valores.

A visão do nível dos princípios mostra que neles estão reunidas coisas extremamente diversas. Mas, mais importante que referir-se a essa diversidade é a constatação de sua indeterminação, pois no mundo dos princípios há lugar para muita coisa, podendo-se chamá-lo de mundo do dever-ser ideal. Para ele,

as colisões, tensões ou conflitos surgem exatamente no momento em que se tem de passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real.

Mas os princípios por si só, não têm a possibilidade de determinar a resposta correta para cada caso, necessitando de um “amparo” para que alcance a aplicação racional do Direito.

[...] então, na busca dessa aplicação racional do direito, elabora uma teoria da argumentação jurídica, identificando-a como um caso especial da argumentação prática geral (da argumentação moral), que, conjuntamente com as regras e princípios, formam um procedimento apto a estabelecer a melhor decisão para o caso concreto. (ALEXY, 2001, p.267)

CASO-ESPELHO MAL INTERPRETADO

O art. 5º, inciso LVII da CF88 prevê: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Este texto é tão claro que não cabe sequer interpretação, ou seja, é uma regra, porém não foi isso que o STF fez ao reconhecer a presunção de culpa após a condenação em segundo grau de jurisdição, ignorando desse modo a previsão do artigo “até o trânsito em julgado”, possibilitando dessa forma o início do cumprimento da pena imposta antes mesmo do trânsito em julgado.

Na verdade, o que houve foi uma recriação do texto, pois o antes “ninguém será”, gramaticalmente já compreensível como nenhum indivíduo agora se tornou “todos serão”, efeito contrário ao fim que o legislador tinha ao elaborar o texto, ou seja, foi considerado como princípio uma norma.

Ainda, quando reconhecem a presunção de culpa após o julgamento em segundo grau, ignoram que o art. 5º é cláusula pétrea e portando não caberia alteração bem como não se atentaram ao princípio do não retrocesso quanto a direitos e garantias constitucionais.

Nessa ótica de aplicação, o Direito seria levado ao bel prazer do julgador quando ignora a regra positiva, que não cabe sequer interpretação e faz um conflito com um princípio como se estivesse diante de dois princípios e assim, fosse necessário aplicar a ponderação. Há, desse modo, uma transformação da regra em princípio para ser julgado a subjetiva vontade do julgador, consequentemente uma desconstrução do direito.

A UTILIZAÇÃO EXCESSIVA DE PRINCÍPIOS

O direito positivo tem referência com uma norma produzida pelo Estado. Essa norma trata-se de um “deve ser” positivado, onde não há espaço para princípios, fazendo com que juiz decida buscando a lei válida para o caso concreto, numa atividade hermenêutica de subsunção do fato à norma. Não se podia decidir com base em princípios, pois esses não fazem parte do ordenamento jurídico.

Com o desenvolvimento do novo constitucionalismo a partir do século XX, houve o surgimento de novas teorias, que busca a reaproximação entre direito e valores, assim como havia na teoria do jusnaturalismo, havendo dessa forma a defesa da normatividade dos princípios, reconhecendo, até mesmo, que se trata de uma tradução dos valores fundamentais almejado pela comunidade, que serve como base para todo o ordenamento jurídico. Ampara-se que na hipótese de conflito de normas, a aplicação das regras acontece pela fórmula tudo ou nada, entretanto quando se trata de princípios há o uso da ponderação, para se buscar a maior relevância, objetivando a harmonia entre eles.

Reconhecer princípio como síntese de valores significa promover uma indevida conexão entre direito e moral, uma vez que há distinção entre ambos.

Princípios são pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de “tudo ou nada”, que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete. Já as regras são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e consequências determinadas. A regra é formulada para ser aplicada a uma situação especificada, o que significa em outras palavras, que ela é elaborada para um determinado número de atos ou fatos. O princípio é mais geral que a regra porque comporta uma série indeterminada de aplicações. Os princípios permitem avaliações flexíveis, não necessariamente excludentes, enquanto as regras embora admitindo exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente. (AMARAL JÚNIOR, 1993, p. 27)

E quando há aplicação de ponderação, existe o enfraquecimento do seu caráter normativo das constituições, abrindo espaço para o decisionismo e o ativismo judicial, consistente na escolha de um modo específico e proativo de

interpretar a Constituição, que expande o seu sentido e alcance.

Dessa forma, Streck faz uma crítica destacando o emprego incontável e incontrolável de princípios, num fenômeno que denominou de pan-principiologismo. Nas palavras de Streck:

Estamos, assim, diante de um considerável número de *standards* interpretativos, que mais se parecem com *topoi* ou axiomas com pretensões dedutivistas. Sua diversidade – e a absoluta falta de critérios até mesmo para a sua definição – dá mostras da dimensão dos problemas enfrentados pelas diversas teorias que tratam da construção das condições de possibilidade da institucionalização de princípios efetivamente de índole constitucional. Na verdade, no modo como são apresentados – pelo menos em sua expressiva maioria –, tais *standards* são originários de construções nitidamente pragmaticistas, mas que, em um segundo momento, adquirem foros de universalização. [...] Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “pan-principiologismo”, caminho perigoso para um retorno à “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX a partir de uma “adaptação darwiniana”: na “ausência” de “leis apropriadas” (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo. (STRECK, 2012, pp. 66-67)

Logo, nota-se malsinação pertinente ao uso exagerado de princípios, criados por meio da ferramenta da retórica, porém acaba por adquirir uma implicação universalizante, que em grande parte das vezes não há o adequado respaldo constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta pelo controle do poder estatal bem como a conquista por direitos fundamentais é traço marcante para a história do homem que busca a concreta aplicação dos direitos positivados.

Com os movimentos constitucionalistas, destaca-se aqui o neoconstitucionalismo, o operador de direito, em especial o julgador dá o devido tratamento, isto é, interpreta o texto legal conforme a sua classificação, a saber, na regra o campo é mais rígido e fechado, já o princípio é o contrário, o campo é mais aberto e flexível.

Desse modo, o julgador não é mais um simples executor de normas, é agora um interpretador do texto, e sendo ele um ser dotado de paixões, indaga-se aqui se ele no momento de decidir considera ou não as suas crenças subjetivas para externar, enquadrar e aplicar a sua interpretação a um texto legal, neste caso um princípio, ocorrendo desse modo o então chamado ativismo judicial.

Por fim verificou-se que é possível que o ativismo judicial ocorra. Para contê-lo e concomitantemente combatê-lo se faz essencial a interpretação correta da norma, assim como foi apontado por Robert Alexy, que diferencia em sua teoria princípios e regras, o que neste estudo foi importante, pois delimita o campo de aplicação e conseqüentemente, melhor concretiza um direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. de Zilda HutchinsonSchild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 07 maio 2017.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico Lições de Filosofia do Direito**. Trad. de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone editora, 1999.

BOGO, Juliano Rafael. Empório do Direito. **Positivismo, Pós-Positivismo e Princípios: uma crítica ao Princípio da Confiança no Juiz do Processo (penal)**. Santa Catarina, 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/positivismo-pos-positivismo-e-principios-uma-critica-ao-principio-da-confianca-no-juiz-do-processo-penal-por-juliano-rafael-bogo/#_ftnref29>. Acesso em: 06 maio 2017.

DUARTE, Hugo Garcez. *Âmbito Jurídico. Pós-positivismo: o que pretende afinal?*. Santa Catarina, 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10050>. Acesso em: 05 maio 2017.

FERREIRA, Maria Gorete. *Revista Jurídica. Judicialização, Ativismo e Decisionismo Judicial: a possível contribuição da adoção de um procedimento administrativo verdadeiramente dialógico nas demandas por direitos sociais*. Minas Gerais, 2014. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/3999>>. Acesso em: 04 maio 2017.

HABERMAS, Jünger. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: 2010.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 4. ed. Nova Friburgo: Imagem Virtual, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DA JUSTIÇA AO JUSTO

JAIR PINHEIRO^{1*}

*Praecepta iuris sunt haec: honeste vivere,
alterum non laedere, suum cuique tribuere” (Ulpiano)*

*“Os preceitos do direitos são estes: viver honestamente,
não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu” (Ulpiano)*

RESUMO

Esta breve comunicação tematiza o debate sobre o conceito justiça à luz da crítica social marxista, procurando apresentar argumentos que identificam a problemática da justiça ao pensamento liberal, portanto, restrita à forma social capitalista, problemática que sofre deslocamento quando se adota a premissa da teoria comunista da distribuição dos agentes em relação aos meios de produção, segundo o conceito de trabalho livre e associado.

¹ Professor do Depto. de Ciências Políticas e Econômicas da UNESP/Marília e pesquisador do NEILS – Núcleo de Estudos de Ideologias e Lutas Sociais e do grupo CPMT – Cultura e Política do Mundo do Trabalho.

E-mail: pinheiroj@uol.com.br

I

Para tomar como referência a antiguidade, desde Aristóteles (2002) a justiça é entendida como “dar a cada um o que é seu”, ou seja, uma justiça distributiva. Esta ideia tem dois pressupostos sem os quais não se sustenta: 1) uma instância doadora (distributiva) gerida por uma autoridade legítima e 2) um critério de distribuição como instrumento dessa autoridade. É comum que o debate sobre o primeiro pressuposto seja tematizado através do segundo, o que põe em evidência que o critério de distribuição é estruturante da instância distribuidora.

Os critérios de distribuição têm variado na história: virtude, mérito (nascimento), liberdade, utilidade; assim como os mecanismos de apropriação que os acompanham como complementos necessários: apropriação direta, direito senhorial, corveia, imposto ou contrato. Não raro, vários desses critérios têm coexistido nas mesmas sociedades, ao longo da história, embora seja possível identificar o critério e o mecanismo predominantes em cada uma. Assim, na antiga Atenas predomina a virtude como critério e o direito senhorial como mecanismo de apropriação, uma vez que a produção é majoritariamente escravocrata, na Idade Média, o mérito (nascimento) como critério distributivo e o imposto e a corveia como mecanismos de apropriação predominam.

