

Revista Acadêmica
CLÓVIS BEVILÁQUA



Fortaleza, v. 4, n. 1, janeiro/junho 2017



CENTRO ACADÊMICO CLÓVIS BEVILÁQUA
UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

REALIZAÇÃO



REVISTA ACADÊMICA CLÓVIS BEVILÁQUA

Diagramação: Ciro Costa e Marwil Gomes Praciano.

Organização: Cairo Trevia Chagas, Davi Guimarães Mendes, Marwil Gomes Praciano e Vitória Olinda Barros.

Revisão: Marwil Gomes Praciano.

Capa: Edição e montagem de Ciro Costa e Marwil Gomes Praciano.

Conselho Editorial: Álisson José Maia Melo, Marwil Gomes Praciano e Tarin Cristino Frota Mont'Alverne.

Revista Acadêmica Clóvis Beviláqua

V. 04, N. 01. (Janeiro/Junho de 2017)

V. 1-2014-Fortaleza, CACB, n. semestral.

ISSN: 2446-676X

1. Direito – Periódico.

1. Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito.

As opiniões expressas são de inteira
responsabilidade de seus autores



Esta publicação é uma realização do Centro
Acadêmico Clóvis Beviláqua, da Faculdade
de Direito da Universidade Federal do Ceará



Apoio institucional: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará
e Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.



Biografia de Clóvis Beviláqua

Clóvis Beviláqua (1859-1944) foi jurista, legislador, professor e historiador brasileiro. Foi autor do projeto do Código Civil brasileiro, de 1900. Foi consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, durante vinte e oito anos. Foi um dos fundadores da Academia Brasileira de Letras, ocupou a cadeira nº 14. Era membro do Instituto Histórico e Geográfico.

Clóvis Beviláqua nasceu em Viçosa do Ceará, no Estado do Ceará, no dia 4 de novembro. Filho do padre José Beviláqua, vigário da localidade, e de Martiniana Maria de Jesus. Estudou na cidade de Natal e, em 1872, ingressou no Ateneu Cearense e, em seguida, no Liceu do Ceará. Iniciou sua vida profissional como jornalista em Fortaleza, em 1875. Em 1876, viaja para o Rio de Janeiro, para estudar no Mosteiro de São Bento. Funda junto com Francisco de Paula Ney e Silva Jardim o *Jornal Laboram Literarium*.

Em 1878, muda-se para o Recife e ingressa na Faculdade de Direito, onde foi aluno de Tobias Barreto. Voltou-se, então, para o estudo do direito, fortemente influenciado por seu mestre e pelo empirismo evolucionista alemão, publicando, nessa época, seus primeiros ensaios sobre filosofia e direito comparado. Fez parte do grupo que mobilizava a vida intelectual da época, a "Escola do Recife".

Em 1882, forma-se em direito. Inicia a carreira de magistrado. No ano seguinte, foi nomeado promotor público de Alcântara, no Maranhão. Em 1884, casou-se, no Recife, com Amélia de Freitas. Em 1888, passa a lecionar Filosofia na Faculdade de Direito e depois assume a cátedra de Legislação Comparada, em 1891. Nesse mesmo ano, foi eleito deputado para a Assembleia Constituinte do Ceará, colaborando ativamente na elaboração da constituição estadual.

Clóvis Beviláqua já despontava como mestre do direito, com diversas obras importantes, como "Direito das obrigações" (1896), "Direito de família" (1896), "Criminologia e direito" (1896) e "Direito das sucessões" (1899). Em 1899, foi convidado pelo futuro presidente Epitácio Pessoa, então Ministro da Justiça, a elaborar o projeto do Código Civil brasileiro. Concluído em seis meses, só foi aprovado em 1916 e vigorou por quase 90 anos.

Clóvis Beviláqua, só veio a defender seu trabalho, em 1906, "Em defesa do projeto de Código Civil Brasileiro" e só opinou sobre o código dez anos mais tarde, em "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil". (1916- 1919), em seis volumes.

Em 1906, foi nomeado Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, cargo que ocupou durante vinte e oito anos. Redigiu vários pareceres, entre eles, "A Organização da III Conferência da Paz, em Haia", "Importação de Armas e Munições", "Codificação Progressiva do Direito Internacional".

Clóvis Beviláqua, como um dos fundadores da Academia Brasileira de Letras, não chegou a frequentá-la, sendo sua participação mais importante o discurso de recepção a Pedro Lessa (1910). Teve sérios atritos com a entidade em 1930, por esta ter recusado à inscrição de sua mulher, a escritora Amélia de Freitas Beviláqua. Clóvis Beviláqua defendeu-lhe a pretensão em parecer de poucas linhas, argumentando que aquilo que o regulamento não proíbe permite. É autor de vasta e valiosa obra no campo do direito. Clóvis Beviláqua morreu no Rio de Janeiro em 26 de julho de 1944.

SUMÁRIO

1 – EDITORIAL.....	5
<hr/>	
2 – ENCONTRO DE PESQUISA JURÍDICA – UFC (2016).....	7
2.1 – APRESENTAÇÃO.....	9
2.2 – DIREITO CONSTITUCIONAL.....	11
2.2.1 – E-DEMOCRACIA: A INTERNET PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA.....	13
Louize Karine de Andrade Garcia Tainah Simões Sales	
2.2.2 – AS OMISSÕES DOS PODERES POLÍTICOS E AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS: SOBERANIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?	25
Luana Adélia Araújo Martins Tainah Simões Sales	
2.2.3 – ATIVISMO JUDICIAL: UMA DITADURA DO PODER JUDICIÁRIO OU A SOLUÇÃO PARA A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE DA POLÍTICA BRASILEIRA.....	37
Lucas Nogueira Holanda	
2.3 – DIREITO PRIVADO.....	47
2.3.1 – ANÁLISE DA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DO SUPERENDIVIDAMENTO DA PESSOA NATURAL.....	49
Letícia Góes Braga Vanessa Silva Barbosa da Costa	
2.4 – DIREITO AMBIENTAL E URBANÍSTICO.....	59
2.4.1 – O PROCESSO DE BENEFICIAMENTO DE ROCHAS ORNAMENTAIS E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICO-AMBIENTAIS.....	61
Adriana Isabelle Barbosa Lima Sá Leitão	
2.5 – DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS.....	89
2.5.1 – <i>IUS COMMUNE</i> LATINO-AMERICANO A PARTIR DO BLOCO DE CONVENCIONALIDADE.....	91
Luis Haroldo Pereira dos Santos Junior	
2.5.2 – A EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA INTERNACIONAL E O CONFLITO ENTRE TRIBUNAIS NACIONAIS E TRIBUNAIS INTERNACIONAIS.....	101
Thiago do Vale Cavalcante	

2.5.3 - O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A OBSERVÂNCIA DAS RECOMENDAÇÕES DO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU.....	113
Luis Haroldo Pereira dos Santos Junior Tiago de Araújo Alves	
2.6 - FILOSOFIA, TEORIA DO DIREITO E HERMENÊUTICA.....	123
2.6.1 - A LEGISLATURA DO JUDICIÁRIO: O FENÔMENO DA FLEXIBILIZAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL FRENTE ÀS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	125
Daniel Silva Marques Leonardo Mororó Carvalho	
2.6.2 - UMA TOLERÂNCIA UNIVERSAL BASEADA EM VOLTAIRE E LÉVINAS.....	155
Francisco Diego Ribeiro Sousa	
2.7 - DIREITO TRIBUTÁRIO.....	171
2.7.1 - A PROBLEMÁTICA DA DESAPOSENTAÇÃO EM FACE DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.....	173
Cristhianne Tavares Pinheiro Maria Cristina Cavalcante Sales	



ENCONTRO DE PESQUISA JURÍDICA

Universidade Federal do Ceará

07 a 09 de dezembro - 2016

EDITORIAL

Na contemporaneidade, o ensino jurídico não pode mais se resumir à simples reprodução de conhecimento, como se entendeu em outros tempos. Pelo contrário, deve-se prezar, cada vez mais, pelo desenvolvimento da pesquisa e da extensão no meio universitário, aprimorando novas habilidades nos futuros juristas com o fito de formar não apenas conhecedores do Direito, mas acadêmicos e profissionais de grande destaque para a sociedade em que se inserem.

Com efeito, ainda tendência, reconhecemos como importante que o conhecimento seja descentralizado, sendo, cada vez mais, desenvolvido difusamente por todos que puderem contribuir com a formação intelectual alheia.

Nesse sentido, a presente obra vem contemplar os valores sobreditos, apresentando à comunidade acadêmica alencarina as melhores produções das Semanas de Pesquisa Jurídica da Universidade Federal do Ceará. Acreditamos nessa iniciativa como forma de promover os valores do artigo 207 da Constituição Federal de 1988, que enuncia a indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão no âmbito universitário, mas que, infelizmente, é uma norma programática que ainda não teve sua efetivação plena no Brasil.

É com o mais absoluto orgulho que nós, do Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua, promovemos o que, para vários dos autores, será a sua primeira publicação de muitas que ainda devem estar por vir. Desejamos que a própria Revista tenha o mesmo destino, sendo essa a primeira edição das diversas que serão publicadas com os mais belos trabalhos dos jovens juristas que se dispõem a, tão cedo na vida, enfrentar o desafio de contribuir com a produção do conhecimento jurídico, que já é tão vasto.

Esperamos que os leitores tomem proveito desta obra, pois é resultado de muito esmero e compromisso de todos os seus autores e organizadores.

Cairo Trevia Chagas

Diretor de Ensino, Pesquisa e Extensão

Gestões Compromisso & Atitude e Novas Conquistas

Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua



ENCONTRO DE PESQUISA JURÍDICA – UFC (2016)



Revista Acadêmica
CLÓVIS BEVILÁQUA

APRESENTAÇÃO

Conforme preleciona o artigo 207 da Constituição Federal de 1988, o tripé universitário é composto pela indissociabilidade das atividades de Ensino, Pesquisa e Extensão. As universidades devem ser capazes de criar um ambiente que forneça os mecanismos necessários para o amplo desenvolvimento dessas três áreas essenciais à formação acadêmica, sem negligenciar uma em detrimento de outra.

É nesse sentido que, o Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua, buscando dar efetividade ao preceito constitucional referido, entendeu ser prudente a realização de evento autônomo à Semana do Direito, diferentemente do que vinha ocorrendo nos anos anteriores, com o fito de dar maior visibilidade à pesquisa, proporcionando um espaço mais amplo para a exposição e a discussão de trabalhos de iniciação científica. Surge, então o Encontro de Pesquisa Jurídica da Universidade Federal do Ceará (EPJ - UFC).

O EPJ contou com a submissão de artigos produzidos por alunos de diversas Instituições de Ensino, os quais foram submetidos à análise rigorosa da banca avaliadora, sendo posteriormente aprovados onze produções acadêmicas abordando temáticas instigantes de maneira inovadora, mas mantendo a redação simples e compreensível ao leitor.

Parabenizamos os autores pela excelência dos trabalhos apresentados, o conteúdo exposto é resultado direto do comprometimento e da dedicação à árdua, porém recompensadora, tarefa de produzir conhecimento jurídico de qualidade. Desejamos uma boa leitura!

Vitória Olinda Barros
Diretora de Planejamento
Gestão Proatividade
Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua



DIREITO CONSTITUCIONAL

Revista Acadêmica
CLÓVIS BEVILÁQUA

E-DEMOCRACIA: A INTERNET PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Louize Karine de Andrade Garcia¹

Tainah Simões Sales²

RESUMO

A participação direta dos cidadãos foi a principal característica da política ateniense e tornou-se o fundamento básico da democracia clássica perdurando até a queda de Atenas. Nos Estados Modernos a participação política passou a ser mediada por um corpo independente de políticos profissionais legitimados pelos cidadãos, que escolhem seus representantes, contudo a crise nesse sistema vem fazendo com que os cidadãos sintam-se incapazes de fazer qualquer diferença na política e nas decisões públicas. Com o desenvolvimento das novas Tecnologias de Informação e Comunicação como a internet, antigos desejos da democracia clássica, como a busca de uma participação direta e deliberativa dos cidadãos de forma efetiva nos negócios públicos torna-se viável, possibilitando um novo marco da democracia: a democracia deliberativa digital.

Palavras-chave: E-democracia. Internet. Participação. Política. Representatividade.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é explorar o desenvolvimento da democracia participativa e deliberativa por meio das novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) e da internet como instituto complementar à democracia representativa.

Por envolverem aspectos extraordinários, como tecnologia e a interação com redes sociais digitais que têm por natureza uma mutabilidade acelerada, as experiências de democracia eletrônica desafiam os métodos convencionais de pesquisa qualitativa, pois constantemente surgem novas iniciativas e tecnologias com o potencial de modificar as relações sociais e institucionais, sendo necessária a utilização de pesquisas e bibliográfica atualizadas para uma análise adequada.

Este artigo visa aproximar as novas tecnologias dos estudos acadêmicos, pois esta é uma etapa necessária para o amadurecimento da *e-democracia* “como uma ciência que gera um conhecimento em prol da democratização efetiva da sociedade³”.

¹ Louize Karine de Andrade Garcia, Graduanda do curso de Direito na Universidade de Fortaleza- UNIFOR, louize.karine@hotmail.com.

² Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), Professora de Direito e Processo Constitucional e Membro do Programa Tutorial Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Coordenadora do Projeto de Pesquisa Direito e Política, desenvolvido na Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

³ ANGELO, PAGAN e GUDWIN, 2014, p.5.

Por essa razão usou-se como fontes de pesquisa substancialmente livros que abordam a temática democrática e tecnológica, bem como textos publicados na Internet sobre a temática, que em conjunto, enriqueceram e nortearam o entendimento e o enfoque dado neste artigo como fonte geradora e de difusão do conhecimento.

Tais estudos bibliográficos possibilitaram entrever novos modelos democráticos, apontando para a possibilidade de implementação da *e-democracia*, que pode contribuir para a diminuição dos descompassos entre os representantes e representados, trazendo maior credibilidade e possibilitando a construção de uma nova maneira de se relacionar com a política, fortalecendo a democracia.

Diante das pesquisas realizadas apreende-se que o surgimento das práticas democráticas, conforme Cânfora⁴, “surgiram muito antes da Grécia Antiga em Sociedades do Oriente, principalmente na Pérsia”. Estas sociedades se organizavam em assembleias e elegiam representantes numa espécie de “democracia primitiva” que parecia antecipar as assembleias populares gregas. As assembleias gregas foram estabelecidas no primeiro governo democrático conhecido e liderado por Péricles na cidade-estado Atenas na Grécia antiga (séc. V a. C.).

Segundo Held⁵ “a participação direta dos cidadãos foi a principal característica da política ateniense e tornou-se o fundamento básico da democracia clássica perdurando até a queda de Atenas quando surgiram os impérios, “estados fortes” e o poderio militar”.

Enquanto na Grécia ateniense a esfera pública era o espaço de tomada de decisão e deliberações políticas cujos participantes eram os cidadãos, nos Estados Modernos a participação política passou a ser mediada por um corpo independente de políticos profissionais legitimados pelos cidadãos, gerando uma cisão que colocou de um lado a esfera pública, cujo objetivo é escolher os representantes e, de outro lado, a esfera política a qual de fato definirá e deliberará os rumos da sociedade. A este modelo predominante nas democracias atuais, denomina-se Democracia Representativa, a qual “surge da impossibilidade do exercício de democracia direta nas sociedades de massas, gerando uma atuação limitada dos cidadãos nas esferas políticas⁶.”

Esse modelo democrático representativo constitui-se em uma forma de governo onde o povo elege representantes que tem o dever de defender, gerir, estabelecer e executar todos os interesses da população. Sua principal base é o voto direto, meio pelo qual a população pode apreciar todos os

⁴ CANFORA, 2006 apud ANGELO, PAGAN e GUDWIN, 2014, p.5.

⁵ HELD, 2006 apud ANGELO, PAGAN e GUDWIN, 2014, p 7.

⁶ MAGRANI, Eduardo. Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014. p. 39.

candidatos a representantes do povo e escolher aqueles que consideram mais aptos para representá-los, sendo tais representantes necessariamente associados a um partido político.

Para Leibholz⁷, “os partidos políticos apresentam-se como canais de comunicação que o cidadão livre e emancipado utiliza para expressar e adotar, de forma organizada, sua posição política”.

No entanto o sistema representativo está em declínio, por não estar sendo capaz de atender as demandas sociais do século XXI, que progressivamente tornam-se mais diversas e complexas. A política tradicional está desacreditada tendo em vista que durante o mandato os representantes desconsideram a opinião do eleitor, perdendo assim a confiança nas relações entre políticos e cidadão, além do mais o domínio de grupos economicamente poderosos, a omissão e falta de qualidade legislativa, descompromissada com o ordenamento jurídico, os escândalos de corrupção revelados nos últimos anos, a não efetivação dos programas prometidos nas campanhas, evidencia o descompasso entre o discurso eleitoral e as ações dos governantes, o que gera o descrédito na classe política, que é agravado pelo proceder pouco ético de muitos políticos na gestão do Estado, utilizando os recursos oficiais de forma irregular, entre outros comportamentos lesivos.

Sobre o tema da crise de representatividade, o professor Antonio Carlos Wolkmer⁸, acredita que “na verdade, a crise da representação vem acompanhada de uma crise maior da própria política expressa pela perda de eficácia e confiabilidade nos partidos políticos, na administração estatal, no legislativo e no poder judiciário.”

Por esses motivos uma participação ativa e consciente de cada cidadão no processo de escolha dos representantes do povo exige que cada um envolva-se diretamente no processo, mediante este pensar atualmente faz-se cada vez mais necessário o uso de ferramentas de comunicação como a Internet, que proporcionam entre outros usos, um espaço aberto para debates e discussões sobre os assuntos pertinentes à sociedade e seus anseios.

Eduardo Magrani⁹ em seu livro *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático*, cita que:

Para Manuel Castells, um dos mais célebres teóricos da sociedade em rede, a tecnologia própria da internet permite às pessoas se comunicarem por meio de vários canais, de forma

⁷ LEIBHOLZ, G. 1980. Representacion e Identidad. In: LENK, K. & NEUMANN, F.(org.). Teoría y sociología críticas de los partidos políticos. Barcelona: Anagrama.

⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. DO PARADIGMA POLÍTICO DA REPRESENTAÇÃO À DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. Revista Sequência, Florianópolis, v. 22, n. 42, p.87.

⁹ CASTELLS, Manuel. Communication, power and counter-power in the network society. 2007.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede – A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. I, p. 77. Apud MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático*. Curitiba: Juruá, 2014, p.60

difusa e livre, processando informações em diferentes níveis. Além de ser apta a aproximar os cidadãos dos seus representantes, a tecnologia da internet permite a formação de redes que interligam a esfera local, regional, nacional e transnacional. Castells sustenta que a humanidade está em fase de mudança da era industrial para a era da informação e tem como propulsor desse movimento o desenvolvimento das novas tecnologias da informação e comunicação (TICs).

Ideologicamente, vislumbra-se uma participação social direta nos assuntos públicos e políticos, através da tecnologia, pois as novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) vêm transformando significativamente o panorama das modernas sociedades democráticas principalmente em relação à participação popular no exercício da cidadania.

Diante do exposto, um novo olhar debruça-se sobre antigos desejos da democracia clássica, a busca de uma participação direta e deliberativa dos cidadãos de forma efetiva nos negócios públicos e o desenvolvimento de uma tecnologia que coexista à representatividade, permitindo a intervenção dos cidadãos nos debates políticos, na criação de leis e no controle de seus representantes. Possibilitando o desenvolvimento da democracia deliberativa digital.

2 A INTERNET COMO PLATAFORMA DE ENGAJAMENTO POLÍTICO

A Internet apresenta-se como um dos meios capazes de conectar os cidadãos e de proporcionar novas discussões sobre temas diversos que impactarão nas decisões políticas e legislativas e assim, oportunizar uma movimentação de opiniões e conseqüentemente maior aceitação ou rejeição das decisões.

De modo geral tomar conhecimento, discutir, opinar, decidir entre outras ações torna o processo de escolha, democrático. No entanto, percebe-se facilmente um sentimento de frustração e desapontamento da população em relação ao atual sistema político, que evidencia-se pelo aumento dos índices de abstenção nas últimas eleições. Conforme Angelo, Pagan e Gudwin¹⁰ os cidadãos sentem-se incapazes de fazer qualquer diferença na política e nas decisões públicas, que são reforçados pela péssima imagem pública da sociedade política, percebida como voltada unicamente ao jogo de interesses próprios, de grupos/partidos ou a interesses não-públicos puramente econômicos.

No Brasil desde as revoltas de junho de 2013, onde milhares de pessoas se organizaram por meio de redes sociais para ir às ruas, manifestando-se sobre diversos temas como a não aprovação

¹⁰ ANGELO, Tiago Novaes; PAGAN, Cesar Bonjuani; GUDWIN, Ricardo Ribeiro. DAS PRAÇAS GREGAS À ÁGORA VIRTUAL: um panorama histórico da democracia digital. Democracia Digital e Governo Eletrônico, Florianópolis, v. 2, n. 11, 13 dez. 2014, p.10.

das PECs 33 e 37, o aumento dos gastos públicos em grandes eventos esportivos internacionais, a má qualidade dos serviços públicos e a indignação com a corrupção política em geral, entre outros, ficou evidente que o povo quer ser incluído e participar do debate. Desde então as redes sociais são cada vez mais usadas para o engajamento político e discussão de temas polêmicos como o impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, a operação Lava Jato, as decisões do Supremo Tribunal Federal e mais recentemente a PEC 241 da Câmara dos Deputados.

Ocorre que esse debate virtual ainda não consegue ser incorporado pela classe política, fazendo apenas uma pressão social por meio dos grandes veículos de comunicação tradicionais, necessitando de meios mais eficientes para que os cidadãos possam participar das decisões públicas, proporcionando assim maior legitimidade ao sistema.

Nesse sentido Habermas¹¹ salienta que a falta de legitimidade dos legisladores, que podem modificar as regras por conveniência política, fazem com que o processo democrático da criação do direito seja a única fonte pós-metafísica da legitimidade.

Torna-se portanto necessário que os governos abram-se, e utilizando as novas tecnologias possibilitem a participação política e deliberativa dos cidadãos. Nessa perspectiva Eduardo Magrani¹² ressalta que:

a partir deste diagnóstico, após o ensejo desta nova experiência democrática, é necessário se buscar um modelo político dialógico e não mais analógico. Para isso, é preciso ampliar cada vez mais o diálogo do sistema político com as ruas e as redes, aproveitando-se tanto o cidadão quanto o Estado, de toda sua infraestrutura e potencial. Com a política tradicional em crise, esta nova lógica de engajamento e legitimidade precisa ser incorporada pelo sistema político e contamos hoje com as novas ferramentas digitais para a concretização deste processo na busca por uma nova lógica de interação sociopolítica mais horizontal, mais porosa e plural.

O Cidadão anseia participar mais ativamente das decisões políticas, e para que isso ocorra é necessário mudanças no modelo atual, que possibilitem ao cidadão expressar sua opinião e discutir com outros sujeitos sociais de maneira efetiva e não meramente formal, para juntos construirmos as diretrizes que deverão ser implementadas pelo poder público.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, 2003. v. II, p. 319-321. Apud MAGRANI, Eduardo. Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014, p. 29.

¹² Id., Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014, p.196.

3 NOÇÕES SOBRE A E-DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Tendo em vista esse cenário e buscando uma maior participação social para um modelo democrático mais eficiente Jean Cohen¹³ expõe o conceito de democracia deliberativa como sendo o ideal intuitivo onde cidadãos iguais por meio de um debate público e de um processo de raciocínio coletivo compartilham o compromisso de deliberarem com vistas à resolução de problemas dependentes de escolhas coletivas. Considerando suas instituições fundamentais como legítimas na medida em que estabelecem uma moldura para a livre deliberação pública.

Observa-se então que a democracia deliberativa busca que os cidadãos comuns se engajem e somem esforços com seus representantes para a construção de políticas públicas que beneficiem a comunidade e o país. Na atualidade a dinâmica da vida cotidiana com diversas ocupações, que não propiciam a destinação de tempo para o exercício da cidadania, além das limitadas ferramentas que possibilitem a intervenção do cidadão na política, e a descrença no sistema político fazem o cidadão se afastar da esfera pública e não se sentir motivado, por exemplo a deslocar-se de sua casa para uma assembléia e discutir o orçamento participativo de seu município.

Nesse aspecto as TICs podem representar uma ferramenta de mudança de paradigma, pois possibilitariam um maior engajamento com menor esforço, evitando o deslocamento, otimizando o tempo, diminuindo os custos e abrangendo um maior número de pessoas, já que com essa lógica mais horizontal o cidadão poderia escolher o melhor momento de acordo com a sua rotina para de forma ativa entender os problemas, analisar os argumentos e se posicionar em relação a qual seria a melhor solução, sem depender exclusivamente dos grandes veículos de comunicação para se informar e posicionar.

Corroborando com essa idéia, a pesquisa realizada em 2011, nos Estados Unidos pelo projeto “MacArthur Research Network on Youth & Participatory Politics”¹⁴, demonstrou que quem se engaja *on-line* por meio de políticas participativas é propenso a se engajar também por meio de instituições formais. Percebe-se que a integração dos ambientes *on-line* e *off-line* é de extrema importância. O estudo demonstra ainda que a participação não política através das redes sociais não somente não afasta como pode constituir um primeiro passo na utilização da rede, servindo

¹³ COHEN, J. Deliberation and democratic legitimacy. In: HABERMAS, J. Further Reflections on the Public Sphere. In: CALHOUN, Craig (ed.). Habermas and the Public Sphere. p. 446. Apud MAGRANI, Eduardo. Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014, p.40

¹⁴ Vide: <http://ypp.dmlcentral.net/sites/all/files/publications/YPP_Survey_Report_FULL.pdf>. apud MAGRANI, Eduardo. Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014, *passim*.

posteriormente como incentivo à participação política, uma vez que a mesma rede (tanto em termos de plataforma quanto de contatos) pode ser aproveitada para discussões políticas, estimuladas pela liberdade e versatilidade do fluxo de informações *on-line*, facilitando portanto a participação dos ativos *off-line* e estimulando o engajamento de novos participantes.

Neste contexto de grandes avanços tecnológicos com potencial democrático aparece a *e-democracia*, que de acordo com Magrani¹⁵ e Cristiano Ferri Soares de Faria¹⁶, pode ser conceituada como sendo o ramo de estudo que se interessa pela incorporação de mecanismos digitais nas práticas democráticas e seu impacto nas instituições políticas com o engajamento através dos meios eletrônicos de comunicação que habilite e/ou auxilie cidadãos em seus esforços para interajam politicamente, possibilitando a melhora da qualidade da formação da opinião popular por meio da abertura de novos espaços de discussão *on-line*, facilitando o envolvimento direto e a participação dos cidadãos nas decisões e processos políticos, melhorando ainda a transparência e *accountability* do poder público.

Importante ressaltar que esse novo modelo democrático, a *e-democracia*, possui diversos sinônimos como democracia 2.0, democracia eletrônica, democracia digital, ciberdemocracia, hiperdemocracia e assim por diante não possuindo grandes diferenças em seus conceitos.

Dessa maneira, para Eduardo Magrani¹⁷:

o engajamento político-democrático por meio de plataformas digitais teria, portanto, ao menos em tese, a capacidade ou o potencial (por conta das características próprias das plataformas de internet) de reduzir déficits democráticos, contribuindo tanto para o incremento da democracia representativa (indireta) quanto para abrir novos espaços e canais de interação através da democracia direta e participativa/deliberativa.

Depreende-se então que a incorporação das TICs para o exercício da cidadania pode proporcionar vantagens no que tange a otimização do tempo e dos recursos do cidadão e do poder público, como oportunizar uma maior legitimidade e vitalidade da democracia.

4 EXPERIÊNCIAS DO USO DA E-DEMOCRACIA

Atualmente vários países estão implantando sistemas buscando a colaboração popular nos processos legislativos, como exemplos pode-se citar os portais Senador virtual, do Chile, o

¹⁵ Id. Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014, p.21.

¹⁶ FARIA, Cristiano Ferri Soares de. O parlamento aberto na era da Internet: pode o povo colaborar com o Legislativo na elaboração das leis?. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015, p. 63.

¹⁷ Id. Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014, p.100.

Parlamento Virtual do Congresso Nacional peruano, a Câmara dos Deputados da Argentina que disponibiliza em seu portal a iniciativa Banca 93, o Parlamento neozelandês, o Parlamento 2.0 do parlamento catalão, o parlamento basco, os Encontros Abertos Digitais do Congresso Nacional norte-americano, e as consultas públicas temáticas do parlamento britânico.

No Brasil a principal experiência de democracia digital é o “*Portal e-Democracia*” da Câmara dos Deputados, que se expressa como um espaço virtual criado com o objetivo de estimular a contribuição de cidadãos e organizações civis na formulação de leis federais, bem como para auxiliar os deputados no trabalho de fiscalização e controle. Permitindo que a sociedade brasileira atuasse no processo legislativo por meio da internet.

Como principal exemplo prático da possibilidade dessa modalidade de participação colaborativa no Brasil, tem-se o Marco Civil da Internet (MCI), Lei 12.965/2014, que foi amplamente debatido pela sociedade civil, acadêmica e empresarial por diversos meios on-line, incluindo o “*Portal e-Democracia*” da Câmara dos Deputados.

Para Fabro Steibel¹⁸ “um pioneirismo do MCI, dentre outros, consiste justamente em ser a primeira consulta feita, original e inteiramente on-line, e de ter gerado, a partir disso, não só um Projeto de Lei, como também a sedimentação no Direito Administrativo brasileiro do formato on-line como uma variação legal do mecanismo de consulta pública.”

Ainda segundo Steibel¹⁹, são quatro os elementos que levaram ao bom resultado do Marco Civil sendo eles uma instituição com real interesse na participação pública direta, um *think tank*, que esteja determinada a contribuir com sua *expertise* e influenciar o projeto, ou seja organizações/instituições que visem produzir e difundir conhecimentos sobre assuntos estratégicos influenciando as transformações sociais, políticas, econômicas e científicas, além de uma plataforma colaborativa capaz de engajar cidadãos e formadores de políticas públicas em uma estrutura coerente de diálogo e deliberação.

O processo participativo do Marco Civil da Internet demonstra a possibilidade da implementação e ampliação da *e-democracia* no país, com essa experiência, o sistema político brasileiro foi capaz de proporcionar uma importante abertura na comporta legislativa do sistema, oportunizando uma forma mais democrática e direta de elaboração das leis e políticas públicas pela sociedade civil. No entanto, ainda há um longo caminho a ser percorrido e diversos desafios a

¹⁸ STEIBEL, Fabro. O Portal da Consulta Pública do Marco Civil da Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014. p. 18.

¹⁹ STEIBEL, Fabro. Designing online deliberation using web 2.0 technologies: the marco civil regulatório case. 2012 apud MAGRANI, Eduardo. Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014, p.169

serem enfrentados, a começar pelas dificuldades da própria realidade social, econômica e natural que o Brasil apresenta.

Nesse sentido Eduardo Magrani ²⁰ apresenta pontos limitantes às potencialidades democráticas em do país, são eles:

- (i) assimetrias de acesso à internet e educação digital entre conectados e não conectados;
- (ii) o enorme fluxo de informação que desafia a credibilidade das informações recebidas, dificulta a navegação e fragmenta os meios de engajamento com conversações simultâneas; muitas sem objetivo de tomada de decisão;
- (iii) a falta de cultura de engajamento político *on-line*;
- (iv) a falta de iniciativa e porosidade do poder público para se deixar influenciar através de canais digitais eficientes;
- (v) a tecnicização do debate, Incentivando somente especialistas a se manifestarem, não ampliando a discussão a todos os possíveis atingidos; e
- (v) o filtro e a edição do conteúdo impostos à circulação de mensagens em ambientes controlados ou moderados pelo Estado ou pelo setor privado.

Tais desafios podem ser superados com o fomento à cultura da participação popular on-line, e desenvolvimento de softwares que permitam uma rápida visualização e compreensão da evolução das discussões, otimizando o debate. Como qualquer transformação social, a e-democracia precisa de tempo para desenvolver-se , necessitando ainda de um processo dialético de construção e consolidação, pois através da contraposição e contradição de ideias que gerem novas ideias é que será possível a implantação de um ambiente propício para a promoção e discussão de políticas públicas, que incluam todos os cidadãos, é um caminho cheio de desafios mas que pode impulsionar o engajamento político e o poder de influência dos cidadãos, tornando a democracia brasileira mais vigorosa.

5 CONCLUSÃO

Como pôde ser percebido ao longo deste trabalho, com o desenvolvimento das novas tecnologias de informação e comunicação (TICs) há a possibilidade de mecanismos de participação direta em âmbito legislativo, o reconhecimento de sua validade em termos democráticos é evidente, mesmo em um sistema majoritariamente representativo como o brasileiro. Vivencia-se atualmente a possibilidade, de consultas pública através da internet para elaboração de projetos e anteprojetos de lei, como foi o procedimento adotado para elaboração do anteprojeto de lei do Marco Civil da Internet no Brasil, onde possibilita-se que qualquer cidadão possa contribuir com sua opinião, de maneira facilitada.

²⁰ Id. Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014, p.100.

Percebe-se portanto esse grande potencial da internet tanto no que tange à democratização do acesso às novas tecnologias e dos veículos de transmissão de notícias quanto no que diz respeito à participação popular nos processos políticos. Conforme aponta o estudo mencionado, as pessoas engajadas *on-line* por meio de políticas participativas são propensas a se engajarem também por meio de instituições formais. Por isso, verifica-se a importância de se integrar as dimensões *on-line* e *off-line*, e não tratá-las como excludentes.

Portanto, a internet de fato possui as características necessárias para viabilizar um salto de qualidade para o engajamento político-democrático. O principal desafio para a concretização desse novo modelo democrático é a compreensão de qual seria a melhor forma de se conjugar iniciativas e mecanismos referentes aos três tipos de democracia, seja a democracia direta, a deliberativa/participativa ou a representativa, para possibilitar avanços fortalecendo a democracia e proporcionando uma maior legitimidade do sistema político no Brasil.

Logo, pensar a respeito das vantagens e desvantagens de cada modelo democrático, contextualizando sua prática no presente período sócio-histórico, estando atento às demandas sociais e às ferramentas tecnológicas, faz com que a *e-democracia* deliberativa apresente-se como um caminho viável para se tentar superar a crise do atual sistema democrático. Mas apesar de a internet oportunizar maior discussão política e participação popular em decisões relevantes para a sociedade, sua efetivação não ocorrerá espontaneamente ou em pouco tempo.

É evidente a necessidade de se superar os obstáculos limitadores da implementação de uma democracia deliberativa digital, mas sua efetividade com as contribuições e o diálogo ativo entre os cidadãos e o sistema político mostram-se extremamente vantajosas.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago Novaes; PAGAN, Cesar Bonjuani; GUDWIN, Ricardo Ribeiro. DAS PRAÇAS GREGAS À ÁGORA VIRTUAL: um panorama histórico da democracia digital. **Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis, v. 2, n. 11, p.3-24, 13 dez. 2014. Disponível em: <<http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/34356/33228>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

FARIA, Cristiano Ferri Soares de. **O parlamento aberto na era da Internet: pode o povo colaborar com o Legislativo na elaboração das leis?**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. 334 p.

LEIBHOLZ, G. 1980. Representacion e Identidad. In: LENK, K. & NEUMANN, F.(org.). Teoría y sociologia críticas de los partidos políticos. Barcelona: Anagrama.

MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada**: : a internet como ferramenta de engajamentopolítico-democrático. Curitiba: Juruá, 2014. 222 p.

STEIBEL, Fabro. O Portal da Consulta Pública do Marco Civil da Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 18-27.

WOLKMER, Antonio Carlos. DO PARADIGMA POLÍTICO DA REPRESENTAÇÃO À DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 22, n. 42, p.84-97, jul. 2001. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15395/13979>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

AS OMISSÕES DOS PODERES POLÍTICOS E AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS: SOBERANIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?

Luana Adélia Araújo Martins¹

Tainah Simões Sales²

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar o cenário atual do Poder Judiciário, principalmente no que concerne à atuação do Supremo Tribunal Federal, e até onde este órgão do Estado pode atuar, buscando encontrar uma zona de limite entre interpretação e mutação da Constituição, levando em consideração o Princípio da Separação de Poderes. A hipótese proposta é que a interpretação e a mutação da Constituição devem acontecer dentro das demarcações impostas pela própria Constituição. A metodologia usada foi pesquisa bibliográfica, a partir de uma abordagem qualitativa e descritiva, com estudo sobre a decisão de Habeas Corpus nº 126.292, que permitiu a execução da pena após condenação em segunda instância. Esta pesquisa tem como enfoque os limites que devem ser atribuídos ao Supremo Tribunal Federal, para que desta forma, a Suprema Corte possa atuar em concordância com a o texto da Constituição Federal.

Palavras-chave: Mutação Constitucional. Ativismo Judicial. Omissão dos poderes políticos.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição, por ser a norma de maior hierarquia que rege e limita o poder do Estado, deve transmitir segurança jurídica, não podendo estar sendo interpretada e alterada constantemente, tanto é verdade que o procedimento para alteração formal de seu texto é complexo e mais rígido que o exigido para alteração de todas as outras espécies normativas.

No atual cenário político e jurídico brasileiro, a Constituição está sofrendo interpretações e mutações pelos tribunais, sem passar pelo procedimento previsto para criação de Emenda à Constituição, que estão causando diversas vezes, insegurança jurídica. Assim, o Poder Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, entra em ação sob a justificativa de minimizar a inércia dos poderes políticos e trazer efetividade à Constituição, no entanto, por diversas vezes acabam contrapondo o texto constitucional. Esta situação reflete-se sob os olhos da história brasileira e

¹ Estudante de graduação da Universidade de Fortaleza e membro pesquisadora do Projeto de Pesquisa intitulado “Direito e política: a crise de representatividade e a ausência de participação popular no Poder Judiciário”, desenvolvido na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: luanaaamartins96@gmail.com.

² Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada. Coordenadora do Projeto de Pesquisa intitulado “Direito e política: a crise de representatividade e a ausência de participação popular no Poder Judiciário”, desenvolvido na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: tainahsales@gmail.com

mostra que esta fragilidade na política e a insegurança jurídica não acontecem somente nos dias atuais, mas tem aumentado sobretudo em razão da influência do neoconstitucionalismo desde o século passado.

Partindo dessa explanação, este trabalho levanta o seguinte problema: até onde o Supremo Tribunal Federal pode atuar, no âmbito da hermenêutica e das mutações constitucionais, e realizar interpretações e alterações na Lei Maior? Os limites para as atuações dos magistrados são essenciais para a respeitabilidade do Estado Democrático de Direito, pois, se por um lado a Constituição deve se igualar à atual realidade social, por outro, não pode deixar que sua essência seja desrespeitada.

Esta pesquisa justifica-se em razão da relevância do tema para a sociedade, buscando um estímulo para uma nova perspectiva do cenário político e jurídico dos poderes que compõe a Federação brasileira, sobretudo no âmbito do STF.

Em razão disso, tem-se como objetivo geral discutir sobre as atuações atuais dos poderes do Estado, sendo eles, Judiciário, Executivo e Legislativo, sendo mais específica a análise das atividades exercidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Para a presente pesquisa, a fim de se alcançar os objetivos traçados, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental. Esta pesquisa se baseará, portanto, em um estudo exploratório, que pretende apresentar o máximo de informações sobre o assunto, auxiliado por uma abordagem qualitativa e descritiva com estudo sobre a decisão de Habeas Corpus nº 126.292, que abordará o questionamento se há a mutação inconstitucional do princípio da presunção de inocência.

2 A IMPORTÂNCIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Montesquieu³ foi quem expôs a Separação dos Poderes da forma pela qual se conhece hoje, sob influência de autores como Locke e Aristóteles, e de outros da era iluminista. A teoria do filósofo reinterpreto os “poderes” do Estado e estabeleceu limites a ele.

Quando o poder é concentrado apenas em um órgão do Estado, ocorre o tão conhecido absolutismo, onde o governante controla tudo e todos de forma arbitrária, criando e editando leis, executando-as, e controlando o magistrado. Por isso, a limitação e a separação dos poderes do Estado são necessários, para que, desta maneira, o Estado Democrático de Direito tenha sua eficácia garantida, não havendo assim, um órgão que seja pleno, submetendo-se todos aos limites impostos pela Constituição, de acordo com suas funções e competências.

³ MONTESQUIEU. O Espírito das Leis, livro XI. 1748.

Montesquieu cita em sua obra “O Espírito das leis”, que aos poderes do Estado deveria ser concedida autonomia, mas que estes deveriam agir de forma harmônica. Ao Legislativo, exercido pelo Parlamento, era concedida uma superiorização em relação aos outros poderes, pois era esse poder que tinha a função de criar normas. A função de administrar o Estado foi conferida ao Poder Executivo. E ao Poder Judiciário cabia a aplicação das leis em caso de conflito, a este Poder só cabia à função de aplicar a lei, sem questionar. Montesquieu considerava a função do juiz restrita e rígida, ele o descrevia como “a boca que pronuncia as palavras da lei”. Ao longo do tempo, a noção do princípio da separação dos poderes sofreu alteração. A necessidade de limitar e dividir as funções permanece, mas o destaque de cada um dos Poderes foi adaptado às novas realidades políticas, sobretudo no século XX.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da separação de poderes, sendo ele ideal para a limitação e separação das funções do Estado. Dividindo-se em Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, cada um goza de independência, mas devem ser harmônicos entre si, exercendo suas funções e competências de acordo com o que a Constituição estabelecer.

A partir da promulgação da Lei Maior de 1988, sob influência do neoconstitucionalismo e da força normativa dos princípios, o Judiciário ganhou maior destaque. Joaquim Falcão chegou a afirmar em uma entrevista para a revista *Veja*⁴, que o século 21 é o século do Judiciário. E diz: “No século XIX, os legislativos tinham o protagonismo. No século XX, foi a vez do Executivo. Agora, chegou o século do Judiciário”. O ministro Gilmar Mendes⁵ afirma que em nenhuma outra Constituição se confiou tanto no Poder Judiciário.

3 OS RISCOS DAS OMISSÕES DOS PODERES POLÍTICOS E O ATIVISMO JUDICIÁRIO

A Constituição Federal garante a autonomia e harmonia dos Poderes da Federação, assim como suas competências, portanto, nenhum dos Poderes pode interferir nas atuações dos outros. Os Poderes políticos (Executivo e Legislativo), são aqueles que o povo, através do voto, escolhe quem vai representá-los. Esses representantes são distribuídos na Presidência, nos governos Estaduais e prefeituras, no Senado, nas Câmaras, e nas Assembleias Legislativas. A principal função dos

⁴ FALCÃO, J. Este é o século do Judiciário. *VEJA*. Ano 46, n 2442, p. 14-18, set, 2015.

⁵ MENDES, G. F. *Evolução Recente do Sistema Judiciário Brasileiro*. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Evoluc_ao_Recente_do_Sistema_Judiciario_Brasileiro_vPort.pdf>. Acesso em 15 de abril de 2016

Poderes políticos é criar e executar leis sobre matérias que são de interesse do Estado e da sociedade.

Quando o povo escolhe seus políticos, esperam que de fato, eles atuem como representantes, mas o que ocorre é que esses indivíduos diversas vezes estão se omitindo de suas funções típicas. São exemplos comuns de omissões do Poder Executivo: atendimento em hospitais públicos, distribuição de remédios, vagas em escolas públicas. Quanto às omissões Legislativas, são exemplos famosos: a interrupção da gravidez de feto anencefálico, união estável homoafetiva, entre outras. Wolkmer⁶ afirma que os pressupostos mais influentes da crise do sistema de representatividade brasileiro estão ligados à cultura política e ao modelo de comportamento das elites políticas. Para ele “a crise da representação vem acompanhada de uma crise maior da própria política expressa pela perda de eficácia e confiabilidade nos partidos políticos, na administração estatal, no legislativo e no poder judiciário”.

Cita-se como exemplo concreto o processo APL 527292420068070001 DF 0052729-24.2006.807.0001, quando a 4ª turma cível decidiu reconhecer o direito do paciente que estava afetado de grave enfermidade e necessitava ser tratado em hospital público, pois o mesmo não tinha condições financeiras para arcar com o tratamento. Os magistrados elevaram o direito à saúde à condição de fundamental de acordo com a Constituição Federal de 1988, entendendo que a vida humana é bem supremo. O argumento do Apelante era de que o direito à saúde previsto no artigo 196 da Constituição é uma norma meramente programática, assim, os magistrados decidiram que esse argumento não justifica, e decidiram em favor do paciente carente. Pode-se analisar aqui a omissão do Executivo em cumprir sua função em relação ao direito social de saúde expresso na Constituição Federal, necessitando assim, que o Poder Judiciário intervenha para que possa suprir a omissão do Executivo.

Outro exemplo concreto que se pode analisar, agora em relação à omissão legislativa, é a famosa ADPF 54. O caso de interrupção da gravidez de feto anencefálico, que por maioria dos votos a Suprema Corte julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ou seja, o STF decidiu que mulher grávida de feto anencefálico poderá realizar a interrupção da gravidez. Após tal decisão, essa conduta é considerada atípica, mesmo o Código Penal Brasileiro tipificando expressamente aborto como crime, tendo como únicas exceções legislativas, o risco de vida da gestante ou gravidez resultante de estupro (Art. 124-128,

⁶ WOLKMER, A. C. Do paradigma político da representação à democracia participativa. Revista sequência, Florianópolis, v. 22, n. 41, p. 83-97, 2001. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15395>>. Acesso em: 03 nov. 2016

CP/1940). Pode-se analisar então que a função de rever as leis é dos legisladores, deveriam ser eles a decidirem sobre esta matéria, mas devido a sua inércia, o Judiciário entra com o preenchimento das lacunas legislativas.

Os riscos das omissões dos Poderes políticos podem causar fragilidade para o Estado Democrático de Direito, devido o poder ser concentrado somente em um único órgão (que antes era o Poder Executivo, hoje seria o Poder Judiciário). Essas omissões estão fazendo com que o Judiciário além de sua função primordial de julgar, também execute, crie e edite leis, mesmo sem alterar o texto. Assim, é possível analisar que a inércia do Executivo e Legislativo faz com que todo tipo de matéria seja resolvida pelo Judiciário, como se fosse sua função típica, causando o fenômeno da judicialização, e como consequência gera o ativismo judiciário, fazendo com que os membros do Poder Judiciário, principalmente os ministros da Suprema Corte, atuem como verdadeiros legisladores, interpretando e alterando leis e a própria Constituição Federal.

3.1 Ativismo Judiciário

Ativismo Judiciário é um instrumento de mutação concedido ao Poder Judiciário que disponibiliza de maneira regular, lícita e relevante a interferência nas escolhas políticas dos outros Poderes da União. Bulos⁷ conceitua ativismo judicial como uma criação de pautas legislativas de comportamento, como se os juízes fossem os verdadeiros integrantes do Poder Legislativo. Ele fala também que os ativistas judiciais são chamados de juízes legisladores, pois ao invés de exercerem o seu serviço primordial que é decidir conflitos, eles estão praticando ações e tarefas relativas aos cargos de Deputados e Senadores da República.

O grande problema, na realidade, é saber até onde o Judiciário pode agir, o desafio é encontrar uma zona de limite para a atuação dos magistrados, determinando os limites da interpretação e alteração constitucional. De qualquer maneira, não se pode negar que os juízes têm o dever de garantir a efetividade da Constituição, especialmente quando se trata de direitos e garantias fundamentais. Assim, é admissível que ajam de maneira dinâmica, complementando as omissões legislativas, buscando corrigir as lacunas causadas pelo próprio Poder Legislativo, e a inércia do Poder Executivo. E, apesar dos riscos, o ativismo judicial, em vários momentos tem feito parte da

⁷ BULOS, U. L. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

solução. Contudo, segundo Luis Roberto Barroso⁸, ele deve ser um instrumento usado de forma controlada, pois em excesso, pode ser fatal para o equilíbrio dos poderes da União.

O ativismo do Poder Judiciário em decorrência das omissões dos Poderes políticos, mesmo diversas vezes tendo atuado de forma plausível, especialmente na efetivação de direitos sociais, pode ser um meio fraudulento de inferiorizar a supremacia e a legitimidade das normas da Constituição Federal.

Devido a uma postura omissa e estagnada dos parlamentares para atuar na sua função primordial de atualizar a Constituição através do poder constituinte derivado, editar leis e as regularizar com a realidade⁹ o Judiciário encarrega-se de suprir essas lacunas atuando de forma ativista, operando através do fenômeno da mutação constitucional, por exemplo, como veículo de efetivar a realidade não alcançada pelo legislador.

4 RISCOS À LEGITIMIDADE E SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO: DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS ÀS MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS

Ferdinand Lassalle¹⁰ em sua obra “O que é uma Constituição?” fala que as pessoas não protestam quando as leis são modificadas, pois notam e são cientes de que essa é uma ação comum e natural dos governos. “Mas, quando mexem na Constituição, protestamos e gritamos: Deixai a Constituição!”. Segundo Lassalle, para poder afirmar que uma Constituição escrita é boa e duradoura, ela tem que corresponder a Constituição real, ao “ser” e não ao “dever ser”. Para ele, as normas se apoiam nos fatos, solidificam-se quando correspondem a realidade. Quando as normas ignoram os fatos, constituindo uma situação que não corresponde com a realidade, essa norma não tem eficácia, não passará de uma folha de papel¹¹.

Assim, de acordo com os pensamentos de Lassalle, é possível analisar a Constituição como uma norma suprema, que deve ser alterada somente em casos excepcionais. Contrapondo essa ideologia, surge um fenômeno muito praticado atualmente: as mutações constitucionais.

⁸ BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 13, p. 17-32, 2009, p. 19.

⁹ SACCHETTO, T. C. As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática. e-Pública, Lisboa, v. 2, n. 1, p. 123-140, Jan. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2015000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 out. 2016.

¹⁰ LASSALLE, F. Que é uma Constituição?. Tradução: Walter Stonner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933, p. 3.

¹¹ Id. Ibid, 1933, p. 10.

A mutação constitucional é um fenômeno que não vem previsto de forma explícita no texto constitucional, como acontece com a reforma prevista no artigo 60 da Carta Suprema de 1988. Por esse motivo, esta lacuna gerou a falta de imposição de limites às modificações informais¹². A mutação constitucional é a mudança, a alteração da Constituição, é o meio pelo qual o Poder Difuso se exterioriza. É dele que emana o poder de conceber mutação constitucional, cabe a ele modificar as normas constitucionais informalmente, em outras palavras, não há a presença de revisões ou emendas constitucionais, o que é alterado é a forma de interpretar as normas para que a Constituição possa corresponder a realidade social, assim, não há a modificação do texto escrito da Lei Superior. Segundo uma comparação feita por Bulos: “Enquanto o poder originário é a potência, que faz a constituição, e o poder derivado, a competência, que a reformula, o poder difuso é a força invisível que a altera, mas sem mudar-lhe uma vírgula sequer”¹³.

4.1 Os tipos de Mutações Constitucionais

Ferraz¹⁴ conceitua a mutação constitucional por interpretação, dizendo que ela ocorre quando modifica-se o sentido, significado ou alcance da letra Constitucional, sem que aconteça reformação no texto Lei Superior. Para Bulos¹⁵, o Poder Judiciário, ao interpretar a Constituição, pode conceder novos significados, alterando a matéria das ordens que nela estão escritos, mas sem mudar a sua forma, ou seja, sem alterar o texto constitucional. Segundo Sarlet¹⁶, pode-se ainda encontrar no Brasil mutações constitucionais por interpretação judiciária, que ocorre quando o Supremo Tribunal Federal declara que lei X é inconstitucional, obrigando, com base constitucional (art. 52, X, CF/88), o Senado Federal a suspender a execução, no todo ou em parte, dessa lei.

Para Bulos¹⁷, as mutações constitucionais poderiam ocorrer através de prática que não vulnera a Constituição, e atos que violam preceitos da Carta Maior. Para ele podem também causar mutações constitucionais: “a interpretação, a construção judicial, os usos e costumes, as complementações legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias, e até mesmo a influência dos grupos de pressão.”

¹² PEDRA, A. S. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da Constituição: uma análise da experiência latinoamericana. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 101, p. 7-36, 2010.

¹³ BULOS, op. Cit., 2014, p. 434.

¹⁴ FERRAZ, A. C. da C. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: M. Limonad, 1986.

¹⁵ BULOS, op. Cit., 2014.

¹⁶ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁷ BULOS. Da reforma à mutação constitucional. *Brasília: Revista de informação legislativa*, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996.

Observa-se então que existem diversas modalidades de mutações constitucionais, não havendo na doutrina, consenso uniforme no que concerne às categorias de modificação informal da Constituição. É cabível a análise de que os processos não formais de alteração constitucional podem ser um instrumento perigoso de violação da supremacia da Norma Suprema, devido ao fato de ocorrer a profanação do sentido literal do texto constitucional.

Assim, o poder que é concedido aos magistrados, mais especificamente ao que concerne às atuações da Suprema Corte, de interpretar e alterar normas e leis poderão causar riscos para a legitimidade da Lei Superior. Isso porque, ao tomar decisões que a Constituição não prevê, além de o juiz estar atuando no papel de legislador, pondo em risco a harmonia e autonomia da separação de poderes, está também, alterando o próprio texto constitucional mesmo que não modifique uma letra sequer. Devido a isso, a supremacia da Constituição se torna, de certo modo, vulnerável, pois o seu próprio guardião, o Supremo Tribunal Federal, em certas situações poderá se sobrepor e descumprir as suas normas. Quando essas mudanças ultrapassam os limites impostos pela Constituição, ocorre o fenômeno da mutação inconstitucional.

4.2 As Mutações Inconstitucionais

No momento em que se extrai do que está escrito aquilo que o legislador originário não teve intenção de transmitir, quando há a alteração do verdadeiro sentido da letra da Lei Superior, afrontando diretamente a conjuntura constitucional, ocorre a mutação inconstitucional¹⁸.

Segundo Sarlet¹⁹, os magistrados não estão permitidos a tomarem decisões contra disposição constitucional expressa, mas isso não quer dizer que não aconteça. Ele se fundamenta na lição de Konrad Hesse afirmando, apesar de que possa acontecer uma mutação constitucional através da interpretação, a quebra da ordem constitucional encontra-se obstruída, pois quando o intérprete coloca-se acima da Constituição, não há mais interpretação, mas sim, alteração ou até mesmo violação da Lei Superior.

¹⁸ SOUZA, R. M. de. Os limites da mutação constitucional à luz da reclamação No. 4335/AC. Brasília: PUC-Rio, 2008.

¹⁹ SARLET, op. Cit., 2012.

4.2.1 Caso comentado Habeas Corpus nº 126.292: Mutação Inconstitucional da Constituição Federal?

Em 17 de fevereiro de 2016, a Suprema Corte julgou o caso de Habeas Corpus (HC) n  126.292/SP, negando concessão ao HC, e os ministros decidiram, por maioria dos votos, que   possível a inicianç o da execução penal condenatória após a confirmação da sentenç a em segundo grau, ou seja, o condenado em segunda instância poderá ser preso.

Para os ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, essa decisão não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência. Já os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, divergiriam sobre o entendimento da maioria. Para eles, deveria ser mantida a jurisprudência do Tribunal que determina trânsito em julgado para cumprimento de pena.

O relator do caso, Teori Zavascki, em seu voto, argumentou que até que seja declarada a sentenç a penal, averiguada em segunda instância, tem de se presumir a inocência do réu. No entanto, após essa ocorrência, esgota-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segunda instância, ao Superior Tribunal de Justiç a ou Supremo Tribunal Federal, não atuam na discussão de fatos e provas, somente matéria de direito. Portanto, para o ministro, a continuidade da decisão do julgamento pela segunda instância finaliza a avaliação de fatos e provas firmando a culpa do condenado, sendo assim permitida a abertura da execução penal.

O voto do ministro Celso de Mello (HC n  126.292), afirmou que a decisão desse julgamento põe em risco a soberania da Constituição, pois   incompatível com o direito fundamental do réu, previsto pela Lei Superior, de ser presumido inocente.

O ministro Ricardo Lewandowski, Presidente do STF na época, afirmou em seu voto que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido, cita como exemplo a ADPF 347 e o RE 592.581, e diz que, “nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional”. O ministro logo após faz a seguinte indagação: “Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional?” E explica seu questionamento: “Ou seja, abrandando esse princípio (da presunção de inocência) maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétreia. Então isto, com todo o respeito, data venia, me causa a maior estranheza.”

O ministro Luis Roberto Barroso afirmou em seu voto que com esse novo entendimento ocorre o fenômeno da mutação constitucional, a alteração da interpretação do artigo 5º, LVII, da Constituição de 1988. O art. diz que, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Em outras palavras, segundo a Lei Superior, o princípio da presunção de inocência é garantia processual e um direito que garante que de todos possam recorrer até a última instância. Vejamos, na Constituição o artigo 60, § 4º, afirma:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Os incisos contidos no art. 60, são as denominadas cláusulas pétreas, portanto, não podem ser objetos de emenda constitucional que tendem a abolir. O artigo 5º que se encontra no Título II, capítulo I da Constituição Federal, é onde se encontram os direitos e garantias individuais citados pelo inc. IV do art. 60. Para a Constituição e a doutrina majoritária, direitos e garantias não podem ser objeto de emenda constitucional, salvo para dilatação, ou seja, não podem sofrer alteração que venha a restringir direitos, somente poderá se for para ampliação de direitos e garantias.

Portanto, Barroso, ao afirmar que houve mutação constitucional, equivocou-se, pois, de fato, o que houve foi a alteração do verdadeiro sentido da letra da Constituição, houve aqui não uma mutação constitucional, mas, sim, uma mutação inconstitucional que afronta diretamente o artigo 60 da Lei Superior.

CONCLUSÃO

O princípio da Separação de Poderes foi criado com o intuito de que não aconteça a transcendência de um dos Poder do Estado, e que existam demarcações para que o absolutismo não volte a vigorar. Que o Poder Judiciário vem preenchendo as lacunas deixadas pela omissão dos Poderes políticos, isso é fato. Mas o que vem acontecendo ocasionalmente no âmbito dos Poderes da União põe em fragilidade todo o sistema democrático e a soberania constitucional. É como se a Criatura (Poder Judiciário) estivesse se colocando acima de seu Criador (Poder Constituinte).

O grande desafio é saber até onde os magistrados podem atuar, até que ponto podem utilizar do fenômeno das mutações (in) constitucionais, encontrando uma zona de limite para a sua atuação. O que ocorre diversas vezes é que os limites impostos às mutações constitucionais desarvoram de controle, causando a profanação literal da Constituição e gerando as mutações inconstitucionais.

Contudo, espera-se a resolução dos problemas que afrontam a Constituição Federal, que sejam estabelecidos dentro da ordem e abaixo de sua supremacia, podendo ocorrer alterações somente quando a Lei Superior permitir ser modificada, para que, assim, sua normatividade seja respeitada e que o Judiciário se submeta a tal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 13, p. 17-32, 2009.

BRASIL. **Código Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva. 2017

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4277/DF – Distrito Federal. Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 05.05.2011, Dj-e 14.10.2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15. Out. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF – Distrito Federal. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12.04.2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15. Out. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP – São Paulo. Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 30 out. 2016

BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

_____. **Da reforma à mutação constitucional**. Brasília: Revista de informação legislativa, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996.

FALCÃO, J. **Este é o século do Judiciário**. VEJA. Ano 46, n 2442, p. 14-18, set, 2015.

FERRAZ, A. C. da C. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: M. Limonad, 1986.

LASSALLE, F. **Que é uma Constituição?**. Tradução: Walter Stonner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

MENDES, G. F. **Evolução Recente do Sistema Judiciário Brasileiro**. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Evoluc_ao_Recente_do_Sistema_Judiciario_Brasileiro_vPort.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2016

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**, livro XI. 1748

PEDRA, A. S. **As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da Constituição: uma análise da experiência latinoamericana.** Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 101, p. 7-36, 2010.

SACCHETTO, T. C. **As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática.** e-Pública, Lisboa, v. 2, n. 1, p. 123-140, Jan. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2015000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 out. 2016.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SOUZA, R. M. de. **Os limites da mutação constitucional à luz da reclamação No. 4335/AC.** Brasília: PUC-Rio, 2008.

TJDF, Apelação Cível e Remessa de Ofício. 2006.01.1.052729-5, Rel. Des. Arlindo Mares, 4ª turma civil, julgado em 27.05.2009, DJ-e de 15.07.2009, p. 19. Disponível em: <www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 30 de out. 2016

WOLKMER, A. C. Do paradigma político da representação à democracia participativa. **Revista sequência**, Florianópolis, v. 22, n. 41, p. 83-97, 2001. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15395>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

ATIVISMO JUDICIAL: UMA DITADURA DO PODER JUDICIÁRIO OU A SOLUÇÃO PARA A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE DA POLÍTICA BRASILEIRA

Lucas Nogueira Holanda¹

RESUMO

O ativismo judicial é um fenômeno crescente na órbita do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a crise de representatividade e as disfunções por quais passam os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil. Com origem próxima ao fenômeno da judicialização da política, o ativismo judicial surge da influência da política no direito, dando caráter social e político a atos que deveriam ter fundamento jurídico na aplicação da lei. O ativismo ocorre quando o Poder Judiciário toma as dores da sociedade e tenta resolver as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, manifestando-se por meio de condutas individualizadas e fáticas. Apesar de atender aos anseios sociais a curto prazo, o ativismo judicial tem repercussões negativas na ordem social.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Poder Judiciário. Crise de Representatividade brasileira.

1 INTRODUÇÃO

O cerne da presente pesquisa trata-se do estudo do ativismo judicial e suas facetas. O fenômeno que se tem tornado bastante recorrente no Brasil, possui repercussões políticas, jurídicas e sociais.

Sua origem advém da crise de representatividade dos Poderes Legislativo e Executivo, gerando disfunções no arranjo social e político brasileiro. Ante a este quadro, vem o Poder Judiciário, procurando resolver esses problemas de uma maneira efetiva em curto prazo, porém atentatória à legitimidade democrática e à própria capacidade institucional do sistema judiciário brasileiro, além de esbarrar na infundável dicotomia entre direito e política.

Como superego da sociedade², o Poder Judiciário deve aplicar o direito com base na ética, não na política, não incorrendo o risco de julgar corretos atos contra a lei cometidos por quem está no Poder. Quando ultrapassa sua esfera de atuação pode se manifestar de duas, por meio da judicialização ou do ativismo, sendo este caracterizado por se manifestar em condutas individualizadas de magistrados.

¹ Lucas Nogueira Holanda. Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza. Pesquisador do NUPESQ (Núcleo de Pesquisa da Universidade de Fortaleza), participante do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional, na linha de Reforma do Estado, sob orientação da professora Tainah Simões Sales. Estagiário da Procuradoria da Fazenda Nacional. Contato eletrônico: lucasnog1@hotmail.com.

² MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

Todavia, é de grande importância mencionar que o ativismo tem seus aspectos positivos, haja vista que este supre lacunas, freia a inovação oportuna do legislador afoito, pisa o acelerador do Congresso omissor, lerdo ou tímido, exercendo sua nobre função de aplicar a Constituição.

O objetivo desta pesquisa é investigar os aspectos negativos e positivos na problemática do ativismo, sob a justificativa de entender um pouco mais sobre a crise política que o Brasil enfrenta, ajudando-se a definir os melhores mecanismos para combatê-la.

A metodologia da pesquisa foi de natureza qualitativa e de finalidade explicativa, pois tenta comparar diferentes definições para a problemática do ativismo, com circunstâncias positivas e negativas. Quanto às fontes, foi predominantemente bibliográfica e o método de pesquisa foi dedutivo.

2 DESENVOLVIMENTO

A principal geratriz do ativismo judicial trata-se da complexa relação entre Direito e Política. Para Barroso: “na política vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão.”³ A política é mais intensa, mais acalorada, correspondendo aos anseios imediatos do povo, às suas necessidades, enquanto o direito é mais frio e racional, uma vez que tenta atender às necessidades do povo, levando em conta circunstâncias normativas e estruturais do Estado, sem as quais a sociedade entraria em colapso.

A doutrina do formalismo jurídico traz um isolamento do direito para que a razão predomine nos julgamentos do Poder Judiciário. Entretanto, para Barroso, existem encontros não marcados entre direito e política, gerados pela complexidade na aplicação de normas jurídicas, entre eles: a linguagem aberta dos textos jurídicos, os desacordos morais razoáveis e as colisões de normas constitucionais⁴. A partir daí, surge a doutrina do realismo jurídico, que consiste na impossibilidade da dissociação entre o direito e a política, resultando na forte influência desta no julgamento do magistrado.

Para Bercovici⁵, a Constituição não é norma exclusivamente jurídica, mas também política, uma vez que regula fatores essencialmente políticos, como organização do Estado e processo eletivo de seus governantes, bem como dos direitos fundamentais, que representam a vontade do

³ BARROSO, Luis Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 7a Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 396.

⁴ Id. Ibid., 2016, p. 404-406.

⁵ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Revista Lua Nova, n.61, 2004. p.5-24. Disponível em: <http://www.cedec.org.br/files_pdf/luanova/ln-61.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016

povo. O autor aduz ainda que não há presença do elemento democrático em uma Constituição essencialmente jurídica

Desse modo, estando a política intrínseca no nascimento das normas constitucionais, ocorre o fenômeno da judicialização da política, a partir do momento em que o Poder Judiciário precisa sair de sua neutralidade para servir de intermediador entre o povo e seus representantes⁶.

Wolkmer⁷ disserta sobre o novo paradigma político da democracia participativa, motivado por um distanciamento entre o povo e seus representantes. Em defendendo maior participação da população, ele descreve a crise de representatividade sobre os seguintes parâmetros:

Na verdade, a crise da representação vem acompanhada de uma crise maior da própria política expressa pela perda de eficácia e confiabilidade nos partidos políticos, na administração estatal, no legislativo e no poder judiciário. Tendo em vista a realidade periférica como a dos países latinoamericanos, pode-se encontrar uma primeira explicação (conjuntural) no fato de que a democracia existente não é realmente representativa, mas uma delegação engendrada e manipulada por lideranças de tradição caudilhesca. Uma segunda interpretação procura associar o debilitamento do sistema representativo a um fenômeno estrutural mais abrangente de características universais que escapa a uma apreciação interna.

Dentre as causas dessa crise de representatividade, estão problemas relacionados aos Poderes Legislativo e Executivo, como falta de qualificação técnica, corrupção, preocupação maior com os interesses de uma minoria detentora de maior poder econômico e manipulação midiática dos problemas da sociedade, gerando todo esse distanciamento dos eleitores⁸.

Por fim, Wolkmer defende não a quebra total da representatividade, mas uma maior participação da população. Contudo, a aludida participação, ainda que tenha crescido, consideravelmente, não tem sido suficiente para sanar a crise, levando o Estado a necessitar de outras soluções. Ao contrário dos Poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário detém qualificação técnica, o que traz maior “blindagem” à manipulação midiática, além de estarem menos sujeitos à corrupção e à preocupação com os interesses de uma classe minoritária detentora de poder econômico, uma vez que são protegidos pelas garantias constitucionais de inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e vitaliciedade. As garantias têm o fito de permitir que o Judiciário execute sua função sem sofrer também a pressão dos outros poderes, que representam teoricamente

⁶ LEITE, V.G.; LIBERATO, G.T.C., o estado constitucional contemporâneo e sua relação com a judicialização da política: pressuposto ou consequência?. In: FILHO, I.N.R.; FILHO, J.F.M.; SANTIN, J.R., *Teoria do Estado e da Constituição*. Santa Catarina: CONPEDI, 2014, p. 383-412.

⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. Do paradigma político da representação à democracia participativa. *Revista sequência*, Florianópolis, v. 22, n. 41, p. 83-97, 2001. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15395>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

⁸ Id. *Ibid.*, 2001, p. 83-97.

a vontade do povo, vontade esta que encontra-se viciada em virtude de crise de representatividade causada pelos fatores elencados por Wolkmer⁹.

Todavia, por mais que o Poder Judiciário não tenha determinados defeitos que de certa forma comprometem a eficiência dos Poderes Executivo e Legislativo, deve-se pontuar que aquele não tem seus atos acobertados pelo véu da soberania popular, uma vez que não são eleitos democraticamente. O Poder Judiciário surge para propagar a justiça e combater a arbitrariedade do Estado, mas quando este sai do campo do direito e “toma as dores” da sociedade para si, incorre no risco de transformar-se no próprio monarca opressor¹⁰.

Exemplos disso podem ser contemplados ao observar-se a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil. De acordo com Vieira¹¹, o STF possui competências superlativas, ultrapassando a seara dos Poderes Legislativo e Executivo. Para o autor os tribunais judiciais dão mais segurança jurídica e estabilidade para o mercado externo, ao contrário dos outros poderes e suas demandas “populistas”. Ademais, trata da “hiper-constitucionalização” ao dizer que a extensa Constituição Federal brasileira procura legislar sobre o máximo de matéria possível, limitando bastante a discricionariedade do Poder Político. O aludido fenômeno foi causado pela descrença nos Poderes Executivo e Legislativo.

Para Maus¹², o Poder Judiciário funciona como superego da sociedade, sendo o responsável por dar a última palavra em cada questão constitucional¹³, como reforça Vieira. Ao referir-se ao Poder Judiciário dessa forma, Maus recorre aos conceitos freudianos que assim dizem:

*Freud distingue três zonas da personalidade: o id (conjunto de forças, impulsos ou tendências inconscientes); o ego (que é a consciência em sentido próprio) e o superego (conjunto de normas e prescrições que são impostas ao sujeito de maneira autoritária e inconsciente). O superego, do qual fazem parte os valores e normas morais adquiridos no período da educação, apresenta-se como uma espécie de consciência inconsciente, que entra em conflito com a consciência moral (consciente).*¹⁴

Apesar de manter-se neutro, Vieira¹⁵ critica a atuação do STF, primeiramente comparando-o ao Poder Moderador, que vigorou na época do império brasileiro, e em seguida o compara à Ágora dos tempos da Grécia antiga, quando versa sobre o julgamento do STF sobre a lei de biossegurança e uso das células tronco. O autor defende que o STF errou ao ignorar o amplo debate legislativo que

⁹ WOLKMER, Antonio Carlos, op. cit., 2001, p. 83-97.

¹⁰ MAUS, Ingeborg, op. cit., 2000, p. 180.

¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. São Paulo: Revista Diteiro GV, n. 2, v. 4, Rio de Janeiro, jul.-dez., 2008, p. 441-464. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

¹² MAUS, Ingeborg, op. cit., 2000, p. 185.

¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena, op. cit., 2008, p. 446.

¹⁴ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano moral na dispensa do empregado. São Paulo: LTR, 2015.

¹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena, op. cit., 2008, p. 446.

houve em torno da questão e quando permitiu que sociedades civis influenciassem no processo como *amicus*. Além de ter tentado agir como legislador, o STF ainda deixou que fatores políticos influenciassem seu julgamento, que deveria ser apenas jurídico, tendo em vista que este não é um tribunal constitucional, mas um órgão do Poder Judiciário¹⁶.

Ainda segundo Viera¹⁷, a grande concentração de funções para o STF, incluindo foro privilegiado, última instância do Poder Judiciário, e Corte Constitucional leva a sociedade brasileira ao que ele chama de “Supremocracia”, uma espécie de ditadura do Poder Judiciário.

Segundo Barroso¹⁸, a superconcentração do Poder Judiciário pode se manifestar de duas formas: a judicialização, fenômeno já descrito, e o ativismo, ambos influem na legitimidade democrática das decisões, podendo ser de forma negativa ou positiva. A diferença entre os dois consiste no fato de que o ativismo trata-se de uma conduta individualizada, que se manifesta no comportamento do magistrado, e não nos aparelhos legais, como ocorre com a judicialização. Assim define-se o fenômeno do ativismo:

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias¹⁹.

A legitimidade democrática trata-se do fato de que o Poder Judiciário não é eleito pelo povo, como já versado. A função do Judiciário é garantir a aplicação das leis, em vez de aplica-las ele mesmo, ou cria-las. De acordo com Leite, a forma de ingresso pelo concurso público ainda é a mais adequada, mas gera risco da formação do juiz neófito, aquele que apesar de intelectualmente qualificado, é um burocrata, tecnocrata, isolado na aplicação restrita das normas, sem compreensão profunda das necessidades sociais²⁰.

Quanto à politização da justiça, Barroso²¹ afirma que o direito deve estar perto da ética, e não da política. Ele precisa estar perto da ética para realizar a determinação do que é mais adequado em acordo com os valores da sociedade que regula, uma vez que “Direito não é política. Somente

¹⁶ Id. *Ibid.*, 2008, p. 452-454.

¹⁷ Id. *Ibid.*, 2008, p. 444-446.

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 13, 2009, p. 71-91.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto, *op. cit.*, 2009, p. 89.

²⁰ LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo judicial. In: STJ: dez anos a serviço da justiça: doutrina. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999. p. 29-55. (edição comemorativa). Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/16980>>. Acesso em: 14 fev. 2012.

²¹ BARROSO, Luis Roberto, *op. cit.*, 2009, p. 84.

uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder.”

Por fim, o autor traz um argumento fático, que é o da capacidade institucional, haja vista que o Poder Judiciário brasileiro sofre com a morosidade e os baixos índices de rendimento. Como assevera Vieira²², quando se refere ao Supremo Tribunal Federal, este possui uma agenda lotada, em virtude da concentração de competências. Se já é difícil para o Poder Judiciário atender às demandas direcionadas a ele, mais difícil ainda ficaria isso, se tentasse também resolver as omissões do legislativo e do executivo, assumindo função até mesmo de Poder Constituinte Reformador.

Outro aspecto trazido por Barroso²³ sobre o ativismo judicial, é que este é uma conduta individualizada, ainda que comumente praticada por vários juízes, mas um fenômeno composto por atitudes singulares, como nos pleitos de medicamentos, nos quais os juízes têm condenado cada vez mais os entes federados ao pagamento de remédios, ainda que não constem em lista do Ministério da Saúde, havendo muitas condenações até ao pagamento de procedimentos experimentais.

Outro braço da Justiça brasileira, onde é visível o ativismo, é na Justiça do Trabalho. Em consonância com Corrêa²⁴, o ativismo na Justiça do trabalho vem como defesa das minorias, mas gera insegurança jurídica e superposição de poderes. O autor traz como exemplos de decisões ativistas a condenação em *dumping social*, a ausência de dispensa coletiva sem negociação prévia e a possibilidade de monitoramento do correio eletrônico²⁵.

No tocante ao *dumping social*, há entendimento divergente no Tribunal Superior do Trabalho, mas em geral, se entende que a condenação à indenização por *dumping social* depende de pleito da parte ou do Ministério Público, conforme aduz no RR 119003220095040291²⁶:

RECURSOS DE REVISTA DAS RECLAMADAS J.M. EMPREENHIMENTOS E COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV. IDENTIDADE DE MATÉRIAS. ANÁLISE CONJUNTA. INDENIZAÇÃO POR DUMPING SOCIAL. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO. JULGAMENTO -EXTRA PETITA- .

1. Em decorrência do princípio da estabilização da demanda e dos limites legais da atuação judicial, preconizados nos arts. 128 e 460 do CPC, é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. (...)

²² VIEIRA, Oscar Vilhena, op. cit., 2008, p. 441-464.

²³ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2009, p. 80.

²⁴ CORRÊA, J.R., *Ativismo judicial, justiça do trabalho, e o contexto da sociedade da informação*. São Paulo: Nelpa, 2013, p. 59-111.

²⁵ CORRÊA, J.R., op. cit., 2013, p. 111-141.

²⁶ (TST - RR: 119003220095040291 11900-32.2009.5.04.0291, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 21/08/2012, 1ª Turma).

Todavia, em instâncias inferiores, existem decisões de concessão de indenização por *dumping social* de ofício, conforme de infere do presente julgado, que demonstrou dar um tratamento diferenciado para querelas envolvendo tal instituto²⁷:

O denominado “dumping social”, como conceituado pelo próprio enunciado acima citado, tem como vítima a sociedade. É certo que o tratamento dado pela ré aos empregados configura violação a direito transindividual, de ordem coletiva, que abala o sentimento de dignidade, resulta na falta de apreço e consideração, com reflexos na coletividade, causando grandes prejuízos à sociedade. É evidente a potencialidade lesiva da conduta, direcionada a todos os trabalhadores. Não se pode comparar o tema com situações individualizadas.

No entanto, Barroso²⁸ também menciona a outra face, a auto-contenção judicial, o oposto do ativismo, assim aduzindo:

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

Muito se fala de ativismo, mas pouco se conhece sobre a autocontenção. Este comportamento retido dificulta a defesa das minorias, tendo em vista seu caráter conservador.

Ademais, o ativismo possui aspectos positivos, como ressalta Leite²⁹, que ao citar Aliomar Baleeiro, diz que: “supre lacunas, freia a inovação oportuna do legislador afoito, pisa o acelerador do Congresso omissivo, lerdo ou tímido. Enfim, completa a Constituição, que é sua competência mais nobre.”

No entanto, é uma conduta que deve ocorrer de forma moderada, afinal, como assevera Barroso³⁰ ao fim de sua obra:

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes. (BARROSO, 2009)

²⁷ (TRT-1 - RO: 00001458820135010053 RJ, Relator: Edith Maria Correa Tourinho, Data de Julgamento: 17/12/2013, Oitava Turma, Data de Publicação: 13/01/2014).

²⁸ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2009, p. 84

²⁹ LEITE, Evandro Gueiros, op. cit. 1999. p. 51. (edição comemorativa). Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/16980>>. Acesso em: 14 fev. 2012.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2009, p. 91

Aduz Lassale sobre o poder de uma nação quando o compara ao de um exército. Ele diz que a nação tem muito mais poder, mas o exército é mais organizado e disciplinado, estando pronto para atacar e defender a qualquer momento³¹. Por meio dessa alegoria o autor compara a nação com o povo, e o exército com os governantes. Em meio a crise de representatividade, os interesses dos governantes se contrapõem aos interesses do povo, levando o país a necessitar de reforma de uma reforma política. Mas como afirma Barroso³², o povo é quem deve ser o sujeito dessa reforma, e não o Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

O ativismo judicial trata-se da pro-atividade dos membros do Poder Judiciário, com finalidade de suprir disfunções do Poder Legislativo e Executivo, dando caráter político às decisões judiciais.

Muito semelhante à judicialização da política, diferencia-se desta por estar no campo fático, em condutas individualizadas dos magistrados, enquanto a judicialização se manifesta na lei.

Uma de suas causas principais é a crise de representatividade que vive a sociedade brasileira, com a ocorrência do distanciamento entre parlamentares e eleitores.

Por mais nobre que sejam as motivações dos juízes ativistas, estas esbarram na dicotomia direito-política, a qual diz que os Poderes Executivo e Legislativo são agentes da política, enquanto o Poder Judiciário é agente do direito. O direito deve estar perto da ética, para que possa determinar o que é certo ou errado. Quando se aproxima da política, que é nada mais que a vontade do povo, o direito passa a legitimar como correto tudo que o povo deseja, distanciando-se da ética e dos textos legais. Isso é até quando a vontade do povo é viciada por uma crise de representatividade.

O ativismo judicial pode ser contemplado em diversos segmentos da Justiça brasileira. No primeiro grau da justiça estadual, é muito comum em decisões referentes à concessão de medicamentos e tratamentos medicinais. Na Justiça do Trabalho, é muito comum na execução trabalhista, com a aplicação discriminada da desconsideração da personalidade jurídica.

Entretanto, os mais visíveis exemplos do fenômeno encontram-se na atuação do próprio Supremo Tribunal Federal, com sua agenda desafiadora, além da hiper-concentração de funções, atuando concomitantemente como última instância, for privilegiado e corte constitucional. O

³¹ LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição?. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/constituicao1.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

³² BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2009, p. 91

Supremo Tribunal Federal em várias de suas decisões não considerou a ampla deliberação do legislativo sobre o assunto, cumprindo com excesso a sua função de “dar a última palavra”, sendo comparada muitas vezes com o Poder Moderador da época do império ou a *Ágora da Greca Antiga*, no exercício de uma suposta “Supremocracia”.