Na sociedade capitalista moderna predomina o contrato como mecanismo de apropriação. Dada a natureza do contrato de acordo entre vontades livres, tal predominância enseja um animado debate sobre o critério adequado de justiça distributiva, o que, no fundo, é um debate sobre se e o quanto o contrato, enquanto instrumento jurídico, deve reger a vida social. Sandel (2015) enumera o mérito moral (libertários), ligado a autores como Hayek (1984), Mises (2015) e Friedman (2015), utilidade (Bentham, 1979), bem-estar (Marshall, 1967), e direito e expectativa legítima (Rawls, 2000).

Para os libertários, conta o mérito moral do indivíduo, ou seja, aquilo que cada um obtém em condições de liberdade por esforço e diligência próprios é justo; já para o utilitarismo de Bentham o critério é a maior soma de felicidade para todos e cada um, o que resulta em um critério objetivo para limitação da liberdade. Para os que advogam o direito ao mínimo de bem-estar, inspirados ou não em Marshall, é legítima a intervenção redistributiva do Estado através do sistema tributário e das políticas sociais.

Rawls, por sua vez, retoma o primado da liberdade, mas mitigado pelo postulado da arbitrariedade moral e pela solução que propõe: o véu de ignorância. Antes de Rawls, o pensamento liberal sempre operou com a figura do indivíduo natural, sendo a faculdade da razão o atributo característico dessa natureza, abstraídas todas as demais diferenças. Não é ocioso aduzir que a liberdade é concebida como uma faculdade da razão, isenta de toda determinação sensível, conforme a visão kantiana. Esta é a base teórica que sustenta o mecanismo prático do contrato.

As diferenças abstraídas na tradição liberal são reintroduzidas na teoria por Rawls sob a forma de contingência, atributos arbitrários em relação à liberdade natural. Em termos práticos, isto significa que aquilo que o indivíduo obtém por esforço e diligência de sua própria pessoa em alguma medida é determinado por condições contingentes, como aptidões naturais e origem social. Em linguagem estatística, pode-se dizer que estas condições contingentes provocam um desvio na curva da distribuição ótima segundo a liberdade.

A solução proposta por Rawls é o artifício teórico do véu de ignorância, ou seja, o que cada um esperaria em termos normativos se ignorasse suas condições (naturais e sociais) originárias? A resposta é igualdade de oportunidade, o que requer alguma intervenção corretiva do Estado no limite adequado para garantir tal igualdade num ambiente de desigualdades contingentes, ou seja, políticas compensatórias.

Agora sugiro voltar a atenção para a inserção social dos agentes que defendem cada uma dessas concepções. Sem rigor empírico, pois embora a relação entre inserção social e posicionamento político não seja hermética nem fixa, além de variar na conjuntura, pode-se dizer que aqueles bem posicionados no mercado ou nas instituições tendem a esposar uma das variantes liberais (libertários, utilitários ou Rawls) e, por outro lado, os mal posicionados (ou com eles solidários) tendem a esposar alguma visão de justiça como direito a bem-estar, ou seja, apresentam a propensão a argumentar em favor da intervenção estatal para corrigir o que consideram desigualdades ilegítimas produzidas pelo mercado. Estou certo de que o avanço do exame empírico nessa direção chegaria a nomes de partidos e organizações políticas diversas.

Na verdade, o debate sobre modelos de políticas públicas está situado neste debate mais amplo sobre critérios de justiça, acoplado à busca de eficiência produtiva. Normalmente o debate é feito em torno das disjuntivas focalizada/universal, participativa/burocrática, renda direta/serviços. Aos termos

dessas disjuntivas correspondem diferentes critérios da tradição liberal (liberdade, utilidade) ou o critério social-liberal de fornecimento do mínimo ou o socialdemocrata de fornecimento do padrão básico de bem-estar a cada um, compreendendo que entre o mínimo e o padrão básico de bem-estar há uma variação mais ou menos grande conforme a combinação dos critérios liberais com o critério ético adotado pela socialdemocracia (direitos universais, direito ao padrão alcançado pela sociedade, direito ao desenvolvimento pessoal, direito ao mínimo).

Há um terceiro tipo de ator político que não espousa nenhuma das variantes liberais nem a visão de justiça como direito ao bem-estar, embora às vezes apoie esta última condicionalmente: são os comunistas, o que os coloca de um lado e, todos os demais, do outro lado do debate sobre justiça. Então podemos perguntar: o que todos esses atores distintos entre si têm em comum que não se encontra no comunista? Todos representam (no sentido ideológico) a sociedade como um agregado de indivíduos morais, exceto o comunista, para quem a sociedade é um todo orgânico cuja forma é determinada historicamente, todo do qual o indivíduo é parte constituída, nele e através dele. Ou seja, a forma social determina a forma da individualidade, por isso os indivíduos não se relacionam enquanto portadores de um atributo natural que os iguala, mas como categorias sociais: senhor, servo, escravo, cidadão etc., que exercem uma função específica no processo geral de reprodução do todo social.

II

Explicitada a diferença entre as duas representações da sociedade, o passo seguinte da análise para passar de um conceito a outro, como indica o título deste breve ensaio, é examinar as diferentes premissas de ambas as representações e as consequências que delas derivam. A representação da sociedade como um agregado de indivíduos pressupõe uma natureza pré-social cujo atributo distintivo é a razão. Essa ideia geral encontra-se em muitos autores atingiu sua formulação mais acabada em Kant, que define a razão como uma faculdade a priori, anterior e independente de qualquer experiência; por isso “A liberdade do arbítrio é esta independência de todo impulso sensível enquanto relacionado a sua determinação. Tal é a noção negativa da liberdade.” (Kant, 2005, p. 22)

Ele afirma em sintonia com essa noção de liberdade negativa, que no direito, como “(...) ciência dos deveres, o homem pode e *deve* ser representado como uma personalidade independente das determinações físicas (*homo noumenon*) quanto a sua liberdade, a faculdade que se encontra completamente fora do alcance dos sentidos, e portanto também quanto a sua humanidade, em contraposição ao homem considerado como sujeito a essas determinações (*homo phoenomenon*) (...). (Id.: p. 57, grifo meu).

Como consequência econômica², essa noção de ciência do dever leva à concepção

Pelo menos em teoria, [de que] a livre troca cria um mercado no qual todos os bens são conversíveis entre si através do meio neutro do dinheiro. Não existem bens dominantes nem monopólios. Assim, as divisões sucessivas que se obtêm refletirão diretamente o significado social dos bens que são divididos. Por isso, cada barganha, comércio, venda e compra terá sido acordado voluntariamente por homens e mulheres que sabem o que é esse significado, porque são de fato seus criadores. Cada troca é uma revelação do significado social. Por definição, então, nenhum x nunca cairá nas mãos de alguém que possui y, simplesmente porque ele possui y e sem consideração para o que x realmente significa para algum outro membro da sociedade. O mercado é radicalmente pluralista em suas operações e seus resultados, infinitamente sensível aos significados que os indivíduos atribuem aos bens. (Walzer, 1983, p. 21)

O conceito de distribuição se torna central, nesta visão, segundo um duplo sentido: 1) o operacional de alocação e 2) o de critério de avaliação da impessoalidade da alocação. Estes dois sentidos impõem duas alternativas funcionais: 1) uma agência central encarregada da distribuição, alternativa normalmente recusada pelo risco da interferência de preferências e/ou de ineficiência,

² A inclusão de decisões quanto a valores (ou outros dilemas decisionais) sob a rubrica da justiça distributiva se apoia na suposição indevida de que a troca econômica é uma decisão motivada por valores, no lugar de uma necessidade da divisão social do trabalho. Certamente os valores contam como regra disciplinadora da troca e como critério de escolha do objeto, mas sob as condições necessárias da divisão social do trabalho.

comprometendo a impessoalidade a eficiência e o curso do desenvolvimento, ou 2) uma regulação que permita ao contrato operar livremente, tanto quanto possível, como mecanismo de apropriação/distribuição (neste caso há um efeito coincidência), uma vez que as preferências e os pertencimentos de cada um não incidem na forma do contrato, apenas no que pode ser objeto dele. Assim, as visões utilitarista, libertária e rawlsiana são apenas variantes dessa visão geral; já os adeptos da teoria do bem-estar buscam combinar o contrato com algum critério ético em graus variáveis de prevalência de um e outro. Para passar dessa visão geral à comunista sem cair na armadilha da justiça distributiva, é preciso perguntar: o que está ausente do raciocínio desenvolvido até aqui?

Para responder de modo cabal a esta pergunta, convém antes fazer um esclarecimento útil à compreensão da resposta. Nas formações sociais pré-capitalistas a produção é realizada por relações de trabalho servis ou escravocratas, enquanto nas capitalistas a produção é capturada pela circulação porque a força de trabalho passa a circular como mercadoria por efeito da separação dos escravos e servos dos meios de produção. Com isso, o debate sobre justiça distributiva se restringe às alternativas já mencionadas de uma agência central encarregada de realizar a distribuição ou do contrato como mecanismo regente das relações entre agentes particulares, abstraída a heteronomia material (Pinheiro, 2016), que consiste na exigência material das condições de sobrevivência do vendedor de força de trabalho “pôr-se” à disposição da vontade do comprador na esfera da circulação e, na esfera da produção, a subsunção do trabalho ao capital, jurídica e administrativamente expressa na subordinação do trabalhador ao supervisor (o capitalista ou alguém por ele nomeado para esta função). O debate sobre o conceito de justiça, tanto na abordagem liberal como na socialdemocrata, desconhece essa heteronomia porque faz abstração da produção e, esta, por sua vez, ao contrário do que supõe Walzer (*Op. Cit.*), é determinada por um bem dominante: os meios de produção. Por isso ambas as alternativas são incompatíveis com o conceito de comunismo como “trabalho livre e associado” (Marx, 1983).

Feito o esclarecimento, a resposta se torna tão simples que surpreende sua ausência no debate: a produção ou, mais precisamente, as relações sociais de produção é o que está ausente do debate sobre a justiça. Óbvio, só se distribui o que já foi produzido sob determinado modo de produzir. Entretanto, o pensamento liberal estabelece um corte teórico-filosófico entre a produção e a distribuição. A primeira seria da esfera da necessidade natural, relegada ao

mundo fático; a segunda, da esfera da cultura, da liberdade, da ordem do propriamente humano. Esta separação impede a detecção da determinação mútua entre forma de produzir e forma de distribuir. Este corte é sustentado pela concepção da natureza humana definida por uma razão a priori, independente de determinações empíricas; concepção amplamente aceita, dado o apelo moral que comporta, mas nunca demonstrada empiricamente.

Entretanto, antes mesmo da Revolução Francesa, Rochefoucauld já ironizava essa distinção entre o homem ideal e o real com a famosa máxima a “hipocrisia é a homenagem que o vício rende a virtude”, pois havendo que preservar a imagem desta última, é preciso que o vício se vista de uma roupagem que o disfarça com uma virtude; disfarce que só pode se sustentar porque todos são cúmplices. Daí a profusão literária em busca do critério ótimo da justa distribuição, tarefa inglória por que inalcançável.

Esta visão considera o mercado apenas do ponto de vista imediato, daquilo que é dado à percepção imediata, do olhar que capta o movimento dos astros, mas não sua direção, detectável apenas se se inclui no método o viés do lugar de observação. Aplicado à vida social, neste olhar imediato aparecem apenas as motivações subjetivas (sem o polo objetivo da subjetividade) dos agentes de mercado, enquanto desaparecem os seus pressupostos objetivos (o lugar ocupado no mercado). Assinale-se que tais pressupostos são, simultaneamente, condicionantes externos e disposições internas na medida em que os indivíduos são suportes/portadores das estruturas sociais (Althusser, 1996; Poulantzas, 1968, Pinheiro, 2015).

O que significa afirmar que os indivíduos são suportes/portadores das estruturas sociais? A resposta para esta questão demonstra porque conceber a sociedade como um agregado de indivíduos pode ter certa funcionalidade, mas ao preço de não fazer perguntas difíceis sobre os fundamentos do poder soberano. À resposta, portanto: ao indivíduo não é dado viver numa sociedade sem incorporar como sua identidade as categorias de pertencimento desta sociedade, o que significa que os indivíduos se relacionam conforme as categorias que representam no processo de produção e reprodução da sociedade. Se na sociedade feudal não havia homem sem senhor, o que tornava evidente o pertencimento de cada um a categorias hierarquizadas, na sociedade capitalista moderna este pertencimento é cindido em esferas distintas (econômica e jurídico-política) por efeito da extensão do estatuto de cidadão ao produtor direto.

Se esta extensão de direitos representou um avanço civilizacional, uma

vez que fez do servo e do escrevo trabalhador assalariado na esfera econômica e, cidadão, na jurídico-política; também teve como efeito cindir a pessoa do trabalhador assalariado entre força de trabalho e a vontade livre que a leva ao mercado. Desse modo, o trabalhador assalariado nunca pertence integralmente a si mesmo. Portanto, na esfera econômica segue havendo hierarquia entre indivíduos que representam as categorias trabalho e capital, mas agora a legitimação dessa hierarquia não é mais pelo mérito (nascimento), mas pelo contrato, uma vez que o trabalhador ingressa na empresa capitalista como subordinado por um ato de vontade seu. E na esfera jurídico-política, desapareceu a hierarquia? Apenas formalmente, pois um dos efeitos ideológicos de o trabalhador “nunca pertencer integralmente a si mesmo” é a aceitação tácita de que as posições institucionais de direção são mais afeitas ao capitalista.

Na longa e penosa história do desenvolvimento da civilização humana, a troca também passou por diferentes estágios de desenvolvimento.

Em primeiro lugar, é claro que a troca de atividades e capacidades que ocorre na própria produção faz diretamente parte da produção e a constitui de maneira essencial. Segundo, o mesmo vale para a troca de produtos, na medida em que é meio para a fabricação do produto acabado, destinado ao consumo imediato. Nesse sentido, a própria troca é um ato contido na produção. Terceiro, a assim chamada troca realizada por negociantes entre si tanto é totalmente determinada pela produção, no que diz respeito à sua organização, como é ela própria atividade produtiva. A troca só aparece independente ao lado da produção e indiferente em relação a ela no último estágio, no qual o produto é trocado imediatamente para o consumo. Porém, 1) não há troca sem divisão do trabalho, seja esta espontânea e natural [*Naturwülchsig*], seja já um resultado histórico; 2) troca privada pressupõe produção privada; 3) a intensidade da troca, assim como sua extensão e seu modo, são determinados pelo desenvolvimento e pela estrutura da produção. P. ex., troca entre cidade e campo; troca no campo, troca na cidade etc. Desse modo, a troca aparece em todos os seus momentos ou diretamente contida na produção, ou determinada por ela. (Marx, 2011, p. 53)

Essas diferentes formas da troca são determinadas tanto pelo grau de desenvolvimento das forças produtivas (meios de produção), portanto, da di-

visão do trabalho, como pelo modo social de produção. Historicamente, os diferentes modos de produção (antigo, feudal, escravista, capitalista, etc.) têm em comum serem diferentes formas jurídico-políticas de distribuição dos agentes sociais no processo produtivo segundo o critério de propriedade dos meios de produção e o grau de divisão do trabalho. Por outras palavras, essa “distribuição dos agentes sociais no processo produtivo” é o pressuposto da distribuição no mercado, ou seja, cada um se apropria no mercado ou fora dele de um quantum que resulta da combinação da forma social de apropriação (apropriação direta³, direito senhorial, corveia, imposto ou contrato) com seu lugar no processo produtivo segundo o modo de produção dominante (lugares: servo, escravo, senhor, trabalhador assalariado, capitalista, etc.).

Portanto, o debate sobre justiça exclui sistematicamente do seu campo de preocupação os seus pressupostos materiais: a distribuição dos indivíduos no processo produtivo. Como no capitalismo o produtor direto foi separado dos meios de produção, passando da condição de servidão ou de escravatura para a de assalariamento, a apropriação pelo contrato é estendida a todos os indivíduos, mas o quantum continua determinado pelo grau de desenvolvimento das forças produtivas e pelo lugar ocupado no processo produtivo. Além disso, vale aduzir que, devido ao elevado grau de desenvolvimento tecnológico e à necessidade de conferir funcionalidade econômica em regime de hiperconcentração de capital, o elevado grau de desenvolvimento da divisão do trabalho desdobra os lugares estruturantes de proprietários e não proprietários dos meios de produção no processo produtivo numa infinidade de lugares funcionais de proprietários e não proprietários economicamente hierarquizados, embora juridicamente iguais.

Consequentemente, como a economia capitalista é competitiva, a capacidade de competir no mercado é outro mecanismo que concorre para a determinação do quantum apropriado por cada um, mas como essa capacidade já é condicionada pelo lugar ocupado no processo produtivo (combinação do lugar estruturante e do funcional), diferentemente do certame esportivo, na competição capitalista os vencedores acumulam mais capacidade econômica,

³ Na forma servil e escravocrata a apropriação é direta pelo servo e escravo porque estão vinculados aos meios de produção, mas o quantum é determinado pelo grau de desenvolvimento dos meios de produção e pelo direito que o senhor lhe concede (direito senhorial), no caso do servo, e pelo cálculo de custo, no caso do escravo.

jurídico-política e ideológica de competir, enquanto os perdedores veem suas capacidades diminuírem. Pode-se objetar que este resultado não é fatal e, de fato, não é, prova-o as muitas exceções; mas, como é sabido, a exceção apenas confirma a regra, que tem sido reiteradamente confirmada pelas estatísticas de médio e longo prazo.

Isto posto, é preciso muito ideológico (criação de narrativas justificadoras) para acreditar no contrato como mecanismo justo de distribuição, ainda que se admita que numa forma social pós-capitalista o contrato subsistirá em alguma medida. De qualquer modo, está subjacente a esta contradição entre livre concorrência e seus desastrosos resultados os sintomas sociais mórbidos contemporâneos: sofrimento psicológico em massa, delinquência descontrolada, fundamentalismos, ódio aos perdedores, deboche do sofrimento alheio etc.

Enfim, para o comunista não há um problema de justiça distributiva, de saber se o que cada um possui é a justo título por efeito de um mecanismo impessoal sobre o qual incide apenas a regulação jurídico-política. Pode-se dizer que para o comunista não há um problema de justiça, mas de justeza entre a forma ideal e a real, para me apoiar nas palavras de Marx (1971), ou seja, de distribuição igualitária dos indivíduos em relação aos meios de produção e de adequação das relações entre indivíduos desiguais nas suas compleições físicas e mentais, mas iguais no direito *a* e na expectativa *de* livre desenvolvimento das suas potencialidades; direito e expectativa irrealizáveis sob o regime de propriedade privada dos meios de produção.

III

Este postulado de justeza entre a forma ideal e a real requer uma representação da relação de intercâmbio entre os indivíduos (a forma ideal = ideologia) que redefina nossa concepção de indivíduo, substituindo o indivíduo abstrato (pessoa = vontade livre) pelo concreto (unidade da vontade e da potência = força de trabalho) (Pinheiro, 2016), e substitua o Estado (representado como indivíduo especial por necessidade de conferir coerência lógica à teoria jurídica) pela comunidade (representada como ente coletivo) como instância mediadora da relação de intercâmbio.

Essa dupla substituição implica uma nova forma social, ou seja, requer novas relações sociais de produção capazes de estruturar uma nova forma so-

cial de produção baseada no “trabalho livre e associado” (Marx, 1983, p. 84). Para afastar qualquer mal-entendido, convém esclarecer que o conceito de relações sociais de produção designa o conjunto das atividades produtivas exercidas pelos indivíduos conforme os lugares de proprietários e não proprietários dos meios de produção, lugares que recobertos por um estatuto jurídico determinado; portanto, não coincide com relações de produção no sentido estritamente técnico.