O ativismo tem seus aspectos positivos, uma vez que tem atendido aos anseios da sociedade, além de limitar o legislador afoito e corrigir a omissão do legislador inerte. Mas traz repercussões negativas na ordem social, afrontando a legitimidade democrática e ultrapassando sua capacidade institucional, o que gera ineficácia em sua função típica original.

Quando vem a crise de representatividade junto da crise política, a vontade do povo se torna viciada, e o Poder Judiciário, o “superego” da sociedade, age para sanar a ineficiência dos demais poderes, mas esbarra na barreira que separa direito e política. O Estado necessita de uma reforma política, mas os realizadores devem ser aqueles que o compõem, deve ser a reforma de cidadãos, e não de juízes.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Novidades em direito e processo do trabalho. Homenagem aos 70 anos da CLT**. São Paulo: LTR, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. RDE. **Revista de Direito do Estado**, v. 13, 2009, p. 71-91.

_____. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7a Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Revista Lua Nova** n. 61, 2004. P. 5-24. Disponível em: <http://www.cedec.org.br/files_pdf/luanova/ln-61.pdf> Acesso em: 03 nov. 2016.

CORRÊA, J.R. **Ativismo judicial, justiça do trabalho, e o contexto da sociedade da informação**. São Paulo: Nelpa, 2013, p. 59-111.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/constituicao1.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo judicial. In: **STJ: dez anos a serviço da justiça: doutrina**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999. p. 29–55. (edição comemorativa). Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/16980>>. Acesso em: 14 fev. 2012.

LEITE, V.G.; LIBERATO, G.T.C. O estado constitucional contemporâneo e sua relação com a judicialização da política: pressuposto ou consequência?. In: FILHO, I.N.R.; FILHO, J.F.M.; SANTIN, J.R. **Teoria do Estado e da Constituição**. Santa Catarina: CONPEDI, 2014, p. 383-412

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado**. São Paulo: LTR, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. São Paulo: **Revista Direito GV**, n. 2, v. 4, Rio de Janeiro, jul.-dez., 2008, p. 441-464. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. Do paradigma político da representação à democracia participativa. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 22, n. 41, p. 83-97, 2001. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15395>>. Acesso em: 03 nov. 2016.



DIREITO PRIVADO

ANÁLISE DA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DO SUPERENDIVIDAMENTO DA PESSOA NATURAL

Letícia Góes Braga¹

Vanessa Silva Barbosa da Costa²

RESUMO

O presente artigo se propõe a examinar o superendividamento do consumidor brasileiro, analisando as principais causas que contribuem para o seu fomento e abordando sua modalidade ativa e passiva à luz da doutrina. A partir da análise bibliográfica que trata do conceito de superendividamento, é desenvolvida a diferenciação entre a sua modalidade ativa e a passiva, de modo que são estabelecidos os mecanismos adequados para a solução destes diferentes perfis. Posteriormente, analisa-se a relação entre o crédito e o superendividamento, especificamente no que tange a facilidade de acesso ao crédito e ao assédio publicitário a seu respeito. Ao final, analisa-se a necessidade de regulação da matéria, concluindo que o mecanismo de solução mais adequado dependerá da classificação do consumidor envolvido, tendo em vista a complexidade do fenômeno do superendividamento que pode resultar de variadas causas. Deste modo, defende-se que para os superendividados ativos a solução seria a aplicação de medidas preventivas e de educação consumerista. Ao passo que, no que tange aos superendividados passivos, seria viável a confecção de um diploma normativo específico para a sua regulação, análogo ao que existe para a recuperação judicial de empresas (Lei nº 11.101/05), como já se observa em outros ordenamentos.

Palavras-chave: Superendividamento. Crédito. Insolvência. Falência da Pessoa Natural.

1 INTRODUÇÃO

O superendividamento é um fenômeno historicamente recente, datando de meados do século XX, tendo surgido em virtude do advento de formas alternativas de acesso ao crédito e da má administração deste pelos consumidores.

Apontam-se ainda outros elementos capazes de desencadear a situação de superendividamento, dentre os quais destacam-se: a negligência na concessão do crédito, a publicidade excessiva, crises econômicas e os altos índices de desemprego.

É importante não confundi-lo com fenômeno do endividamento, pois este último caracteriza-se pelo não pagamento das dívidas assumidas, independente das razões que consubstanciam o inadimplemento. Por sua vez, o superendividamento alude à impossibilidade de

¹ Letícia Góes Braga. Graduanda em Direito da Universidade Federal do Ceará. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC). leticiagoesbraga@gmail.com.

² Vanessa Silva Barbosa da Costa. Graduanda em Direito da Universidade Federal do Ceará. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC). vanessa.sbcosta@gmail.com.

pagamento por insuficiência de rendimentos, estando relacionado à visão conjuntural do consumidor no mercado, configurando-se um fenômeno social e mundial da pós-modernidade³.

Logo, percebe-se que este fenômeno caracteriza-se por ser uma crise de solvência e liquidez do consumidor, a qual acaba por refletir negativamente no seu grupo familiar. Tal situação proporciona a sua exclusão do mercado de consumo, evidenciando a denominada “morte do *homo economicus*”⁴.

Um dos principais aspectos que justificam a realização do presente trabalho encontra-se no impacto social acarretado pela má administração do crédito e as consequências de tal conduta para os consumidores, os credores e o mercado de crédito.

Destarte, indaga-se, afinal, se é necessária uma regulação específica sobre a matéria ora exposta e, em caso afirmativo, questiona-se acerca do modo adequado para solucionar a situação dos consumidores superendividados.

A busca pela elucidação dos supramencionados questionamentos será realizada mediante pesquisas doutrinárias, tendo por supedâneo diversas obras e trabalhos acadêmicos. Além disso, fora realizada pesquisa de campo qualitativa por meio de entrevistas.

Espera-se obter, com a finalização deste trabalho acadêmico, considerações acerca das alternativas adequadas para solucionar a situação dos consumidores que se encontram superendividados, a fim de que estes possam satisfazer suas necessidades básicas a lume do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como que os credores possam recuperar os valores que lhes são devidos.

2 O CONCEITO DE SUPERENDIVIDAMENTO

O termo “superendividamento” pode ser definido como o contexto em que “as situações em que o devedor se vê impossibilitado, de forma duradoura ou estrutural, de pagar o conjunto de suas

³ MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Danilevicz. Prevenção e tratamento do superendividamento. 2010, p. 41. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/anexos/manual-tratamento-do-superendividamento.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006 p. 260.

dívidas ou quando existe uma ameaça séria de que não poderá quitá-las no momento em que se tornarem exigíveis”⁵.

Uma das principais características desse instituto é não haver o estabelecimento de um valor fixo com base no qual uma pessoa poderá ser considerada como devedor superendividado, tendo em vista que para enquadrar alguém nesta categoria se levam em consideração fatores que variam muito, a saber: as necessidades básicas de cada devedor e as particularidades de cada caso.

Ademais, as espécies de dívidas que podem sujeitar um indivíduo ao superendividamento são as de natureza consumerista, compreendendo todo o empréstimo feito a uma pessoa natural destinado à aquisição de bens e serviços, com exceção dos que se destinam ao fomento de uma atividade econômica ou profissional⁶.

3 SUPERENDIVIDAMENTO ATIVO VERSUS SUPERENDIVIDAMENTO PASSIVO

Por ser um fenômeno complexo, o superendividamento apresenta várias classificações, dentre as quais a mais relevante é a distinção que se faz entre o superendividamento ativo e o passivo. No primeiro caso, há o endividamento voluntário do consumidor decorrente de uma má gestão orçamentária⁷. Para alguns doutrinadores, essa espécie pode ser subdividida em superendividamento ativo consciente e inconsciente.

O consciente ocorre quando o consumidor sabe que não poderá arcar com as dívidas e, mesmo assim, as adquire. Por tratar-se de um caso que envolve má-fé, parte da literatura a descarta como hipótese de superendividamento, uma vez que um dos requisitos deste é a boa-fé do devedor.

Já o superendividamento ativo inconsciente ocorre quando há um ato impulsivo do devedor, neste caso, chamado de pródigo. Aqui, observa-se a falta do elemento dolo.

Por fim, temos os superendividados passivos que são aqueles que não abusaram do crédito, ou seja, não consumiram acima de suas condições econômicas, mas, auferiram tal condição em razão de motivos externos e imprevistos, tais como doenças, crises econômicas, desemprego, dentre outros⁸.

⁵ MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Danilevicz. Prevenção e tratamento do superendividamento. 2010, p. 41. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/anexos/manual-tratamento-do-superendividamento.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

⁶ MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Danilevicz. op. cit.,2010,p. 41.

⁷ CONSALTER, Rafaela. O Perfil do Superendividado. Disponível em: <http://www.adpergs.org.br/restrito/arq_artigos30.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2015.

⁸ PALHARES, Cinara. A tutela do consumidor excessivamente endividado como forma de preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana. 2010. p. 22. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito,

Deste modo, é necessário que existam formas adequadas para lidar com esses dois tipos de consumidores superendividados – ativos e passivos-, de modo que seja possível auferir uma solução efetiva e apropriada para esses dois diferentes perfis.

4 O CRÉDITO E O SUPERENDIVIDAMENTO

O crédito é um meio artificial para materializar obrigações negociais de forma simples, tendo em vista a facilitação das trocas mercantis e a otimização da circulação de recursos pecuniários.⁹ Ele configura-se como um contrato real em que cabe ao consumidor-devedor “pagar” os juros (preço do crédito) e devolver o principal corrigido, caso haja inflação e mais algumas taxas pelo seu uso.

Isso possibilita que sujeitos possam recorrer ao crédito para ter acesso a bens e serviços mesmo sem possuir recursos próprios. Recentemente, com a explosão da oferta do crédito de maneira fácil e rápida, sem restrições a qualquer classe social, principalmente após a Lei n. 10.820 de 17 de dezembro de 2003 que autorizou o pagamento de empréstimo através de desconto da prestação mensal em salário, agravou-se a questão do superendividamento no Brasil¹⁰.

Outro fator agravante é o efeito da mídia e da publicidade que se utilizam de artifícios para manipular os consumidores. A possibilidade de crédito fácil é, atualmente, anunciada e agressivamente promovida na televisão, rádio e jornal, oferecida através de *telemarketing*, envio pelo correio de propostas de cartão de crédito e também por meio de abordagem direta nas ruas¹¹.

Diante disso, entende-se que o crédito pode trazer grandes benefícios para a economia ao facilitar a circulação de capital e permitir a inclusão de pessoas de baixa renda mensal na sociedade de consumo, mas, por ser um produto muito atrativo e de difícil administração, deve ser concedido de maneira responsável, sem que se caia no excesso e na impossibilidade de pagar o conjunto de suas dívidas em um tempo razoável, ainda mais no Brasil onde os juros são altíssimos¹².

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13122010-161854/>>. Acesso em: 2015-03-15.

⁹ VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri; CAMPOS, José Fernando dos Santos. Títulos de crédito eletrônico: a tecnologia a serviço do direito cambial.

¹⁰ ROCHA, Amélia Soares da; FREITAS, Fernanda Paula. O superendividamento, o consumidor e a análise econômica do Direito.

¹¹ HENNIGEN, Inês. Superendividamento dos consumidores: uma abordagem a partir da Psicologia Social.

¹² MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Danilevicz. Prevenção e tratamento do superendividamento. 2010, p. 19. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/anexos/manual-tratamento-do-superendividamento.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

A prevenção consiste, então, em fazer com que o consumidor não seja levado a se comprometer em uma operação de crédito além de suas faculdades racionalmente previsíveis de reembolso, sendo necessário dar maior clareza acerca do contrato firmado¹³ e haver um melhor controle sobre a cessão de crédito, no que tange aos superendividados ativos.

Por sua vez, em relação aos superendividados passivos, não cabem apenas medidas preventivas e de educação consumerista, pois decorrem de fatores inesperados como, por exemplo, as crises econômicas. Nestes casos, a melhor saída seria a confecção de uma lei específica para a sua regulação, conforme existe para a recuperação judicial de empresas.

Ressalta-se, ainda, que a solução do problema não interessa apenas ao consumidor, mas também ao fornecedor de crédito diante da possibilidade de exclusão do cidadão superendividado do mercado de consumo.

5 A REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA PESSOA NATURAL

Tendo em vista que a exclusão social do devedor acarreta prejuízos não somente para ele, mas para toda a cadeia produtiva em si, faz-se mister haver um instituto normativo que regule essa problemática.

No tocante às empresas, no Brasil, há a Lei nº 11.101/05 que dispõe sobre o procedimento de falência e de recuperação das mesmas. Esta lei foi instituída observando-se os princípios da função social da empresa, proteção dos trabalhadores e o interesse dos credores. Todavia, no caso do consumidor brasileiro superendividado não há uma legislação específica para que ele deixe esta situação, protegendo o seu patrimônio mínimo, constitucionalmente resguardado, com base no mínimo existencial, e honrando os credores simultaneamente.

Para evitar esta “falência” outros países, como os Estados Unidos da América, o Canadá, a França, a Inglaterra, a Alemanha, a Bélgica e Luxemburgo, criaram uma série de inovações legislativas¹⁴, derivadas da jurisprudência e de analogia à concordata comercial, que prevê um

¹³ ROCHA, Amélia Soares da; FREITAS, Fernanda Paula. O superendividamento, o consumidor e a análise econômica do Direito, p. 483.

¹⁴ PALHARES, Cinara. A tutela do consumidor excessivamente endividado como forma de preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana. 2010. p. 25. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13122010-161854/>>. Acesso em: 2015-03-15.

processo extrajudicial específico com tratamento amigável ou administrativo de renegociação e parcelamento para as pessoas físicas.

A proteção que se tem construído para o consumidor brasileiro superendividado formou-se por meio da jurisprudência, mediante a interpretação do Código de Defesa do Consumidor ao se observar os princípios da boa-fé, da dignidade da pessoa humana, da transparência, da informação e do equilíbrio contratual.

De acordo com Cinara Palhares¹⁵, o legislador brasileiro quando valeu-se do sistema estadunidense de falências - o *Bankruptcy Code* - importou apenas o capítulo atinente a falência empresarial, deixando de lado os capítulos referentes ao tratamento da falência da pessoa natural.

Assim, na legislação pátria, há diversos meios pelos quais uma empresa pode recuperar-se, como, por exemplo, através da concessão de anistia pelo Poder Público para as multas decorrentes de tributos e, em alguns casos, a aplicação de dinheiro em algumas destas empresas¹⁶. Ao passo que, para a pessoa natural, apenas resta entregar todo o patrimônio penhorável ao credor.

O que, para este último, talvez não seja tão vantajoso, tendo em vista que grande parte dos bens da população brasileira encontram-se no conceito legal de impenhoráveis do art. 833 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). Destarte, é muito comum que o montante de bens penhoráveis seja inferior a dívida auferida, tornando-se mais vantajoso aos credores a recuperação econômica do devedor para que este, então, possa honrar suas dívidas.

6 ANÁLISE DO TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO NO DIREITO COMPARADO

Explicita-se a seguir uma análise acerca do tratamento do superendividamento no ordenamento jurídico francês e estadunidense.

6.1 O tratamento do superendividamento no ordenamento jurídico francês

No ordenamento jurídico francês, o *Code de la Consommation* disciplina a oferta de crédito. Tal diploma legislativo tem por característica proibir a propaganda abusiva e exigir das empresas o dever de prestar as informações necessárias sobre o acesso ao crédito.

¹⁵ Ibid., 2010, p. 12.

¹⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor superindividado uma problemática geral. Revista Direito do Consumidor, São Paulo, n. 17, p. 63.

De acordo com o art. L 330-1 do diploma retromencionado, o superendividamento é definido como a incapacidade óbvia de o devedor de boa-fé satisfazer todas as suas dívidas não-profissionais devidas e exigíveis¹⁷.

Na França, o tratamento do superendividamento é complexo, pois envolve o auxílio de profissionais de diversas áreas, como advogados e assistentes sociais. O procedimento previsto no *Code de la Consommation* é gratuito, sendo destinado aos consumidores que se encontram em dificuldades financeiras e que não auferem ou possuem renda suficiente para quitá-las.

Este procedimento ocorre em âmbito administrativo e inicia-se com o requerimento formulado pelo consumidor para a Comissão de Dívida Pessoal do Banco da França. A Comissão determinará se o requerente poderá ou não ser enquadrado como superendividado para que, assim, venha a usufruir do procedimento¹⁸.

6.2 O tratamento do superendividamento no ordenamento jurídico estadunidense

O tratamento jurídico conferido aos consumidores superendividados nos Estados Unidos da América (EUA) encontra-se disciplinado nos capítulos 7º (*straight Bankruptcy*) e 13º (*reorganization*) do Código de Falência americano (*Bankruptcy Code*).

Segundo Juliana Cristina Wanderley o modelo americano encontra-se organizado em três etapas, que são:

“a) ingresso de petição do devedor para alívio e a detalhada informação financeira; b) a reunião do devedor com o depositário para responder a questões sobre a situação financeira do devedor, e c) execução de um relatório de “ausência de bens” pelo depositário, que ingressa com uma “decisão”, para que logo seja o devedor liberado da maioria dos débitos não pagos.”¹⁹

A doutrina aponta o sistema estadunidense como um modelo falho, tendo em vista a facilidade de o superendividado se libertar de suas dívidas sem que seja trabalhado durante esse procedimento a conscientização do consumidor sobre a oferta de crédito²⁰.

¹⁷ REPÚBLICA FRANCESA. Code de la Consommation n° Article L330-1, de 31 de dezembro de 1989. Traitement Des Situations de Surendettement. Paris, Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000023276446&cidTexte=LEGITEXT000006069565>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

¹⁸ BANQUE DE FRANCE. **Le surendettement en bref**. Disponível em: <<https://particuliers.banque-france.fr/surendettement/comprendre-le-surendettement/le-surendettement-en-bref>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

¹⁹ WANDERLEY, Juliana Cristina. **Delineamentos em torno da perspectiva de implementação do projeto do superendividamento do consumidor em Santa Catarina**. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21186/delineamentos-em-torno-da-perspectiva-de-implementacao-do-projeto-do-superendividamento-do-consumidor-em-santa-catarina>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

²⁰ Ibid.

CONCLUSÃO

Na atualidade, percebem-se tímidos debates na doutrina visando uma deliberação que garanta a efetividade dos dispositivos de regulação da conduta em estudo, sendo estas discussões obtidas através do estudo de normas alienígenas ou, até mesmo, através da análise dos impactos da criação futura de uma norma reguladora do ato.

Como não há na legislação brasileira uma norma específica para o superendividamento da pessoa natural - principalmente no que concerne a questão de como esse devedor irá sair dessa situação, como o credor irá ser devidamente pago e como disciplinar esse fenômeno para que ele não alcance proporções tão grandes a ponto de afetar drasticamente a macroeconomia do país - o consumidor superendividado passivo continua regulado pelos dispositivos do Código Civil de 2002 que tratam da insolvência das pessoas naturais, os quais deixam de lado a maioria dos aspectos que se apresentam no superendividamento.

Tendo em vista que os consumidores superendividados podem classificar-se em ativos e passivos, restou evidente a necessidade de um tratamento apropriado para estes diferentes perfis. Destarte, defende-se que para os superendividados ativos a solução seria a aplicação de medidas preventivas e de educação consumerista.

Ao revés, para os superendividados passivos, tendo em vista que se originam não em decorrência da má administração do crédito, mas sim de fatores inesperados como, por exemplo, crises econômicas, a melhor solução seria a confecção de um diploma normativo específico para a sua regulação, conforme existe para a recuperação judicial de empresas (Lei nº 11.101/05).

Ante o exposto, conclui-se ser necessário o aperfeiçoamento da técnica legislativa para que se possa enfrentar tal problema, observando que essa situação não envolve apenas fatores jurídicos, no caso, a simples insolvência, mas também econômicos e sociais, a fim de que os superendividados e seus credores tenham uma saída para esta situação, sem que os primeiros tenham que recorrer à meios ilícitos para manter suas necessidades e viver com dignidade e que os segundos possam recuperar os valores que lhes são devidos.

REFERÊNCIAS

BANQUE DE FRANCE. **Le surendettement en bref**. Disponível em: <<https://particuliers.banque-france.fr/surendettement/comprendre-le-surendettement/le-surendettement-en-bref>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

CONSALTER, Rafaela. **O Perfil do Superendividado**. Disponível em: <http://www.adpergs.org.br/restrito/arq_artigos30.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2015.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: RT, 2002.

HENNIGEN, Inês. **Superendividamento dos consumidores: uma abordagem a partir da Psicologia Social**. Rev. Mal-Estar Subj. vol.10 no.4. Fortaleza dez. 2010 Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482010000400006#back2> Acesso em: 16 mar. 2015.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Crédito ao consumidor superendividado uma problemática geral**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 17, p.57-68, 1996.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Danilevicz. **Prevenção e tratamento do superendividamento**. 2010. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/anexos/manual-tratamento-do-superendividamento.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

_____. **Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul**. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006.

PALHARES, Cinara. **A tutela do consumidor excessivamente endividado como forma de preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13122010-161854/>>. Acesso em: 2015-03-15.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula A Recuperação Judicial, A Extrajudicial e A Falência do Empresário e da Sociedade Empresária. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

REPÚBLICA FRANCESA. **Code de La Consommation** nº Article L330-1, de 31 de dezembro de 1989. Traitement Des Situations de Surendettement. Paris, Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000023276446&cidTexte=LEGITEXT000006069565>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

ROCHA, Amélia Soares da; FREITAS, Fernanda Paula. **O superendividamento, o consumidor e a análise econômica do Direito**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4007.pdf>>. Acesso: 15 mar. 2015.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri; CAMPOS, José Fernando dos Santos. Títulos de crédito eletrônico: a tecnologia a serviço do direito cambial. In: **Revista de informação legislativa**, v. 48,

n. 189, p. 189-209, jan./mar. 2011 Disponível em:
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242870>>. Acesso: 15 mar. 2015.

WANDERLEY, Juliana Cristina. **Delineamentos em torno da perspectiva de implementação do projeto do superendividamento do consumidor em Santa Catarina**. 2012. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/21186/delineamentos-em-torno-da-perspectiva-de-implementacao-do-projeto-do-superendividamento-do-consumidor-em-santa-catarina>>. Acesso em: 25 mar. 2017.



DIREITO AMBIENTAL E URBANÍSTICO

Revista Acadêmica
CLÓVIS BEVILÁQUA

O PROCESSO DE BENEFICIAMENTO DE ROCHAS ORNAMENTAIS E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICO-AMBIENTAIS

Adriana Isabelle Barbosa Lima Sá Leitão¹

RESUMO

O Brasil é um dos países com maiores índices na exploração de rochas ornamentais do mundo, atividade que configura como importante incremento à sua economia. O crescimento do mercado de bens minerais gera volumosos impactos ambientais, de modo que, sendo inviável a redução dessa prática industrial, buscam-se métodos de reutilização e de reciclagem dos rejeitos. O estudo que ora se apresenta visa explicitar a necessidade da adoção de medidas mais viáveis para o reaproveitamento dos resíduos oriundos, sobretudo, do processo de beneficiamento de minerais não metálicos, em especial das rochas graníticas. Alicerçado sob a análise de obras bibliográficas nos campos do Direito Constitucional e Ambiental, de artigos científicos voltados para o estudo da mineração e de seus desdobramentos, bem como a partir de dados estatísticos expedidos pelos órgãos responsáveis pela fiscalização da atividade minerária brasileira, com enfoque no estado do Espírito Santo, estado brasileiro com maior expressividade nessa seara, foi possível alcançar as considerações a seguir apresentadas.

Palavras-chave: Rochas Ornamentais. Impactos Ambientais. Resíduos.

1 INTRODUÇÃO

Os altos índices brasileiros na exploração de rochas ornamentais permitem-lhe ostentar posição de destaque mundial nessa seara e, sob o enfoque do Direito Ambiental, essa atividade evidencia situações que fazem jus à intervenção jurídica. Isso se deve ao fato de que, dessa praxe, resultam diversas condições adversas como a geração de impactos ambientais expressivos.

Nessa conjuntura, inexistindo a possibilidade de proibir ou até mesmo de reduzir a exploração minerária no País, tendo em vista o seu potencial econômico e os prejuízos que resultariam de uma paralisação dessa prática, constata-se a patente necessidade de impedir que sejam causados danos ambientais.

Fundamentando-se em metodologia de pesquisa essencialmente teórica, assente em jurisprudência relacionada e com base em bibliografia voltada para o Direito Ambiental, foi possível elucidar sérios quadros de inconformismo com a legislação ambiental, primordialmente no estado do Espírito Santo, devido a sua relevância nessa temática. Esse contexto se verifica

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. adrianaisabelle19@gmail.com.

sobretudo no manuseio dos resíduos minerais, os quais, predominantemente, são descartados sem a devida prudência.

Há, portanto, um cenário de forte antagonismo, de modo que se almeja mitigar esse conflito por meio de intervenções jurídico-hermenêuticas, em atinência à legislação vigente e aos princípios constitucionais e do Direito Ambiental.

Na atual conjuntura social, em que se concede cada vez mais destaque à imprescindibilidade de Pessoas Físicas e Jurídicas conservarem responsabilidade ambiental, demonstra-se a importância deste estudo como meio apto a auxiliar na disseminação de conscientização quanto aos danos oriundos da mineração e as formas de preveni-los e repará-los. Poder-se-á, então, conciliar a obtenção dos benefícios oriundos da exploração minerária com a redução significativa do ônus a ser suportado pelo meio ambiente.

2 A EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS NÃO-METÁLICOS

As empresas que trabalham com a lavra e a exploração de minerais não metálicos, em especial o granito, basicamente realizam três etapas: a extração, o beneficiamento e a comercialização. Todavia, entende-se que a fase que exige maior cautela e atenção é a de beneficiamento, uma vez que a partir dela diversos são os resíduos produzidos.

Ressalta-se, primeiramente, que os minérios são bens da União, de acordo com o art. 20, inciso IX, da Constituição Federal de 1988: “Art. 20. São bens da União: [...] IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo”. Por essa razão é necessária a expedição de um ato de concessão do órgão ambiental competente para iniciar o processo de exploração dos minérios.

No tocante ao licenciamento ambiental, são emitidas licenças para cada etapa de exploração, de modo que para a lavra há uma licença de operação específica, enquanto a etapa de beneficiamento requer outra. Todas as licenças necessárias devem estar regularizadas, com os pedidos de renovação protocolizados dentro dos prazos estabelecidos normativamente. O prazo geral de uma licença de operação varia de 04 a 10 anos, todavia há legislação especial, como a do Espírito Santo, que estipula um prazo inferior, de 04 a 06 anos. Evidencia-se portanto a necessidade de atenção quanto às possíveis especificidades normativas.

Em caso de perda do prazo de renovação da licença, é imprescindível que a situação seja regularizada, sem prejuízo das licenças anteriores, as quais permanecem com validade inalterada, caso sejam renovadas em dia. Esse processo deve ser regulamentado junto ao órgão

competente que, de acordo com a Resolução nº. 02 do CONSEMA/ES, de 2016, passa a ser de alçada municipal para os casos de exploração de rochas ornamentais. Salienta-se que esse deslocamento de competência não se vincula ao porte de exploração da mina, revogando todo o disposto em contrário, a exemplo da Resolução nº. 05 do CONSEMA/ES, que estabelecia competência estadual quando se ultrapassasse o porte limite de capacidade de produção.

3 CONCESSÃO PARA EXPLORAR MINÉRIOS

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil assevera que todos os recursos minerais são considerados bens da União, podendo ser extraídos e beneficiados mediante concessão. Cabe ao Departamento Nacional da Produção Mineral (DNPM) emitir este ato administrativo, bem como fiscalizar os empreendimentos de mineração. Para tanto, o DNPM exige a apresentação da licença ambiental de instalação. Se um empreendimento não for considerado viável no licenciamento ambiental, o Departamento não concederá o direito de lavra.

No caso dos minerais não metálicos ou rochas ornamentais, o ato de concessão que viabiliza a exploração da jazida permite a extração das rochas e seu posterior emprego em fases de adequação de materiais. Em situação de arrendamento da jazida, transfere-se somente o direito de uso da mina, permanecendo a titularidade com o arrendante, assim como a responsabilidade solidária na tarefa de fiscalizar as atividades ali empreendidas.

O DNPM deve observar o cumprimento, pelos agentes exploradores, das obrigações legais pertinentes e, em situações extremas, pode cassar a concessão da lavra. A observância dos princípios do Direito Ambiental e da legislação pertinente, dessa maneira, deve ser tarefa de todos os agentes que executam empreendimentos na mina.

3.1 Órgãos fiscalizadores

A CF/88, em seus artigos 23 e 24, estabelece que a competência para proteger o meio ambiente, combater a poluição e fiscalizar a exploração de recursos minerais é comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como dispõe que os três entes federados podem legislar

concorrentemente sobre a responsabilidade por danos ao meio ambiente e sobre a conservação e proteção da natureza.²

Nesse esteio, diversos são os órgãos existentes que possuem aptidão e idoneidade para atuar na seara ambiental, especificamente na exploração minerária, como fiscalizadores das atividades realizadas nas minas.

O Departamento Nacional de Produção Mineral foi instituído pela Lei nº. 8.876 de 1994. Segundo essa disposição normativa, é este departamento uma autarquia cuja finalidade principal é promover o planejamento e o fomento da exploração e do aproveitamento dos recursos minerais, além de assegurar, controlar e fiscalizar o exercício dos empreendimentos de mineração em todo o País.³

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), por sua vez, é autarquia federal, dotada de autonomia administrativa com finalidade de exercer o poder de polícia ambiental, executando ações supletivas de competência da União.⁴

Esse poder de polícia constitui uma prerrogativa da Administração Pública, a qual pode limitar ou disciplinar direitos, interesses e liberdades e regular a prática de atos ou de abstenções de fato, em razão do interesse público concernente à saúde da população, à conservação de ecossistemas, ao exercício de atividades econômicas entre outras que necessitem da concessão, autorização ou permissão do Poder Público (devido ao seu potencial de poluição ou agressão à natureza).

² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 23. “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; [...]” Art. 24. “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; [...] VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; [...]”

³ Lei nº. 8.876, de 02 de maio de 1994. Art. 3º “A autarquia DNPM terá como finalidade promover o planejamento e o fomento da exploração e do aproveitamento dos recursos minerais, e superintender as pesquisas geológicas, minerais e de tecnologia mineral, bem como assegurar, controlar e fiscalizar o exercício das atividades de mineração em todo o território nacional, na forma do que dispõe o Código de Mineração, o Código de Águas Minerais, os respectivos regulamentos e a legislação que os complementa, competindo-lhe, em especial: [...]”

⁴ Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989. Art. 2º. “É criado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de: I - exercer o poder de polícia ambiental; II - executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente; e III - executar as ações supletivas de competência da União, de conformidade com a legislação ambiental vigente.

Esclarece-se, portanto, com fundamento nos artigos 4º, 5º e 6º da Resolução nº. 237 do CONAMA⁵, que as competências para a fiscalização ambiental e emissão de licenças são distribuídas territorialmente em função da gravidade dos danos. O fato de os minérios serem bens pertencentes à União não atrai necessariamente a competência administrativa federal (do IBAMA). Deve-se observar sobretudo a predominância do interesse como critério para essa disposição de competências.

De maneira simplificada, o IBAMA atuará nos empreendimentos e nas atividades com impacto ambiental de repercussão nacional ou regional. Já o órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal será responsável por atuar perante os empreendimentos cujos impactos ultrapassem o limite de um ou mais municípios, enquanto os órgãos ambientais municipais são idôneos para reprimir atividades de impacto local. O IBAMA então possui competência supletiva ou subsidiária à dos demais órgãos, supervisionando-os e auxiliando em seu desempenho quando solicitado. O fato de o estudo ora desenvolvido se ater primordialmente ao estado do Espírito Santo, conforme já exposto, justifica as menções reiteradas ao DNPM, tendo em vista sua atuação fiscalizadora em empreendimentos geradores de impactos intermediários.

Vale mencionar que todos os órgãos acima elencados constituem o Sistema Nacional do Meio Ambiente- SISNAMA, instituído e estruturado pela Política Nacional de Meio Ambiente.⁶ A finalidade do sistema é estabelecer uma rede de agências governamentais que visem o asseguramento de mecanismos de implementação e acompanhamento da PNMA.

3.2 Licenciamento Ambiental

O foco central do licenciamento ambiental é controlar as atividades potencialmente poluidoras, operacionalizando os princípios do Direito Ambiental, especialmente os princípios do poluidor-pagador, da prevenção e da precaução, com o fito de assinalar os riscos inerentes à atividade em questão, formando um ato decisório de implementação ou não do empreendimento, bem como quais serão as medidas mitigadoras e compensadoras da degradação a serem implementadas.

Conforme estabelecido na PNMA e na Lei Complementar nº. 140 de 2011, o licenciamento ambiental é “o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou

⁵ Resolução nº. 237, de 19 de dezembro de 1997.

⁶ Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981.

empreendimentos utilizadores de recursos ambientais efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”.⁷ O licenciamento é uma imposição legal prévia à instalação de qualquer atividade potencialmente degradadora da natureza.

A LC 140/2011 dispõe que os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo (representado pelo respectivo órgão ambiental), de modo que os demais entes interessados podem se manifestar ao órgão responsável de maneira não vinculante.⁸

A Resolução do nº. 237 do CONAMA, de 1997, disciplina a concessão das licenças ambientais e os documentos necessários para este fim. Essas poderão ser expedidas isoladas ou sucessivamente, de acordo com as características, a natureza e a fase da atividade. Subdividem-se, portanto, em licença prévia (concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento), licença de instalação (autoriza atividades de implantação do empreendimento) e licença de operação (permite, após a verificação do cumprimento efetivo do que consta das licenças anteriores, a operação da atividade a ser realizada).

A Resolução nº. 237 estabelece diretrizes básicas para a determinação dos prazos de validade de cada licença, todavia, estes variam de acordo com a modalidade e com a legislação federal e estadual vigentes. No estado do Espírito Santo, a licença de operação, de acordo com o Decreto nº. 1777-R de 2007, é válida de 04 a 06 anos⁹, enquanto a Resolução nº. 237/97 determina um intervalo de 04 a 10 anos para esta mesma licença.¹⁰

As licenças para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de degradação ambiental dependerão de prévio estudo de impacto ambiental (EIA) e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (RIMA) de modo a evitar a ocorrência de possíveis danos ambientais. Vale mencionar que a concessão de uma licença não implica necessariamente a concessão da posterior, bem como a irregularidade em uma delas, não obrigatoriamente enseja irregularidade nas demais.

⁷Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011.

⁸LC 140/2011. Art. 13. “Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar. § 1º Os demais entes federativos interessados podem manifestar-se ao órgão responsável pela licença ou autorização, de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos do licenciamento ambiental.”

⁹Art. 12, VII - O prazo de validade da Licença de Operação (LO) será de, no mínimo, de 04 (quatro) anos e, no máximo, de 06 (seis) anos. Decreto 1.777-R de 08 de janeiro de 2007. Espírito Santo.

¹⁰Art. 18, III - O prazo de validade da Licença de Operação (LO) deverá considerar os planos de controle ambiental e será de, no mínimo, 04 (quatro) anos e, no máximo, 10 (dez) anos. Resolução CONAMA 237 de 19 de dezembro de 1997.

3.3 EIA e RIMA

A Resolução 237 define ainda o que são os estudos ambientais:

“todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.”¹¹

A partir dessa conceituação, destaca-se que a existência do RIMA depende do estudo de impacto ambiental. Ou seja, o EIA é o instrumento que lhe oferece conteúdo e substância. O relatório deve ser apresentado de maneira clara e adequada ao entendimento do público, pois a sua acessibilidade é garantida pelo órgão ambiental por ele responsável.

Seja qual for o ente federativo envolvido no licenciamento e na fiscalização do empreendimento, o processo avaliativo dos impactos ambientais deve ser realizado em três níveis, a saber: uma triagem, que seria a etapa inicial cujo resultado é a produção do EIA; uma etapa de análise técnica, com elaboração do EIA/RIMA e a decisão que vislumbra a aprovação ou não do licenciamento; e finalmente, quando concedida a aprovação, uma análise do monitoramento e da gestão ambiental das atividades.¹²

3.4 Deslocamento de Competência

Em análise da legislação estadual do Espírito Santo, observou-se que a Resolução nº. 05 do CONSEMA/ES determinava, de acordo com o seu anexo único, que era considerado impacto local o desdobramento de rochas ornamentais, quando exclusivo, cuja capacidade máxima de produção de chapas desdobradas (CMCD) fosse menor ou igual a 12.000 metros quadrados (m²) por mês¹³. Portanto, esta atividade era tratada como de médio potencial poluidor/degradador, podendo

¹¹ “Art. 1º - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições: [...] III - Estudos Ambientais: são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.”

¹² CASTELLANO, Elisabete Gabriela, CRESTANA, Silvio, ROSSI, Alexandre. Direito Ambiental- Princípios Gerais do Direito Ambiental. 1ª edição. Brasília/DF: Editora Embrapa, 2014. Volume 1, Seção 1, Parte 3, Capítulo 2 – O processo de avaliação de impactos ambientais no Brasil, Flávio Henrique Mingante Schlittler, pp. 203 a 206.

¹³ Anexo único, item 3.01 da Resolução do CONSEMA nº. 05 de 17 de agosto de 2012.

até o porte limite de CMCD acima mencionado, gerar somente impactos locais. Conclui-se assim que, para portes superiores a este, deslocava-se a competência para o âmbito estadual.

A recente resolução emitida em 2016, nº. 02-CONSEMA/ES, revoga o disposto neste sentido. O anexo II estabelece para o desdobramento de rochas ornamentais, quando exclusivo, que, para qualquer porte de capacidade máxima de produção de chapas desdobradas na mina será considerado impacto de âmbito local aquele oriundo desta atividade¹⁴. Por essa razão, o agente que possua qualquer irregularidade ambiental decorrente da atividade em jazida, independentemente do potencial produtor e possivelmente poluidor desta, deve reportar-se ao órgão competente em âmbito municipal.

4 BENEFICIAMENTO MINERAL

O beneficiamento mineral consiste na alteração da rocha bruta para adequá-la as condições de mercado, reduzindo o seu tamanho e transformando-a em blocos. O Ministério de Minas e Energia conceitua beneficiamento ou tratamento de minérios como etapa que “visa preparar granulometricamente, concentrar ou purificar minérios por métodos físicos ou químicos sem alteração da constituição química dos minerais.”¹⁵

Segundo a Norma Reguladora de Mineração (NRM) ¹⁶ nº. 18, todo projeto de beneficiamento de minérios deve otimizar a etapa para obter o máximo aproveitamento da rocha e dos insumos, observadas as condições de economicidade e de mercado e deve desenvolver essa atividade observando a segurança, a saúde ocupacional e a proteção ao meio ambiente.

O beneficiamento mineral, que compreende operações de corte, podendo incluir ainda o tratamento de superfícies com polimento, flambagem e outros métodos, pode ter como objetivo enquadrar o minério segundo o tamanho, a forma, ou outro parâmetro físico para tornar o produto da lavra comercial. Pode concentrar o teor do mineral de interesse no minério, de forma a adequá-lo a especificações mercantis e separar ou extrair o mineral de interesse no minério da fração não aproveitável da rocha, que após a separação se torna um rejeito¹⁷. Essas técnicas geram resíduos sólidos oriundos do recorte de peças brutas, bem como produzem um efluente líquido com material sólido (pó) proveniente destes cortes.

¹⁴Anexo II, item 3.01 da Resolução do CONSEMA nº. 02 de 03 de novembro de 2016.

¹⁵Ministério de Minas e Energia do Brasil (MME) e Portal de apoio ao pequeno Produtor Mineral (PORMIN).

¹⁶ Instituídas pela Portaria nº 237 de 18 de outubro de 2001 do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM).

¹⁷ Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2012, Belo Horizonte.

Há basicamente três tecnologias para o beneficiamento primário de blocos de rochas ornamentais em peças de dimensões mais aproximadas daquelas que terão os produtos finais: o corte em tear de lâminas, o corte com fio diamantado e o corte com talha-blocos de discos diamantados.¹⁸

A indústria de mineração e beneficiamento de granitos no Brasil é uma das mais promissoras áreas de negócio no setor mineral. O país é um dos maiores produtores mundiais desse minério, tanto na forma de blocos como em produtos com acabamento final¹⁹. O Espírito Santo, segundo o anuário mineral estadual de 2015 do DNPM, teve, em 2014, 155.046 toneladas de produção beneficiada de granito, gnaisse e afins.²⁰

A produção de rochas ornamentais consiste em três etapas: extração, beneficiamento (que compreende o desdobramento ou serragem dos blocos de rocha em chapas e o polimento, responsável por dar acabamento ao produto) e comercialização.

O desdobramento, fase inserida na etapa de beneficiamento, consiste na serragem dos blocos no tear de lâminas. Essa máquina, a partir de suas lâminas, por meio do atrito, serra as rochas e produz as chapas brutas. Por outro lado, gera uma quantidade considerável de resíduos sólidos como o pó (resíduos de granulometria reduzida).

Para aumentar o atrito nesse processo e lubrificar as lâminas, utiliza-se uma mistura de água, cal e granalha. Este efluente líquido com material sólido fica em um circuito fechado que periodicamente é expurgado juntamente com o pó da rocha serrada e do resíduo da lâmina de aço produzindo o que se denomina de lama abrasiva.

O polimento, ainda inserido no beneficiamento, é realizado pela máquina chamada de politriz, por meio da utilização de água e de abrasivos de diversas granulometrias, também originando a lama abrasiva²¹. Estima-se que a partir do desdobramento de blocos de granito para a produção de chapas, cerca de 20% a 25% da rocha granítica se mistura com outros materiais e se transforma em rejeito²².

¹⁸ SOUZA, Júlio César de. “Determinação do custo de desdobramento de blocos em serrarias de rochas ornamentais”. Recife, Pernambuco.

¹⁹ FERREIRA, H. C, FERREIRA, H. S, MENEZES, R. R., NEVES, G. de A. Uso de rejeitos de granitos como matérias-primas cerâmicas. Campina Grande, Paraíba. 2002.

²⁰ Departamento Nacional de Produção Mineral. “Anuário Mineral Estadual- Espírito Santo, 2015, ano base 2014”, p. 05.

²¹ SILVA, André Araujo Alves. “Gestão de resíduos na indústria de rochas ornamentais, com enfoque para a lama abrasiva”. VII Congresso Nacional de excelência em gestão. 12 e 13 de agosto de 2011.

²² SOUZA, J.N., RODRIGUES, J.K.G., NETO, P. N. de S. “Utilização do Resíduo Proveniente da Serragem de Rochas Graníticas como material de enchimento em concretos asfálticos usinados a quente”.

A Instrução Normativa nº. 19 do Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (IEMA) do Espírito Santo dispõe sobre a definição dos procedimentos de licenciamento em atividades de beneficiamento de rochas ornamentais e conceitua em seu artigo 2º o que são os efluentes líquidos, os efluentes do processo industrial, os resíduos sólidos e demais definições, bem como em seu artigo 3º, § 1º, atribui responsabilidade à empresa geradora pela segregação dos resíduos sólidos visando o seu reaproveitamento otimizado e a adoção de ações mitigadoras da emissão de efluentes²³. Demonstra-se assim a importância de haver uma correta destinação e tratamento para esses materiais, objetivando necessidade de redução dos danos ambientais.

5 OS IMPACTOS AMBIENTAIS

Existe um impacto ambiental quando uma ação ou uma atividade produz uma alteração na natureza. Nessa conceituação, deve-se considerar o aspecto humano e o aspecto ecológico. Já o dano ambiental é qualquer lesão perpetrada contra um bem juridicamente tutelado. Ou seja, é a diminuição ou alteração de um recurso destinado à satisfação de interesses. Logo, sendo o meio ambiente um bem juridicamente protegido, toda modificação nociva a algum de seus elementos é considerada um dano ambiental, independentemente de haver ou não culpa por parte do agente.²⁴

A atividade de mineração provoca principalmente a poluição da água, a poluição do ar, a poluição sonora, a subsidência do terreno explorado e os incêndios ocasionados pelo carvão e pelos rejeitos radioativos²⁵.

A atividade minerária é causadora de danos irreversíveis desde o início da cadeia, pois a extração de rochas, mesmo que realizada de forma cautelosa e com a observância da legislação ambiental, trata-se da retirada de um mineral, causando impactos visuais negativos e erosão, uma vez que é retirada a vegetação do solo.

Conforme ora explicitado, no beneficiamento das rochas ornamentais, os danos causados provêm da emissão de soluções (como a lama abrasiva) e de resíduos sólidos. Vale ressaltar que o principal problemática da geração de subprodutos é, na verdade, a maneira de descarregamento e de alocação desses resíduos.

²³Instrução Normativa nº. 19 de 17 de agosto de 2005. Governo do Estado do Espírito Santo- IEMA.

²⁴ CASTELLANO, Elisabete Gabriela, CRESTANA, Silvio, ROSSI, Alexandre. Direito Ambiental- Princípios Gerais do Direito Ambiental. 1ª edição. Brasília/DF: Editora Embrapa, 2014. Volume 1, Seção 2, Parte 2, Capítulo 1 – Evolução da responsabilidade civil ambiental no Brasil, pp. 425 a 427.

²⁵ SILVA, João Paulo Souza. “Impactos ambientais causados por mineração”. Revista Espaço da Sophia- nº. 08-novembro/2007- mensal- ano I. Brasília.

Na etapa de desdobramento, os resíduos são os fragmentos das rochas, plásticos, papéis e papelões oriundos das embalagens dos insumos utilizados, óleo e graxa decorrentes da manutenção dos teares, metais provenientes das lâminas gastas e peças substituídas e, o mais notório, a lama abrasiva.

O Espírito Santo com toda a sua expressividade nesse mercado gera uma quantidade extremamente significativa de lama abrasiva, ocorrendo uma proliferação desmesurada de aterros para o lançamento desse subproduto, situação essa que inclusive diminui a quantidade de terra fértil e produtiva. Essa lama é também, por vezes, descartada em córregos, ravinas, lagos e rios, havendo a formação de depósitos a céu aberto, depreciando o solo e, quando seca, sua poeira inspirada é prejudicial à saúde humana e animal. A partir desse resíduo, ocorre ainda a poluição dos cursos de água e dos mananciais.

5.1 Filtro Prensa

Nessa problemática, insere-se o filtro prensa. É o maquinário destinado à separação das soluções compostas pela mistura de sólidos e de líquidos, possibilitando a destinação ou a reutilização desses resíduos para diversas funções. Ele reduz o teor de umidade permitindo o reaproveitamento de parte da água, bem como do subproduto sólido.²⁶ Além disso, apresenta elevado custo-benefício para o empresário que o emprega e é uma máquina de fácil manuseio, não necessitando de operadores especializados.

É evidente a necessidade da adoção deste equipamento, sobretudo pelo que dispõe a Instrução Normativa nº. 19, uma vez que este dispositivo responsabiliza as empresas exploradoras de jazidas pelo adequado gerenciamento de resíduos sólidos e efluentes líquidos desde sua geração até a destinação final.

O filtro prensa é requisito essencial para a emissão da licença de operação pelo órgão competente, pois o licenciamento ambiental só poderá ser requerido mediante apresentação da documentação pertinente às três fases do licenciamento, seguindo diretrizes técnicas como a comprovação da destinação final dos resíduos tratados por meio de recibo e/ou de notas fiscais.

²⁶REIS, Alessandra Savazzini, ALVAREZ, Cristina Engel. “A sustentabilidade e o resíduo gerado no beneficiamento das rochas ornamentais”. Espírito Santo. 2007.

5.2 A redução dos impactos e a gestão dos resíduos

É responsabilidade do agente gerador de subprodutos sólidos e líquidos geri-los e dar-lhes destinação adequada, bem como o seu reaproveitamento quando possível. A primeira estratégia na gestão de resíduos deve ser buscar reduzir a geração desses, para posteriormente aplicar as técnicas de reutilização e reciclagem.

A reciclagem de rejeitos industriais é objeto de diversas pesquisas com o fito de minimizar a ação de materiais poluentes que degradam o meio ambiente. O reaproveitamento de rejeitos deve ser tratado como uma atividade complementar ao processo industrial, pois possibilita, por vezes, a redução de custos finais quando se agrega valor ao resíduo²⁷.

No que tange à lama abrasiva, é fundamental a sua eficiente gestão desde a sua geração até a sua disposição final, buscando-se, principalmente, reduzir a produção deste rejeito, o que pode se viabilizar a partir da elaboração de um plano de gerenciamento de resíduos (PGR), de suma importância.

Há estudos que demonstram a utilização do resíduo da serragem de granito como matéria-prima cerâmica, devido a sua similitude com matérias-primas convencionais, sobretudo na fabricação de artefatos cerâmicos como tijolos, artefatos de cimento como bloquetes de pavimentação, produção de argamassa, como material de enchimento em concreto asfáltico usinado a quente e até mesmo na indústria de cosméticos (podem ser os resíduos adicionados à massa de produção de sabonetes esfoliantes).²⁸

5.3 Análise de julgados

Ante o exposto, faz-se mister expor casos de infrações à legislação ambiental devido à geração de impactos negativos na natureza, tanto no estado do Espírito Santo, quanto em demais localidades brasileiras. A título de exemplificação, reproduzir-se-á três julgados, referentes a diferentes infrações ocorridas no Rio de Janeiro, no Distrito Federal e no estado capixaba.

²⁷FERREIRA, H. C, FERREIRA, H.S., NUNES, R.L.S., NEVES, G. de A. e SANTANA, L. N. L. Reciclagem de rejeitos de mármore e granitos utilizados em substituição a matérias primas convencionais para produção de revestimentos cerâmicos. Anais do 47º Congresso Brasileiro de Cerâmica. 15-18 de julho de 2008. João Pessoa, Paraíba.

²⁸ OLIVEIRA, Carolina Nascimento de. “Aplicação de resíduos oriundos do corte de rochas ornamentais na produção de cosméticos”. XVII Jornada de Iniciação Científica- CETEM 123, 2009.

No Rio de Janeiro, a sétima turma especializada do Tribunal Regional Federal, julgou um agravo de instrumento, em 2013, da seguinte maneira:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **EXTRAÇÃO DE GRANITO. ATIVIDADE POTENCIALMENTE POLUIDORA. NECESSIDADE DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL. ART. 225, CF.**

I. No caso ora apresentado, o Ministério Público Federal reputa como omissas as condutas dos órgãos IEMA e DNPM na fiscalização de extração de granito empreendida pela empresa requerida e seu sócio administrador, o que estaria causando danos de ordem ambiental e patrimonial.

II. Quanto à necessidade de apresentação de Estudo de Impacto Ambiental - **EIA e Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente - RIMA, são eles obrigatórios para as atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental.**

III. A Resolução nº 001/86 do CONAMA trata a atividade de extração de minério como de significativo impacto ambiental, tanto é assim que especificou a necessidade de elaboração de estudo de impacto ambiental e relatório de impacto ambiental.

IV. Merece ser ressaltado ainda, que a exigência do EIA/RIMA não fere o princípio constitucional da proporcionalidade ou da razoabilidade, eis que em matéria de tutela e proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve-se seguir o princípio da precaução que exige uma atuação preventiva cercada de cautela nos licenciamentos e autorização para realização de empreendimentos e atividades que possam, em tese, ser lesivas ao meio ambiente, bem de todos, tanto da atual quanto das futuras gerações.

V. Desta forma, tendo em vista informações colacionadas pelo MPF de lavra irregular ocorrida área, bem como que a atividade de mineração, indubitavelmente, utiliza recursos naturais, no caso granito, deve ser considerada potencialmente causadora de significativo impacto ambiental, vislumbro merecer provimento o pedido antecipatório para que seja exigido o EIA/RIMA para qualquer licenciamento relativo à poligonal do procedimento minerário DNPM nº 896.947/1995.

VI. Com relação ao procedimento minerário, empreendido pelo DNPM, conforme informações da mencionada autarquia federal, a empresa INTERNACIONAL MINERAÇÃO LTDA é titular dos direitos minerários representados no processo nº 896.947/1995, concessão de lavra outorgada pela Portaria nº 81, de 04/07/2011, publicada no DOU de 07/07/2011.

VII. Desta forma, diante das informações prestadas e documentos colacionados, em uma cognição sumária empreendida pelo Juízo, verificou-se a existência atual de título autorizativo para exploração minerária na área questionada, muito embora tenha sido constatada irregularidade no licenciamento ambiental realizado.

VIII. Agravo Interno parcialmente provido, para reformar a decisão monocrática de fls. 582/587, de forma a indeferir o pedido liminar de suspensão dos efeitos da Licença de Operação nº 252/2011, da Portaria de Lavra nº 81, de 04/07/2011 e do Parecer nº 453/2011/CONJUR/MME, bem como quanto ao pleito de paralisação das atividades extrativas da empresa INTERNACIONAL MINERAÇÃO LTDA e deferir, parcialmente, a antecipação da tutela recursal, para determinar a apresentação de estudo e relatório de impacto ambiental (EIA/RIMA), relativo à área em comento, arcando os Agravados com todos os custos necessários à confecção do documento. O EIA/RIMA deverá ser confeccionado em no prazo de 06 (seis) meses, a contar da intimação deste decisum sob pena de multa cominatória diária e solidária aplicada aos mencionados Agravados de R\$ 300,00 (trezentos reais), ex vi, § 4º, artigo 461 do CPC. (grifo nosso).²⁹

²⁹Agravo de Instrumento nº. 201202010145781 do Rio de Janeiro/RJ. Sétima turma especializada do TRF-2. Julgamento em 13 de janeiro de 2013. Relator: Desembargador Federal Reis Friede. Data de publicação: 29 de outubro de 2014.

Da ementa transcrita, infere-se claramente a necessidade de elaboração dos estudos e relatórios de impacto ambiental, justamente como maneira apta a prever quais impactos poderão advir de determinada atividade mineradora. A turma decidiu, unanimemente, dar parcial provimento ao recurso, de modo que não foi suspensa liminarmente a atividade do empreendimento, mas foi deferido o pedido liminar de apresentação do EIA e do RIMA, tendo em vista a urgência e o perigo em virtude da demora na elaboração desses documentos.

No Distrito Federal, situa-se uma apelação em mandado de segurança, deveras elucidativa para o tema em questão:

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. **EXTRAÇÃO DE GRANITO SEM LICENÇA DO ÓRGÃO COMPETENTE. PRÁTICA ILÍCITA. APREENSÃO DE EQUIPAMENTOS. LEI Nº 9.605/98. LEGALIDADE. PODER REGULAMENTAR. DECRETO Nº 3.179/99. TUTELA INSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE.**

1. A Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, prevê, em seu art. 72, inciso IV, a apreensão de instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração ambiental. O art. 25, § 4º, do mesmo diploma legal, também prevê que os instrumentos apreendidos, utilizados na prática da infração serão vendidos, garantida a sua descaracterização por meio da reciclagem.
2. No caso, as impetrantes não lograram comprovar a propriedade dos equipamentos apreendidos pela fiscalização do IBAMA e, sem a demonstração da premissa fática evocada, não há sustentação da tese jurídica nela escorada.
3. Não merece acolhimento a alegação de que o Decreto n. 3.179/99, vigente à época dos fatos, teria excedido o poder regulamentar, uma vez que a Lei nº 9.605/98 já previa, em seu art. 72, inciso IV, essa sanção. O Decreto, portanto, tinha respaldo legal.
4. A empresa Beg Mineração Ltda. foi **flagrada extraíndo granito sem autorização do órgão ambiental competente, daí a autuação da fiscalização do IBAMA, que não apresenta sequer indícios de ilegalidade ou abuso de poder.** Ao contrário, atuou a autarquia em consonância com sua função institucional de promover a tutela do meio ambiente preconizada no art. 225, caput, da Constituição da República.
5. Apelação a que se nega provimento. (grifo nosso).³⁰

A ementa explicitada acentua a importância da fiscalização, no caso em análise, do IBAMA. Ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis compete lavrar autos de infração ambiental e instaurar processos administrativos de apuração de infrações na esfera federal, conforme a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998). A competência de fiscalização ambiental, conforme já manifesto, é compartilhada com os demais entes da federação, estados, municípios e Distrito Federal, os quais integram o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA). A Lei Complementar nº. 140 é responsável pela delimitação do

³⁰Apelação em Mandado de Segurança nº. 385267320074013800. Quinta turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região- TRF-1. Julgamento em 08 de outubro de 2014. Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes. Data de publicação: 31 de outubro de 2014.

exercício da competência comum de fiscalização do ambiente, definindo as ações administrativas que competem a cada ente federado.³¹

Prevê ainda a aplicação da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº. 9.605/98), corolária da Lei nº. 6.938 de 31 de agosto de 1981, instituidora da Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA). Essa política estabelece a responsabilização civil objetiva³² pelos danos ambientais eventualmente ocorridos no território nacional, a qual se projeta no Direito nas searas civil, penal e administrativa.

A Lei nº. 9.605/98 dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Já a responsabilidade ambiental civil, esta se mostra distinta da responsabilidade civil clássica, uma vez que vai além da preocupação com o ressarcimento de direitos intersubjetivos. Ao lado da função reparatória está a prevenção e a precaução do dano, a função pedagógica (atribuindo à coletividade a incumbência de auxiliar na fiscalização da preservação do meio ambiente), a internalização dos custos da deterioração do ambiente pelo agente infrator, o fomento de atitudes mais responsáveis provenientes dos infratores, a restrição à instalação de empreendimentos irresponsáveis ambientalmente, bem como a ampliação de investimentos em tecnologias.

Essa atribuição de responsabilidade ao agente infrator, independentemente da existência de culpa, reforça a proteção ao ambiente. Todavia, faz-se necessária também a aplicação de instrumentos adequados à inibição das infrações, já contidos no ordenamento jurídico pátrio.³³

Por fim, cabe a análise da decisão acerca de um mandado de segurança impetrado por uma empresa de mineração do Espírito Santo. A seguir, transcreve-se a decisão da Juíza Federal Substituta da 5ª vara da seção judiciária do Distrito Federal:

Trata-se de mandado de segurança impetrado por MINERAÇÃO SOSSAI LTDA. em face de ato imputado ao DIRETOR-GERAL DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL – DNPM, com pedido de liminar para que seja determinado o imediato encaminhamento do processo administrativo DNPM nº 896.422/2000 ao

³¹IBAMA- Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis. O que é fiscalização ambiental. Publicado: quarta-feira, 14 de dezembro de 2016.

³² Lei nº. 6.938/81. Art 14 – “Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...] § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.” (grifo nosso).

³³ CASTELLANO, Elisabete Gabriela, CRESTANA, Silvio, ROSSI, Alexandre. Direito Ambiental- Princípios Gerais do Direito Ambiental. 1ª edição. Brasília/DF: Editora Embrapa, 2014. Volume 1, Seção 2, Parte 2, Capítulo 1 – Evolução da responsabilidade civil ambiental no Brasil, pp. 419 a 442.

Ministério de Minas e Energia, para que seja outorgada a Portaria de Lavra, no prazo de 72 horas. Diz que, como empresa atuante no ramo de extração e comércio de rochas ornamentais, solicitou, em 24/10/2000, a cessão parcial de direito por desmembramento da Portaria de Lavra nº 336, de 04/09/2000, a qual gerou o processo administrativo nº 896.422/2000. Alega que, passados 10 anos, o pedido de concessão de lavra ainda não foi deferido, em razão da inércia do DNPM, inclusive tendo que impetrar 3 mandados de segurança com o objetivo de acelerar o procedimento de análise da aludida outorga. [...] O DNPM prestou informações [...] **Alega que a impetrante, além de estar procedendo à extração criminosa desde julho/2000**, o que gerou a expedição do Auto de Paralisação nº 20/2008, foi **responsável pela paralisação do processo em alguns momentos, diante da demora em apresentar a documentação exigida**. É o relatório. Nos termos do art. 7º, III, da Lei 12.016/2009, a concessão de medida liminar em mandado de segurança exige a presença concomitante de dois pressupostos, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Vejamos, então, se presente ou não o primeiro requisito. [...] No entanto, no caso presente, conforme informa a autoridade impetrada, alicerçada na documentação juntada, a impetrante, embora por diversas vezes intimada, protelou a apresentação da necessária “Licença de Instalação”, a ser expedida pelo IEMA – Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos, a qual somente veio a ser apresentada em 2008, tendo apresentado em data anterior somente a Licença de Operação, com renovação posterior, conforme pode se extrair do sumário da tramitação do Processo Administrativo [...] Em 03/09/2008 foi expedida DECLARAÇÃO do DNPM, a pedido do titular protocolado em 13/08/2008, que informa que o processo se encontra com **pendência por parte do titular de apresentação de Licença de Instalação**, para **prosseguimento do pedido de concessão de lavra**. E que em 30/05/2008 o titular apresentou requerimento de GU, aguardando análise (fl.211). Do que se vê, **a não apresentação de documento imprescindível à apreciação do pedido foi determinante para a demora na análise do pedido de outorga em referência, não podendo se atribuir exclusivamente à autoridade impetrada, como quer a impetrante**. Ademais, ressalte-se, que, em razão da conduta da impetrante, foi lavrado o Auto de Paralisação nº 20/2008, de 28/11/2008 (fls. 144), determinando a “paralisação imediata das atividades de extração de granito em todas as frentes de lavra existentes e localizadas no interior da poligonal que define a área do processo DNPM nº 896.422/2000”, tendo em vista constituir-se de **atividade ilegal de lavra a sua extração sem a competente autorização**. É certo que a atividade fiscalizatória de atividade ilegal da impetrante, justamente na área objeto do pedido em referência, também contribuiu para a demora na análise e conclusão do pedido de outorga, fato do qual a impetrante não pode de eximir, por ser de sua inteira responsabilidade. Desse modo, as questões pendentes inviabilizam o pedido de encaminhamento do processo administrativo DNPM nº 896.422/2000 ao Ministério de Minas e Energia, como pretende a impetrante. De tudo o que foi exposto, não vislumbro a presença do *fumus boni iuris*, pelo que INDEFIRO A LIMINAR. (grifo nosso).

34

A sentença somente corroborou o que foi acima exposto, denegando a segurança requerida pela empresa impetrante. Ora, sabe-se que é imprescindível a apresentação das licenças ambientais para que, caso regularizado o empreendimento, seja viabilizado o início das atividades. A empresa impetrante não apresentou em tempo hábil a documentação exigida pelo DNPM para obter o direito parcial de mineração, referente à área de 30,17 hectares localizada no Espírito Santo. A autarquia solicitou o cumprimento das exigências, concedendo prazo regulamentar de 180

³⁴Processo nº. 23657-39.2010.4.01.3400 - Mandado de Segurança. Impetrante: Mineração Sossai Ltda. Impetrado: Diretor-Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM. Quinta vara federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região- TRF-1. Autos arquivados em 02 de dezembro de 2011. Juiz Federal Substituto da 5ª vara SJ/DF: Paulo Ricardo de Souza Cruz.

dias, a empresa mineradora, por sua vez, solicitou a prorrogação da data para apresentação de sua licença ambiental. O DNPM ofereceu ainda três oportunidades reiterando a necessidade de apresentação da licença, pedido que não foi atendido. Após fiscalização realizada pela autarquia, o Departamento constatou que a exploração de granito estava ocorrendo de forma ilegal, motivando-o a embargar a mina.³⁵

Fica demonstrado portanto o destaque da atuação do Poder Judiciário nas atividades mineradoras em todo o país, em decorrência de seu potencial ofensivo ao meio ambiente e da complexidade de regramentos normativos que devem ser observados pelos empreendedores da atividade minerária.

6 REGULARIZAÇÃO DAS INFRAÇÕES

A infração administrativa ambiental é qualquer ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, proteção, promoção e restauração do meio ambiente. A autoridade ambiental deve promover a apuração imediata da infração, por intermédio de um processo administrativo próprio, sob pena de concorrer na responsabilização pelo dano do agente.

O estado do Espírito Santo, especificamente, diante de todas as possíveis causas de poluição e demais impactos ambientais negativos oriundos das atividades mineradoras, estabeleceu o Decreto nº. 1.777-R/ES (alterado em partes pelo Decreto nº. 1.972-R/ES de 26 de novembro de 2011), que dispõe sobre o sistema de licenciamento e controle das atividades poluidoras ou degradadoras do meio ambiente.

Em seu artigo 2º, XVII, prevê o Decreto um Termo de Compromisso Ambiental. Este documento tem o fito de fixar obrigações e condicionantes técnicas que deverão ser cumpridas a rigor pelo agente explorador em caso de irregularidades na atividade a que der causa. Deve o infrator buscar cessar, corrigir, recompor, adaptar ou reduzir os efeitos negativos sobre o ambiente e possibilitar que outros agentes corrijam as suas irregularidades, atendendo às exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes e adequando-se à legislação ambiental. Percebe-se que esse termo é uma maneira de reparar o dano gerado sem a necessidade de dar-se início a um processo administrativo, o que causaria maiores prejuízos tanto para o agente causador, quanto para a natureza, devido à possibilidade de ocorrência de morosidade no procedimento.

³⁵Advocacia Geral da União- Mais Notícias. AGU e DNPM asseguram na Justiça proibição de extração de granito por empresa que não apresentou documentação em tempo hábil. Publicação em 26 de outubro de 2011.

Esse termo estipulado pelo Decreto em muito se assemelha ao Termo de Ajustamento de Conduta proposto pelo Ministério Público. A partir da atuação do DNPM como fiscalizador, o órgão pode propor uma ação judicial contra o infrator das normas ambientais, dando ensejo à propositura do termo, de modo que o agente incorrerá nas sanções cabíveis dispostas na legislação ambiental.

Todavia, o Termo de Compromisso que o Decreto nº. 1.777-R/ES trata se diferencia deste último porque permite o ajustamento da atividade pela via administrativa, sem a intervenção do Poder Judiciário. Quando celebrado, possibilita que o agente proceda com uma Licença Ambiental de Regularização (LAR), a qual contém todas as fases do licenciamento, para empreendimento ou atividade que já esteja em funcionamento, ou em fase de implantação. Estabelecem-se portanto as condições, as restrições e as medidas de controle, adequando a atuação do agente às vigentes normas ambientais.

Faz-se mister mencionar ainda os demais instrumentos adequados a reprimir as infrações à legislação ambiental, quando não for possível a sua regularização prévia. Uma vez que a responsabilidade ambiental se desdobra nas searas civil, penal e administrativa, há diversas maneiras de coibir as atividades gravosas ao ambiente. É possível elencar o Processo Administrativo Ambiental, a Ação Civil Pública Ambiental, o Mandado de Segurança Ambiental, o Mandado de Injunção Ambiental, a Ação Popular Ambiental e a aplicação das penas previstas na Lei nº. 9.605/98 quando da ocorrência de um crime ambiental.

6.1 Reparação dos danos ambientais

Os danos ambientais podem ser classificados, segundo a sua extensão, como patrimoniais ou extrapatrimoniais. Os patrimoniais se referem à perda material suportada pela coletividade, referindo-se à restituição, à recuperação ou à indenização do bem ambiental prejudicado. Já os danos extrapatrimoniais se relacionam à sensação de padecimento experimentada por aqueles que sofrem consequências oriundas da atividade danosa.

A reparação desses danos pode ocorrer, simplificadamente, de duas maneiras: pela restauração natural ou pela compensação ecológica. A restauração natural, também chamada de “in situ” busca a restabelecer o *status quo ante* da área prejudicada. Esta é a forma mais adequada de se ressarcir o dano ocasionado e, por esse motivo, prevalece sobre as demais formas de reparação.

Já a compensação ecológica consiste na substituição dos bens ambientais impactados por outros que guardem com eles equivalência. Pode ser por meio de substituição por equivalente no mesmo local, substituição por equivalente em outra localidade e indenização em pecúnia. Considera-se que essas medidas devem ser adotadas nesta ordem, sendo considerada como *ultima ratio* a conversão da reparação do dano em quantia indenizatória, visto que o preferível e mais eficaz é a recuperação *in loco* do ambiente.

7 COMPLIANCE AMBIENTAL

Diante de todo o exposto, depreende-se que, em um cenário ideal, é preferível evitar que se dê ensejo ao cometimento de infrações à legislação ambiental e à geração de danos. Destarte, é possível considerar a adoção de um programa de *Compliance* Ambiental como medida preventiva.

Os programas de *Compliance* Ambiental se inserem no contexto atual de integração da natureza aos setores empresariais. Representam a consolidação da sustentabilidade como elemento indissociável da atividade empresarial, inserindo boas práticas corporativas a fim de alcançar o equilíbrio entre a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico.

Representa ainda uma alternativa apta a prevenir delitos e a posterior responsabilização da Pessoa Jurídica nas searas ambiental e penal, representando um modelo extrajudicial de implementação do cumprimento de normas atinentes a padrões éticos, preventivos e jurídicos, os quais a maioria das empresas ainda não está adaptada.

7.1 Fundamentação principiológica

O Direito Ambiental se incumba de defender principalmente os direitos difusos, isto é, a proteção ambiental não possui um destinatário específico, uma vez que a Constituição Federal de 1988 concebe o meio ambiente como um “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”³⁶. A Carta Magna traduz uma densa base principiológica genérica, isto é, aplicável a diversas esferas da vida em sociedade. Não obstante, recepciona outrossim os princípios intrínsecos à seara ambiental, bem como direitos e deveres.

³⁶Constituição Federal de 1988, 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.”

A preservação e a manutenção de um habitat adequado à vida dos seres humanos em consonância com os demais seres vivos é matéria de interesse público. Nesse esteio, as normas e os princípios constitucionais e ambientais definem a postura do cidadão em relação ao meio ambiente (regulam o uso dos recursos naturais ou das atividades humanas capazes de afetar ou transformar a natureza), bem como o desempenho da atividade empresarial, que deve observar os ciclos naturais da flora e da fauna.

Entende-se que um princípio é uma norma jurídica considerada como determinante para aquelas que lhe são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando posteriormente o preceito em direções mais categóricas. O princípio, seja ele expresso em uma formulação legislativa ou, diversamente, tácito ou implícito em um ordenamento, se configura como uma norma, aplicável como regra de certos comportamentos públicos ou privados.³⁷

A esse respeito, vale reproduzir as considerações de importantes doutrinadores:

A importância vital que os princípios assumem nos ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional. (BONAVIDES, 2014, p. 295).³⁸

O que constitui um princípio jurídico? Fundamentalmente, o direito tem a função de servir. Um sistema jurídico não pode por si só iniciar e monitorar a mudança social; no entanto, pode formular alguns parâmetros para a direção e a extensão da mudança social. Se esses parâmetros são suficientemente claros e refletem o que a sociedade sente sobre as mudanças ocorridas, eles serão eficazes. Se eles não são claros ou ignoram realidades sociais, terão pouco impacto. É fundamental, portanto, definir os parâmetros de forma clara e realista. (BOSELNANN, 2015, p. 65).³⁹

O arcabouço principiológico constitucional relativo ao Direito Ambiental, especificamente, se sustenta sobretudo no artigo 225 da Lei Maior, instituindo a partir dele uma teia regulatória que integra a ordem pública ambiental. Elucida-se a partir desse dispositivo, nitidamente, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, o princípio do poluidor-pagador e o dever de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais. Destes, é possível, ainda que de maneira latente, deduzir via esforço interpretativo, o dever genérico de não degradar e os princípios da primariedade do meio ambiente e da explorabilidade limitada.⁴⁰

³⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 29ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 278. (apud Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*. Milão, 1952).

³⁸ BONAVIDES, op. cit., p. 295.

³⁹ BOSELNANN, Klaus. O princípio da Sustentabilidade: transformando Direito e Governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁴⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 19, n.º 01, jan./jun. 2008.

Assevera-se ainda quanto ao princípio do desenvolvimento sustentável. Este, no que lhe concerne, significa a obtenção de um desenvolvimento que satisfaça as necessidades existentes no momento presente sem que seja comprometida a capacidade de as futuras gerações satisfazerem as suas. Deve-se atentar para a importância de que a sustentabilidade comece pelo desenvolvimento sustentável ecológico, posto que é condição para que seja alcançada nas demais searas.⁴¹

Para isso, o princípio da prevenção determina que sejam adotadas medidas para afastar ou, ao menos, minimizar os prejuízos causados ao meio ambiente natural em virtude das atividades humanas. O princípio da precaução, por sua vez, expressa a indispensabilidade de se agir com cautela quando existam dúvidas ou incertezas acerca do dano que pode ser reproduzido a partir de determinada prática.

Há ainda o princípio do poluidor-pagador, invocado por ser hábil a responsabilizar o agente causador de danos. Determina que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, prestando a devida atenção ao interesse público, de modo a não provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.

Tais considerações postas, quando de uma análise realizada sob o prisma da atual conjuntura social, reflete-se acerca do fato de que a atividade humana está intimamente conectada ao ambiente ecológico, isto é, não mais se priorizam as relações sociais em detrimento das demais. Atribui-se igual patamar às relações sociais e às ecológicas, no intento de que o ser humano não mais considere a si mesmo como organismo hierarquicamente superior ao ambiente em que se insere, mas como parte dele, o que desencoraja os comportamentos abusivos⁴². É o que assinala Bosselmann:

Fundamentalmente, precisamos pensar de forma diferente sobre a governança e o papel das pessoas nela. A governança não pode mais ser limitada a relações puramente sociais. Precisamos, também, refletir sobre as nossas relações ecológicas. O tradicional foco de governança é a comunidade humana. O novo foco deve ser a comunidade mais ampla da vida. A inclusão de toda a vida (além da vida humana) marca uma mudança importante (BOSELMMANN, 2015, p. 220).⁴³

⁴¹ BOSELMMANN, Klaus. O princípio da Sustentabilidade: transformando Direito e Governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.42.

⁴²“Da perspectiva centrada na sustentabilidade, os direitos precisam ser complementados por obrigações. A mera defesa dos direitos ambientais não altera o conceito antropocêntrico dos direitos humanos. Se, por exemplo, os direitos de propriedade continuam sendo compreendidos de maneira isolada e separada às limitações ecológicas, eles reforçarão o antropocentrismo e incentivarão comportamento abusivo”. BOSELMMANN, Klaus. O princípio da Sustentabilidade: transformando Direito e Governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 145.

⁴³ BOSELMMANN, op. cit., p. 220.

Dessa apreciação principiológica alcança-se o entendimento de que o direito ao ambiente é um direito fundamental e, sob a ótica do Direito Privado, constitui um direito da personalidade. Ostentar esse status significa que nenhum agente, público ou privado, poderá tratar o meio ambiente como valor secundário, acessório ou insignificante. Faz-se mister que as empresas e os demais empreendimentos que atuem sobretudo na esfera ambiental, estejam munidos de regulações e imposições internas que regulem as suas atividades, dirimindo situações conflituosas com as normas e com os princípios jurídicos.

7.2 Implementação do *Compliance*

Considera-se viável a elaboração de um *Compliance* Ambiental a fim de conduzir as atividades empresariais em atinência aos princípios ambientais e de delimitar os parâmetros para o adequado exercício da atividade mineradora. A partir dele será possível mitigar a geração de danos e de impactos ambientais, prevendo as condutas que podem desencadeá-los e estipulando medidas que evitem o seu surgimento.

Providências que priorizem a prevenção de riscos são mais satisfatórias e econômicas do que o enfrentamento de litígios judiciais decorrentes da inobservância da legislação ambiental. O planejamento dessas orientações de atuação reduz também ameaças desnecessárias à praxe empresarial, tornando a sua atuação mais estável. Deve o programa de *Compliance* se ater a três esferas principais: a prevenção da prática de infrações, a detecção das violações eventualmente cometidas no menor prazo possível e a repressão aos atos praticados a partir da imposição interna de penalidades

O programa deve abranger todos os membros integrantes do grupo empreendedor, bem como os agentes externos com que se relaciona, monitorando o andamento dos empreendimentos, o trato com os fornecedores e terceirizados, buscando englobar todos aqueles que de alguma forma estejam vinculados à atividade desenvolvida.

É um instrumento de grande valia: compreende tanto o estabelecimento de uma conscientização ambiental quanto a regulação da atividade empresarial, a partir de regras próprias que viabilizam maior eficiência e qualidade. A questão ambiental é, vale destacar, um investimento atraente de publicidade, o qual eleva a imagem do empreendimento frente aos consumidores, investidores, fornecedores e aos demais envolvidos direta ou indiretamente com os seus serviços.

Pode então o empreendimento atuar, em tese, livre de sanções exteriores, posto que já existem operações repressivas internamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Revela-se assim a importância de remanejar os subprodutos oriundos do beneficiamento de rochas ornamentais para reduzir o seu potencial poluidor e degradador do ambiente, empregando-os em outras atividades que podem revelar-se também lucrativas ao empreendedor, bem como atrativas aos consumidores.

Demonstrou-se a partir das análises apresentadas a viabilidade da realização da exploração mineral em atinência à legislação ambiental, evitando a ocorrência de irregularidades e de danos ambientais.

Fica evidente a possibilidade de ajustar a conduta do agente tanto antes quanto depois de dar ensejo a um impacto ambiental negativo, seja por meio da adoção de um programa de *Compliance Ambiental*, estipulado internamente pelos empresários de determinada indústria exploradora, ou por intermédio da celebração de um Termo de Compromisso Ambiental. Preferencialmente, a opção mais adequada é evitar a geração do dano e o enfrentamento de litígios judiciais ou administrativos.

REFERÊNCIAS

AGU e DNPM asseguram na Justiça proibição de extração de granito por empresa que não apresentou documentação em tempo hábil. **Advocacia Geral da União**, 26 de outubro de 2011. Disponível em <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/168092>. Acesso em 30/03/2017.

ALVAREZ, Cristina Engel, REIS, Alessandra Savazzini. **A sustentabilidade e o resíduo gerado no beneficiamento das rochas ornamentais**. Espírito Santo. 2007. Disponível em <http://lpp.ufes.br/sites/lpp.ufes.br/files/field/anexo/2007_artigo_009.pdf>. Acesso em 02/12/2016.

BARBOSA, Michelle Sanches. **Compliance Ambiental**. São Paulo: Lex Magister S/A. Disponível em <http://www.lex.com.br/doutrina_24923022_COMPLIANCE_AMBIENTAL.aspx>. Acesso em 20/03/2017.

BENEFICIAMENTO DE MINÉRIOS. Ministério de Minas e Energia do Brasil (MME) e Portal de Apoio ao Pequeno Produtor Mineral (PORMIN). Disponível em <http://www.redeaplmineral.org.br/pormin/noticias/legislacao/beneficiamento_de_minerario.pdf>. Acesso em 02/12/2016.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **O meio ambiente na Constituição Federal de 1988**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 19, n.º 01, jan./jun. 2008. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional///index.php/informativo/article/view/449/407>>. Acesso em 22/03/2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

BOSELDMANN, Klaus. **O princípio da Sustentabilidade: transformando Direito e Governança**. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 91 de 18 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20/03/2017.

_____. **Lei Complementar nº 140 de 08/12/2011**. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em 02/12/2016.

_____. **Lei nº. 6.938, de 31/08/1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 30/03/2017.

_____. **Lei nº 7.735, de 22/02/1989**. Dispõe sobre a extinção de órgão de entidade autárquica, cria o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7735.htm>. Acesso em 31/03/2017.

_____. **Lei nº. 8.876, de 02/05/1994**. Autoriza o Poder Executivo a instituir como Autarquia o Departamento Nacional de Produção Mineral- DNPM, e dá outras providências. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1994/lei-8876-2-maio-1994-322504-norma-actualizada-pl.html>>. Acesso em 31/03/2017.

_____. **Lei nº. 9.605, de 12/02/1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em 30/03/2017.

_____. **Portaria nº 237 de 18 de outubro de 2001 do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM).** Aprova as Normas Reguladoras de Mineração – NRM, de que trata o Art. 97 do Decreto-Lei nº227, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em <<http://www.dnpm.gov.br/acesso-a-informacao/legislacao/portarias-do-diretor-geral-do-dnpm/portarias-do-diretor-geral/portaria-no-237-em-18-10-2001-do-diretor-geral-do-dnpm>>. Acesso em 02/12/2016.