O estatuto jurídico do produtor direto apresenta uma grande variação na história de acordo com a forma social, que é determinada pelas relações sociais de produção dominantes; variação que abrange de membro da comunidade a trabalhador assalariado recoberto pelo estatuto de cidadão, passando pelas diversas formas de servidão e escravidão. O trabalhador assalariado, ainda que admitido na categoria jurídica de cidadão, vive sob condições de heteronomia material (Pinheiro, 2016), como mencionado acima. É como negação dessa heteronomia que Marx define o comunismo como “trabalho livre e associado”.

Em grande medida, a experiência das empresas recuperadas na Argentina “recupera” a ideia de “trabalho livre e associado” a partir da experiência vivida e da perspectiva política de emancipação do trabalho. Advirta-se que seria um erro atribuir tal intenção aos trabalhadores das empresas recuperadas, por três razões pelo menos: 1) sociologicamente a atribuição de intenção aos grupos sociais pesquisados é uma cobertura para a projeção das expectativas do pesquisador (que sempre as tem); 2) em todas as experiências de empresa recuperada por seus trabalhadores a necessidade foi o fator determinante da ocupação e recuperação da empresa e; 3) o desenvolvimento dessas experiências apresenta certa diversidade, como autogestão, cooperativa de trabalho, cooperativa de produção e serviços, reprodução da relação de assalariamento, etc.

Dada a diversidade de desenvolvimento dessas experiências, cabe perguntar: é possível identificar nelas a ideia de “trabalho livre e associado”? Esta pergunta deve ser respondida em duas partes: primeira, assim que os trabalhadores ocupam uma empresa eles têm que decidir que forma de organização e administração adotar para recuperar a empresa, uma vez que recuperá-la não é uma opção, mas uma necessidade; segunda, a forma de organização e administração a adotar determina o desenvolvimento da experiência.

Essa decisão não é entre alternativas técnicas dadas, mas entre diferentes desenvolvimentos políticos, ainda que subjacentes a eles sempre estejam

imperativos técnicos como eficiência e produtividade. Esses diferentes desenvolvimentos políticos, assim como os conceitos (autogestão, cooperativa, etc.) que os exprimem, são objetos de luta interna ao movimento operário, assim como de agentes externos que buscam incidir sobre este movimento, tais como: agências financiadoras, governos, partidos, etc.

A ideia de “trabalho livre e associado” é encontrada na forma de administração autogestionária em estrutura organizativa cooperativada. Como esses dois conceitos se aproximam e se distanciam, ao mesmo tempo, convém apresentar distinções úteis à análise empírica, ainda que aqui não se examine nenhuma experiência prática. Como a experiência apresenta grande diversidade de formas de autogestão e de cooperativas (Ruggeri, 2014), se entende por autogestão a administração exercida coletivamente pelos trabalhadores com vistas à reprodução comum dos meios de produção e das condições de vida, sem relação de dependência e exploração com o capital e, por cooperativa, uma associação definida não pelo aporte de capital do associado, mas pela “(...) prestación del trabajo personal de los asociados en pro de llevar adelante la empresa comunitária.” (Giletta, 2003, p. 65)

Entre as diferentes experiências encontradas no universo do setor denominado Economia Solidária, se encontra também aquelas cuja prática político-organizativa se identifica com esses conceitos de autogestão e de cooperativa, prática que se ajusta à forma (representação) ideal de indivíduos autônomos intercambiando entre si no contexto da empresa comunitária, que se constitui enquanto a forma material; daí por que chamá-la justa, no sentido preciso de ajuste entre ambas as formas, o que naturalmente se opõe à propriedade privada (capitalista) dos meios de produção, porque sob o regime de propriedade privada dos meios de produção há um desajuste contraditório entre a forma ideal (representação de indivíduos autônomos) e a forma real (material) de não proprietários subordinados a proprietários.

Nesta concepção, assim como na prática a ela correspondente, o ideal de justiça não desaparece, apenas se desloca do campo das categorias abstratas do conceito de justiça distributiva para o campo das práticas materiais em condições igualitárias em face dos meios de produção. Não é por outra razão que as “ERT que se vuelven competitivas en el mercado o amenazan hacerlo no son sujetos de créditos ni del sistema bancario estatal ni del privado, se les exige requerimientos formales que no tienen en cuenta las particularidades del sector y se les excluyen sistemáticamente de los enormes paquetes de subsidio

destinados al sostenimiento de gran cantidad de empresas privadas, inclusive grandes grupos monopólicos.” (Ruggeri, 2014, 45)

Para finalizar, amarrando os fios deixados soltos até aqui, a prática das Empresas Recuperadas por seus Trabalhadores que contempla os critérios dos conceitos de autogestão e de cooperativa, como definidos acima, é incompatível com políticas públicas baseadas na legislação vigente, feita para alcançar a justiça distributiva (seja na versão liberal, social-liberal ou socialdemocrata), essa prática exige políticas públicas que deem sustentação à justa relação entre trabalhadores entre si e entre eles e os meios de produção através de financiamento, assessoria técnica e apoio à expansão da forma autogestionária cooperativada na cadeia produtiva. Enfim, requer outro ordenamento jurídico ou, o que dá no mesmo, outro Estado.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. *Lire Le Capital*. Paris: PUF, 1996.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Bauru, SP: Edipro, 2002.

BENTHAM, Jeremy. *Introdução ao princípio da moral e da legislação*. São Paulo: Editora Abril, 1979.

FRIEDMAN, Milton. *Livre para Escolher*. Rio de Janeiro: Record, 2015.

GIILETTA, Ricardo A. Principales características de las cooperativas de trabajo. In: CAPÓN, Rodolfo (Dir.). *Cooperativas de trabajo*. Librería Editora Platense: La Plata, 2003.

HAYEK, Friedrich A. *O caminho da Servidão*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1984.

KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 2005.

PINHEIRO, Jair. “Liberdade e igualdade: da abstração à concreção”. In: *Novos Rumos*, n.º , Marília/São Paulo, 2016.

_____. “A figura do indivíduo na teoria althusseriana”. In: *Lutas Sociais*, n.º 33, São Paulo, 2014.

MISES, Ludwig von. *Marxismo desmascarado*. Campinas, SP: VIDE Editorial, 2015

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARX, Karl. *Grundrisse*. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____. A guerra civil na França. In: *Obras Escolhidas*, v. II. São Paulo: Alfa/Ômega, 1983.

_____. *Contribuição para a crítica da economia política*. Lisboa: Editorial Estampa, 1971.

POULANTZAS, Nicos. *Pouvoir olitique et classes sociales*. Paris : Maspero, 1968.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins fontes, 2000.

RUGGERI, Andrés. *¿Qué son las empresas recuperadas?: autogestión de la clase trabajadora*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Continente, 2014.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

WALZER, Michael. *Spheres of justice: a defense of pluralism and equality*. Basic Books, 1983.

JUSTIÇA TRIBUTÁRIA, JUSTIÇA SOCIAL E DIGNIDADE

ANA FLAVIA CASTILHO¹

CAMILA SANT'ANNA²

RESUMO

O presente resumo tem por objetivo estudar a necessidade do Estado de recolher tributos e sua relação com a justiça social, destacando a função social dos tributos e os direitos fundamentais do cidadão. Questiona-se se o princípio da capacidade contributiva efetiva a justiça tributária.

PALAVRAS-CHAVE

Justiça tributária. Justiça social. Direitos fundamentais.

¹ Mestra em Teoria do Direito e do Estado - UNIVEM/Marília-SP. Pós-graduada em Direito Tributário - UCAM/Rio de Janeiro - RJ. Pós-graduanda em Psicologia Jurídica - USC/Bauru-SP. Graduada em Direito - UNIVEM/Marília-SP. Integrante do Grupo de Pesquisa INPP (Intervenção do Estado na Vida da Pessoa) - UNIVEM/Marília - SP. Advogada e conciliadora. E-mail: afancmch@univem.edu.br.

² Mestre-bolsista (CAPES/PROSUP) em Direito na área concentração "Teoria do Direito do Estado" pelo Centro Universitário "Eurípedes Soares da Rocha" – UNIVEM; Especialista em Direito do Estado pela FIO – Faculdade Integradas de Ourinhos – FIO/PROJURIS; Graduada pela FIO – Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO, Integrante do grupo de pesquisas INPP (Intervenção do Estado na Vida da Pessoa) e REI (Relações Institucionais: todos os lados do art. 2º, CF.), Advogada. E-mail: camilasantana3@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

A administração pública necessita de recursos para gerenciar economicamente e socialmente um país. Assim, a cobrança de tributos torna-se inevitável para o equilíbrio financeiro e promoção dos direitos fundamentais e, consequentemente efetivação da dignidade da pessoa humana.

A justiça tributária tem suas raízes sustentadas pelo princípio da capacidade contributiva do indivíduo, sendo possível também relacioná-la com a função social dos tributos, com o propósito de alcançar a justiça social.

Neste contexto, pretende-se estudar se é possível alcançar a justiça tributária em um país com uma carga tributária elevada como o Brasil.

Ademais, a pesquisa terá abordagem qualitativa e método hipotético-dedutivo com objetivos exploratórios textuais.

1 JUSTIÇA SOCIAL

De acordo com o dicionário jurídico, a palavra justiça significa “dar a cada um o que é seu” e complementa que “ao poder judiciário cabe a competência de administrar a justiça”³. Para o dicionário de língua portuguesa, justiça pode ser “a faculdade de julgar segundo o direito ou a melhor consciência”⁴. Interpretando as conceituações, entende-se que justiça está ligada ao Direito e também ao subjetivismo humano.

Justiça social, nas palavras de Claudino⁵ está “atrelada à garantia constitucional do mínimo existencial, o qual emana diretamente do postulado do direito fundamental à dignidade humana. Assim, respeitando-se a dignidade de cada indivíduo e a intangibilidade do mínimo existencial, será feita a justiça social”.