_____. **Resolução do CONAMA nº 237 de 19 de dezembro de 1997.** Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=237>> .Acesso em 02/12/2016. Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2012, Belo Horizonte. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjQLHd7r7QAhVBiJAKHRG6BAcQFggdMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.mpmg.mp.br%2Fflumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A91CFA942729E930142998F174867F2&usg=AFQjCNFiGpa9kzsmv-v3QdBiIZBj_YTJxw>. Acesso em 02/12/2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª região. Agravo de Instrumento nº. 201202010145781- RJ. Rio de Janeiro/RJ, publicado em 29 de outubro de 2014. Disponível em <<https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/160036842/agravo-de-instrumento-ag-201202010145781-rj?ref=juris-tabs>>. Acesso em 30/03/2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº. 385267320074013800- DF. Brasília/DF, publicado em 31 de outubro de 2014. Disponível em <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/164673564/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-385267320074013800>>. Acesso em 30/03/2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº. 23657-39.2010.4.01.3400 - Mandado de Segurança. Impetrante: Mineração Sossai Ltda. Impetrado: Diretor-Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM. Autos arquivados em 02 de dezembro de 2011. Disponível em <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=236573920104013400&secao=DF&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em 30/03/2017.

CASTELLANO, Elisabete Gabriela, CRESTANA, Silvio, ROSSI, Alexandre. **Direito Ambiental-Princípios Gerais do Direito Ambiental.** 1ª edição. Brasília/DF: Editora Embrapa, 2014.
CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue Disposizionidi Principio.** Editora: Dott. A. Giuffrè. Milão, 1952.

ESPÍRITO SANTO. Departamento Nacional de Produção Mineral. **Anuário Mineral Estadual-Espírito Santo, 2015, ano base 2014.** Disponível em <<http://www.dnpm.gov.br/dnpm/paginas/anuario-mineral-estadual/anuario-mineral-estadual-espírito-santo-2015-ano-base-2014>>. Acesso em 02/12/2016.

_____. **Instrução Normativa nº 19 de 17 de agosto de 2005.** Dispõe sobre a definição dos procedimentos de licenciamento das atividades de beneficiamento de rochas ornamentais. Governo do Estado do Espírito Santo- IEMA. Disponível em <<https://iema.es.gov.br/instrucao-normativa-019-de-17-de-agosto-de-2005>>. Acesso em 02/12/2016.

_____. **Decreto nº 1.777-R de 08 de janeiro de 2007.** Espírito Santo. Dispõe sobre o Sistema de Licenciamento e Controle das Atividades Poluidoras ou Degradoras do Meio Ambiente, denominado SILCAP. Publicado no **Diário Oficial Estadual do Espírito Santo** em 09 de janeiro de 2007. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=126515>>. Acesso em 02/12/2016.

_____. **Decreto nº 1.972-R de 26 de novembro de 2007.** Espírito Santo. Altera dispositivos do Decreto nº 1.777-R, de 08 de janeiro de 2007, que dispõe sobre o Sistema de Licenciamento e Controle das Atividades Poluidoras ou Degradoras do Meio Ambiente denominado SILCAP. Publicado no **Diário Oficial Estadual do Espírito Santo** em 27 de novembro de 2007. Disponível em <http://www.bigwine.com.br/norma/decreto-1972-2007-es_125824.html>. Acesso em 20.03.2017.

_____. **Resolução do CONSEMA nº 02 de 03 de novembro de 2016.** Define a tipologia das atividades ou empreendimentos considerados de impacto ambiental local, normatiza aspectos do licenciamento ambiental de atividades de impacto local no Estado, e dá outras providências. Publicado no **Diário Oficial Estadual do Espírito Santo** em 10 de novembro de 2016. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=331303>>. Acesso em 02/12/2016.

_____. **Resolução do CONSEMA nº 05 de 17 de agosto de 2012.** Define a tipologia das atividades ou empreendimentos considerados de impacto ambiental local e dá outras providências. Publicado no **Diário Oficial Estadual do Espírito Santo** em 24 de agosto de 2012. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=244505>>. Acesso em 02/12/2016.

FERREIRA, H. C, FERREIRA, H. S, MENEZES, R. R., NEVES, G. de A. **Uso de rejeitos de granitos como matérias-primas cerâmicas.** Campina Grande, Paraíba. 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0366-69132002000200008>. Acesso em 02/12/2016.

FERREIRA, H. C, FERREIRA, H.S., NUNES, R.L.S., NEVES, G. de A. e SANTANA, L. N. L. Reciclagem de rejeitos de mármore e granitos utilizados em substituição a matérias primas convencionais para produção de revestimentos cerâmicos. **Anais do 47º Congresso Brasileiro de Cerâmica. 15-18 de julho de 2008.** João Pessoa, Paraíba. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjRop-_ntHQAhVEIZAKHdm6AxgQFggdMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.ipen.br%2Fbiblioteca%2Fcd%2Fcbc%2F2003%2Fartigos%2F47cbc-19-10.doc&usg=AFQjCNEOxi_lmo28GT-OxzLUI3THhobla>. Acesso em 02/12/2016.

IBAMA- Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis. **O que é fiscalização ambiental.** Publicado: Quarta, 14 de Dezembro de 2016, 16h10. Última atualização em

Sexta, 03 de Fevereiro de 2017, 17h04. Disponível em <http://www.ibama.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=825&Itemid=748#oque>. Acesso em 30/03/2017.

LEONHARDT, Roberta Danelon. **Novidades no Compliance Ambiental no Brasil**. Publicado em 14 de agosto de 2015. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225176,31047-Novidades+no+compliance+ambiental+no+Brasil>>. Acesso em 20/03/2017.

OLIVEIRA, Carolina Nascimento. Aplicação de resíduos oriundos do corte de rochas ornamentais na produção de cosméticos. **XVII Jornada de Iniciação Científica- CETEM 123, 2009**. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi-mPX8vtXQAhVBhJAKHcKGAWUQFgggMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cetem.gov.br%2Fcomponent%2Fk2%2Fitem%2Fdownload%2F578_ba8c2eefa73c6adf7767e093d5614515&usq=AFQjCNHokfQA-nrsmJ0quEaYvRAvtP53dg>. Acesso em 02/12/2016.

SILVA, André Araujo Alves. Gestão de resíduos na indústria de rochas ornamentais, com enfoque para a lama abrasiva. **VII Congresso Nacional de excelência em gestão**. 12 e 13 de agosto de 2011. Disponível em <<http://www.ramosaraujo.com.br/artigos/44307ef376.PDF>>. Acesso em 02/12/2016.

SILVA, João Paulo Souza. **Impactos ambientais causados por mineração**. Revista Espaço da Sophia- n°08- novembro/2007- mensal- ano I. Brasília. Disponível em <<http://www.registro.unesp.br/sites/museu/basededados/arquivos/00000429.pdf>>. Acesso em 02/12/2016.

SOUZA, Júlio César. **Determinação do custo de desdobramento de blocos em serrarias de rochas ornamentais**. Recife, Pernambuco. Disponível em <http://www.fiec.org.br/sindicatos/simagran/artigos_palestras/Determinacao_Custo_Desdobramento_de_Blocos_em_Serrarias_RochasOrnamentais.htm>. Acesso em 02/12/2016.

SOUZA, J.N., Rodrigues, J.K.G., Neto, P. N. de S. **Utilização do resíduo proveniente da serragem de rochas graníticas como material de enchimento em concretos asfálticos usinados a quente**. Disponível em <http://ambientes.ambientebrasil.com.br/residuos/artigos/utilizacao_do_residuo_proveniente_da_serragem_de_rochas_graniticas_como_material_de_enchimento_em_concretos_asfalticos_usinados_a_quente.html>. Acesso em 01/12/2016.



DIREITO INTERNACIONAL E HUMANOS

Revista Acadêmica
CLÓVIS BEVILÁQUA

IUS COMMUNE LATINO-AMERICANO A PARTIR DO BLOCO DE CONVENCIONALIDADE

Luis Haroldo Pereira dos Santos Junior¹

RESUMO

Diante das aproximações jurídicas entre os ordenamentos nacionais e internacionais no que tange à proteção dos direitos humanos, vem emergindo um Direito comum caracterizado pelo compartilhamento de fontes normativas e jurisprudenciais no enfrentamento de problemas semelhantes. Nesse contexto, este trabalho buscou analisar a incipiente construção de um *ius commune* latino-americano propiciado pela doutrina do controle de convencionalidade, formando, em seu conjunto decisório, um bloco de convencionalidade de observância obrigatória. Para tanto, identificou-se a importância dos desenvolvimentos jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos na elaboração de parâmetros hermenêuticos acerca do alcance e sentido da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim como a recepção de tais *standards* pelos Estados-parte. Verificou-se que, ao fornecer tais guias interpretativos de índole obrigatória, tal tribunal regional permitiu o compartilhamento de entendimentos sobre certas matérias relativas a direitos humanos, ensejando uma aproximação com os ordenamentos jurídicos nacionais de forma a efetivar tais direitos.

Palavras-chave: *Ius commune*. Controle de convencionalidade. Bloco de convencionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, as interações entre o ordenamento jurídico interno e internacional vêm se tornando uma constante em diversos países, especialmente no que se refere aos direitos humanos, em virtude da vertiginosa expansão de suas normas a nível internacional.

Nesse contexto, este trabalho objetiva analisar as condições do surgimento de um *ius commune* latino-americano a partir da aplicação do controle de convencionalidade, doutrina firmada jurisprudencialmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que, através de suas decisões, formou um bloco de convencionalidade de observância obrigatória.

Dessa maneira, abordar-se-á inicialmente o contexto americano no intuito de compreender a necessidade de um *ius commune*, para, em seguida, articular tal desenvolvimento com a recente

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Bolsista de Iniciação Científica PIBIC/CNPq. E-mail: haroldojunior@hotmail.com.

doutrina do controle de convencionalidade, analisando em particular a figura do bloco de convencionalidade.

Verifica-se que, ao se utilizar do referido bloco, as entidades políticas soberanas latino-americanas, evidenciam compartilhar entendimentos comuns sobre certas matérias, garantindo uma maior efetivação dos direitos humanos na região.

2 A EMERGÊNCIA DE UM *IUS COMMUNE* LATINO-AMERICANO A PARTIR DO BLOCO DE CONVENCIONALIDADE

Recentemente, no âmbito doutrinário doméstico e internacional, vêm sendo desenvolvida a noção de um direito comum, estimulado pela interação crescente entre o ordenamento jurídico nacional e internacional a partir de fontes normativas e experiências jurisprudenciais compartilhadas.² Essa relação, por sua vez, decorre de uma interação mais ampla a nível global, representado pelo fenômeno da globalização, que diminui as fronteiras, físicas e tecnológicas, entre diversos indivíduos e Estados. Como consequência, novas visões acerca da realidade social e jurídica são partilhadas, alargando o entendimento sobre determinadas questões.

Nesse contexto, os direitos humanos têm assumido uma posição de destaque ao adquirir uma feição transnacional, expandindo-se para fora dos contornos domésticos de proteção para passar a ser também garantidos por tratados internacionais. Essa transformação, por seu turno, implica o compartilhamento de experiências de distintas instituições e órgãos, entre os quais, para o caso brasileiro, destacam-se os presentes no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH): a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH).

A atuação desses órgãos, de caráter crucial no contexto latino-americano de frequentes ocorrências de regimes autoritários, tornou-se central na transição democrática ao oferecer um espaço de salvaguarda dos valores mais caros de uma sociedade livre e de respeito à dignidade humana, pilares fundamentais da democracia. Para Flávia Piovesan: “É neste cenário que o sistema

² RAMÍREZ, Sergio García. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*. UNAM, México D.F., 2014, p. 459-500.

interamericano se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. [...]”³

Diversas constituições americanas dos finais do século passado, nesse ponto, incluíram várias disposições que tornaram possível uma maior interação entre os âmbitos normativos interno e internacional, destacando-se as chamadas “cláusulas de abertura”.⁴ A título exemplificativo, a Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, §2º, estabelece o reconhecimento de direitos provenientes de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, ampliando o rol de tais normas para além daqueles presentes no texto constitucional.⁵

O reconhecimento de fontes normativas provenientes do campo internacional, como a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, ajudou a moldar as próprias leis fundamentais internas de proteção dos seres humanos. Avançou-se, pois, no desenvolvimento – pelo menos no aspecto formal, embora insuficiente – de uma espécie de *corpus juris* internacional protetivo.⁶

Essa diluição de fronteiras entre ambas as ordens jurídicas, por meio de “pontes” que permitem a ligação entre estes ordenamentos⁷, permitiu a concretização do escopo comum de ambas, qual seja, a proteção efetiva dos bens jurídicos essenciais dos seres humanos. Para tal intento, além do aspecto em comum representado pelos tratados, figuram várias construções doutrinárias, provenientes do espaço acadêmico, que partilham entendimentos harmônicos sobre a proteção de tais direitos.⁸

Contudo, os avanços não se limitam aos aspectos normativos, mas incluem também aspectos judiciais. Assim, a Corte IDH vem forjando determinados parâmetros protetivos que indicam um certo entendimento sobre o alcance e sentido da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), principal instrumento normativo do SIDH, adotada em 1969 na Costa Rica⁹.

³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, nº 19, 2012, p. 74.

⁴ Id. Ibid., 2012, p. 75.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁶ PIOVESAN, Flávia, op. cit., 2012, p. 67-93.

⁷ RAMÍREZ, Sergio García, op. cit., 2014, p. 459-500.

⁸ PIOVESAN, Flávia, op. cit., 2012, p. 67-93.

⁹ OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm> Acesso em: 22 nov. 2016.

Esses *standards* jurisprudenciais são desenvolvidos pela CorteIDH partir das demandas que lhes são submetidas pela CIDH, sendo esta a responsável pelo recebimento, *a priori*, das denúncias de violações de direitos humanos. Quando a CorteIDH resolve tais casos, sua decisão forma um determinado entendimento regional quanto à aplicação da norma em apreço, em torno da qual os Estados que reconhecem sua competência contenciosa buscam adequar-se a fim de impedir a responsabilização internacional por alguma disposição violada.

Recentemente, em meio a tais decisões, a CorteIDH reconheceu a existência de um novo paradigma que busca efetivar as obrigações internacionais contraídas pelos Estados americanos: o controle de convencionalidade, fundado nos artigos 1º e 2º da CADH, que impõe o dever de respeito aos direitos previstos nesse documento.

A primeira vez que a CorteIDH fez menção expressa do controle de convencionalidade foi no caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*, cuja sentença data de 2006¹⁰, e na qual se discutiu a compatibilidade da Lei de Anistia chilena com a CADH, resultando na condenação do Estado chileno pela violação de direitos humanos e exigindo-se a reforma do seu ordenamento, uma vez que tal Lei foi declarada “inconvencional”.

Um dos aspectos mais interessantes da adoção dessa nova doutrina é o papel de destaque alcançado pela jurisprudência da CorteIDH, tendo em vista que não apenas a CADH passa a ter caráter vinculante, mas também a jurisprudência da própria Corte.

É dessa forma como paulatinamente é estruturado um bloco de convencionalidade¹¹, que, similarmente ao já conhecido bloco de constitucionalidade, apresenta um conjunto de elementos, de índole normativa e jurisprudencial, que devem ser considerados quando da análise do ordenamento jurídico interno em sintonia com o ordenamento jurídico internacional, aplicando uma “interpretação convencional”.¹²

Assim, a partir do bloco de convencionalidade, novos parâmetros protetivos dos direitos humanos, seja no aspecto normativo ou jurisprudencial, são incorporados na região americana. Face essa nova realidade, as cortes nacionais passam a se deparar com essas novas fontes, devendo

¹⁰ CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n° 154. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf Acesso em: 22 nov. 2016.

¹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. *Urbe et Ius*, Buenos Aires, vol. 1, n° 11, 2014, p. 177.

levá-las em consideração a fim de evitar a responsabilização estatal na seara internacional.¹³ Para Claudio Rojas, a relação entre a ordem jurídica nacional e internacional: “[...] se manifiesta [...] en la incorporación formal (de tratados internacionales) y sustantiva (de estándares) del derecho internacional al derecho interno, y a su vez existe una integración de estándares desde los sistemas nacionales hacia el sistema internacional [...]”.¹⁴

Desse modo, o entendimento da CorteIDH sobre o sentido e o alcance das normas previstas em tratados de direitos humanos passam a ser partilhados pelas diversas entidades soberanas e, nesse ínterim, as autoridades estatais, em especial os juízes, passam a internalizar tal Direito comum emergente no cenário americano. Para autores como Gonzalo Cavallo e Garcia Ramírez, estes juízes, ao aplicar tais normas, atuam como verdadeiros “juízes comuns de direitos humanos”¹⁵ ou juízes interamericanos¹⁶, zelando pela sua efetivação.

Além disso, quando a CorteIDH julga determinados casos, suas decisões geram efeitos diretos para as partes e efeitos gerais indiretos para os outros Estados, no que se refere ao entendimento consolidado sobre a matéria em discussão, mesmo que tais entidades não figurem como partes.¹⁷ Em outras palavras, caso um determinado Estado se depare, em âmbito interno, com questões semelhantes que já foram discutidas no nível regional, este deve seguir o “precedente” formulado pela CorteIDH e, preventivamente, adequar seu ordenamento jurídico aos parâmetros internacionais.¹⁸

Para a consolidação de um *ius commune* latino-americano, tal doutrina apresenta relevantes avanços ao permitir que um nível mínimo de proteção aos direitos humanos seja assegurado, evitando interpretações distintas e mesmo contrárias sobre certos dispositivos, ou, de acordo com Sergio García Ramírez, evitar um “control descontrolado”.¹⁹ Em figurando as decisões da CorteIDH como *standards* aos quais devem se adequar os Estados, tem-se a difusão de um guia normativo – que também não deixa de ser vinculante – que supera a mera visão paroquial ou

¹³ SAGUÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Estudios Constitucionales, Santiago, nº 1, 2010, p. 117-136.

¹⁴ ROJAS, Claudio Nash. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. UNAM, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, México D.F., ano XIX, 2013, p. 491.

¹⁵ CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado. Revista Direito GV, São Paulo, vol. 9, nº 2, 2013, p. 724.

¹⁶ RAMÍREZ, Sergio García, op. cit., 2014, p. 491.

¹⁷ HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad. El efecto “erga omnes” de las sentencias de la Corte Interamericana. Estudios Constitucionales, v. 11, nº 2, 2013, p. 695-710.

¹⁸ SAGUÉS, Néstor Pedro, op. cit., 2010, p. 117-136.

¹⁹ RAMÍREZ, Sergio García, op. cit., 2014, p. 490.

circunscrita aos elementos nacionais, para consolidar novos parâmetros de aplicação normativa internacional em solo interno, processo reconhecido por Víctor Abramovich como “globalização dos parâmetros de direitos humanos”.²⁰ Como uma possível consequência, amplia-se o conjunto informativo acerca de experiência de litígios gestados no âmbito do SIDH que geram um aperfeiçoamento das instituições locais/nacionais ao se verem confrontadas com tais *standards*.²¹

Interessante observar, ademais, que foram realizadas mudanças constitucionais em determinados Estados – como se pode verificar no caso argentino, que passou por uma reforma constitucional em 1994 –, as quais tiveram como um dos principais motes a maior aproximação com os tratados internacionais, fazendo uso da jurisprudência produzida pela CorteIDH e do “código comum” interamericano representado pela CADH.²² Além dessas alterações, a Argentina também decidiu extinguir sua Lei de Anistia, a partir de um precedente desse tribunal – o caso *Gelman vs Uruguai*, de 2011²³ – no qual não figurou como parte, mantendo sintonia, dessa forma, com as posições da CorteIDH.²⁴

Para a consolidação desse emergente Direito comum no continente americano, além do papel construtivo e positivo desempenhado pela CorteIDH, é necessário fomentar um maior diálogo, entre eles de âmbito judicial, entre os diversos atores da região, com o fito de permitir uma maior troca de experiências na solução de conflitos. Michele Carducci vem apontar, nesse sentido, a necessidade de uma maior circularidade dos argumentos jurisdicionais, apelando para uma maior participação das entidades estatais.²⁵

Portanto, a tensão entre o caráter impositivo da CorteIDH e a consideração pelas particularidades nacionais deve ser mediada através de um equilíbrio entre ambas as posições, no sentido de permitir com que os tribunais nacionais possam ter maior participação no fomento de um direito comum latino-americano, como reconhece Ferrer Mac-Gregor reconhece:

²⁰ ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, vol. 6, nº 11, 2009, p. 12.

²¹ JARAMILLO, Leonardo García. De la “constitucionalización” a la “convencionalización” del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitucionale commune*. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, nº 36, 2016, p. 131-166.

²² PIOVESAN, Flávia, op. cit., 2012, p. 67-93.

²³ CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Fondo y Reparaciones. Serie C nº 221. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf Acesso em: 10 nov. 2016.

²⁴ BAZÁN, Víctor. El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. *Estudios Constitucionales*, Talca, ano 8, nº 2, 2010, p. 359-388.

²⁵ CARDUCCI, Michele. *Teoria tridimensional das integrações supranacionais: uma análise comparativa dos sistemas e modelos de integração da Europa e América Latina*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 120.

En todo caso, el *diálogo jurisprudencial* (regional y nacional) contribuirá a la permanente interacción para construir un derecho público interamericano, recordando que los instrumentos, órganos y tribunales nacionales e internacionales en esta materia, tienen la misma y última finalidad: la protección efectiva del ser humano.²⁶

De qualquer forma, deve-se evitar o afastamento dos parâmetros fornecidos pela Corte IDH, que tem como uma de suas funções justamente permitir uma harmonização jurisprudencial quanto à forma de aplicação dos direitos humanos.

CONCLUSÃO

A maior interação entre as ordens jurídicas internas e internacionais tem provocado a emergência de um *ius commune internacional*, especialmente no que se refere aos direitos humanos. Nesse contexto, este trabalho buscou analisar como esse Direito comum pôde se desenvolver no âmbito interamericano a partir do controle de convencionalidade e seu bloco correspondente.

Desse modo, demonstrou-se que os crescentes problemas relativos aos direitos humanos são comuns entre os vários países, dada a própria transnacionalização que tais direitos adquiriram. Nesse sentido, para problemas comuns requerem-se, também, soluções comuns, cuja vantagem consiste na troca de experiências pelos diversos aplicadores do Direito nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais. Nessa nova realidade, o bloco de convencionalidade constitui uma valiosa alternativa para atingir tal finalidade, ao exigir dos Estados uma adequação normativa e jurisprudencial com os parâmetros fornecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, o *ius commune* emergente encontra solo fértil na doutrina do controle de convencionalidade, do qual poderá utilizar seus avanços na consolidação de entendimentos partilhados no cenário latino-americano sobre a proteção dos bens jurídicos essenciais dos indivíduos.

O papel colaborativo, em vez de concorrencial, entre as distintas ordens jurídicas, permite seguir desenvolvendo um *corpus juris* de proteção do ser humano, harmonizando *standards* hermenêuticos para atingir tal fim. A centralidade que ocupa o homem na elaboração dos distintos

²⁶ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, op. cit., 2014, p. 188.

ordenamentos jurídicos deve servir como fator de convergência nessa relação, fator a ensejar com que tal *corpus juris* seja cada vez mais integrado em torno de um *ius commune*.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, vol. 6, nº 11, 2009, p. 6-39.

BAZÁN, Víctor. El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. **Estudios Constitucionales**, Talca, ano 8, nº 2, 2010, p. 359-388.

CARDUCCI, Michele. **Teoria tridimensional das integrações supranacionais**: uma análise comparativa dos sistemas e modelos de integração da Europa e América Latina. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 9, nº 2, 2013, p. 721-754.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C nº 154. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2016.

_____. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Fondo y Reparaciones. Serie C nº 221. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2016.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. **Urbe et Ius**, Buenos Aires, vol. 1, nº 11, 2014, p. 151-188.

HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad. El efecto “erga omnes” de las sentencias de la Corte Interamericana. **Estudios Constitucionales**, v. 11, nº 2, 2013, p. 695-710.

JARAMILLO, Leonardo García. De la “constitucionalização” a la “convencionalização” del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitucionale commune*. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, nº 36, 2016, p. 131-166.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em: 22 nov. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, nº 19, 2012, p. 67-93.

RAMÍREZ, Sergio García. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*. **UNAM**, México D.F., 2014, p. 459-500.

ROJAS, Claudio Nash. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **UNAM, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, México D.F., ano XIX, 2013, p. 489-509.

SAGUÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, Santiago, nº 1, p. 117-136, 2010.

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

A EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA INTERNACIONAL E O CONFLITO ENTRE TRIBUNAIS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

Thiago do Vale Cavalcante¹

RESUMO

A presente obra visa analisar alguns apontamentos acerca dos conflitos de competência existente entre Tribunais Internacionais e Tribunais Internos. Inicialmente, analisou-se o que exatamente são os Tribunais Internacionais e como se deu a proliferação deles historicamente. Ao fim, verificou-se que, apesar dos avanços, ainda há alguns problemas específicos no que tange à aceitação dos Estados das decisões proferidas em âmbito internacional. As fontes de pesquisa foram, basicamente, bibliográficas: livros e artigos acadêmicos.

Palavras-chave: Tribunais Internacionais; Jurisdicionalização; Conflito de Competência; Direito Internacional.

1 INTRODUÇÃO

Para um órgão ser considerado um Tribunal Internacional deve obedecer alguns critérios. Porém, há polêmica doutrinária acerca de quais seriam os melhores.

Para o doutrinador britânico Ian Brownlie, basta que o órgão conheça questões jurídicas não susceptíveis de decisão pelas jurisdições nacionais, incluindo no conceito órgãos jurisdicionais provisórios ou administrativos². Para Paulo Borba Casella, deve ser uma instituição permanente que julgue conflitos com base no Direito Internacional, com base em um processo estabelecido e com sentenças obrigatórias às partes³. Wagner Menezes estabelece ainda mais critérios, indicando que os Tribunais Internacionais devem ser “órgãos autônomos, dotados de poder jurisdicional conferido pelos Estados, com competência para dirimir sob a égide do Direito Internacional questões ligadas à sua aplicação, por meio de um rito processual e procedimental judiciário que tem seu fim em uma

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Ceará, ex-membro-diretor da Simulação da Organização das Nações Unidas (SONU), colaborador da revista virtual Direito Diário. thiago_dvc@hotmail.com.

² BROWNLIE, Ian. Princípios de direito internacional público. Tradução de Maria Manuela Farrajota, Maria João Santos, Victor Richard Stockinger, Patrícia Galvão Teles. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 603.

³ CASELLA, Paulo Borba. MANUAL DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 813.

sentença que deve ser obrigatoriamente cumprida pelas partes”.⁴ Não adotando o critério de permanência, o autor considera os Tribunais *ad hoc* como órgãos jurisdicionais internacionais, pois a previsibilidade deles é garantida pelas Resoluções do Conselho de Segurança da ONU que definem suas competências.

Qualquer que seja a definição, os Tribunais Internacionais são meios para tentar garantir maior efetividade ao Direito Internacional. Quanto mais este se torna complexo, maior a tendência à jurisdicionalização, ou seja, criação de novos Tribunais Internacionais. Busca-se o acesso à justiça no âmbito internacional.

Cumprir destacar que os órgãos judiciais internacionais nascem sem seguir um padrão. Não existem normas que indicam como essas cortes devem ser criadas, seguindo quais critérios. Isso significa que a jurisdicionalização é um processo desordenado, em que os Tribunais Internacionais são criados abarcando temas que podem invadir a competência de outros. Assim, os casos de conflito de competências entre cortes internacionais são cada vez mais comuns, sendo alvo de crescentes discussões doutrinárias.

Os Tribunais Internacionais possuem natureza jurídica de organizações internacionais. Porém, alguns órgãos como a União Europeia, o Mercosul, a OMC e o Nafta possuem seus próprios órgãos jurisdicionais (respectivamente, o Tribunal de justiça da União Europeia, o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e o Órgão de Solução de Controvérsias do Nafta), criados justamente para resolver as controvérsias que surgem no âmbito dessas organizações.

Os Tribunais Internacionais estão intrinsecamente interligados à questão da soberania estatal. Afinal, a própria aceitação da jurisdição internacional em um país depende de um ato de vontade deste, em respeito ao princípio da soberania. Cada Estado é soberano sobre seu próprio ordenamento jurídico, o que inclui as leis processuais. Afinal, a jurisdição é um instituto que diz respeito à própria capacidade de alterar, criar ou extinguir relações jurídicas. Ceder parte dela a um órgão internacional, tendência que cresce haja vista a jurisdicionalização do Direito Internacional, é relativizar a própria soberania, o que se agrava devido ao fato de muitas decisões dos Tribunais Internacionais acabarem contrastando com a vontade política dos países.

O que se requer com este trabalho, através de intensa pesquisa bibliográfica, é justamente analisar de que forma a jurisdição internacional influi na jurisdição interna dos Estados, simbolizando uma forma de mitigação da soberania destes. Expondo-se algumas das diferentes

⁴ MENEZES, Wagner. Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 151.

formas de inter-relação entre Tribunais Nacionais e Internacionais observa-se uma tendência cada vez maior de influência recíproca entre ambos, o que simboliza um meio de sujeição dos Estados ao Direito Internacional.

Para que se entenda melhor essa tendência, deve-se conhecer a evolução histórica dos Tribunais Internacionais e a velocidade com que a influência deles cresceu nas últimas décadas.

2 A EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA INTERNACIONAL

A Justiça Internacional, ou seja, o aparato jurídico instituído pelo Direito Internacional para a solução pacífica de controvérsias entre os povos, foi fruto de um longo processo histórico. É inegável que o homem primitivo já buscava meios para garantir uma coexistência pacífica mínima entre os povos para que cada um deles pudesse se desenvolver. Foi assim que a autocomposição consagrou-se como a primeira forma de resolução pacífica de conflitos, consistindo no acordo das partes para o cumprimento integral da composição por intermédio de seus representantes ou nomeação de um mediador.⁵

Ao longo dos séculos, foram surgindo as primeiras civilizações. Embora as guerras entre elas fossem frequentes, há casos emblemáticos de soluções pacíficas de controvérsias internacionais, como o que ocorreu por volta de 3.200 a.C, quando, na Mesopotâmia, o rei Entemena celebra tratado para regular fronteiras entre seu reino de Caldeas de Lagash e o reino vizinho de Umma, escolhendo-se como árbitro o rei Misilin de Kush. Após uma guerra, os grupos estabeleceram solenemente as fronteiras entre as duas cidades.⁶

Com o desenvolvimento e expansão das diferentes culturas, os meios de solução pacífica de conflitos foram se tornando mais frequentes, à medida que se ampliava o número de documentos jurídicos que regulavam a relação que cada povo tinha com estrangeiros. Um grande impulso ocorreu através do Direito Romano, principalmente com a criação do *ius festiale* e do *ius gentium* e da figura do pretor peregrino, que solucionava controvérsias envolvendo estrangeiros. O Direito Canônico também passou a ser aplicado para a relação entre Estados, aconselhando o cumprimento de acordo e das práticas bélicas. É interessante observar que, durante a Idade Média, o papa detinha o poder supremo para ser mediador de conflitos entre reinos e impérios e decidir sobre os tratados celebrados entre os mesmos⁷.

⁵ MENEZES, Wagner. Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.

⁶ MENEZES, Wagner. Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.

⁷ MENEZES, Wagner. Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44.

O primeiro grande passo para o início da jurisdicionalização internacional ocorreu em 1648, com a Paz de Westfália, devido à consagração da soberania dos Estados Modernos, que deveria ser respeitada com base na coexistência pacífica entre os Estados. Porém, na época, era inviável a ideia de um tribunal de jurisdição internacional. A própria noção de jurisdição era encarada como reflexo direto da soberania dos Estados, pois estes precisavam firmar o monopólio sobre o Direito e não estariam dispostos a ceder parte de seu poder a um órgão estrangeiro.

Como já foi referido anteriormente, a Paz de Westfália deu origem a um período em que cada Estado pretendia firmar sua hegemonia e não havia meios eficazes de intervir em sua soberania, que era quase absoluta. Isso acabou culminando nas guerras do final do século XVIII e início do século XIX, tendo como pivô Napoleão Bonaparte. A paz, ao menos momentânea, firmou-se com o Congresso de Viena, em 1815, que inclusive contava com um mecanismo de solução de conflitos entre os Estados através de consultas e reuniões periódicas, grande passo para a institucionalização de um sistema de prevenção e resolução de controvérsias. Porém, ainda havia dificuldades em organizar um órgão internacional que tivesse competência para processar e julgar os responsáveis por eventuais conflitos de forma que houvesse segurança jurídica.

Porém, o século XIX já começava a assistir a alterações que direcionavam a uma mudança de perspectiva. O avanço tecnológico, impulsionado pela Revolução Industrial, mostrava-se cada vez mais contundente, o que acabou refletindo no desenvolvimento de armamentos mais sofisticados e, portanto, mais destrutivos. Além disso, a disputa por mercados além da Europa, que resultou em um novo processo de colonização, fez com que os países europeus se armassem cada vez mais, já prevendo novos conflitos bélicos. As Conferências de Paz de Haia, em 1899 e 1907, objetivando o entendimento entre os povos e um limite à corrida armamentista, não foram suficientes para evitar a Primeira Guerra Mundial, o conflito mais sangrento da Europa até então.

Observa-se, assim, que toda a tensão gerada por esse período de animosidade, marcado por massacres e violações aos direitos humanos e pelo temor de que mais eventos bélicos ocorressem, fez com que o Direito Internacional ganhasse força e deixasse de ser um mero mecanismo de defesa da soberania dos Estados. Afinal, esta passou a ser questionada. A sociedade internacional conscientizava-se da necessidade de normas internacionais fortes, que tornasse a relação entre os povos mais ordenada, previsível e segura, de forma que legitimasse o equilíbrio de poder, de direitos e limitador do exercício de hegemonia por uma potência sobre outra, adquirindo um caráter mais racional, ético e anti-hegemônico.⁸ Foi assim que, após a Primeira Guerra Mundial, em 1919,

nasceu a Liga das Nações como um instrumento que visava garantir a paz e a segurança entre as potências europeias. Através dela nasceu, em 1922, o primeiro Tribunal Internacional universal e permanente, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), precursora da Corte Internacional de Justiça (CIJ).

A CPJI atendia ao art. 14 do Pacto da Sociedade das Nações⁹ e chegou a analisar 29 casos e emitir 27 opiniões consultivas, mas fracassou junto à Liga das Nações. Esta não se mostrou eficaz em seus objetivos, pois ela se mostrou institucionalmente frágil e os países signatários preferiram alimentar os acontecimentos que culminaram com o evento mais sangrento da história: a Segunda Guerra Mundial.

Até aqui, cabe destacar dois detalhes: os acontecimentos descritos dizem respeito apenas à Europa e excluem a prática arbitral. No século XIX, o continente americano vivia um contexto diferente. Lá, o Direito Internacional já era mais debatido e bem visto, tendo inclusive ocorrido um número considerável de congressos internacionais em países variados, tais quais Panamá (em 1826, liderado por Símon Bolívar), México, Peru e Estados Unidos, dando origens a inúmeros tratados. Consequentemente, lá ocorreu, em 1907, um feito histórico para o Direito Internacional: a criação do primeiro Tribunal Internacional permanente, a Corte de Justiça Centro-americana.¹⁰ Como se infere do nome, era um tribunal regional. Apesar de sua ampla jurisdição, de ter julgado casos importantes e de também ter sido pioneira na capacidade postulatória de indivíduos, teve validade apenas de 1908 até 1918.

Além disso, é válido afirmar que a arbitragem já era um método bastante utilizado para solução de controvérsias antes mesmo da jurisdição internacional, principalmente no final do século XIX.¹¹ O instituto foi normatizado na Primeira Conferência de Paz de Haia, em 1899, e no mesmo ano foi criada a Corte Permanente de Arbitragem.

O término da Segunda Guerra Mundial representou um grande marco para as transformações pelas quais estavam passando o Direito Internacional Público. Este ampliou seu campo temático, e o mundo assistiu a um período em que o número de documentos internacionais, incluindo tratados, e de organizações internacionais, incluindo tribunais, ampliou-se em demasia. Afinal, diante dos horrores da guerra, a sociedade internacional mudou sua percepção e passou a dar

⁹ WATSON, Adam. *The Evolution of International Society: a Comparative Historical Analysis*. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 2004, p. 286.

¹⁰ A CPJI não foi o primeiro Tribunal Internacional de caráter permanente a existir, mas sim o primeiro de vocação universal, enquanto a Corte de Justiça Centro-americana tinha caráter regional.

¹¹ Após o surgimento dos primeiros Tribunais Internacionais, o número de arbitragens caiu consideravelmente, mas continua um número expressivo.

maior importância ao Direito Internacional. Assim, logo nos primeiros anos após o conflito nasceram documentos como a Carta das Nações Unidas, em 1945, que passou a orientar o Direito Internacional em busca de uma coexistência pacífica entre os povos, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, um verdadeiro marco para a positivação dos direitos humanos.

No que tange à jurisdicionalização internacional, a Carta das Nações Unidas, em seu art. 2º, positivou importantes princípios para reger as relações internacionais, com destaque ao princípio da solução pacífica de controvérsias. Através dele, nenhum país signatário da Carta (ou seja, nenhum dos 193 membros da ONU) deverá usar de meios violentos e que comprometam a paz e a segurança para resolver suas controvérsias internacionais.

Interessante observar a dupla face desse princípio, pois ele inclui tanto um dever quanto um direito. O dever de solucionar pacificamente os conflitos e o direito de escolher qualquer mecanismo para tal. O ideal é que se resolva os litígios sem ameaças, qualquer que seja o meio escolhido, o que faz cada vez mais sentido, haja vista a quantidade de tribunais internacionais e de outros mecanismos disponíveis à opção dos atores internacionais¹².

Em um contexto de globalização, as relações políticas, econômicas e jurídicas intensificam-se, causando transformações relevantes ao Direito Internacional, o que acaba repercutindo no próprio processo de jurisdicionalização internacional, ou seja, no aumento do número de Tribunais Internacionais. O regionalismo¹³, a maior internacionalização e regulamentação do comércio, a evolução e a fragmentação do Direito Internacional: todos são fatores que contribuem para o processo.

O atual contexto de mitigação do princípio da soberania está tornando a sociedade internacional mais aberta a aceitar a jurisdição internacional. Entretanto, ainda há resistência de alguns países, além de que há casos em que algumas decisões de Tribunais Internacionais são ignoradas por Estados signatários.

3 TRIBUNAIS INTERNACIONAIS E TRIBUNAIS NACIONAIS

¹² Existem também meios diplomáticos, como os bons ofícios, a mediação e a conciliação, e meios políticos, realizados normalmente no âmbito de uma organização internacional, para resolução de controvérsias.

¹³ “O regionalismo pode ser definido como a ação internacional de Estados que, dada a proximidade geográfica, além de sua identidade histórica e cultural, pactuam acordo internacional no sentido de coordenarem estrategicamente suas ações em busca da solução de problemas que lhes são próprios e na consecução de objetivos comuns previamente estabelecidos no tratado”. MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 165-166.

Apesar dos avanços da jurisdição internacional, ainda há muito que se resolver. Tanto no que concerne a antigos quanto a novos problemas. Por exemplo, a proliferação de Tribunais Internacionais pode ser encarada como uma vantagem por abarcar meios de acesso à justiça em temas cada vez mais amplos, acompanhando a evolução do Direito Internacional. Porém, observa-se que muitas dessas matérias entram em conflito com a competência dos Tribunais Nacionais.

Tanto os objetivos da jurisdição interna e da jurisdição internacional dizem respeito à pacificação de conflitos, de modo que se atinja ao resultado mais justo. Porém, o crescente número de normas internacionais faz com que muitas destas acabem se assimilando às normas internas e que tenham efeito direto sobre os indivíduos de um país, o que, no âmbito da jurisdição, acaba gerando conflitos de competências entre Tribunais Nacionais e Tribunais Internacionais. Há, também, uma tendência de ocorrer o inverso: o Direito Interno abarcar cada vez mais temáticas internacionais, invocando jurisdição para casos familiares ao Direito Internacional.¹⁴

Isso tudo quer dizer que a tradicional resistência dos Estados para aceitar integralmente ou ao menos em parte a jurisdição internacional encontra-se diante de novas questões, resultantes da própria tendência de mais países serem signatários e aceitarem as decisões de Tribunais Internacionais.