O texto constitucional brasileiro menciona a justiça em seu artigo 3º

³ JUSTIÇA. In: GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário compacto jurídico**. 15ª edição. São Paulo: Rideel, 2011, p. 154.

⁴ JUSTIÇA. In. BUENO, Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, [1999?], p. 382.

⁵ CLAUDINO, Cleyce Marby Dias. Análise da dignidade humana e justiça social na tributação pátria. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012, p. 1.

quando aduz que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade livre, justa e solidária. Em seu dispositivo 170, a Constituição Federal, enfatiza esses objetivos ao mencionar que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Entretanto, a justiça social não parece se confundir com igualdade social, mas fundamenta-se nas condições do mínimo existencial para uma vida digna. Gallassi⁶ compreende que “garantir o mínimo não significa fazer favor para aqueles que necessitam, mas demonstrar o comprometimento com os direitos fundamentais e, sobretudo com a dignidade da pessoa humana”. Ou seja, não é tratar os diferentes de forma igual, mas atender as necessidades dos menos favorecidos.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DOS TRIBUTOS

Os tributos recolhidos pelo Estado (municipais, estaduais e federais) desempenham papéis importantíssimos na atividade financeira do país à manutenção das políticas públicas e melhoria das condições de vida do cidadão. Os valores recolhidos pelos entes públicos possuem destinações sociais e econômicas, que vem em encontro com o artigo 3º e incisos da Constituição Federal:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A tributação pode obter funções fiscais e extrafiscais, sendo que a primeira visa à arrecadação de recursos para abastecer os cofres públicos, com o

⁶GALLASSI, Almir. O morador de rua na sociedade brasileira: em busca de um abrigo na Constituição Federal. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. LEÃO Jr. Teófilo Marcelo de Arêa. **Direitos Sociais**. Birigui: São Paulo, 2011, p. 20-39, p. 35.

propósito de desempenhar as atividades da administração pública, cujo objetivo é o bem-estar comum; o segundo visa induzir o comportamento do contribuinte para estimulá-lo ou desestimulá-lo a determinadas condutas desejadas pelo Estado. Ou seja, os impostos podem ser usados como regulador de comportamento, estimulando ou desestimulando o mercado.

Pode-se citar como exemplo de extrafiscalidade o imposto verde, sendo mais um instrumento de recuperação e preservação ambiental. O tributo verde consiste em descontos ou isenções de tributos desde que o indivíduo pratique ações para o bem comum, como por exemplo, manter a propriedade arborizada ou adquirir um automóvel com menor emissão de gás carbônico.

Sob essa perspectiva, compreende-se que os tributos são essenciais para manter o funcionamento da administração pública e, sobretudo manter as políticas públicas com propósitos de proporcionar aos cidadãos os direitos fundamentais e o mínimo de dignidade a pessoa humana, afinal o Estado necessita de condições econômicas para promoção dos direitos e garantias constitucionais.

3 JUSTIÇA TRIBUTÁRIA: DIGNIDADE E JUSTIÇA SOCIAL

Ao tratar da justiça tributária, logo se imagina o princípio da capacidade contributiva fiscal. Este visa solidariedade com os menos favorecidos, uma vez que determina que os impostos sejam graduados de acordo com a capacidade contributiva do contribuinte. Este princípio constitucional limita o poder de tributar do Estado e, supostamente, promove a justiça social ao medir as possibilidades dos menos favorecidos de forma diferente dos mais favorecidos economicamente:

Art. 145 [...] § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Neste sentido, ensina Carraza⁷ que “realmente, é justo e jurídico que, em termos econômicos, quem tem muito pague, proporcionalmente, mais impostos do que tem pouco”. Ou seja, para o autor “quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais impostos do que tem menor riqueza”, devendo contribuir mais para a manutenção da coisa pública.

A Constituição deu direitos e deveres, “garantias e sacrifícios para que haja uma coletividade feliz, pautada numa base de justiça, honradez e a certeza de um retorno eficiente na redistribuição da renda, proporcionando saúde, educação e justiça para todos”, enfatiza Menezes⁸, e justifica seus dizeres aduzindo que “para se obter a justiça fiscal, mister a observação das diferenças existentes entre os contribuintes, devendo cada um arcar com o ônus tributário de acordo com as suas condições econômicas, impedindo desta forma que sejam tributados os indivíduos que percebem o suficiente à sua subsistência”.

Neste contexto, nivelar a cobrança de impostos pela capacidade econômica do cidadão é uma forma de respeitar seus direitos fundamentais, uma vez que supõe que o mesmo não terá prejudicado seu sustento e de sua família em detrimento de ter de pagar ao Estado valores desproporcionais aos seus rendimentos.

No entanto, acreditar que esse princípio seja integralmente respeitado, pode ser um pensamento utópico diante da carga tributária vigente no país, visto que tributos não são apenas impostos e o princípio mencionado é válido apenas para esta espécie tributária.

Sob esta perspectiva, interpreta Claudino⁹ que em um Estado Democrático de Direito a tributação deve ser justa, “buscando-se sempre melhorar a distribuição da carga tributária, devendo ser esta proporcional à capacidade contributiva dos indivíduos, de modo a garantir um mínimo existencial a todos”. Porém, não se está certo de que há uma justiça tributária, embora se tenha

⁷ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 522.

⁸ MENEZES, Fabiolla Kataryna de Macêdo. Justiça tributária: questão de cidadania. O princípio da capacidade contributiva. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009.

⁹ CLAUDINO, Cleyce Marby Dias. Análise da dignidade humana e justiça social na tributação pátria. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012, p. 1.

esta como necessária, “ademais, acima de tudo o contribuinte é um indivíduo que merece ter uma vida digna e seus direitos resguardados”¹⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa não teve por propósito esgotar a temática, mas apenas expor brevemente uma discussão sobre tributos, justiça social e a dignidade humana. Sob o questionamento de consolidar no país a justiça tributária mediante o princípio da capacidade contributiva.

Compreende-se que os efeitos da graduação dos impostos por meio da capacidade contributiva dos contribuintes materializam-se positivos à existência da justiça social, da manutenção da dignidade humana, mas não necessariamente à coexistência de justiça tributária, uma vez que a capacidade contributiva da pessoa não é relevante as demais espécies tributárias.

REFERÊNCIAS

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CLAUDINO, Cleyce Marby Dias. Análise da dignidade humana e justiça social na tributação pátria. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12616>. Acesso em mar 2017.

GALLASSI, Almir. O morador de rua na sociedade brasileira: em busca de um abrigo na Constituição Federal. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. LEÃO Jr. Teófilo Marcelo de Arêa. **Direitos Sociais**. Birigui: São Paulo, 2011, p. 20-39.

JUSTIÇA. In. BUENO, Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, [1999].

¹⁰ *Ibid.*, p.1.

JUSTIÇA. In: GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário compacto jurídico**. 15^a edição. São Paulo: Rideel, 2011.

MENEZES, Fabíolla Kataryna de Macêdo. Justiça tributária: questão de cidadania. O princípio da capacidade contributiva. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6725>. Acesso em mar 2017.

Resumos

REGIME DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PÚBLICOS: A VIABILIDADE JURÍDICA DE QUALIFICAR O ESTADO NA FIGURA DO CONSUMIDOR

BRUNO BALDINOTI¹
ANTÔNIO AUGUSTO MARTINO²
JUSSARA DOMINGUES DA SILVA³
MAIARA SANTANA ZERBINI⁴

INTRODUÇÃO

A proteção do consumidor é um desafio hodierno e representa um dos temas mais atuais do direito. Em uma sociedade de consumo a posição do consumidor é de total subserviência aos fornecedores e as mesmas mazelas que afligem os particulares também vêm ocorrendo com o Poder Público quando este não encontra refúgio nas regras protetoras do direito administrativo.

¹ Mestrando em Teoria do Direito e do Estado no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUP. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Integrante do grupo de pesquisa “Constitucionalização do Direito Processual (CODIP)”, vinculado ao CNPq-UNIVEM. Integrante do grupo de pesquisa “O Estado Democrático de Direito como Projeto Ético: Diálogos Interdisciplinares (GEDDPE)”, vinculado ao CNPq-UNIVEM. Monitor na Matéria de Direito Empresarial, no UNIVEM. Advogado. E-mail: bruno.baldinoti@hotmail.com.

² Pós-Graduando em Direito Tributário no Programa de Pós-Graduação da Pontífice Universidade Católica de Mina Gerais. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. E-mail: antonioaugustomartino@gmail.com

³ Graduanda no Curso de Direito pela Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral – FAEF.

⁴ Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina/PR – UEL, bolsista CAPES. Pós-Graduada em Direito e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina/PR – UEL. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Advogada. E-mail: maiaraszsantana@gmail.com

Evidencia-se que a influência do direito administrativo e as prerrogativas conferidas ao Poder Público têm ocasionado falhas na aplicação das regras de direito privado outorgadas pelo Código de Defesa do Consumidor, prejudicando a defesa judicial dos entes administrativos e deixando de prever em seus atos e contratos administrativos as regras de proteção conferidas pela legislação consumerista.

O presente trabalho afirma a aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor às pessoas jurídicas de direito público, quando analisada as peculiaridades do caso concreto e as disposições da Lei 8.666/1993 não forem satisfatórias.

Quanto ao procedimento metodológico, adota-se o método dedutivo, com base na utilização de pesquisa bibliográfica e documental, principalmente, em livros, teses, artigos e legislação que versem sobre os negócios jurídicos públicos, bem como a interpretação da relação consumerista, nas quais o Estado figura como consumidor.

INTERPRETAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO: CONVERSÃO SUBSTANCIAL

O trabalho tem como finalidade abordar a viabilidade jurídica de qualificar o Estado na figura do consumidor descrita no Código de Defesa do Consumidor. Nos termos do artigo 2º do mencionado instituto, consumidor *é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*⁵. Assim, indaga-se essa norma pode ser interpretada com o regime especial que delibera sobre a contratação administrativa.