Além disso, ainda há o problema da falta de instrumentos de internalização (ou de recusa) das decisões tomadas internacionalmente.¹⁵ Os Tribunais Internacionais, conforme sua definição, devem ter suas decisões cumpridas, pois existem justamente para dar maior efetividade ao Direito Internacional.¹⁶ Portanto, é importante que um Estado signatário tenha meios previstos em seu ordenamento jurídico interno para efetivar as decisões das cortes internacionais. Porém, nem todos os países possuem mecanismos específicos e seguros para recepcioná-las, de forma a gerar decisões imprevisíveis por parte dos Tribunais Nacionais.

O Brasil é um exemplo. Não obstante seja signatário da maioria dos Tribunais Internacionais, não demonstra disposição em suprir as lacunas sobre o tema, mesmo no que diz respeito à Corte

¹⁴ MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 285.

¹⁵ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade*. Brasília: Uniceub, 2013. Disponível em: <[http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Teoria_do_Direito_Internacional_files/Internacionalizacao_do_direito_PDF_final\(1\)_2.pdf](http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Teoria_do_Direito_Internacional_files/Internacionalizacao_do_direito_PDF_final(1)_2.pdf)>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

¹⁶ Wagner Menezes vai mais além, afirmando que “quando o Estado adere a um Tribunal ele naturalmente considera a submissão ao tribunal das regras internas, e, se faz isso previamente, não tem porque questionar os atos processuais derivados do Tribunal, pois foi expressão da vontade do Estado”. MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 287.

Interamericana de Direitos Humanos, a qual já demandou o país diversas vezes, e ao Tribunal Penal Internacional, de cujo reconhecimento está expresso no art. 5º da Constituição Federal.¹⁷

Há situações em que um determinado país possui mecanismos específicos para receber uma decisão de um Tribunal Internacional, mas mesmo isso a ignora. Um exemplo é o contencioso La Grand, entre Estados Unidos e Alemanha, perante a Corte Internacional de Justiça. Karl e Walter La Grand, dois irmãos alemães, mudaram-se para os Estados Unidos ainda crianças. Quando cresceram, assaltaram um banco no Estado do Arizona e, durante a fuga, mataram policiais. As autoridades policiais e judiciárias norte-americanas não notificaram o Consulado da Alemanha, para que promovesse a assistência consular durante o processo, conforme determina a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas e Consulares. Ao final do procedimento judiciário, os dois foram condenados à pena de morte e Karl La Grand foi executado. No entanto, movimentos contrários à pena de morte na Alemanha exigiram a manifestação de seu governo para impedir as execuções. A Alemanha pediu a suspensão da pena de execução, mas não foi atendida pelo governo americano. Ingressou, então, na Corte Internacional de Justiça, que determinou a suspensão da execução, enquanto o mérito do processo fosse julgado. No entanto, os Estados Unidos alegaram que as decisões da CIJ não eram obrigatórias, porque o Estatuto da CIJ previa expressões vagas para determinar o cumprimento e executou o segundo irmão¹⁸.

A aceitação das decisões internacionais muitas vezes dependem de mera vontade política, principalmente quando dizem respeito a questões centrais na política de um país. Um exemplo são as reações israelenses à decisão da CIJ sobre a construção do Muro da Palestina¹⁹. Mas às vezes uma decisão não é aceita devido a uma antinomia entre o regulamento do Tribunal Internacional e o Direito Constitucional de um país.

¹⁷ O Projeto de Lei nº 4.038, de 2008, ainda está em tramitação no Congresso, o que faz com que se permaneçam as lacunas concernentes à recepção de atos processuais vindos do TPI. Além disso, para Valério de Oliveira Mazzuoli, o procedimento é dificultado devido à incompatibilidade da Constituição Federal e do Estatuto de Roma em basicamente cinco pontos: a entrega de nacionais ao Tribunal, a instituição da pena de prisão perpétua, a questão das imunidades em geral e as relativas ao foro por prerrogativa de função, a questão da reserva legal e a questão do respeito à coisa julgada. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 83-97.

¹⁸ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade*. Brasília: Uniceub, 2013. Disponível em: <[http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Teoria_do_Direito_Internacional_files/Internacionalizacao_do_direito_PDF_final\(1\)_2.pdf](http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Teoria_do_Direito_Internacional_files/Internacionalizacao_do_direito_PDF_final(1)_2.pdf)>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

¹⁹ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade*. Brasília: Uniceub, 2013. Disponível em: <[http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Teoria_do_Direito_Internacional_files/Internacionalizacao_do_direito_PDF_final\(1\)_2.pdf](http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Teoria_do_Direito_Internacional_files/Internacionalizacao_do_direito_PDF_final(1)_2.pdf)>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

Entretanto, deve-se frisar que há muitos casos em que a jurisdição internacional efetivamente complementa a jurisdição interna (e vice-versa), seja suprindo lacunas, seja reforçando seus dispositivos ou até mesmo trazendo decisões que melhor atendem ao Direito Interno. Um exemplo claro foram as condenações do Estado peruano pela Corte Interamericana de Direitos Humanos devido a graves violações aos direitos humanos na época do governo de Alberto Fujimori. Subsequentemente, ocorreram, de 2007 a 2010, os julgamentos do ex-presidente na própria Corte Suprema do Peru, a Sala Penal Especial. Inclusive nesses julgamentos foram citadas condenações pela CIDH do regime fujimorista, como no caso dos massacres de Barrios Alto e de La Cantuta. Assim, a jurisdição internacional não só complementou a nacional, como também a precedeu.²⁰

Por fim, uma das principais razões para todos esses questionamentos é o fato de não haver qualquer tipo de hierarquia entre Tribunais Internacionais e Tribunais Nacionais. Entretanto, o Tribunal de Justiça da União Europeia é uma exceção. Além dele, a Corte Europeia de Direitos Humanos, o Tribunal Internacional de Direito do Mar, o Tribunal Penal Internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos também são considerados órgãos de jurisdição internacional obrigatória, mas possuem o mesmo patamar hierárquico das cortes internas.

O Tribunal de Justiça da União Europeia segue o princípio da primazia da ordem comunitária, significando que, assim como o Direito Comunitário é superior hierarquicamente ao Direito Interno dos países signatários da União Europeia, as decisões do TJUE vinculam as decisões judiciais internas. Além disso, há o instituto do reenvio judicial, pois sempre que uma questão que possa envolver matéria de direito comunitário seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-membros, esse órgão pode pedir ao TJUE que sobre ela se pronuncie²¹, gerando uma suspensão prejudicial do processo.

Porém, a primazia do Direito Comunitário possui limites. Tanto o princípio da subsidiariedade quanto as decisões internas de alguns países demonstram que a superioridade hierárquica das normas comunitárias não é absoluta. A Corte Constitucional alemã e o Conselho Constitucional estabelecem que as normas comunitárias só devem ter aplicabilidade imediata se não violarem os direitos fundamentais nas constituições alemã e francesa, respectivamente.

²⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os Tribunais Internacionais Contemporâneos. Brasília: Funag, 2013. Disponível em: <<http://funag.gov.br/loja/download/1018-tribunais-internacionais-contemporaneos.pdf>>. Acesso em 20 de janeiro de 2016.

²¹ MENEZES, Wagner. Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 294.

CONCLUSÃO

A sociedade internacional observa uma tendência marcante de ser influenciada cada vez mais por decisões de Tribunais Internacionais. Conseqüentemente, os Estados, internamente, seja em âmbito político, seja em âmbito estritamente jurídico, acabam por serem atingidos, devendo adaptar-se a esse novo contexto de crescimento da Justiça Internacional.

Porém, como fora observado, os países se comportam de maneira diferente diante dessas decisões, normalmente obedecendo ao que lhes é mais conveniente. Além disso, há certa desigualdade no que tange à aceitação do Direito Internacional, pois há Estados que o valoriza bem menos do que outros, o que acaba refletindo na força das decisões internacionais.

De qualquer forma, é inegável que os Tribunais Internacionais tendem a crescer e que suas decisões tendem a impactar cada vez mais os países como um todo. Mesmo que haja uma rejeição inicial de um governo, essas decisões criam um mecanismo de pressão e acaba por influenciar os próprios julgamentos internos.

Analisando-se historicamente a velocidade com que os Tribunais Internacionais evoluíram nas últimas décadas e como ele influencia os países em casos recentes, observa-se que um dos deveres dos Estados para este século é adaptarem-se ao crescente número de decisões internacionais, mesmo que isso represente uma revisão da noção de soberania estatal.

REFERÊNCIAS

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Tradução de Maria Manuela Farrajota, Maria João Santos, Victor Richard Stockinger, Patrícia Galvão Teles. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 603.

CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENEZES, Wagner. **Tribunais internacionais: jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: Funag, 2013. Disponível em: <<http://funag.gov.br/loja/download/1018-tribunais-internacionais-contemporaneos.pdf>>. Acesso em 20 de janeiro de 2016.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização Do Direito:** Direito Internacional, Globalização e Complexidade. Brasília: Uniceub, 2013. Disponível em: <[http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Teoria_do_Direito_Internacional_files/Internacionalizacao_do_direito_PDF_final \(1\)_2.pdf](http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Teoria_do_Direito_Internacional_files/Internacionalizacao_do_direito_PDF_final%20(1)_2.pdf)>. Acesso em 20 de janeiro de 2016.

WATSON, Adam. **The Evolution of International Society:** a Comparative Historical Analysis. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 2004.

O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A OBSERVÂNCIA DAS RECOMENDAÇÕES DO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU

Luis Haroldo Pereira dos Santos Junior¹

Tiago de Araújo Alves²

RESUMO

Em face do processo de internacionalização dos direitos humanos, novos instrumentos de proteção e observação dos mesmos foram desenvolvidos, exigindo uma cooperação entre as ordens jurídicas nacional e internacional nesse escopo protetivo. Nesse contexto, o presente trabalho buscou analisar de que maneira o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, através do mecanismo da Revisão Periódica Universal, vem contribuindo para a efetivação dos direitos humanos. Para tanto, evidenciou-se o vertiginoso processo de expansão internacional dos direitos humanos iniciado com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Demonstrou-se, também, como as recomendações interestatais elaboradas durante a Revisão Periódica Universal constituem valiosos instrumentos de fiscalização e controle da observância interna das normas internacionais de proteção de direitos humanos, aprimorando, conseqüentemente, os ordenamentos domésticos e fomentando o diálogo interestatal, sem esquecer da participação da sociedade civil.

Palavras-chave: Direitos humanos. Revisão Periódica Universal. Conselho de Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a proteção jurídica internacional direitos humanos tem sofrido um vertiginoso processo de expansão, cujo inicio se deu com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Dentre os diversos mecanismos desenvolvidos para garantir o cumprimento desse arcabouço normativo, foram previstas a elaboração de recomendações provenientes de órgãos de fiscalização, como o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Bolsista de Iniciação Científica PIBIC/CNPq. E-mail: haroldojunior@hotmail.com.

² Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. E-mail: tiagoalves64@gmail.com.

Nesse contexto, o objetivo deste trabalho, a partir de uma pesquisa na doutrina e legislação nacional e internacional, é analisar de que forma essas recomendações podem contribuir para avaliar o comprometimento nacional e internacional de proteção dos direitos humanos, assim como apontar alguns dos elementos passíveis de crítica, aperfeiçoando os modelos de incorporação de tais recomendações em especial no Brasil.

Com esse objetivo, será inicialmente realizada uma análise do contexto de expansão internacional dos direitos humanos, analisando seu processo e conceitos centrais, para, posteriormente, abordar a criação do Conselho de Direitos Humanos e a Revisão Periódica Universal, apontando seus mecanismos de funcionamento.

Para que os direitos humanos possam ser protegidos de forma mais efetiva, a internalização meramente formal de tratados nos ordenamentos jurídicos dos Estados não é suficiente, mas é necessário garantir a incidência substancial desses documentos, função na qual as recomendações internacionais assumem uma posição de potencial destaque, a depender do nível de observância das autoridades estatais.

2 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO

O início do processo de internacionalização dos direitos humanos deu-se com três institutos: o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho. Estes representam um marco importante no processo de internacionalização dos direitos inerentes de todo ser humano, além de iniciarem o processo de flexibilização do conceito de soberania absoluta, emergindo, nesse sentido, uma ideia de soberania relativa³.

Nesse aspecto, tal conceito moldou-se, paulatinamente, conforme as transformações que foram surgindo na ordem internacional, na qual a proteção dos direitos humanos ganhou um destaque, submetendo os Estados a um escrutínio em relação à sua conduta para com seus particulares tendo por parâmetro tais direitos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948⁴, trouxe consigo, além da internacionalização, o fenômeno da universalização dos direitos humanos, inovando quanto ao requisito único para a

³ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

titularidade de direitos a condição humana. Tal fenômeno deu-se em decorrência da necessidade de reconstruir os direitos humanos diante os horrores cometidos pelo nazismo.

Foi também com a aprovação essa Declaração que o sistema global de proteção dos direitos humanos foi instituído⁵, vinculando todos os países membros da ONU, mesmo aqueles que não fizeram parte ou não ratificaram a Declaração de 1948⁶. Com isso, cria-se uma comunidade internacional focada em promover e proteger os direitos inerentes da pessoa humana, regulamentando regras e dispondo do instrumento da “sanção internacional”.

Com a finalidade de garantir esses direitos, a ONU institui o Conselho Econômico e Social, cabendo a este, dentre suas demais atividades, fazer recomendações para a promoção da observância aos direitos humanos. Para isso, o artigo 68 da Carta das Nações Unidas⁷ autoriza ao Conselho a criar comissões que o auxiliem no desenvolvimento de suas funções.

Foi assim que, em 1946, criou-se a Comissão de Direitos Humanos, sendo necessária a aprovação daquele para qualquer resolução ou decisão com consequências financeiras praticadas por esta.

As preocupações internacionais emergentes na época visavam precipuamente incentivar a paz internacional, por meio da promoção e proteção os direitos humanos. Com isso, a temática dos direitos humanos ganhou maior visibilidade, conforme reflete a frase do então Secretário-Geral, Koffi Anan “[...] we will not enjoy development without security; we will not enjoy security without development; and we will not enjoy either without respect for human rights”⁸.

3 O CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU E A CRIAÇÃO DA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL: DESAFIOS À IMPLEMENTAÇÃO NACIONAL DAS RECOMENDAÇÕES INTERNACIONAIS

Em 2005, por ocasião da segunda Cúpula Mundial, a ONU apresentou diversas propostas com vistas a aperfeiçoar sua estrutura, em especial no que se refere à proteção dos direitos

⁵ PIOVESAN, Flávia, op. cit., 2010.

⁶ PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁷ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas, 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 22 nov. 2016.

⁸ “[...] nós não iremos desfrutar do desenvolvimento sem segurança; não remos desfrutar de segurança sem desenvolvimento; e não iremos desfrutar de ambos sem o respeito pelos direitos humanos.” ANNAN, Kofi. Peace and poverty. Disponível em: <<http://www.kofiannanfoundation.org/speeches/peace-and-poverty/>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

humanos. Uma dessas propostas, consolidada por meio da Resolução 60/251, de 2006⁹, foi a criação do Conselho de Direitos Humanos, que viria substituir a Comissão de Direitos Humanos, órgão responsável por vários avanços, inclusive normativos – a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, foi, por exemplo, elaborada sob seus auspícios – em cujo âmbito desenvolveram-se mecanismos extraconvencionais de direitos humanos, como relatores especiais e grupos de trabalho¹⁰.

O Conselho de Direitos Humanos foi criado como órgão subsidiário da Assembleia Geral, e não do Conselho Econômico e Social, como era a antiga Comissão de Direitos Humanos, passando a ganhar mais visibilidade e importância, dado que, de acordo com Marisa Viegas e Silva, a Assembleia é “[...] o principal fórum da ONU, onde se encontra representada a universalidade dos membros da Organização [...]”¹¹.

Além disso, teve alguns aspectos funcionais modificados, como sua transformação em um organismo quase permanente – ou mesmo permanente¹² – ao ter aumentado para três o número mínimo de sessões anuais, o que lhe permite discutir com mais frequência assuntos de sua competência.¹³ Além de conceder mais importância ao Conselho, a ONU buscou criar mecanismos para superar as acusações de seletividade e politização¹⁴ atribuídas à antiga Comissão de Direitos Humanos, conforme aponta Piovesan: “Estados têm se valido de sua condição de membros da Comissão de Direitos Humanos não para fortalecer os direitos humanos, mas para uma atitude defensiva, de autoproteção ante críticas ou mesmo para criticarem outros Estados”¹⁵.

Dentre esses mecanismos, cita-se a Revisão Periódica Universal (RPU), criada

⁹ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Resolução 60/251, de 2006. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251_En.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁰ VIEGAS E SILVA, Marisa. O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas: seis anos depois. Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, vol. 10, nº 18, 2013, p. 103-119.

¹¹ *Ib. Ibid.*, 2013, p. 105.

¹² *Ib. Ibid.*, 2013.

¹³ DURAN, Carlos Villan. Luzes e sombras do novo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, vol. 5, nº 3, 2006, p. 6-17.

¹⁴ Apesar das frequentes críticas de politização, há autores, como Marisa Viegas e Silva, que discordam sobre tais acusações, considerando que elas foram frutos do crescimento da importância da Comissão, que passou a imiscuir-se onde os Estados sentiam-se desconfortáveis. Além disso, entende ser ingênua a posição de que a substituição da Comissão pelo Conselho por fim a tal situação. De acordo com a autora: “[...] o argumento da politização foi utilizado com o intuito de debilitar a Comissão.” VIEGAS E SILVA, Marisa, *op. cit.*, 2013, p. 106.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, 2010, p. 133.

conjuntamente com o Conselho de Direitos Humanos e fundada nos princípios da universalidade, objetividade, não seletividade, igualdade e cooperação¹⁶. Tal mecanismo, criado para ser o instrumento extraconvencional onusiano por excelência¹⁷, consiste na avaliação de todos os Estados a cada 4 anos, tendo sido pela primeira vez realizada em 2008, destacando-se por seu caráter intergovernamental ou “diálogo interativo”, dado a revisão ser feita pelos demais Estados¹⁸.

Assim, cada Estado deve apresentar um relatório de no máximo 20 páginas contendo a situação dos direitos humanos em seu território, devendo incluir a participação da sociedade civil na sua elaboração podendo, também, pode fazer análises próprias do seu Estados e enviá-las ao Conselho, que deverá compilá-las em um único documento. Esse relatório será submetido ao escrutínio de três membros do Conselho, os quais farão suas recomendações a título individual, embora também se admita a participação de outros Estados como “observadores”, também permitidos a enviarem suas recomendações. No final, o Conselho emitirá um documento com a síntese de todas as recomendações feitas ao Estado, que poderá ou não acatá-las. Nos ciclos subsequentes, este deverá indicar as medidas que foram adotadas para implementar as recomendações aceitas¹⁹.

Tendo isso em vista, a RPU, ao englobar todas as entidades estatais e trazer também a sociedade civil para o debate, garante a fiscalização universal dos direitos humanos, afastando, em princípio, a politização pela qual passava a antiga Comissão de Direitos Humanos²⁰. Além disso, demonstra uma positiva cooperação e interligação com os demais mecanismos de proteção dos direitos humanos no âmbito onusiano, dos quais se destacam os mecanismos convencionais presentes em alguns documentos internacionais sobre tais direitos, em cujos textos estruturam-se os comitês especializados quanto à matéria. Para Thiago Nalesso:

[...] A inovação importante é a tentativa de submeter à avaliação política realizada pelos

¹⁶ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, op. cit., de 2006. Disponível em: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251_En.pdf Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁷ NALESSO, Thiago Fernando Cardoso. A criação do Conselho de Direitos Humanos da ONU e a Revisão Periódica Universal, e a participação do Brasil nos dois primeiros ciclos de avaliação (2008-2012). IN: CONPEDI. Direito internacional dos direitos humanos II. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 401-421.

¹⁸ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. Resolução A/HRC/RES/5, de 2007. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/SP/AMeetings/15thsession/5-1_Institution-building_o_UN_HRC_sp.pdf. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁹ Id. Ibid., 2007.

²⁰ Nesse aspecto, ainda se pode vislumbrar a presença de elementos políticos na avaliação dos Estados, posto que estas entidades podem ter certos laços de amizade com outros Estados e estes, quando da avaliação do primeiro, faça considerações amistosas, pondo à margem a crítica. VIEGAS E SILVA, Marisa. op. cit. 2013.

Estados informações não apenas dos próprios pares (Relatório Estatal), mas também as informações objetivas compiladas dos demais organismos da ONU na matéria e das informações encaminhadas por organizações não governamentais²¹.

Para garantir o cumprimento das recomendações feitas nesse escrutínio internacional, os Estados devem manter uma íntima sintonia com a sociedade civil, adotando as medidas necessárias para implementar tais recomendações e assegurando sua observância interna para lhes conferir efetividade. Entre as principais medidas a serem introduzidas, destaca-se a previsão da participação direta da sociedade civil na elaboração da legislação consentânea às recomendações e na fiscalização e controle da observância das medidas internamente adotadas. Ressalta-se, pois, as duas frentes nas quais a sociedade civil atua, seja no envio de análises da realidade do seu Estado, seja no monitoramento das recomendações recebidas pelos Estados.

Deve-se, entretanto, alertar que a RPU não exclui a aplicação dos mecanismos de controle que cada documento internacional possa eventualmente prever. A relação entre esses mecanismos convencionais e a RPU deve ser de complementaridade²². Nesse sentido, os Estados devem continuar ratificando o maior número possível de tratados internacionais de direitos humanos para que se avance na proteção articulada em âmbito nacional e internacional. Como afirma Marisa Viegas e Silva²³, a RPU tem servido de estímulo para os Estados, ao buscar implementar as recomendações, levem em consideração os demais mecanismos convencionais, ampliando a proteção internacional dos mesmos.

O Brasil, já escrutinado em 2008 e 2012, recebeu e aceitou, no total, mais de 180 recomendações das mais variadas temáticas, como melhoras no sistema prisional, avanços na agricultura e reforma agrária, liberdade de expressão, proteção dos defensores de direitos humanos e proteção contra a prática de desaparecimentos forçados. No relatório de 2016 produzido pela Secretaria Especial de Direitos Humanos, o Ministério da Justiça e Cidadania o Ministério das Relações Exteriores, contém as medidas que foram adotadas para a implementação das recomendações aceitas nas RPU's anteriores, como o aperfeiçoamento de seu Programa Nacional de Direitos Humanos 3, a criação de um Sistema Nacional de Indicadores em Direitos Humanos, um Observatório de Recomendações Internacionais sobre Direitos Humanos e um Conselho Nacional de Direitos Humanos, evidenciando, assim, sua postura colaborativa com tais

²¹ NALESSO, Thiago Fernando Cardoso, op. cit., 2016, p. 414.

²² VIEGAS E SILVA, Marisa. op. cit., 2013.

²³ Ib. Ibid., 2013.

mecanismos internacionais²⁴.

Contudo, no que se refere ao Poder Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, verifica-se que há ainda certa resistência em observar as recomendações internacionais, mesmo as provenientes de mecanismos convencionais. Tal situação fica patente quando se analisam as experiências de outros países latino-americanos, os que, mediante suas respectivas Cortes Supremas, têm buscado atender essas recomendações. Veja-se, pois, o exemplo do caso argentino, que por meio de sua *Corte Suprema de Justicia de la Nación* (CSJN), utiliza como *ratio decidendi* as observações do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Comitê dos Direitos das Crianças, ambos frutos de tratados da ONU²⁵.

Em tempos em que os direitos humanos têm finalmente assumido o papel protagonista da história da humanidade, o Poder Judiciário brasileiro tem a obrigação de seguir as recomendações internacionais dos órgãos protetivos desses direitos. Impende, portanto, que o Estado brasileiro acompanhe de forma mais incisiva o direito internacional, envolvendo todos seus agentes institucionais, sem se esquecer, ainda, da sociedade civil.

CONCLUSÃO

O processo de internacionalização dos direitos humanos enseja, antes de tudo, uma cooperação entre os ordenamentos jurídicos internos e os internacionais a fim de oferecer uma maior proteção ao indivíduo. Nesse sentido, os órgãos internacionais de monitoramento desses direitos, a exemplo do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, vêm conquistando uma posição de destaque ao emitir recomendações a serem observadas pelos Estados para a garantia interna de eficácia dos direitos humanos.

Nesse contexto, o presente trabalho objetivou analisar como tais recomendações, em particular as decorrentes da Revisão Periódica Universal, realizada a cada quatro anos, constituem importantes mecanismos de efetivação dos direitos humanos.

Escolheu-se analisar a Revisão Periódica Universal por envolver a participação direta de todos os Estados membros da ONU, assim como da sociedade civil, assim como por produzir, após um “diálogo interativo” entre todos os participantes, recomendações concretas para o

²⁴ RPU BRASIL – REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL (BRASIL). Terceiro Relatório Nacional do Estado brasileiro apresentado no mecanismo de revisão periódica universal do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, de 2016. Disponível em: <<http://rpubrasil.org/wp-content/uploads/2016/08/2016-10-21-RPU- Ciclo3-UN.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

²⁵ BAZÁN, Víctor. El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. *Estudios Constitucionales*, Talca, ano 8, n° 2, 2010, p. 359-388.

aprimoramento da proteção interna dos direitos humanos. Tais recomendações, todavia, propiciam que os Estados ratifiquem outros tratados de direitos humanos, gerando, uma interessante troca de influências positivas, e garantindo uma maior amplitude de proteção a tais direitos.

Embora os desafios para a consolidação da proteção dos bens jurídicos essenciais de todos os indivíduos no âmbito doméstico e transnacional continuem sendo muitos, não há dúvida de que, com base no princípio da universalidade, a humanidade vem dando passos importantes em prol da garantia dos direitos de todos os seres humanos.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. A ONU e a proteção aos direitos humanos. **Revista Brasileira de Política Internacional**. Brasília, n. 37, vol. 1, 1994, p. 134-145.

ANNAN, Kofi. **Peace and poverty**. Disponível em: <<http://www.kofiannanfoundation.org/speeches/peace-and-poverty/>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

BAZÁN, Víctor. El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. **Estudios Constitucionales**, Talca, ano 8, nº 2, 2010, p. 359-388.

DURAN, Carlos Villan. Luzes e sombras do novo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, vol. 5, nº 3, 2006, p. 6-17.

NALESSO, Thiago Fernando Cardoso. A criação do Conselho de Direitos Humanos da ONU e a Revisão Periódica Universal, e a participação do Brasil nos dois primeiros ciclos de avaliação (2008-2012). IN: CONPEDI. **Direito internacional dos direitos humanos II**. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 401-421.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. **Resolução A/HRC/RES/5**, de 2007. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/SP/AMeetings/15thsession/5-1_Institution-building_o_UN_HRC_sp.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução 60/251**, de 2006. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251_En.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos**

Humanos, de 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**, 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 22 nov. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RPU BRASIL – REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL (BRASIL). **Terceiro Relatório Nacional do Estado brasileiro apresentado no mecanismo de revisão periódica universal do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas**, de 2016. Disponível em: <<http://rpubrasil.org/wp-content/uploads/2016/08/2016-10-21-RPU-Ciclo3-UN.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

VIEGAS E SILVA, Marisa. O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas: seis anos depois. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, vol. 10, nº 18, 2013, p. 103-119.





FILOSOFIA, TEORIA DO DIREITO E HERMENÊUTICA

Revista Acadêmica
CLÓVIS BEVILÁQUA

A LEGISLATURA DO JUDICIÁRIO: O FENÔMENO DA FLEXIBILIZAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL FRENTE ÀS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Daniel Silva Marques¹

Leonardo Mororó Carvalho²

RESUMO

A hermenêutica constitucional fornece uma série de técnicas interpretativas para elucidar o conteúdo dos princípios, direitos e dispositivos constitucionais. Assim, os julgadores dos Tribunais Superiores, em especial do STF, detêm responsabilidade sobre a aplicação destes critérios e garantia da força normativa da Constituição. Apesar disso, por vezes, o que se observam são decisões contrárias ao texto constitucional, satisfazendo o senso de justiça subjetiva do agente julgador. Nessa perspectiva, o presente trabalho explica e analisa de forma concisa o ativismo judicial, o seu uso da alta abstratividade dos princípios em prol da efetivação de demandas sociais e seu perigo frente à necessidade de segurança jurídica e de observância da repartição de poderes.

Palavras-chave: Nova Hermenêutica Constitucional. Ativismo Judicial. Supremacia da Constituição. Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece um rol de direitos e garantias considerados fundamentais, os quais não estão taxativamente previstos no texto constitucional. Em verdade, a Constituição assegura a contínua evolução da compreensão e reconhecimento dos direitos fundamentais, consagrando um sistema aberto destes direitos³, o que se depreende do art. 5º, § 2º, o qual dispõe 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”.

Ademais, o § 1º do artigo em epígrafe ressalta a eficácia imediata que tais direitos possuem (no plano abstrato). Ao longo dos últimos séculos, os Estados passaram a reconhecer uma série de direitos como inalienáveis, intrinsecamente humanos ou, no mínimo, essenciais à vida de qualidade, fato que ganhou repercussão internacional principalmente com as primeiras grandes declarações de

¹ Daniel Silva Marques. Graduando em Direito da Universidade Federal do Ceará. daniel-jkd@uol.com.br

² Leonardo Mororó Carvalho. Graduando em Direito da Universidade Federal do Ceará. leonardomororo1@gmail.com

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 269.

direitos⁴. Concomitantemente, os direitos fundamentais, enquanto direitos humanos positivados no plano interno de um país⁵, foram contemplados com um *status* normativo máximo no plano hierárquico do ordenamento jurídico.

A divisão republicana de poderes visa à repartição democrática de funções essenciais à manutenção da sociedade, atribuindo-se ao Judiciário, entre outras responsabilidades, a função de restauração da ordem jurídica quando vulnerada⁶ e a preservação e efetivação dos direitos no caso concreto⁷, através do monopólio da jurisdição. Ao Supremo Tribunal Federal é delimitada a competência de zelar pela correta hermenêutica da Lei Maior, o que lhe garante a alcunha de “Guardião da Constituição”.

O Poder Legislativo, por sua vez, tem como competência principal a elaboração de leis, respeitando sempre a superioridade hierárquica constitucional. Desta maneira, é preciso observar a separação de poderes, sob pena de malferir os arts. 2º e 60, § 4º, III da Constituição, este último configurando uma cláusula pétreia. É possível, todavia, a interferência de um poder no outro, contato que essa situação esteja prevista no próprio texto constitucional, decorrendo do sistema de freios e contrapesos⁸.

A observância da realidade fática conduz à constatação de que, inúmeras vezes, o Legislativo é omissos na concretização da competência supramencionada, exigindo-se do Judiciário a resolução de demandas relativas a direitos não regulamentados, posto que os direitos fundamentais têm eficácia imediata, isto é, a norma constitucional possui força imperativa a partir da sua previsão formal, mas algumas necessitam de leis que especifiquem seu modo de efetivação⁹.

Ademais, a modificação social gera reivindicações que não necessariamente são acompanhadas de adaptação legislativa. A vedação ao *non liquet*, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), obriga o magistrado à apreciação e resolução dos problemas que emergem no seio social.

Nesse último aspecto reside parte do objeto deste trabalho, posto que, para a resolução de demandas aparentemente contrárias à norma constitucional originária, é necessário um exercício interpretativo com técnica mais rigorosa, o que, se não realizado adequadamente, pode dar margem

⁴ A exemplo da Declaração de Direitos de Virgínia (1776), a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) e a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948).

⁵ LIMA, George Marmelstein. Curso de Direitos Fundamentais. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 24.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 180.

⁷ MAZOTTI, Marcelo. As Escolas Hermenêuticas e os Métodos de Interpretação da Lei. Barueri: Manole, 2010. p. 49.

⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de constitucional positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 111.

⁹ Para entender a questão de efetividade e eficácia das normas constitucionais ver SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

a arbítrios por parte do julgador.

Em adição, o fenômeno do ativismo judicial tem ido além, gerando entendimentos que por vezes contrariam a literalidade do texto constitucional, ocasionando uma verdadeira produção legislativa dos julgadores.

Pontua-se que norma e texto são conceitos diferentes. Quando se refere a decisões contrárias ao texto, faz-se menção àquilo escrito de forma clara e nítida na Constituição (em sua literalidade). Já a norma é depreendida através da interpretação do texto. Exemplificando: o art. 7º, XVIII¹⁰ diz que a gestante terá licença remunerada de 120 dias. O texto, em sua literalidade, faz compreender que só a mulher poderia ter tal benefício. Contudo, a norma constitucional visa proteger também o recém-nascido e a família. Desta forma, caso a mãe faleça durante esse período, caberá ao pai o gozo do prazo remanescente da licença para o devido amparo do filho.

Passa-se a analisar os conceitos correlatos aos problemas mencionados, possibilitando uma averiguação sobre a legitimidade da atuação do órgão de cúpula do judiciário brasileiro quando se depara com situações de anacronia entre as demandas da sociedade contemporânea e a vontade do constituinte originário ou a omissão do poder legislativo, explorando também o uso, como fundamento dessas decisões, de princípios cujo conteúdo e abrangência são imprecisos.

2 HERMENÊUTICA E CRITÉRIOS INTERPRETATIVOS DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

É nítido que, em qualquer sistema jurídico, a interpretação normativa é inevitável e necessária. O aplicador do Direito, mesmo que se limite à literalidade do texto, utiliza-se de técnicas hermenêuticas que permitam extrair o sentido da norma. Carlos Maximiliano aclara que o ato de interpretar

[...] é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.¹¹

Nessa perspectiva, a ciência da hermenêutica propõe-se a delimitar meios para a adequada elucidação do conteúdo do texto normativo, ou seja, formaliza e estuda técnicas de interpretação¹². Estas técnicas se dividem em espécies de interpretação, classificadas quanto à origem, à natureza ou

¹⁰ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”.

¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.7.

¹² MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Curso de Hermenêutica Jurídica*, 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49, 52.

aos efeitos. Cabe abordar, no presente trabalho, a sua classificação quanto à natureza, que corresponde às próprias técnicas clássicas de interpretação¹³.

As espécies clássicas, quanto à natureza são, apesar de certa divergência na doutrina: gramatical; histórica; lógica; sistemática; sociológica; e teleológica.

A primeira forma surge com a escola exegética francesa, almejando a compreensão do sentido literal da norma, desprovido de qualquer investigação sobre a vontade do legislador ou sobre a mentalidade da sociedade contemporânea.

A histórica teve como precursor Carl von Savigny, o qual alude para a necessidade de adentrar numa análise sobre as circunstâncias históricas existentes à época da elaboração da lei.

A interpretação lógica¹⁴ consiste na busca pela apreensão da vontade do legislador, como forma de determinar quais dos sentidos gramaticais devem ser aceitos à luz da intenção daquele que pensou a norma.

Dentre as mencionadas, a interpretação sistemática goza de grande prestígio na contemporaneidade (apesar de questionamentos quanto à sua forma de aplicação), justamente por considerar o ordenamento como um todo lógico e não uma sucessão de dispositivos isolados, interpretando cada norma à luz do disposto nas demais presentes no sistema. Cumpre ressaltar a influência da Teoria Kelseniana¹⁵ do ordenamento como uma pirâmide hierárquica, adotada uniformemente pela jurisprudência pátria.

Além disso, a interpretação sociológica visa a análise da norma sob três perspectivas¹⁶. Quanto à efetividade da norma perante a sociedade, deve-se preferir, dentre várias, aquela que alcance essa condição. De mais a mais, há uma tentativa de atualizar a norma com intuito histórico-evolutivo. Não se olvide que também é possível que essa interpretação ocasione uma transformação social, a partir da observância das demandas populares modernas.

Por fim, a interpretação teleológica se atém à finalidade da norma jurídica, que não deve ser entendida como um fim em si mesma, mas como bastião de certos objetivos sociais e princípios jurídicos implícitos no texto, visando a um resultado pragmático¹⁷.

Paulo Bonavides salienta que “os métodos tradicionais [...] são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação, e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar

¹³ Id. Ibid. 2015. p. 59, 62.

¹⁴ Id. Ibid. 2015, p. 63.

¹⁵ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

¹⁶ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Curso de Hermenêutica Jurídica, 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 74.

¹⁷ MAZOTTI, Marcelo. As Escolas Hermenêuticas e os Métodos de Interpretação da Lei. Barueri: Manole, 2010. pp. 72-73.

direitos fundamentais”¹⁸. É inegável, portanto, que, diante de uma Carta Política com conteúdo valorativo plural, é preciso utilizar mecanismos hermenêuticos adequados à sua compreensão.

Qualquer Estado elege para o Direito valores constitucionais específicos que são tidos como relevantes para a preservação e manutenção da sociedade. A funcionalidade do sistema constitucional depende da coerência dos seus dispositivos, formando uma unidade não apenas lógica, mas axiológica. Nesse sentido, a falácia do afastamento da ciência do Direito em relação a valores, bem como da neutralidade completa do indivíduo na atuação jurídica, já foi superada no conhecimento contemporâneo. A subjetividade está sempre presente nas atitudes do ser humano, inclusive do magistrado. Entretanto, a existência de uma ideologia do julgador não significa a rendição ao subjetivismo, que se traduz na transferência exagerada da pessoalidade à decisão, em detrimento da objetividade.

Neste contexto, o Neopositivismo consagra às constituições hodiernas força inédita em relação aos antigos modelos de ordenamento. Frente a isso, a doutrina propugna uma Nova Hermenêutica, a qual detém meios inovadores, decorrentes da feição de princípios conferida na atualidade aos direitos fundamentais, o que constitui ponto indispensável à discussão em baila.

A partir desta explicação, sintetizam-se os princípios específicos para a realização da interpretação constitucional, os quais, ressalva-se, não excluem os meios interpretativos anteriormente mencionados¹⁹. Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso²⁰:

Trata-se, essencialmente, de metanormas, dirigidas ao intérprete e destinadas a ordenar a atividade interpretativa. São premissas metodológicas, conceituais ou finalísticas que orientam a aplicação da Constituição e o contraste entre normas infraconstitucionais e constitucionais.

O primeiro dos princípios é o da **Supremacia da Constituição**. Isso significa que, ao se concretizar o direito pela interpretação, não se pode olvidar da posição de prestígio hierárquico das normas constitucionais no ordenamento – as quais possuem, indiscutivelmente, força normativa –, tanto é verdade que a própria *Lex Mater* estabelece métodos de controle da constitucionalidade das leis, seja por ações próprias, seja de modo incidental.

Esta realidade de superioridade é tão intrínseca ao ordenamento brasileiro atual que todos os Poderes estão, obrigatoriamente, vinculados aos ditames constitucionais. O Legislativo, ao cumprir sua função, inclusive através de modificações ao texto constitucional por meio de emendas (poder constituinte reformador), não pode, todavia, contrariar a Carta Política, a qual estabelece matérias

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 592.

¹⁹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Curso de Hermenêutica Jurídica, 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 111.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 165.

não passíveis de alteração. O Judiciário, de igual forma, não poderá aplicar o direito de modo desarrazoado, desrespeitando os limites constitucionais, exercendo o STF um papel crucial, pois, além de ser o último órgão revisor, também julga as ações que discutem diretamente afrontas à Constituição.

A **unicidade das normas constitucionais** também deve guiar o intérprete, pois os conteúdos presentes em tais normas têm caráter político-jurídico²¹, decorrente das escolhas dos representantes do povo – real detentor do Poder, conforme o art. 1º, parágrafo único da CF/88 –, e mantêm uma inter-relação. Formalmente, todas as normas constitucionais estão no mesmo plano hierárquico, mas há divergências²² entre os estudiosos quanto à existência de normas mais importantes no sentido material, pois para parcela da doutrina existiriam algumas com maior manifestação axiológica, com o que se concorda.

Além disso, fala-se na **presunção de constitucionalidade das leis**²³, pela qual se presume o *status* constitucional dos atos normativos até que sobrevenha decisão declarando o contrário.