Analisa-se que a legislação consumerista, além do caráter de microsistema jurídico, denota de caráter multidisciplinar, eis que cuida de questões que se acham inseridas nos Direito Constitucional, Civil, Penal, Processual Civil e Penal, viabilizando assim, sua aplicação no direito público. Ou seja, ao lado de princípios que lhe são próprios no âmbito da chamada ciência consumerista, Código Brasileiro do Consumidor relaciona-se com outros ramos do direito, ao

⁵ Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990 – Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências - Artigo 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos (FILOMENO, 1999, p. 20).

Nesse cenário, consumidor pode ser compreendido como aquela pessoa, natural ou jurídica, que se estabelece na qualidade de contratante para a utilização a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação de vontade, isto é, sem forma especial, salvo quando a lei exigir (SIDOU, 1977, p.3). A característica marcante da legislação consumerista estaria na vulnerabilidade do consumidor, ou seja, em sua hipossuficiência, vez que o consumidor não possui controle da produção dos bens de consumo ou da prestação dos serviços que lhe são fornecidos, estando submetido de fato ao poder econômico, logístico e intelectual dos fornecedores.

Assim, para uma parte da doutrina, o Estado não poderia figurar como consumidor, vez que não se encontra a vulnerabilidade que deve ser reconhecida entre aquele e o fornecedor, ou melhor, não se encontra o desequilíbrio relacional previsto no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor⁶. Para os adeptos desse entendimento, o Estado ao contratar, como “destinatário final”, estaria fazendo mediante as normas próprias do direito administrativo, as quais lhe atribui proteção específica, que não se superpõe, sob pena de implementar incontrolável confusão com a Lei n. 8.079 de 1990 (CRISTOFARO, 1993, p. 132).

Ainda nesse sentido, defende-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor apenas de maneira subsidiária às normas da administração pública, é o caso, por exemplo, da responsabilidade por vício do produto ou do serviço. Isso é inviável, entretanto a Administração é quem define a prestação a ser executada pelo particular, assim como as condições contratuais que disciplinarão a relação jurídica. Enuncia-se ainda, que tal matéria está subordinada às regras da Lei de Licitações, do ato convocatório e do contrato, não podendo considerar a equiparação da Administração Pública ao consumidor (JUSTEN FILHO, 202, p. 521).

Em contra ponto, há a doutrina que entende pela aplicação do já mencionado código nas relações de consumo em que o contratante é a administra-

⁶ Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990 – Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências - A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.

ção pública, sendo ela consumidora ou usuária, pois adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatária final. Salienta-se que, a lei não faz distinção entre as pessoa jurídicas que adquirem bens ou usufruem serviços. Não há por que negar a proteção do CDC, já que o Estado consumidor ou usuário é a própria sociedade representada ou organizada (FERNANDES, 2014, p. 42).

Nesse contexto, é possível indicar duas correntes, a dos finalistas e dos maximalistas. Para esses primeiros, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, sendo que essa tutela apenas existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, por isso, delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita é fundamental, devendo esta interpretação ser restrita. Já os maximalistas interpretam a norma de maneira mais ampla, não devendo estas serem, tão somente, aplicadas ao consumidor não profissional (MARQUES, 2002, p. 254).

Na previsão legal que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências (Lei n. 8.666/1993), o artigo 54 dispõe que os contratos administrativos regulam-se pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando de forma supletiva, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. Dessa maneira, naqueles casos em que as prerrogativas conferidas à administração pública não socorrerem de modo satisfatório o ente público, este poderia recorrer às regras protetoras do Código de Defesa do Consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível perceber que há uma divergência doutrinária no que tange ao enquadramento do Poder Público na figura do consumidor, demonstrando a necessidade de se estabelecer uma análise interpretativa do caso concreto com a finalidade de se identificar ou não a vulnerabilidade daquele que se posiciona como o sujeito hipossuficiente desta relação, para que então, sejam invocadas as normas consumeristas.

Levando-se em consideração esses aspectos, nota-se que a Administração Pública, em regra, não carece da aplicação das regras estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, vez que encontra respaldo satisfatório nas disposições da Lei n. 8.666/1993. Porém, diante das particularidades do caso concreto, é possível a invocação do código consumerista.

REFERÊNCIAS

CRISTOFARO, Pedro Paulo. **Limites do campo da Incidência da Lei n. 8.078 de 1990.** O Código de Defesa do Consumidor e os investidores ou poupadores. Revista Forense, vol. 323, 1993.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Regime diferenciado de contratações públicas.** Editora Fórum, vol. 9, 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito Filomeno. **Manual de Direitos do Consumidor.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 9 e.d. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 4 e.d. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte especial.** Tomo III. 2 triagem. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SIDOU, Otho. **Proteção do Consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CASAMENTO HOMOAFETIVO E SUA ACEPÇÃO JURÍDICA

MARIA CAROLINA RUBI PALMEZAN BEZERRA¹

NATALIA MURATA²

INTRODUÇÃO

O presente resumo busca tornar o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana como norteadores para o casamento homoafetivo no Brasil. Apesar dessas normas serem expressas na Constituição Federal o que se vê na sociedade é um grande preconceito e dificuldade em respeitar as diferenças dos demais. Durante muitos anos ficou concretizado que o casamento necessita de distinção de sexo, negando em veemência o casamento homoafetivo, tal contexto é possível encontrar no Código Civil trazendo essa distinção em diversos artigos.

Apenas em 2011, o STF proferiu decisão reconhecendo a união estável entre casais homoafetivos como parte do direito de família baseando nos princípios constitucionais; e somente em 2013 o CNJ regulamentou em sua resolução 175, art. 1º a vedação de autoridade a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, tendo por fim, a real proteção e regulamentação do estado reconhecendo-os como entidade familiar. Porém, apesar do avanço e da devida

¹ Bacharel em direito pelo Univem.

² Estudante de direito do curso de Direito do Univem.

regulamentação é preciso um amadurecimento social perante o assunto.

Por fim, pretende destacar o principal direito adquirido que é o reconhecimento da união, um avanço legislativo que apesar de tardio, vem se tornando eficaz para as diversas lides familiares brasileiras.

CASAMENTO HOMOAFETIVO

O casamento como todas as instituições, varia com o tempo e com os povos. É notório, que as mudanças sociais, econômicas e comportamentais dos seres humanos influenciaram para o novo conceito de casamento, antes, visto como “o negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial”, segundo *José Lamartine Correa de Oliveira*, hoje, já traz novas aberturas, dentre elas e a principal, a exclusão de um caractere tradicional do casamento: a **exigibilidade** da diversidade de sexos, **afastada** pelo Supremo Tribunal de Justiça, que reconheceu que pessoas homoafetivas não são menos dignas de proteção do estado se comparadas com aquelas apoiadas na tradição.

Pois, sé o casamento civil a forma pela qual o Estado melhor protege a família e se são múltiplos os arranjos familiares reconhecidos pela CF/1998, não será negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos nubentes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas e o afeto (GONÇALVES, 2017,p. 39,40).

Tal decisão trouxe para vida de muitos o real significado do Princípio da igualdade, disposto no Art. 5º, *caput* da **Constituição Federal**: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: (..)”

REGULAMENTAÇÃO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO NO BRASIL

De fato, o que se pode afirmar é que não temos em nossa Carta Magna o reconhecimento de união estável ou casamento homoafetivo. O artigo 226 em

seu § 3º ao exigir a diversidade de sexo para o casamento está ferindo o princípio da igualdade além de estar ultrapassado com a realidade brasileira.

As uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não pode ser negada, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos. Incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à marginalidade determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças (DIAS, 2005, p. 17).

Baseando na necessidade e na grande procura de casais para regulamentar seus relacionamentos é que em 2011 foi proferida a primeira decisão judicial pelo Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união estável de um casal homoafetivo, parte da decisão consiste em dizer que “a Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa” e termina dizendo que a regulamentação deve ser feito seguindo os mesmos preceitos normativos da união heteroafetiva.

A partir desse grande marco, a decisão foi utilizada para regulamentar diversos outros relacionamentos, encorajando muitos casais a afirmarem sua união na base constitucional da família e muitos a requererem a habilitação para o casamento. Com base na grande demanda o Conselho Nacional de Justiça sentiu a necessidade de regulamentar esse direito de uma forma mais expressa, editou a resolução 175 no ano de 2013 :

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Se com uma decisão proferida pelo STF já era um direito norteador para os demais tribunais, com a resolução criada pelo CNJ afastou qualquer dúvida de que nenhuma autoridade deve-se recusar a realizar o casamento ou regulamentar uma união estável, trazendo uma maior segurança para a sociedade dando um grande passo na justiça e fazendo jus ao que de fato significa o

princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente resumo propôs ressaltar a importância que um fato tem após ser regulamentado pelo legislador e conseqüentemente aplicado pelo judiciário, é o que ocorre com o casamento homoafetivo, que em termos podemos considerá-lo como recente no ordenamento jurídico, o qual obteve uma regulamentação somente no ano de 2013, não obstante que relacionamentos homoafetivos ocorrem desde a idade média.

A partir dessa premissa, os princípios garantidores como a igualdade e dignidade da pessoa humana puderam ser realmente aplicados a casais com o desejo de regulamentar sua união, em busca do eudemonismo familiar.

Perante o exposto, concluímos que a regulamentação alcançada foi um grande avanço para a lide familiar que é enfrentada no Brasil e em diversos países, que é a possibilidade do casamento entre homossexuais, porém cabe ressaltar que não basta uma legislação regulamentando o assunto, é preciso mais, é preciso uma reeducação social onde há um retrocesso grotesco em relação a esse assunto, sendo ainda alvo de muita polêmica e preconceito. É preciso que haja um amadurecimento perante o caso e uma proteção cada vez maior do estado, maior garantidor e protetor dos direitos humanos e princípios fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 03 de maio de 2017.

BRASIL. Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em 01/05/2017.

DIAS, Maria Berenice. União homossexual, o preconceito e a justiça. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 14^a edição. Vol.6. São Paulo: Saraiva 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Quem decide sobre o casamento homoafetivo? – Artigo** Publicado em 18/11/2016. Disponível em: <http://ibdfam.org.br> . Acesso em 29/04/2017.

A DISCIPLINA DOS TÍTULOS DE CRÉDITO FRENTE À EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA DO MERCADO CAMBIAL

JOÃO FELIPE SIMÕES AGUIAR¹

INTRODUÇÃO

Desde o advento da informática como ferramenta de uso comum na sociedade após os eventos da Guerra Fria, no final do século XX, a sociedade sofreu um crescimento jamais visto antes, de forma que a tecnologia da informação não só moldou o comportamento das pessoas, mas também a maneira do mercado se comportar e se adaptar ao meio informático.

De tal modo, cada vez mais as empresas iam se adaptando ao novo comportamento social e dinamismo econômico, surgindo assim as empresas de comércio virtual, as e-commerce, que travam contratos por meios eletrônicos e assim realizam suas vendas.

Entretanto as relações mercantis sempre foram baseadas no instituto dos títulos de crédito, que se tornou indispensável a toda e qualquer relação comercial entre indivíduos ou empresas desde o início de seu uso durante a alta idade média, por meio de um papel que representava o direito nele mencionado em que o devedor poderia ser cobrado o seu pagamento a qualquer momento pelo credor, desde que este tenha em mãos o papel que legitime sua pretensão. Contudo desde a introdução da informática nas relações comerciais e a velocidade da globalização, cada vez tem se tornado menos requisitado o uso do papel para concretizar a cobrança dos títulos de crédito, questionando se o uso da

¹ Acadêmico em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

cártula é realmente necessário para as relações de crédito, pois facilmente pode ser considerada um obstáculo pra a evolução, de maneira que sejam introduzidos os títulos de crédito eletrônico nas relações e sejam assim um facilitador para o mercado cambial.

Assim, este trabalho tem como objetivo analisar se a instituição dos títulos de crédito é passiva de transformações cabíveis ao mundo contemporâneo e se há consequências em uma discussão quanto ao seu uso, sendo que para tanto, assume-se como opção metodológica a adoção do raciocínio hipotético-dedutivo, bem como a adoção do procedimento de análise de conteúdo em pesquisa bibliográfica.

Para tanto, em um primeiro momento, será analisada a evolução e instrumentalidade dos títulos de crédito, bem como os benefícios trazidos por este, formulados na definição proposta por Cesare Vivante no modelo econômico capitalista que guia o mundo.

Por conseguinte, serão analisados e apresentados os títulos de crédito escriturais, bem como a discussão doutrinária e o antagonismo legal que o cerca, de forma que leva a uma discussão sobre a adaptação do princípio da cartularidade em face das novas tecnologias.

Ao final, a partir dessa análise teórica, será possível uma análise crítica e científica sobre se a revisão legal e doutrinária sobre os títulos de crédito é realmente uma questão urgente e que levaria a avanços consideráveis a partir da extensão dos princípios, ou ainda desvinculá-lo dos conceitos já existentes e criar um instituto próprio do título escritural.

No mais, esta análise teórica não tem a pretensão esgotar o tema em si mesma, pretende-se, pelo contrário, não só trazer informações e contribuir para a discussão sobre a ampliação do entendimento dos princípios fundamentais dos títulos de crédito com uma interpretação extensiva e adaptativa sobre o assunto, mas também fornecer subsídios teóricos para as atividades jurisdicional e doutrinária, especialmente àquela ocupada com a análise da disciplina dos títulos de crédito frente à evolução tecnológica do mercado cambial.

1. OS TÍTULOS DE CRÉDITO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Os títulos de crédito surgiram entre os séculos XV e XVI com o objetivo de facilitar as transações cambiais da época, de forma que tornava maior

e mais dinâmico o mercado, incentivando o desenvolvimento econômico e os primeiros modelos do sistema capitalista na sociedade.

Então, com a rápida expansão econômica da época, os comerciantes precisavam se locomover com grandes quantias em dinheiro, bem como cobrar os valores que tinham vendido a título de confiança a outrem, e viram-se necessitados de um documento que contivesse seus direitos como credor. Assim, como sugere Fran Martins (2013, pg.4), em virtude dessa necessidade mercantil é que nasceram os títulos de crédito para satisfazer uma necessidade momentânea comercial.

Passado maior tempo desde o seu surgimento, Césare Vivante sintetizou o conceito dos títulos de crédito afirmando que “Título de crédito é o documento necessário para o exercício do direito nele mencionado” (Vivante, 1935, pg. 123), originando desta forma os princípios da cartularidade, literalidade e autonomia, ficando certo que no título de crédito fica condicionado ao documento cartularizado, em que todo o seu conteúdo deve ser interpretado de forma literal e, para garantia de circulação, as relações em torno dele são autônomas entre si.

Portanto, mesmo com a evolução da economia após as três revoluções industriais, o conceito de Vivante manteve-se insubmisso e aplicável a toda relação cambial que existia ou viesse existir, pois nada do que não se encaixasse em seu conceito poderia ser considerado título de crédito.

Contudo, devido à constante evolução social e tecnológica, é questionado se o conceito de Vivante e principalmente o princípio da cartularidade ainda é aplicável aos dias atuais, pois em um mundo em que a tecnologia lidera as pontas de mercado é reconhecido que o uso dos princípios sem nenhuma adaptação é um atraso ao dinamismo econômico.

2. ANÁLISE SOBRE A DESMATERIALIZAÇÃO DO TÍTULO DE CRÉDITO

Dessa forma surge a desmaterialização do título de crédito, que segundo Fran Martins, a sua criação consiste na transmissão de dados referentes ao título por meios magnéticos e não possuem assinatura usual, embora exista a assinatura digital, e são gravados na memória do sistema eletrônico.

Entretanto há divergências doutrinárias e legais. O primeiro quanto à aplicabilidade do título eletrônico no direito brasileiro, pois seria uma afronta

aos princípios do título de crédito, como por exemplo o princípio da cartularidade, que afirma que os títulos devem ser expressos por meios de papel, ou seja, a cártula, o que permitiria maior segurança de circulação e execução quando necessário, pois é primordial que no título estejam reconhecidas as partes por meio da assinatura em punho registrada no documento, sendo incontesteável a sua vinculação com a relação cambial e conseqüentemente coobrigado ao título. Ainda ressaltando que do título não deve haver cópias, pois somente pode haver um portador.

Porém, ainda que não seja nada pacificado por meio da doutrina, comumente são usadas as duplicatas eletrônicas no comércio, que consiste no mesmo procedimento descrito acima e preenchidos os requisitos legais, sendo os dados referentes à duplicata enviados a uma instituição financeira que posteriormente enviará ao sacado um boleto para o pagamento.

No entanto, no meio eletrônico não há a assinatura do emitente e muito menos o aceite por parte do sacado, o que consta como um descumprimento ao disposto pelo artigo 2º, §1º, incisos I a IX. Contudo é pacificado pelo STJ que somente os dados contidos na duplicata, juntamente com livro de registro de duplicata são o suficiente para a legitimação de sua emissão.

O segundo é antagonismo legal entre o Código Civil de 2002 e a respectiva lei especial sobre o título de crédito em questão, tal qual a Lei da Duplicata, como adverte o Professor Wille Duarte Costa, pois a lei especial se omite quanto à escrituração ao longo de seus artigos, determinando apenas que sejam contidas todas as características legais.

Por conseguinte o Código Civil prevê a escrituração, porém se torna submisso à legislação especial, tornando o título VIII do respectivo código questionável, pois no artigo 903 prevê que somente poderá ser utilizado o código civil se não houver legislação especial vigente.

Portanto questiona-se se em relação aos títulos escriturais: usa-se o código civil ou a lei das duplicatas, ou os títulos de crédito eletrônicos devem ser desvinculados de qualquer legislação já vigente? O referido código não expressa a maneira como os títulos devem ser emitidos e a lei especial se omite quanto à escrituração do título de crédito.

Assim, o direito brasileiro não tem condição de acompanhar os mesmos passos da evolução, devido à rigidez dos princípios e a falta de legislação que regule essa nova vertente sobre os títulos de crédito, sendo assim neces-

sária a revisão dos princípios com uma interpretação extensiva ao assunto, e reformulação das legislações tão ultrapassadas que chegam a ser obstáculos para a evolução comercial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que os conceitos atuais sobre títulos de crédito já não são mais cabíveis à nova sociedade, pois atualmente prezamos pela velocidade nas relações comerciais e constantemente estamos optando por meios digitais para tal fim, de forma que é cada vez mais natural cedermos à tecnologia, pela sua facilidade e eficácia.

Então o direito carece de atenção quanto à revisão da Teoria Geral dos Títulos de crédito, principalmente na necessidade de realizar uma interpretação extensiva do princípio da cartularidade, pois o direito não pode tornar-se um obstáculo nas realizações sociais, pois nas palavras de Gustavo Tavares Borba “o direito deve se amoldar às novas situações fáticas, vez que é apenas um meio para solucionar os conflitos, e não um fim em si mesmo”, entendendo que por vivermos em uma sociedade que preza cada vez mais pela praticidade e inovação, o direito não deve ser alheio a tais mudanças.

Por fim ao analisarmos a discussão proposta, devemos nos aprofundar cada vez mais nos conceitos e princípios a fim de extrair dali uma determinação ao fato inovador que o comércio propõe, nunca se prendendo a conceitos ultrapassados, mas sim utilizando-os como base para o futuro, a fim de facilitar mais uma vez a evolução econômica, como no início do mundo comercial.

REFERÊNCIAS

BORBA, Gustavo Tavares. **A Desmaterialização dos Títulos de Crédito**. 2011. Disponível em <http://www.tavaresborba.com.br/wp-content/uploads/2011/11/artigo05.pdf>. Acesso em 06/05/2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: Direito de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Wille. **Duarte da. Títulos de Crédito Eletrônico**. 2003. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/search/result>. Acesso em 07/05/2017.