A **interpretação conforme a Constituição** almeja a máxima efetividade desta, pois, dentre diversas interpretações existentes de uma lei, inclusive algumas que podem conduzir à sua inconstitucionalidade, deve prevalecer a que se harmoniza com o restante das normas constitucionais. Nota-se uma espécie de interpretação sistêmica dentro do plano constitucional, já que, por intermédio desta técnica interpretativa, tenta-se alcançar a tão almejada unidade dos valores constitucionais. Essa é uma tarefa árdua no sistema brasileiro, que, como visto, demonstra uma nítida pluralidade axiológica, abarcando princípios que se não delimitados corretamente acarretaram uma oposição lógico-valorativa²⁴, numa Constituição que se apresenta como uma “integração dinâmico-espiritual de valores aspirados por diferentes segmentos da sociedade”²⁵.

À vista disso, surge a **proporcionalidade** – composta pela adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu* – como tentativa de conciliação de princípios que enunciam valores diversos e, quiçá, antagônicos. Aplica-se, aqui, a tão famosa Teoria dos Princípios de Robert Alexy, segundo a qual o conflito aparente entre princípios no caso concreto conduz à ponderação, aplicando-se um sopesamento e determinando uma precedência condicionada àquela situação

²¹ BARROSO, Luís Roberto, op.cit. 2008, p. 156.

²² Idem.

²³ Id. Ibid., 2008. p. 178.

²⁴ Com o termo se quer expressar a ideia de aparente contradição dos princípios no plano fático por conta da falta de especificação de sua abrangência. Essa situação é aparente porque os princípios elencados na Constituição não são absolutos e, assim, necessitam de delimitação, a partir dos métodos hermenêuticos, para que se possa determinar previamente os fatos jurídicos sob proteção.

²⁵ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira, op. cit., 2015. p. 112.

específica sob análise²⁶.

3 ATIVISMO JUDICIAL, SEGURANÇA JURÍDICA E O STF COMO GARANTIDOR

A partir da grandiosidade quantitativa de princípios consagrados pelo Constituinte e da cláusula de abertura de princípios no sistema constitucional pátrio, junto com a natural impossibilidade de o legislador acompanhar as transformações sociais na rapidez em que estas ocorrem e, ainda, da abstratividade inerente aos princípios, surge uma postura no Poder Judiciário, em especial do STF.

Essa postura se visualiza na busca, por meio das decisões judiciais, da suposta concretização da finalidade de uma norma constitucional quando deparado com situações não abrangidas pelo Legislador de modo expreso, assumindo a postura que caberia a este, ou seja, invadindo as competências deste Poder.

Destaca-se posição doutrinária que afirma que o Judiciário é “a última esperança, a *ultima ratio* para salvaguarda das instituições democráticas. Assumindo de vez seu papel político de ‘guardião’ da Constituição [...]”²⁷. Entretanto, o STF, algumas vezes, achando-se a última esperança para o progresso social, acaba se esvaindo dos parâmetros constitucionalmente fixados para sua atuação, contrariando essa atribuição de Guardiã.

Isso decorre do tão polêmico ativismo do Judiciário, fenômeno jurídico de exacerbada divergência conceitual²⁸, pelo qual se tomam decisões com uso dos meios interpretativos mencionados acima, em comportamento “afirmativo de novos direitos e de proteção das minorias”²⁹, por vezes implícitos ou não claramente previstos nas constituições, assim como da aplicação direta de princípios constitucionais, abstratos e imprecisos, para regular condutas concretas sem qualquer intermediação do legislador ordinário³⁰.

A partir disso, analisam-se as problemáticas correlatas a esta corrente dentro do meio jurídico, debruçando-se, finalmente, sobre casos práticos nos quais o STF não se ateve a uma interpretação textual e sistêmica, acarretando decisões contrárias ao disposto expressamente no texto constitucional, nas quais os julgadores entendem alcançar justiça. Ou seja, realizar-se-á uma

²⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93-94.

²⁷ LIMA, George Marmelstein, Os direitos fundamentais e o Poder Judiciário: elementos para a concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário. Fortaleza: Premium, 2000, p. 59.

²⁸ RAMOS, Elival Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 106.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto, op.cit. 2008, p. 118.

³⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

análise crítica sobre o limite da atuação proativa do Judiciário.

De antemão, relembra-se o já afirmado papel fundamental da interpretação na atuação do magistrado, pois “a Aplicação não prescinde da Hermenêutica: a primeira pressupõe a segunda, como a medicação a diagnose”³¹.

O juiz deve tomar uma postura pensante, de modo a alcançar a compreensão da norma junto aos diversos pontos que a circundam. Ademais, “interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta”³².

Em contrapartida, não se sustenta, mesmo num sistema constitucional complexo como o brasileiro, que o julgador tome para si uma suposta aplicação proporcional e justa para, assim, atuar de forma contrária ao texto normativo.

Colaciona-se aqui o entendimento de J. J. Gomes Canotilho³³, no qual manifesta uma das dimensões da técnica hermenêutica de interpretação da lei conforme a Constituição:

[...] *O princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas “contra legem”*, impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais.

Assim, o constitucionalista português declara a importância de levar em conta o texto normativo expresso, ainda que aqui se trate do infraconstitucional. Desse modo, é mais adequado que a norma seja extirpada do ordenamento do que, em nome de conformação à Constituição, lhe seja dado um sentido que nunca foi pretendido - ou mesmo que seja semanticamente cabível -, sob pena de transmutação da atividade interpretativa em efetivamente legislativa.

Ainda, antes de adentrar numa análise mais profunda, cabe destacar o ensinamento de Elival Silva Ramos³⁴, o qual alude aos motivos do ativismo ter guarita em âmbito constitucional:

A singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional está, pois, diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento, revogando-as ou invalidando-as em caso de conflito; o caráter nomogenético de boa parte dos preceitos constitucionais, concretizados na estrutura lógica de normas-princípio [...]; a fluidez e a decorrente imprecisão semântica (vagueza e ambiguidade) da linguagem constitucional, frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo; a fundamentalidade da maior parte das normas formalmente constitucionais, que dizem respeito a aspectos básicos da organização estatal e de seu relacionamento com a sociedade civil; a posição de supremacia funcional dos órgãos

³¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.7.

³² MAXIMILIANO, Carlos. *op.cit.*, 2011, p. 8.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e a teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 1226.

³⁴ RAMOS, Elival Silva. *op. cit.*, 2015, p. 143.

judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação-aplicação da Constituição, quer por lhes incumbir, a título exclusivo, o controle de constitucionalidade de atos e omissões legislativas (sistema europeu), quer por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário e que, nessa condição, tem a palavra final sobre questões constitucionais (sistema estadunidense).

Desse modo, relacionamos alguns pontos fundamentais na discussão do ativismo. Como a noção de ativismo judicial está ligada a um esforço mais amplo e intenso do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, há clara interferência no espaço de atuação dos outros Poderes³⁵. Explica-se.

Quanto à interferência nas competências do Poder Executivo, casos muito controversos são aqueles relativos a problemas de saúde, principalmente fornecimento de medicamentos e de leitos de UTI. Ocorre que o art. 196 da CF/88 estabelece a saúde como direito de todos e dever do Estado, sendo de acesso universal. Por isso, emergiram nos últimos anos diversas demandas dos cidadãos em busca de amparo perante o Judiciário em contextos nos quais o Executivo não estava satisfazendo as necessidades relativas a enfermidades.

Nesse aspecto, não é criticável que o juiz tome uma decisão de deferimento ao verificar uma situação emergencial demonstrada em um acervo probatório, mas o que não se pode admitir, e que, infelizmente, se popularizou, é a necessidade de acessar a Justiça para obter um direito de tão magna posição. Não por ser incorreto buscar no Judiciário uma correção à situação de desrespeito a um direito - o que é o cerne da função deste Poder - mas, sim, por corroborar com uma ineficácia de outro Poder e assumir suas atribuições de modo subsidiário.

Além disso, decisões que concedem pedidos relacionados a políticas públicas podem gerar uma desordem no planejamento financeiro e um estímulo exagerado de demandas judiciais para obtenção do previsto na competência do Executivo.

O próprio STF tomou decisões recentes que corroboram com a posição adotada, como passa-se a exemplificar.

Em 28 de setembro de 2016, o Ministro Luís Roberto Barroso, conhecido no cenário nacional por defender o ativismo judicial, proferiu voto dos REs 566471 e 657718 - que tratam sobre o fornecimento de medicamentos de alto custo³⁶ -, adotando, nesses casos, postura mais

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 318.

³⁶Ao fim do seu voto o ministro dá o seguinte posicionamento, o qual é interessante por: “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia

conservadora, relatando que “o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde”³⁷, que para ele é impossível um sistema de saúde “resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas”³⁸.

Mais um julgado deve ser mencionado. Também em 2016, o STF deferiu tutela provisória na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.501, suspendendo a eficácia da Lei 13.269/2016, a qual autorizava o uso do medicamento fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, a despeito da inexistência de estudos conclusivos no tocante aos efeitos colaterais em seres humanos, bem assim de ausência de registro sanitário da substância perante o órgão competente. O Colegiado entendeu que, ao dispensar a exigibilidade de registro sanitário do medicamento, a lei não observa o art. 196 da Constituição, especificamente na parte que declara o dever estatal de reduzir o risco de doença e outros agravos à saúde dos cidadãos.

Nesse acórdão, o Supremo, ao realizar a interpretação do dispositivo, preservou toda a finalidade prevista, amoldando o dever de fornecer medicamento à população à responsabilidade constitucional de zelar pela qualidade e segurança dos produtos em circulação no território nacional. Admitir o dever do Poder Público em fornecer medicação que não cumpre com os requisitos fixados pela ANVISA, para atender a um direito fundamental à busca da cura de enfermidades, seria uma interpretação que colocaria um senso de justiça subjetivo do magistrado acima das previsões na Lei Maior.

Ou seja, o caso em tela reflete o posicionamento sustentado pelos presentes autores: que o magistrado, na necessidade de correta busca pela aplicação mais justa da lei, não se afaste dos limites que o sistema jurídico-constitucional impõe, respeitando, assim, por exemplo, os limites gramaticais do texto ou a compreensão da integralidade da norma, como, no caso, do art. 196, adequando o direito à saúde ao correspondente cuidado com a qualidade das drogas distribuídas aos

do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS”. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-01.pdf> >.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RG. Relator: Ministro Marco Aurélio. 28 nov 2016, p. 7. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-01.pdf> >. Acesso em: 30 fev. 2017.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RG. Relator: Ministro Marco Aurélio. 28 nov 2016, p. 10. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-01.pdf> >. Acesso em: 30 fev. 2017.

indivíduos mediante rigoroso crivo científico. A decisão certamente consagra uma proteção ao direito fundamental, pois demonstra preocupação com a saúde humana, como é a preocupação do constituinte - a qual não pode ser modificada pelo Judiciário por acreditar que a pessoa enferma precisa tentar todas as possibilidades existentes, mesmo aquelas que ainda não foram devidamente testadas.

A partir de agora, trata-se do ponto principal e mais polêmico, qual seja, a ocupação, pelo Judiciário, da função do Legislativo.

O STF, como Tribunal Maior, age em certas ocasiões em atividade atípica de normatização, a qual, para os presentes autores, conduz a ações de alto risco para uma segurança jurídica concebida como instituto basilar de um sistema democrático e que permite que a população possa saber o que esperar das ações do Estado.

Falando em **segurança jurídica**, “saber o que esperar” é uma forma, ainda que simples, de traduzir o instituto, que tem reconhecimento no ordenamento na medida que o Constituinte demonstra preocupação com a confiança do cidadão nas ações do Estado. O próprio termo já dá a ideia de previsibilidade, de oposição à arbitrariedade e à aleatoriedade.³⁹

A segurança se solidifica quando balizada por um ordenamento forte, que não facilita a transgressão impune ou a modificação descuidada. Uma Constituição que seja continuamente reinterpretada à margem dos sentidos textuais dos dispositivos enfraquece, e com ela enfraquecem o Estado e a segurança. Não é somente uma questão de justiça intrínseca à decisão, mas das consequências que ela acarreta se for proferida à revelia da norma: gera um precedente de desconsideração do texto constitucional.

O perigo de um ato assim é que ele pode ser utilizado igualmente para ir contra ou a favor dos desejos do povo, mas das duas formas fragiliza a democracia em nome de uma pretensão imediatista, desviando o julgador de sua competência legal e ofendendo a separação de poderes - outra expressão que vale a pena conceituar.

A **separação de poderes** clássica pensada por Montesquieu foi sem dúvida um avanço em relação à organização social fechada e segregadora que preponderava na sociedade ocidental. Entretanto, já existem diversos questionamentos a respeito da aplicabilidade da separação

³⁹ LACOMBE, Margarida Maria Camargo; BALARINI, Flávia Gonçalves. A Segurança Jurídica na Doutrina e nos Tribunais. In: XXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2012, Niterói. Teoria e história do direito constitucional. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 3. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f9b616fadedc02>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

tradicional à estrutura política contemporânea, notadamente no trabalho de Bruce Ackerman⁴⁰. Se sua defesa de uma nova separação de poderes inclui a análise de órgãos e instituições não pertinentes ao presente trabalho, sua abordagem, em oposição, traz à tona, no mínimo, a reflexão sobre a necessidade ou não de manutenção dessa divisão tripartite que se mantém formalmente ao longo de séculos.

O autor explica, com grande fervor pelo movimento da nova separação de poderes, que a dinâmica entre os três poderes e destes com outras instituições que têm surgido dentro dos Estados Democráticos de Direito inviabiliza a continuidade da visão clássica restrita. Forçoso reconhecer que a relação entre as instituições democráticas, historicamente, nunca pôde ser a de uma divisão total, de nula influência de um poder sobre o outro, de plena e ilimitada independência. De fato, assim como o Direito serve de contenção à atuação do Estado, também este é organizado de forma que suas instituições promovam limitação recíproca.

Nessa perspectiva, não se pode olvidar que a harmonia entre os poderes depende da complementaridade entre eles e da efetivação de suas competências. Quando um poder **adentra** a competência de outro, porém, não está promovendo as limitações constitucionais a este, mas, na verdade, usurpando sua autoridade.

Assim, se é bem verdade que Montesquieu necessite de uma atualização, isso não é motivo para ignorar as competências delimitadas pela Lei Maior. Ackerman defende uma modificação para adicionar poderes com novas funções que ampliam o funcionamento da democracia. E democracia está sempre lado a lado com legitimidade. Aquilo que é legítimo emana do povo e harmoniza-se com os valores estabelecidos para a manutenção da sociedade. Portanto, quando uma instituição judiciária se imiscui nas responsabilidades legislativas, macula a legitimidade do reconhecimento de direitos, por pular as etapas do processo legislativo, realizado pelos representantes eleitos, tomando para si a pretensão de inovação jurídica.

Consentir que um juiz preencha uma lacuna normativa a partir dos critérios há muito disciplinados em sede doutrinária e jurisprudencial é do próprio exercício jurisdicional; contudo, dar sentidos contrários aos que a própria Constituição exprime, principalmente em circunstância de nítida redução de garantias, é inconcebível, sendo a atividade ativista uma complementação corretiva, ou mesmo substitutiva da atividade legislativa⁴¹.

⁴⁰ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, abr. 2014. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18909>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

⁴¹ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. op.cit., 2014.

A mutação constitucional também é fenômeno delicadíssimo. Qualquer Constituição deve prever a adaptação de suas disposições aos fenômenos que afloram no seio social, principalmente com a fugacidade das informações, tradições e conceitos. O Judiciário, em certas situações, constata uma inércia do legislador e decide aplicar a alteração de prontidão. Assim, a mutação é um meio informal – se comparado com o processo legislativo – que “permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto”⁴².

Muito próxima também está a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, que é uma técnica de interpretação constitucional que reputa que dado modo de analisar o texto da norma infraconstitucional é contrário à Carta Magna, sem alterar a expressão literal da lei. Essa situação, em regra, parece estar dentro do âmbito de atuação normal do STF, que realiza controle comum de constitucionalidade, aplicando-o somente de modo diferenciado. Contudo, deve-se pontuar que, ainda assim, é possível usar essa técnica como artifício para declarar inconstitucional uma interpretação que tem respaldo na Constituição.

4 DECISÃO PARADIGMA: A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE DECISÃO CONDENATÓRIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O TRÂNSITO EM JULGADO

Com intuito de dar melhor detalhamento à problemática aqui sustentada, qual seja, de que o STF utiliza-se de técnicas de interpretações para adotar uma postura afastada da prevista na Carta Política e que se aproxima do subjetivismo, analisar-se-á este julgado de grande repercussão.

Em decisão em sede de HC 126.292, reiterada nas ADCs 43 e 44, o STF autorizou que o condenado penalmente em segunda instância inicie o cumprimento da pena privativa de liberdade em caráter provisório.

A controvérsia é se há afronta ao princípio da presunção da inocência quando existente acórdão que confirma o teor condenatório de sentença de primeira instância e que enseje a execução de pena de modo provisório, mesmo pendente recurso extraordinário ou especial – os quais, em regra, não produzem a suspensão do efeito da decisão recorrida.

A doutrina afirma que a presunção de inocência tem fundamento no art. 5º, LVII da CF/88, o qual declara “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A Corte, ao afirmar pela possibilidade de cumprimento de pena, declara que há

⁴² BARROSO, Luís Roberto. op.cit., 2014, p. 158.

outros princípios que justificam tal pensamento, bem como que o texto legal não veda a imposição de pena para pessoa que ainda esteja respondendo a processo judicial, o que aparenta atuação ativista, como será explicado.

O primeiro argumento é a necessidade de efetividade da função jurisdicional penal⁴³, presente no art. 5º, LXXVIII. O STF consagrou essa posição, admitindo a morosidade do Judiciário em efetuar uma prestação jurisdicional que se adeque aos anseios sociais por justa penalidade. Para tanto, o Ministro Teori Zavascki estabelece como premissa que, após a decisão de segunda instância que condena o acusado, passa a vigorar uma presunção de culpabilidade.

Outrossim, sustentam os ministros que o direito ao duplo grau de jurisdição estaria respeitado com o recurso de apelação julgado no mérito, não havendo previsão de terceira análise sobre o mesmo caso. Até aí não há problema, pois o exame do conjunto probatório é cabível até a decisão em segundo grau, não se admitindo em recursos extraordinários discussão além de questões de direito constitucional independente do direito subjetivo da parte⁴⁴ (súmula 279/STF). Reforça, enfim, os baixos índices de reforma por recursos ao STF.

Os presentes autores não discordam de todos os pontos da decisão do Supremo. *Ab initio*, na condenação por juiz singular e também por tribunal, há sentido em afirmar que ocorre mitigação ou ausência da presunção de inocência. Até por isso, permite-se com maior convicção a prisão preventiva, com atenção aos requisitos expressos na Lei Processual Penal.

Assim, é mister estabelecer diferença entre presunção e certeza de culpabilidade. A presunção verifica-se quando os indícios e as provas corroboram a imputação feita ao sujeito, mesmo que este ainda possa recorrer para comprovar sua inocência; ou seja, é a possibilidade balizada por provas, o indício da certeza. Já esta, dentro do sistema jurídico, somente existe quando findam os meios recursais. Entendimento que ignore o sentido de trânsito em julgado equivale à deturpação da lógica processualista consagrada⁴⁵, inclusive em sistemas internacionais citados no acórdão do STF para sustentar a decisão.

A Constituição Federal, portanto, não fala exatamente em presunção de inocência, mas em certeza de culpa. Repete-se o dispositivo que fundamenta a não culpabilidade: “ninguém será

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 fev 2016, p. 4. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP& docID=10964246> >. Acesso em: 03 dez. 2016.

⁴⁴ Id. Ibid. 2016, p. 16.

⁴⁵ Nelson Nery Jr., por exemplo, falando sobre razoável duração do processo, sustenta que “o prazo razoável é garantido para que o processo se inicie e termine, incluída, portanto, a fase recursal, já que só se pode entender como terminado o processo no momento em que ocorre o trânsito em julgado, isto é, quando não couber mais recurso”. NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 9 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 311.

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Destarte, a partir de simples leitura é possível constatar que, para o cumprimento de pena, exige-se plena convicção quanto à autoria e culpabilidade do sujeito, bem como o trânsito em julgado.

Trata-se, pois, de um direito fundamental da pessoa, até porque o inciso LXXVIII está inserido no capítulo intitulado “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. Explica-se. A culpa referida no artigo somente é auferida após o decorrer do processo e o exaurimento das vias impugnatórias com decisão final desfavorável ao acusado, divergindo-se do STF quando este diz que o recurso extraordinário, por não apreciar os fatos, não gera modificação na situação do acusado. Sabe-se que o efeito de uma decisão sobre as questões constitucionais que seja compatível com a liberdade do sujeito produzirá efeitos mediatos sobre este.

Quanto à efetividade da jurisdição⁴⁶, o mero fato de se antecipar a execução da pena não a garante, pois em um processo penal somente se diz que há efetividade quando se julga inocente ou culpado o réu, pois este é o escopo do processo penal⁴⁷, e não a prisão de alguém a qualquer custo, visto que, inclusive, o Ministério Público, o qual é constitucionalmente encarregado da persecução penal, pode pleitear a absolvição do denunciado⁴⁸. Levantamos, ainda, o argumento de que é amplamente possível a prisão preventiva do acusado enquanto aguarda a decisão de recurso, ou seja, a pessoa com alto grau de periculosidade, *e.g.*, não ficará livre e potencialmente apta a infringir direitos alheios.

Mais um ponto deve ser observado. Em sede de julgamento da ADPF 437, foi declarado que o sistema penitenciário brasileiro compõe-se de um “estado de coisas inconstitucionais”, devido às precariedades e violações constantes aos direitos humanos básicos existentes em presídios. Por isso, entre outras medidas, o STF determinou⁴⁹:

- a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;
[...]
- c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;
- d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo.

⁴⁶ MACHADO, Antônio Alberto. Teoria geral do processo penal. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 144-145.

⁴⁷ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 104.

⁴⁸ MANZANO, Luís Fernando Moraes. Curso de processo penal. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 172.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. 27 ago. 2015, p. 37. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

Assim, a título ilustrativo, indaga-se, a partir da leitura dessas medidas, se não há um pouco de imprecisão lógica entre as decisões, pois se reconhece que juízes e tribunais devem ter cautela ao aplicarem prisões preventivas, mas, em momento posterior, cerca de 1 ano depois, possibilita-se que um acusado protegido constitucionalmente pelo trânsito em julgado tenha a pena executada provisoriamente, mesmo pendente recurso que pode lhe declarar inocente.

Ademais, deve-se pontuar que os presentes autores entendem que o provável motivo, de ordem mais prática, desse entendimento jurisprudencial advém do acúmulo de recursos extraordinários e a prescrição que ocorre em diversas demandas por conta da dificuldade de julgar rapidamente, o que gera um alto grau de impunibilidade - o que é uma preocupação legítima e com a qual, inclusive, se concorda do ponto de vista axiológico. Compreende-se, contudo, que uma proteção constitucional dessa proporção acarreta risco quanto à punição, pois o processo pode progredir por muito tempo, e acabar impedindo a efetivação da justiça almejada.

Mesmo assim, acredita-se que uma decisão apoiada em interpretação incompatível com o texto constitucional e reducionista de direitos individuais fundamentais, em busca de um anseio social e da resolução de um problema prático, é contrária ao sistema constitucional vigente. Isso mostra o quão perigosas são práticas ativistas dentro do Judiciário, pois permitem aos juízes modificar sentido expresso de uma garantia em razão de uma ineficácia do próprio Poder, o que não deveria entrar no cerne do debate, pois uma interpretação gramatical, sistemática e que esteja harmoniosa com a Constituição conduz a um sentido diferente.

Dessa forma, o que se discute aqui não é se a decisão é justa ou não do ponto de vista subjetivo, mas a atitude de julgar de uma forma que ameaça uma ordem constitucional basilar ao Estado Democrático de Direito.

5 OUTROS CASOS DE MUDANÇAS DO TEXTO CONSTITUCIONAL POR ATIVISMO DO STF

A partir da afirmação realizada logo acima, analisar-se-á outras decisões sob a mesma perspectiva, qual seja, saber se o STF tem sido criterioso ao interpretar os dispositivos constitucionais ou se, ao contrário, há um apego ao mencionado subjetivismo valorativo do julgador, bem como uma utilização de princípios de forma genérica, ou seja, sem explicar o motivo de haver incidência de um dado princípio e não de outro.

De antemão, deve-se lembrar que o exigido do julgador, em qualquer situação, é que este

busque a decisão mais justa possível, pois a justiça é o maior vetor do Judiciário. Para tanto, não se pode olvidar da imprescindível leitura constitucional a partir dos métodos hermenêuticos constitucionais, principalmente para garantir uma harmonia das disposições constitucionais e a máxima eficácia desta como um todo, bem como deve-se utilizar, conjuntamente, os métodos clássicos, unindo uma interpretação literal do texto para alcançar a norma ali existente, junto ao contexto histórico, além de almejar uma compreensão sistêmica e teleológica.

Um julgado que causou polêmica⁵⁰ diz respeito ao art. 150, I da CF/88, o qual relata que “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

A grande controvérsia recaiu sobre o termo “lei”, pois divergia-se sobre a possibilidade de medidas provisórias exigirem ou aumentarem tributo.

Medida provisória é um ato normativo primário⁵¹ que permite ao Presidente da República, em caso de relevância e urgência, editar disposição com força de lei com prazo de 60 dias, prorrogável por uma única vez pelo mesmo prazo, a qual deve ser analisada pelo Congresso Nacional com intuito de converter em lei ou regulamentar seus efeitos.

Assim, nota-se que medida provisória não é lei e que deve ser utilizada somente em casos excepcionais.

O Sistema Tributário Nacional prevê uma série de garantias para o cidadão contribuinte⁵², recebendo, estas, feição de princípios. O mencionado no inciso I do artigo é o princípio da legalidade⁵³, o qual expressa proteção ao contribuinte ao exigir “que toda a conduta da Administração tenha o seu fundamento positivo na lei, ou, por outras palavras, que a lei seja o pressuposto necessário e indispensável de toda a atividade administrativa”⁵⁴.

Esses debates eram mais acalorados antes da Emenda Constitucional nº 32/01, havendo posicionamento majoritário no STF no sentido de permitir a medida provisória na seara tributária, como exemplo é o RE 138284/CE⁵⁵, no qual foi proferido voto pelo antigo Ministro Carlos Velloso:

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 239.286/PR. Relator: Ministro Celso de Mello. 18 nov. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo171.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. Curso de constitucional positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 532.

⁵² MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Código Tributário Nacional: Anotações à Constituição, ao CTN, à LC 87/96 e à LC 116/2003. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33.

⁵³ AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 133.

⁵⁴ XAVIER, Alberto. Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 17.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 138.284/CE. Relator: Ministro Carlos Velloso. 01 jul. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=208091>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

Há os que sustentam que o tributo não pode ser instituído mediante medida provisória. A questão, no particular, merece algumas considerações. Convém registrar, primeiro que tudo, que a Constituição, ao estabelecer a medida pr-ovisória como espécie de ato normativo primário, não impôs qualquer restrição no tocante à matéria. E se a medida provisória vem a se transformar em lei, a objeção perde objeto. É o que ocorreu, no caso. A MP n. 22, de 06-12-1988, foi convertida na Lei n. 7.689, de 25-12-1988. Não seria, portanto, pelo fato de que a contribuição fora criada, originariamente, mediante medida provisória, que seria ela inconstitucional.

Em sentido contrário, em sede doutrinária, ainda hoje⁵⁶:

A corrente majoritária na doutrina não admite a medida provisória como ato normativo que acata os princípios constitucionais tributários, dentre os quais se destacam o princípio da legalidade tributária, o princípio da anterioridade tributária, o princípio da segurança jurídica.

Hugo de Brito Machado e Luciano Amaro não nutrem simpatia pela medida provisória na seara tributária, argumentando que a MP não é lei, e só esta pode instituir ou aumentar o tributo.

Ademais, não se pode olvidar que o sistema constitucional já prevê tributação em casos de urgência e relevância - requisitos necessários para edição de uma MP.

Os tributos eleitos para tais situações são: o imposto extraordinário, quando na iminência ou concretização de guerra externa (art. 154, II) e o empréstimo compulsório, cabível em casos de despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência, ou para investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, sendo necessário, para este último caso, a observância do prazo de 90 dias entre a edição do tributo e a sua efetiva cobrança (art. 148).

Dessa forma, parece-nos que o legislador originalmente já havia previsto espécies tributárias para casos excepcionais.

Em 2001, a mudança adveio com a EC nº 32, a qual deu um novo tratamento para a medida provisória, acrescentando, entre outras disposições, o § 2º ao art. 62, o qual expõe que: “Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada”.

Assim, a discussão, que recaía sobre uma interpretação polêmica e que, no entender dos presentes autores, afastava a garantia prevista na Constituição, agora se volta para a inconstitucionalidade ou não da previsão transcrita acima, o que não se encaixa na proposta do presente artigo. Note-se que a norma somente permite a edição de imposto a partir de medida provisória, então, em relação às demais espécies, continua o debate original, sendo, novamente,

⁵⁶ SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83.

preferível respeitar o direito fundamental do contribuinte expresso no art. 150, I.

Vale pontuar, por fim, que do modo disposto atualmente no art. 62, a medida provisória não é apta para produzir efeitos tributários por si só, haja vista a exigência de conversão desta em lei para a transformação emergir no mundo jurídico, o que minimiza os efeitos da instituição ou majoração a partir de MP.

O segundo julgado do Supremo a ser mencionado é aquele referente à ADPF 4.277/DF⁵⁷, na qual se discutia a constitucionalidade do art. 1.723 do CC/2002.

O dispositivo em questão assim menciona “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

A questão a ser aqui analisada é, novamente, o fundamento da presente decisão, realizando uma análise crítica do julgado sob a perspectiva da hermenêutica constitucional, posto que existe dispositivo na Constituição de similar redação, qual seja, o art. 226, § 3º “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Primeiramente, cabe salientar que não se quer aqui adentrar num juízo valorativo sobre a união homoafetiva em si. Entretanto, é preciso compreender o contexto social em 1988 quando editada a CF e no julgamento do STF em 2011.

O constituinte originário, no fim da década de 80, já estava diante de uma certa manifestação da classe homossexual, a qual já estava em processo de luta por maiores direitos. Em 2011, é inequívoco que a camada social compreendida por homossexuais aumentou, principalmente, quanto à sua força social na busca de direitos, ou seja, existiu uma mudança social no decorrer dos anos, o que repercutiu em maiores discussões sobre consagração de direitos para casais homoafetivos.

Com isso, essa classe passou a realizar maior pressão por mudanças, inclusive através de processos judiciais⁵⁸, o que é uma manifestação legítima, pois os grupos sociais têm direito de lutar por aquilo que acreditam ser justo, utilizando-se, também, do direito de ação para exigir uma manifestação do Judiciário.

Desta forma, colocou-se em pauta uma necessidade de apreciação do posicionamento do

⁵⁷ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

⁵⁸ Para uma análise histórica de demandas judiciais relacionadas à união homoafetiva, ver p. 95-100 de MONTEIRO, Washington Barros; SILVA, Reina Beatriz da. Curso de Direito Civil. Vol. 2 . Direito da Família. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

constituente, qual seja, se este procurou proteger somente a união entre o homem e a mulher ou se, por uma leitura constitucional e pelas mudanças sociais, é possível realizar uma interpretação constitucional válida que abranja a classe homoafetiva.

Inicia-se a análise admitindo que a maior probabilidade é que o constituinte originário, apesar de já ter sopesado a repercussão jurídica que poderia ser dada à união homoafetiva, preferiu dar uma proteção jurídica somente àquela existente entre homem e mulher.

Inegavelmente, a sociedade brasileira foi construída sob fortes influências das concepções católicas⁵⁹, o que estimulou a adoção de uma conceituação clássica do instituto familiar.

Como já afirmado, não se pode sustentar que a laicidade do Estado irá retirar qualquer influência de ideologias do mundo jurídico, sejam elas filosóficas, religiosas, econômicas, entre outras. Em verdade, a pluralidade valorativa consagrada pelo próprio sistema constitucional garante a “politização” do pensamento humano em suas diversas vertentes.

No caso em tela, a análise dos ministros, em diversos momentos, expressa uma interpretação da norma do Código Civil à luz de princípios fundamentais do ordenamento, os quais, todavia, são dotados de exacerbada abstratividade conceitual.

Para tanto, apoiam sua decisão em alguns pontos, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o pluralismo (art. 1º, V trata do pluralismo político), a promoção do bem de todos, sem preconceitos quanto ao sexo das pessoas (art. 3º, IV), a liberdade (art. 5º, II), a igualdade (art. 5º, *caput*), a intimidade e privacidade (art. 5º, X garante a inviolabilidade destes), a família, como base do Estado e que, por isso, merece especial proteção (art. 226, *caput*).

Os ministros sustentam que uma interpretação restritiva da Lei - e dessa forma, mesmo sem mencionarem diretamente, da Constituição - seria incompatível com os princípios supramencionados.

A utilização da liberdade, da igualdade, da privacidade e intimidade, da dignidade da pessoa humana, dentre outros direitos abstratos e amplos para sustentar um entendimento deve ser muito bem delimitada. Entendemos que há direitos básicos para o ser humano que são universais, mas que, mesmo assim, devem ser compreendidos da forma correta, para evitar uma “absolutização genérica” de um direito fundamental em um caso específico e em outros o seu desprezo total⁶⁰.

Por exemplo, a liberdade dita no julgado não se refere a possibilidade de existir uma relação homoafetiva, pois esta é lícita no ordenamento jurídico já faz tempo. A liberdade que é mencionada

⁵⁹ LÔBO, Paulo. Direito Civil - Famílias. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 39.

⁶⁰ Os presentes autores sustentam que cada princípio tem seu espaço de abrangência delimitado previamente à decisão, cabendo ao julgador, por meio das técnicas interpretativas, alcançar a escolha valorativa explanada na lei.

trata do “salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual”⁶¹, isto é, “a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de orientar-se sexualmente e em todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação”⁶².

Apesar da liberdade na expressão da sexualidade ser uma vertente da liberdade prevista constitucionalmente, o intérprete ao julgar não realizou um esforço para demonstrar a vinculação disto com a possibilidade de proteção jurídica similar da união estável homoafetiva à heteroafetiva, até porque o teor da discussão recaía sobre efeitos patrimoniais e cívicos da união homoafetiva e não sobre a liberdade sexual.

A simples menção à proteção da liberdade, por si só, é insuficiente e perigosa, pois se elevada a um alto grau poderia, por exemplo, fundamentar o uso de qualquer droga, independente de questões relacionadas a saúde e a proteção social - o que pode até, para alguns, ser permitido, mas necessita de uma análise mais aprofundada da ordem jurídica pátria.

Já a igualdade é destacada como impossibilidade de tratamento diferenciado a pessoas em situações substancialmente iguais. Realmente, não deve haver tratamento diferenciado para pessoas na mesma situação, tanto que os autores concordam que os direitos previdenciários e sucessórios devem ser concedidos sem dúvida. Para saber se uma diferenciação legislativa é legítima e observa a igualdade, necessita-se de uma análise quanto à finalidade da lei. Por isso que a lei dá um período de licença bastante distinto entre o homem e a mulher ao terem um filho, pois a mulher, por ter gestado a criança necessita de maior tempo de repouso. Da mesma forma, há diferenças etárias entre o homem e a mulher para se aposentarem.

Os ministros tratam também, de forma bastante incisiva, sobre a concepção de família e sua existência plural. Aqui os ministros repetem em diversos momentos 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. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.⁶³

Assim, negam que o constituinte tenha dado uma concepção fechada para a família prevista como núcleo fundamental de proteção estatal, afirmando, assim, a consagração de direitos para os casais homoafetivos. Veja-se que o *caput* do art. 226 do Código Civil enuncia entendimento de que

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. 05 mai 2011, p. 30. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

⁶² Idem., p. 9.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. 05 mai 2011, p. 3. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

“a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, mas completa no § 3º que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, isto é, o constituinte elege que o Estado deve dar especial proteção à união estável entre homem e mulher.

O conceito de união estável, casamento e família são próximos, contudo diferentes. Em síntese, o casamento representa uma relação formalmente existente entre duas pessoas e averiguada pelo Estado⁶⁴. Já a união estável representa no plano fático a relação decorrente do casamento, ou seja, se as pessoas vivem como casados, mas não são, está caracterizada a união estável⁶⁵. Por fim, o conceito de família é complexo, podendo-se mencionar que se forma sobre uma estrutura de mútuo afeto juntamente a uma origem biológica ou social, como no caso da adoção.

Os dois principais pontos da decisão que são trabalhados com afinco e merecem maior destaque, por entendermos que possibilitaria eventualmente alcançar um entendimento similar ao decidido são: a mudança social não prevista no dispositivo constitucional e a promoção do bem de todos, sem discriminação.

Toda lei emerge dentro de um contexto histórico e a modificação deste pode interferir na sua interpretação. Sustentar que uma norma constitucional deve se amoldar, exclusivamente, à sua interpretação gramatical é impossível. A Constituição transforma o cenário social, bem como sofre influência dela⁶⁶.

Apesar disso, como a Constituição está no topo da pirâmide hierárquica do ordenamento, devendo sempre ser observada no ato interpretativo e, principalmente, por ter força normativa, somente parece admissível, com ressalvas⁶⁷, uma modificação contrária ao texto expresso quando o contexto social repercutir de tal forma que ameace a própria ordem constitucional vigente como um todo, potencializando uma insegurança jurídica muito maior do que a causada pela interpretação contrária ao texto.

Konrad Hesse⁶⁸ completa o entendimento com clareza, mencionando que

não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. [...] Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre

⁶⁴ LÔBO, Paulo. Direito Civil - Famílias. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 86.

⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Direito das Famílias (V. 6), 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 437.

⁶⁶ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 21.

⁶⁷ Os autores entendem que há certos valores absolutos que devem ser protegidos pela sociedade para sua natural preservação digna, assim, abalos sociais de grande repercussão ocasionam um.

⁶⁸ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 25.

as circunstâncias fáticas.

O que a decisão admitiu é que não haveria dentro do § 3º do art, 226 da CF uma limitação expressa e que se isso fosse admitido seria incongruente com o objetivo do art. 3º, IV. O constituinte, ao declarar que a união estável seria reconhecida da forma mencionada e que deveria ser promovido o bem de todos, sem discriminação, parece entender que não há tratamento discriminatório na sua previsão, tanto que o Ministro Gilmar Mendes, durante o julgado, pontua o seguinte:

Vossa Excelência me permite um aparte? Desde o começo, eu fiquei preocupado com essa disposição e cheguei até comentar com o Ministro Ayres Britto, tendo em vista, como amplamente confirmado, que o texto reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta do texto constitucional; o texto da lei civil reproduz aquilo que consta do texto constitucional. E, de alguma forma, a meu ver, eu cheguei a pensar que era um tipo de construto meramente intelectual-processual, que levava os autores a propor a ação, uma vez que o texto, em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria esse modelo de interpretação conforme. Ele não se destinava a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional. [...] É preciso, talvez, que nós deixemos essa questão de forma muito clara porque isso terá implicações neste e em outros casos quanto à utilização e, eventualmente, à manipulação da interpretação conforme, que se trata inclusive de uma interpretação conforme com muita peculiaridade, porque o texto é quase um decalque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado o constituinte. E o texto, em si mesmo, nessa linha, não é excludente – pelo menos essa foi a minha primeira pré-compreensão – da possibilidade de se reconhecer, mas não com base no texto, nem com base na norma constitucional, mas com base em outros princípios, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Mas eu não diria que isso decorre do texto legal e nem que está nele albergada alguma proibição, mas tão somente – por isso que me parece e pelo menos esse é o meu juízo inicial e, obviamente, provisório – que o único argumento forte a justificar aqui a interpretação conforme à Constituição, no caso, é o fato de o dispositivo do Código Civil estar sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento. Do contrário, nós estaríamos a fazer um tipo de interpretação conforme muito extravagante.