MARTINS, Fran. **Títulos de Crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

VIVANTE, Cesare. **Tratatto di diritto commerciale**. Milano: Dottor Francesco Vallardi. III, 1935.

DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ELISANGELA MARCARI¹
GABRIELA CRISTINA BEZEN²

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal apresenta em seu texto normativo uma gama de direitos fundamentais que visam a garantia de uma vida digna a todos os indivíduos, transformando esses direitos em valores essenciais para o ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais decorrem do Estado Democrático de Direito e por serem essenciais, procura-se verificar o método utilizado para dirimir quando da colisão desses direitos. A Hermenêutica Constitucional tem a finalidade de limitar as incidências da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais através de seus métodos e princípios, buscando sempre a harmonização dessas normas.

Posto isso, os direitos fundamentais declarados em nossa Constituição Federal de 1988 é a base direita do Estado Democrático de Direito e decorrendo

¹ Mestranda em Direito pelo UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília. Especialista na área de concentração Direito Tributário pela Unama. Advogada e Professora na Comarca de Sinop-MT. Endereço Eletrônico: elisangelamarcari@hotmail.com.

² Mestranda em Direito pelo UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília. Especialista na área de concentração Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela FASIP – Faculdade de Sinop. Especialista na área de concentração Docência do Ensino Superior pela FASIP – Faculdade de Sinop. Advogada e Professora na Comarca de Sinop-MT. Endereço Eletrônico: gabibezen@hotmail.com.

a colisão entre esses direitos à importância da hermenêutica constitucional para a solução.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais podem ser considerados como os direitos que se encontram positivados na constituição de um Estado, aqueles que asseguram as condições necessárias para a vida em sociedade, garantindo a possibilidade de se receber e exigir benefícios.

Não obstante, podem ser considerados como os direitos que consagram a dignidade da pessoa humana e limitam o poder do Estado, destarte, podendo algumas normas serem programáticas, assim, obrigando o Estado a garantir e proteger os interesses fundamentais da pessoa humana.

Sobre o a finalidade de direitos fundamentais, Santos (2014, p. 37) elucida que “o fim maior dos direitos fundamentais é a proteção do homem e de sua dignidade, de todas as formas de coerção, inclusive por parte do Estado, ao qual deve sofrer limitações”.

Segundo Canotilho (2000, p. 393), “os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. Esse entendimento é dado através da diferenciação que se faz do conceito de direitos humanos e direitos fundamentais, de modo que aquele é universal, válidos para todos os tempos somente pela condição de ser humano.

Assim, é passível o entendimento de que com os direitos humanos é declarado que primeiro o ser humano possui direitos e posteriormente possui deveres para com o Estado, e os direitos que o Estado possui em relação ao ser humano tem a finalidade de garantir os direitos fundamentais.

De acordo com Mendes; Coelho; Branco (2009, p. 267),

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

Destarte, entender-se-á que os direitos fundamentais constituem supremos valores humanos e asseguram aos indivíduos condições necessárias para o convívio em sociedade, bem como, é fundamental para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa.

2. DIFERENCIAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Muito comum à confusão em torno das definições de direitos fundamentais e garantias fundamentais e por isso a doutrina apresenta a sua diferenciação e que segundo Silva (2010, p. 189) as garantias “não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito principal”, assim pode-se dizer que as garantias asseguram o cumprimento dos direitos fundamentais.

“Os direitos fundamentais são os bens da vida que as normas jurídicas consagram e as garantias são instrumentos previstos em normas jurídicas para assegurar a plena fruição desses bens, dos direitos” de acordo com o entendimento de Motta e Barchet (2008, p. 100).

Nesse sentido afirmar-se-á que as garantias são assessórias aos direitos, sendo os direitos aqueles previstos em que o ser humano pode gozar e que as garantias são as medidas que asseguram o gozo de tais direitos.

As garantias não se confundem também com os remédios constitucionais, posto que as garantias visem à prevenção de violação dos direitos fundamentais, e os remédios objetivam corrigir violação desses direitos, assim, Ferreira Filho (2003, p. 290) explica que os “remédios são a garantia das garantias, são a via judicial destinada à proteção das regras que protegem os direitos fundamentais”.

3. DA COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em um ordenamento jurídico é comum ocorrer colisões entre direitos fundamentais ou até entre direitos fundamentais com outros valores constitucionais, sendo este tema de muita discussão entre doutrinadores que tem classificado os valores constitucionais, entre princípios fundamentais e regras.

Nesse sentido, Mendes; Coelho; Branco (2009, p. 276), explica, que:

As colisões de direitos fundamentais, bem assim os conflitos desses direitos com outros valores constitucionais, vêm despertando a atenção da mais moderna doutrina. O assunto se entrelaça com a busca da compreensão do conteúdo e dos lindes dos diferentes direitos fundamentais. Que acontece quando duas posições protegidas como direitos fundamentais diferentes contendem por prevalecer numa mesma situação? Ultimamente a doutrina tem sido convidada a classificar as normas jurídicas em dois grandes grupos (o dos princípios e os das regras).

Assim, explicar-se-á, que as regras diante da ocorrência de um fato podem: permitir, proibir ou exigir algo; quanto os princípios são normas que exige a realização de algo, sendo ela da melhor forma, assim determinam que bens jurídicos sejam satisfeitos e protegidos na medida em que é permitido.

Canotilho (2000, p. 1255), conceitua que regras “são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção”, enquanto que os princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas, [...], impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico”.

Dessa forma, na colisão entre princípios um não se sobrepõe ao outro, ou seja, é analisado o fato concreto para verificar qual o melhor princípio a satisfazer o bem jurídico defeso.

Poder-se-á entender que, ocorrendo colisão entre princípios fundamentais em determinando fato, deve-se buscar a aplicação do princípio da concordância prática, da harmonização, buscar uma conciliação para aplicação de ambos em extensões variadas, não podendo um ser excluído em função de outro.

Na colisão entre direitos fundamentais declarados na Constituição Federal será aplicado o meio de interpretação através da hermenêutica constitucional, buscando o interprete da norma a aquele caso concreto, estabelecer qual a incidência de aplicabilidade desse direito, jamais excluindo o outro, posto que como visto, sobre as características dos direitos fundamentais, a maior dificuldade de alteração.

Canotilho (2000, p. 1274) explica da seguinte forma:

a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro (D1 P D2)C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C).

Levar-se-á sempre em consideração nos casos de colisão, o caso concreto, de forma que poderá ser aplicado como fundamento para outro caso ou não.

Vale-se esclarecer o porquê do entendimento dos princípios fundamentais estando correlacionados com os direitos fundamentais, de modo, que decorre da previsão na própria Constituição Federal de 1988, com a declaração dos fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constituído como Estado Democrático de Direito.

Assim, tem-se por princípios fundamentais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, de forma que, todo o poder emana do povo.

Ainda tem-se por objetivos fundamentais, constituir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É desse contexto que decorre os direitos fundamentais, da democracia, dos princípios e objetivos fundamentais da Constituição Federal.

4. DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO SOLUÇÃO PARA AS COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto, quando da ocorrência das colisões entre direitos fundamentais ou entre direitos e bens constitucionalmente protegidos a hermenêutica constitucional será o meio utilizado para vislumbrar que todas as normas

tenham sua aplicabilidade a sua eficácia no sentido mais amplo.

A hermenêutica constitucional é o saber a cerca dos princípios constitucionais norteadores das demais normas jurídicas existentes, de forma que as normas constitucionais estão acima de qualquer outra, conforme a hierarquia existente em um ordenamento jurídico.

Poder-se-á dizer que o estudo da hermenêutica constitucional é a interpretação dos princípios constitucionais, a modo que, a interpretação no entendimento de Motta e Barchet (2008, p. 45) “nada mais é do que desvendar o real significado da norma, buscar aquilo que o legislador efetivamente quis dizer, aquilo que ele pretende que aconteça”.

Inconfundível é hermenêutica constitucional simplesmente com a interpretação, de acordo ainda com Motta e Barchet:

[...] sendo aquela uma ciência que fornece a técnica e os princípios segundo os quais o operador do Direito poderá aprender o sentido social e jurídico da norma constitucional em exame, ao passo que interpretação consiste em, como já dissemos, desvendar o real significado da norma. (2008, p. 49).

A hermenêutica constitucional tem por finalidade o estudo e a criação de métodos aplicáveis para determinar o sentido e alcance das normas constitucionais, devendo o interprete analisar o caso concreto para vislumbrar qual a norma que terá maior aplicabilidade.

Assim sendo, ocorrendo colisões entre os direitos fundamentais a hermenêutica constitucional buscará o meio para que ambas as normas tenham a sua aplicabilidade, visto que, uma norma não irá se sobrepor a outra, nem uma deixará de existir para que outra seja aplicada, deve-se buscar sempre a concórdância dessas normas, havendo assim uma harmonização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais declarados na Constituição Federal de 1988 é a base direta do Estado Democrático de Direito, de forma que estes são garantidos a todos os indivíduos devendo o Estado garanti-los.

Obstante, ocorrendo a colisão entre esses direitos o interprete da norma utilizará da hermenêutica constitucional para a solução desses con-

flitos, buscando a harmonização destas, através da aplicação de seus princípios e métodos.

Conclui-se que da colisão entre esses direitos em dadas condições do fato um direito irá prevalecer ao outro, sempre no exercício da ponderação, pois o sentido e o alcance deste será o mais satisfatório para assegurar e garantir o direito fundamental violado.

REFERÊNCIAS

BARCHET, Gustavo & MOTTA, Sylvio. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora; Elsevier, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 06 de maio de 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição. Coimbra. Editora: Almedina, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 30ª Edição. São Paulo. Editora: Saraiva. 2003.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 26ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **A Discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª Edição. São Paulo. Editora: Malheiros Editores, 2010.



Grupo de pesquisa
GRADIF Gramática dos Direitos Fundamentais
NAPEX - 2019