A fala do ministro demonstra o entendimento que o texto constitucional tinha uma limitação normativa clara e que o artigo do Código Civil em questão não a afrontava nesse aspecto. Apenas os princípios constitucionais, mais abstratos e supostamente passíveis de interpretações e aplicações mais diversas e amplas, permitiriam considerar que o texto não basta. Entretanto, cabe o questionamento: se a Constituição Federal é una, não é lógico que a utilização, a definição e a abrangência dos princípios tenham sido delimitadas pelo constituinte de acordo com sua percepção das normas constitucionais de maneira completa? Ou seja, a coerência lógico-sistemática da Constituição demanda uma adequação de seus princípios, sob pena de incorrer em contradição lógica.

Assim, o objetivo constante no art, 3º, IV da CF deve ser lido em um cenário conjuntivo das

normas constitucionais. Lembre-se que nenhuma norma constitucional originária pode ser declarada inconstitucional, devendo-se harmonizar os dispositivos constitucionais para que seja mantida sua coerência, conforme as lições de Norberto Bobbio⁶⁹: “Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si”.

Por fim, como último caso, cabe mencionar de forma rápida um julgado proferido em 2017, no qual a Corte também estava enfrentando uma norma constitucional a partir de seu limite gramatical.

A situação é vinculada à imunidade tributária mencionada no art. 150, IV, “d”, ou seja, aquela referente a impostos cobrados sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

Os REs 330817 e 595676 tratavam sobre livros digitais e a possível imunidade deles e de suporte exclusivamente utilizados para sua leitura. A decisão foi unânime em favor da imunidade.

Quanto aos livros digitais não há muito o que se discutir, pois são espécie do gênero “livros” mencionado no dispositivo constitucional. Assim, a maior questão recai sobre o termo “papel destinado a sua impressão”.

Primeiramente, o intuito da proteção como um todo de livros, jornais, periódicos, entre outros, é o incentivo cultural e facilitação ao conhecimento⁷⁰. Ademais, a imunidade ao papel tem como finalidade a proteção do meio pelo qual o conteúdo - *corpus mysticum* - da obra será propagado.

O relator, Ministro Dias Toffoli, diz que o vocábulo “papel” deve ser analisado a partir da sua finalidade, pois “o argumento de que a vontade do legislador histórico foi restringir a imunidade ao livro editado em papel não se sustenta em face da própria interpretação histórica e teleológica do instituto”⁷¹.

Esta é a afirmação mais importante quanto à interpretação utilizada no caso. Para os autores, a época da formação da CF/88 o legislador quis, de certa forma, limitar a imunidade ao papel dos livros impressos. Essa afirmação, contudo, não nega o julgado. Explica-se.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 71.

⁷⁰ Esse é também o entendimento de Eduardo Sabbag, senão veja: “frise-se que a presente norma desonerativa justifica-se, axiologicamente, na proteção da livre manifestação de pensamento e de expressão da atividade intelectual, artística e científica; da livre comunicação e do irrestrito acesso à informação e aos meios necessários para a sua concretização”. SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 388.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 330.817/RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli. 8 mar. 2017, p. 18. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/741530/recurso-extraordinario-re-216857-rs>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

O constituinte originário previu que somente o papel seria imune, pois, se não fizesse tal menção, poderia-se sustentar que outros materiais também utilizados nas publicações, como a tinta do papel, teriam imunidade. Inclusive é a posição do STF⁷²:

ICMS. Tinta para impressão de jornal. Não ocorrência de imunidade tributária. Esta Corte já firmou o entendimento (a título exemplificativo, nos RREE 190.761, 174.476, 203.859, 204.234 e 178.863) de que apenas os materiais relacionados com o papel - assim, papel fotográfico, inclusive para fotocomposição por laser, filmes fotográficos, sensibilizados, não impressionados, para imagens monocromáticas e papel para telefoto - estão abrangidos pela imunidade tributária prevista no artigo 150, VI d, da Constituição. No caso, trata-se de tinta de impressão de jornal, razão por que o acórdão recorrido, por não ter esse insumo como abrangido pela referida imunidade, e, portanto, não ser ele imune ao ICMS, não divergiu da jurisprudência desta Corte. Recurso extraordinário não conhecido.

O que ocorreu é que em 1988 não existiam livros digitais e, portanto, o constituinte não tinha como prever uma possível imunidade sobre eles e seus suportes. Por isso é exigível que o julgador analise a previsão legal existente, evidenciando, através da hermenêutica, qual a teleologia da disposição constitucional e, assim, demonstrando se o legislador da época teria contemplado a nova situação no texto da norma. Desse modo, parece correta a afirmação de que, segundo permitem a interpretação histórica e teleológica, meios de publicação com a mesma finalidade dos de papel devem ser imunes.

Esse foi um caso, portanto, em que a modificação do texto constitucional ocorreu de um modo que não afronta suas disposições, mas que as atualiza de acordo com a realidade contemporânea.

Percebe-se a partir dos casos mencionados que a Constituição só mantém o seu poder sobre a sociedade na medida em que as normas nela contidas são respeitadas. Sem uma observação criteriosa dos ditames constitucionais e um mínimo respeito à vontade do constituinte e aos sentidos apreensíveis do texto, o que se tem é uma exacerbada imprevisibilidade das decisões e a contínua insegurança quanto aos rumos do Direito, cuja flexibilidade será tão grande que corresponderá à sua ineficácia.

CONCLUSÃO

O presente trabalho partiu de duas premissas.

Primeiramente, explanou-se o fato do Legislativo, ao realizar sua função republicana

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 216.857/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. 5 dez. 1997. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/741530/recurso-extraordinario-re-216857-rs>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

principal, nem sempre conseguir acompanhar as transformações vivenciadas na sociedade. Assim, surgem demandas não previstas expressamente no ordenamento, exigindo do Judiciário uma manifestação interpretativa para saber se a situação está amparada ou não pelo direito.

Aqui reside a segunda premissa, qual seja, que a atividade do julgador é sempre interpretativa, pois o direito é composto por diversas normas que compõem um sistema que nem sempre aparenta harmonia, exigindo-se o uso de diversas técnicas hermenêuticas para aclarar a correta compreensão jurídica do ordenamento.

Norberto Bobbio ensina que o ordenamento jurídico tem como um dos seus aspectos a completude:

Um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema. Para dar uma definição mais técnica de completude, podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica um caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem uma certa norma nem a norma contraditória. [...] incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite.⁷³

O escopo permaneceu principalmente no trinômio hermenêutica constitucional, ativismo judicial e segurança jurídica. Assim, restringiu-se a análise a demandas que vão de encontro ao texto da Constituição e como o Supremo Tribunal Federal, em seus julgados, vem interpretando.

Neste contexto, há um afloramento do ativismo judicial, sendo compreendido, em linhas básicas, como a atividade de hipertrofia do Judiciário, que passa a se imiscuir na esfera de funções dos outros poderes, principalmente a do Legislativo como constituinte reformador, isto é, que pode modificar a Constituição.

Desse modo, o ativismo judicial que se averiguou é aquele relativo ao adentrar do julgador na competência reformadora da constituição, a qual é adstrita ao Legislativo, posto que é composto por representantes do povo que atuam de modo político, manifestando valores. O julgador, de forma diversa, deve manter a imparcialidade, atuando de modo técnico em busca da correta e justa aplicação do direito, o qual é dinâmico e, por isso, deve estar atento, conjuntamente, à força normativa da Constituição e às modificações no sistema jurídico e na sociedade.

Os casos expostos demonstraram diferentes situações em relação ao ativismo. No primeiro caso, que tomamos como paradigma do estudo, por ter sido o seu motivador, há uma permissão de execução de pena a pessoa que ainda não teve o trânsito em julgado condenatório efetivado; ou seja, o STF deliberou de forma a restringir um direito considerado fundamental do indivíduo,

⁷³ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 115.

modificando o teor da Constituição em busca de justiça, mas sem estar atento aos métodos interpretativos clássicos e, ainda, alguns da nova hermenêutica.

Os outros casos demonstram, respectivamente: uma situação na qual o melhor entendimento seria no sentido contrário ao do STF, pois seria garantida a proteção ao contribuinte, mas em que a permissão de medida provisória não causa tantos males, posto que é exigida sua conversão em lei, além do que houve emenda constitucional expressa permitindo a instituição e majoração de imposto observada a exigência mencionada; há também o caso da união estável, no qual o Supremo decidiu, em grande parte, com base em princípios abstratos e que afastou parte da literalidade de dispositivo constitucional originário, o que é ocasiona certa preocupação, pois significa uma declaração indireta de inconstitucionalidade de norma editada pelo constituinte originário; e, por fim, recente julgado, no qual a interpretação histórica e teleológica permitiu à Corte alcançar a correta dimensão da palavra “papel”.

A partir do exposto, demonstrou-se que à função do julgador é intrínseca uma boa hermenêutica, para que somente assim consiga alcançar a justiça sustentada pelo ordenamento, não devendo desprezar os seus princípios basilares. Entre estes encontra-se a segurança jurídica, sobre cuja preservação se manifestou Del Vecchio, exibindo a seguinte preocupação:

A pretensa liberdade na aplicação do Direito constitui, de fato, além de um paralogismo teórico, um perigo permanente contra a liberdade jurídica dos cidadãos, a qual tem exatamente uma das suas principais condições na certeza do Direito e, sobretudo, na soberania inconcussa da lei.⁷⁴

Para mais, cita-se a repartição de Poderes, a qual não pode ser violada por conta de mera inércia legislativa ou desacordo do texto literal com demandas sociais. Sem que haja uma modificação da previsão legal de competência dos órgãos julgadores, ou a instituição de uma separação de funções e poderes adequada à realidade jurídico-política do século XXI, a atuação de um tribunal, nestes moldes, atenta contra a legitimidade popular.

Há, por fim, que se mencionar a correta aplicação dos critérios interpretativos, adequando as técnicas da Nova Hermenêutica aos métodos clássicos, resguardando-se de atividade eminentemente criativa, para evitar que o subjetivismo valorativo sobreponha-se ao ordenamento. Tanto que também foi sustentada a necessidade de uma maior precisão quanto à incidência dos princípios, para que não haja um uso desmesurado e que ocasione uma contradição no sistema.

O fato de se retirar a força normativa de um dispositivo constitucional, baseado na própria subjetividade, utilizando-se de princípios vagos e mal delimitados, mitiga a força normativa da

⁷⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. Sulla positività come carattere del diritto. Modena: A.F. Formiggini, 1911. p. 17.

Constituição como um todo, gerando uma insegurança irreparável.

Conclui-se com as palavras de dois grande teóricos que influenciaram na construção na atual concepção da Constituição como norma primordial do sistema jurídico.

[...] Se pode falar de unidade somente se se pressupõe como base do ordenamento uma norma fundamental com a qual se possam, direta ou indiretamente, relacionar todas as normas do ordenamento.⁷⁵

A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel [...]. Ela não se afigura “impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder” tal como ensinado por Georg Jellinek [...]. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.⁷⁶

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, abr. 2014. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18909>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. 05 mai 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. 27 ago. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 71.

⁷⁶ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p 25.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 fev 2016. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> >. Acesso em: 03 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 138.284/CE. Relator: Ministro Carlos Velloso. 01 jul. 1992. Disponível em:
 <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=208091> >. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 216.857/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. 5 dez. 1997. Disponível em:
 <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/741530/recurso-extraordinario-re-216857-rs> >. Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 239.286/PR. Relator: Ministro Celso de Mello. 18 nov. 1999. Disponível em:
 <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo171.htm> >. Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 330.817/RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli. 8 mar. 2017. Disponível em:
 <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/741530/recurso-extraordinario-re-216857-rs> >. Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RG. Relator: Ministro Marco Aurélio. 28 nov 2016. Disponível em: <
<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-01.pdf> >. Acesso em: 30 fev. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e a teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Sulla positività come carattere del diritto**. Modena: A.F. Formiggini, 1911.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias** (V. 6), 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LACOMBE, Margarida Maria Camargo; BALARINI, Flávia Gonçalves. A Segurança Jurídica na Doutrina e nos Tribunais. In: XXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2012, Niterói. **Teoria e história do direito constitucional**. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 3. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f9b616fadedc02>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

LIMA, George Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Os direitos fundamentais e o Poder Judiciário**: elementos para a concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário. Fortaleza: Premium, 2000.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil - Famílias**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Código Tributário Nacional**: Anotações à Constituição, ao CTN, à LC 87/96 e à LC 116/2003. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de Hermenêutica Jurídica**, 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MANZANO, Luís Fernando Moraes. **Curso de processo penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZOTTI, Marcelo. **As Escolas Hermenêuticas e os Métodos de Interpretação da Lei**. Barueri: Manole, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Washington Barros; SILVA, Regina Beatriz da. **Curso de Direito Civil**. Vol. 2 . Direito da Família. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 9 ed. São Paulo: LTr, 2009.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 532.

XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

UMA TOLERÂNCIA UNIVERSAL BASEADA EM VOLTAIRE E LÉVINAS

Francisco Diego Ribeiro Sousa¹

RESUMO

A intolerância religiosa e política parecem males insuperáveis que permeiam a história da humanidade. Sempre constante, é comum vermos casos onde agressões e assassinatos são cometidos por influência deste mal. Assim, com o objetivo de apresentar uma nova proposta de tolerância, este trabalho buscará aliar o pensamento de Voltaire e Emmanuel Lévinas, dois importantes filósofos que trabalharam em boas formas de relacionamento humano. Para tanto, explicaremos a filosofia dos dois pensadores, para então uni-las em uma nova proposta de tolerância para nossos tempos.

Palavras-chave: Intolerância, Tolerância, Relacionamento.

1 INTRODUÇÃO

Quando nos fechamos e não buscamos mais o diálogo com quem pensa de modo diverso, difundimos o ódio a eles e espalhamos a plenos pulmões que nossa idéia é a melhor e a única verdadeira em detrimento das ideologias adversárias, algo deve ser feito. Para eles, devemos incutir a semente da tolerância, com esperança que logo ela nasça. E para os outros, devemos espalhar ela como uma virtude fundamental para os nossos tempos.

Assim, o presente trabalho buscará formular uma proposta de tolerância universal tendo como base o trabalho de Voltaire, principalmente em seu livro “Tratado sobre a Tolerância” e nas idéias de Emmanuel Lévinas, contido em “Totalidade e Infinito”.

O primeiro foi um filósofo francês do século XVIII, sagaz crítico e satírico das instituições de sua época. O segundo foi um pensador judeu, naturalizado francês, que defendeu que a ética é parte mais importante da filosofia. As idéias de ambos serão demonstradas e unidas para que assim defendamos uma tolerância universal.

2 VOLTAIRE E A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA RELIGIOSA

¹ Francisco Diego Ribeiro Sousa. Graduando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. diegosousa7070@hotmail.com.

François Marie Arouet, mais conhecido como Voltaire, foi um dos mais destacados filósofos do século XVIII, sendo conhecido por suas obras, onde crítica bastante o fundamentalismo religioso de seu tempo, e por sua defesa pela tolerância religiosa. Motivado pelo Caso Calas², Voltaire escreve o "Tratado sobre a Tolerância" onde faz um apelo a tolerância religiosa. Segundo ele “esse texto sobre a tolerância é uma petição que a humanidade apresenta muito humildemente ao poder e à prudência. Semeio um grão que algum dia poderá produzir uma grande colheita.”³

O manifesto de Voltaire aborda várias questões que rondam a questão da intolerância religiosa. No pensamento do autor, o fanatismo é a principal causa das ondas assassinas que vitimaram tantas pessoas por pertencerem a um credo diverso daquele que os perseguidores possuem. Com uma vasta erudição no campo da história e filosofia da religião, o filósofo demonstrará o quanto o fanatismo causa males a sociedade, além das vantagens históricas do cultivo à tolerância e necessidade desta para a paz.

3 O MAL DO FANATISMO E DA SUPERTIÇÃO

De todos os males que o homem possa vir a ter, o fanatismo é um dos mais perigosos. Ao nos fecharmos em um mundo pleno, ordenado e simples o choque com aquilo que contraria esta fechada visão de mundo pode nos levar aos mais terríveis atos. Tudo o que não se encaixa nesta idéia, deve desaparecer aos olhos do fanático, pois não é natural que aquilo exista, não é possível que aquilo continue a existir. Por isso, a figura do fanático é atemporal. Transcende épocas, é um sinal de nossa imperfeição e da necessidade que temos de ordenar o complexo mundo a nossa volta. Nada mais reconfortante do que se agarrar a uma idéia, ainda que ela seja falsa ou cruel.

A superstição advém do mal natural do ser humano. Não nascemos com a mesma propensão ao ceticismo, certos fenômenos que surgem a nós são inexplicáveis e nossa necessidade de dar alguma resposta a este problema cria explicações que nem sempre são certas. Onde a educação é fraca, a superstição reina. Ela é o símbolo da nossa imaginação, suas consequências podem ser nefastas se por acaso a resposta resultar em males sociais irrecuperáveis. A caça as bruxas é um exemplo.

² O caso é sobre Jean Calas, membro de uma família protestante huguenote, com exceção da empregada, católica, e do seu filho, uma vez convertido. Depois do suicídio do seu filho, Jean Calas foi acusado de homicídio. A família é presa, e o pai, a pedido da população e segundo ordem de oito juízes, é condenado à pena de morte mesmo na ausência de provas.

³ VOLTAIRE. Tratado sobre a tolerância: por ocasião da morte de Jean Calas (1763). 2. Ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2000, p. 135 – 136.

Voltaire salienta que enquanto nas cidades a razão prevalece sobre o fanatismo, nas províncias ocorre o contrário⁴. Nas regiões onde a instrução é mais defasada é mais comum vermos massas clamando pela morte dos hereges como ocorreu no Caso Calas, o grande agravante de tais manifestações é o desejo de que após o túmulo, os ímpios ainda encontrem uma eternidade de sofrimentos. Tal mentalidade é desumana e cruel⁵.

No fanatismo o cruel vira justo. Conta o autor que antigamente na Irlanda os cidadãos católicos sacrificavam a Deus os protestantes que residiam no local. Eles chegavam a enterrar vivos os inimigos, abriam o ventre de gestantes para retirar de lá os fetos e darem aos cães e porcos para se alimentarem, além de dar facas aos cativos protestantes para conduzir suas mãos contra seus pais, suas mulheres e filhas, pensando darem a eles a danação eterna enquanto tornam eles assassinos e exterminam todos os seus desafetos⁶.

Na Dinamarca, fervorosos cristãos acreditando fazer o melhor para as suas crianças, fizeram o pior para elas. Eles sabiam que as crianças que morressem após serem batizadas ganhariam o Paraíso, então resolvem dar o melhor aos bebês estrangulando-os para que possam morrer e encontrar a glória eterna além do túmulo. Uma legião de supersticiosos percorre a Dinamarca em busca de crianças recém-batizadas. Não deram a elas a chance de viver, de errar e de fazer por merecer a vida que tinham ganhado. Por tolas superstições mataram crendo fazer o bem. Sobre isso, afirma Voltaire⁷.

Certamente, era fazer-lhes o maior bem possível: a uma só vez eram preservados do pecado, das misérias desta vida e do inferno, e enviados infalivelmente ao céu. Mas essas pessoas caridosas não consideravam que não é permitido fazer um pequeno mal tendo em vista um grande bem; que a maior parte dos pais e mães são suficientemente materialistas para preferirem ter juntos deles seus filhos e filhas do que vê-los estrangulados para ir ao paraíso[...]

O maior bem que podemos fazer a nós mesmo é não enveredarmos por esse caminho. Foi pela superstição e pela intolerância religiosa que a família Calas sofreu tanto. O remédio para os referidos problemas é uma boa dose de filosofia, pois o lento e eficaz remédio da Razão age sempre com êxito nas mentes mais irracionais e intolerantes⁸. Para tornar possível a tolerância não devemos ser fanáticos. É dele que vem o ódio sanguinário que ceifa a vida daqueles que não se

⁴ Id. Ibid., 2000, p. 5.

⁵ Id. Ibid., 2000, p. 123.

⁶ Id. Ibid., 2000, p.23.

⁷ Id. Ibid., 2000, p. 106.

⁸ Id. Ibid., 2000, p.30.

encaixam no mundo arquitetado pela mente deste tipo de pessoa⁹. Para tanto, os dogmas devem estar sempre dispostos à discussão, quanto menos dogmas, menos conflitos e infelicidades¹⁰.

4 A TOLERÂNCIA NOS OUTROS POVOS

No passado sempre há aqueles exemplos que nos instigam a mudar no presente. Os pais da civilização Ocidental - Grécia e Roma foram utilizados por Voltaire para provar que os referidos povos foram tolerantes para com as diversas religiões sob seus domínios. Os membros destas civilizações consideravam que as diversas religiões possuíam um fio que unia todos os povos do mundo, por tal convicção apreciavam com entusiasmo os ensinamentos dos membros de outros credos¹¹.

Até mesmo ataques a dogmas fundamentais da religião pagã eram tolerados, pessoas como Cícero e Sêneca que não acreditavam na vida após a morte, não foram perseguidos por estas opiniões. As razões de suas mortes eram políticas, não religiosas. Isso ocorria por que o grande princípio do povo e do senado romano era “compete apenas aos deuses cuidar das ofensas feitas aos deuses”¹².

Nos Estados Unidos, o grande exemplo de tolerância é dado pelos quakers, uma seita cristã pacifista. Naquela época, viviam na Pensilvânia, em número de cem mil. Em sua doutrina moral, descartam toda forma de discórdia e pregam a paz entre os homens. Os quakers residiam na cidade de Filadélfia, cujo nome significa “amor fraterno”. Eles utilizam essa expressão para “lembrar-lhes a todo instante que os homens são irmãos [...]”¹³.

Segundo Voltaire, os japoneses tinham sido os mais tolerantes dentre os homens. Em seu território, conviviam pacificamente doze religiões, sendo a cristã a décima terceira quando os jesuítas chegaram ao país. No entanto, as ações intolerantes dos jesuítas acabaram provocando conflitos dentro do Japão, fazendo com que a nação asiática evite novas relações com a civilização cristã depois de tal problema. Já na China, o imperador Yung-Ching não permitiu a estadia dos jesuítas; mas não por ser intolerante, e sim por que os jesuítas o eram. Nas terras chinesas, os missionários vinham pregar e espalhar querelas entre os dominicanos, capuchinos e padres seculares que também estavam no local. Ao ver tal problema, o imperador manda de volta os

⁹ Id. Ibid., 2000, p.105.

¹⁰ Id. Ibid., 2000, p. 117.

¹¹ Id. Ibid., 2000, p.35.

¹² Id. Ibid., 2000, p.40.

¹³ Id. Ibid., 2000, p.27.

perturbadores da ordem pública. Sobre isso, Voltaire dirá que o próprio banimento deles foi um exemplo de tolerância e de humanidade. Nada mais justo e digno do que banir de sua terra todo aquele que instigue a violência e a intolerância¹⁴.

Além disso, o autor conta a interessante história de um bispo polonês que se recusa a expulsar e perseguir seu feitor anabatista e seu coletor de impostos sociniano, alegando que embora eles possam ser condenados no outro mundo, neste mundo eles ainda eram necessários a ele¹⁵. Um belo exemplo de como diferentes devem ser aceitos, ainda que contrários a minha visão de mundo. O que realmente importa é o que eles fazem aqui, não deveríamos nos preocupar com o além. Por enquanto o aquém é mais importante.

Portanto, na perspectiva histórica há de se notar e colher importantes exemplos para incorporarmos a nossas ações. Por mais divergentes que possa ser nossas opiniões, elas não devem ser a justificativa para ódios e perseguições¹⁶. A partir daí, podemos dissertar sobre tolerância na perspectiva de Voltaire, um ato que não significaria permitir que qualquer mal seja realizado, mas sim respeitar a idéia dos outros. Não passar do campo teórico ao prático através da violência, mas cultivar o diálogo nos embates que surgirem no campo das idéias.

5 UMA TOLERÂNCIA UNIVERSAL

Voltaire extrai o princípio dos quakers sobre a fraternidade para expor sua concepção sobre a tolerância. Para ele é necessário que consideremos todos os homens como nossos irmãos. Uma proposição estranha a primeira vista, o próprio autor chega a confessar isso, no entanto ele afirma que por mais que os outros possam falar mal de nós, por mais que eles nos desprezem isso não nos dá o direito de desprezá-los, nem sequer de retribuir o ódio deles com mais ódio por meio da perseguição. Ainda segundo o autor, “não há vantagem alguma em perseguir os que não são de nossa própria opinião e em fazer-nos odiar por isso. Há, portanto, mais uma vez, absurdo na intolerância”¹⁷.

Um absurdo evidente. Não há nenhum ganho relevante em procurar eliminar quem não é da minha opinião. Com contato com o diferente, deve haver o respeito e consideração. Para Voltaire a tolerância “é o apanágio da humanidade. Somos todos cheios de fraquezas e de erros: perdoemo-nos

¹⁴ Id. Ibid., 2000, p. 25-26.

¹⁵ Id. Ibid., 2000, p. 24.

¹⁶ Id. Ibid., 2000, p.12.

¹⁷ Id. Ibid. 2000, p. 93.

reciprocamente as nossas tolices, tal é a primeira lei da natureza”¹⁸, ou seja, a imperfeição de todos é um dos pilares para a tolerância: somos incompletos, portanto devemos completar uns aos outros.

Dessa forma, intrigas e dissensões não levaram a nada, a destruição de ambos os lados pode disfarçar o quão o outro pode oferecer coisas importantes a mim. A tese que Voltaire levanta aqui é simples, mas ao mesmo tempo complexa; não devemos nos distanciar de ideologias diferentes das nossas, antes o contrário. Nós devemos nos envolver com elas, e por consequência aprenderemos muito com isso. Segundo Voltaire:

A natureza diz a todos os homens; Fiz todos vós nascerdes fracos e ignorantes, para vegetarem alguns minutos na terra e adubarem-na com vossos cadáveres. Já que sois fracos, auxiliai-vos, já que sois ignorantes intruí-vos e tolerai-vos. Ainda que fôsseis todos da mesma opinião, o que certamente jamais acontecerá, ainda que só houvesse um único homem com opinião contrária, deveríeis perdô-lo [...]¹⁹.

Portanto, para o pensador francês todos os seres humanos nascem naturalmente sem certas faculdades que poderão ser adquiridas através do relacionamento com outras pessoas. Todavia, a intolerância muda esta percepção, ela não vê nada de produtivo nas relações com outros que possuem uma crença diferente, somente vê um obstáculo ao seu credo ou alguém que ainda não vislumbrou a “verdade” que o intolerante acredita ter. Isso pode levá-lo a cometer desde pequenas agressões verbais até grandes catástrofes como o que ocorreu na “Noite de São Bartolomeu”²⁰, um exemplo recorrente nas obras de Voltaire. No dizer do autor é evidente que “qualquer particular que persiga outro homem [...] por que não participa de suas opiniões, é um monstro”²¹.

Dessa forma, a construção mútua é a proposta que o filósofo iluminista apresenta em seu “Tratado Sobre a Tolerância”. Por nunca sermos plenos, devemos nos envolver com o diferente para que venhamos a conhecer mais do mundo a nossa volta e de nós mesmos. Bastante parecida, mas em certos aspectos diferente, é a concepção ética que Emmanuel Lévinas demonstra muitos séculos depois.

6 LÉVINAS E A ÉTICA DA ALTERIDADE

¹⁸ VOLTAIRE. Cartas inglesas; Tratado de metafísica; Dicionário filosófico; O filósofo ignorante. 2. ed. São Paulo: Abril, 1978, p. 290.

¹⁹ VOLTAIRE, op.cit.2000, p.136.

²⁰ A “Noite de São Bartolomeu” foi um massacre de protestantes ocorrido na França, orquestrado pelos reis franceses católicos.

²¹Id, op.cit., p. 290.

Emmanuel Lévinas foi um importante filósofo judeu do século XX, teve como meta a formulação de um sistema ético que preze a alteridade²². O pensador teve parte de sua família morta nos campos de concentração, sendo que apenas sua mulher e filhos sobreviveram. Então, no meio do trauma pós – holocausto que o mundo vivia, Lévinas decidiu procurar as razões que levaram a tal barbárie. A resposta adquirida pelo filósofo judeu foi que o homem moderno totalizou-se em si, passando a tratar os seres a sua volta como objetos, não como pessoas. A relação Ser-Ser passou a Ser- Objeto.

Assim, Lévinas buscou tratar da questão, formulando uma ética que leve o homem a não se fechar em seu próprio mundo, mas a se abrir a pluralidade expressa em sua volta. Para isso, o autor diz que é necessário que exista um Eu, ou seja, um ser que se identifica como tal, tendo consciência de sua singularidade. A alteridade surge nesse momento, onde um Eu se identifica e percebe a existência do Outro, com esta percepção uma relação entre ambos poderá ocorrer.

7 A GÊNESE DO “EU”

Na formação do Eu Lévinas identifica o psiquismo como uma condição fundamental para tal processo. No psiquismo o homem se vê em sua interioridade como único, a sua existência passa a ser visível a ele, pois está sozinho em seu mundo interior. O “penso, logo existo” de Descartes é a expressão mais elevada do psiquismo no Ocidente, com ele vem à tona o Eu que, segundo o autor, inconscientemente se separa do Criador, vendo a si, não como ser criado, mas como ser independente, sua origem não está em outro, mas em si. Para Lévinas

Pode se chamar de ateísmo a esta separação tão completa que o ser separado se mantém sozinho na existência sem participar do Ser que está separado – capaz eventualmente de a ele aderir pela crença. A ruptura com a participação está implicada nessa capacidade. Vive-se fora de Deus, em si mesmo, cada qual é ele mesmo próprio, egoísmo. A alma – a dimensão do psíquico -, realização da separação, é naturalmente atea²³.

Longe de ser um demérito a Deus por dar vida a alguém capaz de viver sem ele, o autor diz ser uma glória ao Criador criar um ser capaz de tal ruptura, alguém que mesmo sem ter sido causa de si, se entende como tal. No entanto, na separação, onde o Eu se identifica, ele ignora o Outro. Tão absorto está em sua interioridade que vem a ser Mesmo, um Eu se volta sobre si, não

²² Para Lévinas, a alteridade é a relação com outras pessoas. Ele não a entende no sentido habitual, ou seja, como colocar-se no lugar de outrem, pois acha isso impossível.

²³ LÉVINAS, Emmanuel. Totalidade e infinito: ensaios sobre a exterioridade. 3.ed. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2014, p. 46.

reconhecendo a alteridade²⁴. Então, quando o Mesmo começa a buscar seu sentido em si, ignorando o mundo exterior, ele chega à totalidade, onde somente o que adquiriu em seu egoísmo, em sua interioridade sem diálogo com outros seres, é para ele importante. No dizer de Lévinas, na totalidade “os indivíduos reduzem-se aí a portadores de formas que os comandam sem eles saberem. Os indivíduos vão buscar a essa totalidade o seu sentido (invisível fora dela).”²⁵.

8 A BUSCA PELO INFINITO

Contra a totalização, Lévinas defenderá a busca pelo infinito. O segundo difere do primeiro, no primeiro o Outro não está envolvido na totalidade do ser que a expressa²⁶. Na busca pelo infinito, descobrimos a transcendência que o Outro revela a nós, mais do que uma busca, o infinito surge como uma necessidade metafísica, onde o Eu, satisfeito consigo, busca o Outro. Para o autor:

O Desejo do Outro – a socialidade – nasce num ser que não carece de nada ou, mais exatamente, nasce para além de tudo o que lhe pode faltar ou satisfazê-lo. No Desejo, o Eu (Moi) põe-se em movimento para o Outro, de maneira a comprometer a soberana identificação do Eu (Moi) consigo mesmo, cuja necessidade não é mais que nostalgia e que a consciência da necessidade antecipa²⁷.

Nos relacionamentos com o outrem, acabamos por receber algo que antes não existia em nós. Isto por que todo o ser que recebe a idéia do infinito aprende de uma forma não maiêutica, sua vida é baseada na incessante vontade de aprender, em um eterno transbordamento de si. Para Lévinas, a idéia do infinito que surge em nós com o contato com outrem, implica em um alargamento de nosso saber, que ultrapassa o que poderíamos ter em nossa interioridade²⁸. É de a nossa própria essência sairmos de nosso interior para o exterior, ou seja, entrarmos em contato com o Outro²⁹.

Dessa forma, a existência de alguém que não pode ser englobado na esfera criada pelo Mesmo, dá a ele o seu caráter de infinito, que só se realizará em frente do Mesmo³⁰. No frente a frente com o Outro, não vai ser importante aquilo que o distinguiria de mim, supor tal fato tornaria nula a alteridade, tendo em vista que isso implicaria uma comunidade de gênero, ou seja, partir do

²⁴Id. Ibid., 2014, p. 50.

²⁵ Id. Ibid., 2014, p. 8.

²⁶Id. Humanismo do outro homem. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 50.

²⁷ Id. Ibid., 1993, p.48.

²⁸ Id, op. cit., 2014, p.198-199.

²⁹ Id. Ibid., 2014, p. 286.

³⁰ Id. Ibid., 2014, p.190.

que é diverso para tentar vislumbrar algo nele que é similar a mim. Tudo isso, aboliria um verdadeiro face a face entre dois seres diferentes³¹.

Assim, o desejo metafísico busca o diferente, o Outro. Longe de esse relacionamento nos saciar, ele nos provoca uma estranheza: Quanto conheço aquela pessoa, menos sei que a conheço. O relacionamento entre o Mesmo e o Outro, demonstra o impensável em um ser fechado em si, o Outro revela sempre mais possibilidades, sempre algo novo. Não se esgota, é impossível compreendê-lo, pois sempre muda a cada dia. É a busca do infinito, uma procura vã, mas emocionante, ela nos move a conhecer mais e a sempre nos aprimorarmos com esse conhecimento³². Segundo Lévinas:

O infinito no finito, o mais no menos que se realiza pela idéia do Infinito, produz-se como Desejo. Não como um Desejo que a posse do Desejável apazigua, mas como o Desejo do Infinito que o desejável suscita, em vez de satisfazer. Desejo perfeitamente desinteressado – bondade. [...] O modo como o Outro se apresenta, ultrapassando a idéia do Outro em mim, chamamo-lo, de facto, rosto³³.

9 O ROSTO E A RESPONSABILIDADE POR OUTREM

O Rosto é a expressão do infinito que o Outro produz em mim. Assim, enquanto tal, ele não pode ser considerado como conteúdo, não pode ser compreendido pelo Eu, ou seja, toda e qualquer tentativa de totalizar outrem falha, por ele sempre se mostrar transcendente, sendo essa idéia considerada pelo autor como Rosto. Lévinas considera o Outro, como totalmente Outro. A diferença é absoluta. Toda pessoa possui uma singularidade, algo próprio de si que não existe em ninguém mais.

Dessa forma, é a interação face a face que possibilita a pluralidade na sociedade. Vários seres únicos se relevando de si para outrem através do diálogo, tornam evidente a unicidade de cada um e suas diferenças. O plural surge com o diálogo do Mesmo para o Outro. Assim pontua Lévinas que “é preciso que o ser se exerça ao mesmo tempo em que se revela, isto é, ao mesmo tempo em que, no seu próprio ser, flui para um que o aborda, mas fluindo para ele infinitamente, sem se esgotar, ardendo sem se consumir”³⁴.

³¹ Id. Ibid., 2014, p.188.

³² Id. Op. cit., 1993, p. 49.

³³ Id, op. cit., 2014, p. 38.

³⁴ Id. Ibid., 2014, p. 216.

O Rosto, onde Outro se mostra a mim como algo inalcançável a qualquer tentativa de totalização, impede-me de agredi-lo. Em sua face jaz o “não matarás”³⁵. A partir disso, surge a formulação da responsabilidade por outrem em Lévinas. O autor afirma que a exigência ética que o Rosto apresenta ao Eu, vincula-o naturalmente a prezar por sua vida. As mesmas relações que estabelecemos com outrem, deveriam ser estendidas para todos. Assim, um sentimento de confraternização mundial surge ao me deparar com outra vida igual a minha, pois enquanto me sentir responsável por eles, eles se aproximaram de mim pelo mesmo sentimento que destino a eles. Nisto surge um verdadeiro ciclo onde os papéis de ambos são trocados sem que percebam³⁶.

Embora, o “Eu” seja responsável pelo outrem, não há a espera por nada em troca. A recíproca virá se o Outro quiser, não é uma exigência da relação estabelecida, pois a partir do momento em que o outro me olha, sou responsável por ele, incumbe-me prezar sua vida e ele terá mesma percepção. Nessa relação, a vida é mantida como um valor sagrado e a humildade de nunca podermos compreender totalmente alguém é algo que surge como um importante valor para todos.

10 A TOLERÂNCIA NA VISÃO DE LÉVINAS

A partir de tudo isso se pode vislumbrar uma perspectiva de tolerância na filosofia de Lévinas. O autor se posiciona contra o dogmatismo e a maneira como tentamos uniformizar o mundo. Na totalidade, nos fechamos em nossa interioridade e passamos a ver o mundo de forma uniforme, onde a sua característica diversidade é ignorada em prol de uma visão totalizadora da humanidade. Aqui, prevalece uma visão uniforme onde as relações humanas se dão na forma idealizada pelo sujeito.

Podemos traduzir tal perspectiva como o dogmatismo, onde a pessoa fica presa a uma idéia, de tal forma a não conceber nenhuma outra interpretação a não ser aquela que ele segue. O resultado de tal problema é o desencadeamento dos fundamentalismos políticos e religiosos, onde o diálogo é preterido. Quem possui a verdade, não precisa dialogar com ninguém. Todo aquele que não estiver de acordo com a ideologia desta pessoa, está do lado errado. Na totalidade, tornamo-nos incapazes de procurar em outrem algo de novo, pois nela só o que idealizamos em nosso interior se tornará a única verdade.

Para que não nos fechemos em nosso mundo, Lévinas propõe a alteridade, que como já salientamos reside na comunicação com as outras pessoas. Neste ato, poderemos vislumbrar que o

³⁵ Id. Ibid., 2014, p.193.

³⁶ Id. Ibid., 2014, p.80.

Outro sempre se mostrará novo, a nossa capacidade de totalizar seu ser falhará, pois ele é capaz de ser mais do que pensamos ser. Assim, vai ser na alteridade com outrem que iremos vislumbrar o infinito, tal noção é expressa pelo Rosto no entender de Lévinas.

Dessa forma, a tolerância na filosofia deste pensador, pode ser compreendida como a repulsa a toda forma de totalizar, de uniformizar os seres e a realidade. Assim, poderemos nos aventurar na busca pelo infinito no Outro, seja aliado, seja adversário de nossas idéias. Evitar a totalização é o pressuposto para a tolerância de Lévinas. E sua efetuação se daria no diálogo com outrem para que surja a percepção que ele sempre poderá trazer algo de novo a mim em termos de experiências, conhecimentos e etc.

Com tal prática aprenderemos a unicidade de tal pessoa e sua importância para o nosso enriquecimento pessoal. Portanto, a tolerância em Lévinas seria a percepção da importância da existência do Outro e do relacionamento com ele, residindo na comunicação, no diálogo, na interação, não na totalização em si.

11 UMA TOLERÂNCIA UNIVERSAL FUNDAMENTADA EM VOLTAIRE E LÉVINAS

Assim, demonstradas as filosofias éticas de ambos os pensadores agora poderemos formular a nossa idéia de tolerância universal sustentada por Voltaire e Lévinas. A teoria que iremos fundamentar se estenderá para todas as formas de relacionamento humano, aplicada a qualquer ideologia, seja política ou religiosa.

É bem fácil perceber os pontos em comuns com os pensadores, separados por séculos e influenciados por diferentes pessoas. A repulsa de Voltaire ao fanatismo e ao dogmatismo se assemelha a de Lévinas em relação à noção de totalizar o mundo. Tanto em um, como em outro, as pessoas fecham-se em suas ideologias podendo provocar os massacres religiosos do tempo do filósofo iluminista ou o holocausto arquitetado pela ideologia nazista. A defesa que Voltaire faz de nossa imperfeição e, portanto, da necessidade que temos em considerar todos como irmãos e nos construir em conjunto se parecem com a defesa pela alteridade com outrem, donde surgiria a idéia do infinito no Outro em Lévinas.

Em nossa formulação acerca da tolerância universal, colocaremos dois princípios, um como pressuposto para tal, e outro como forma de aplicar-la na realidade. Os termos colocados são inferidos da filosofia de ambos os autores. Eles são: A aversão ao dogmatismo e ao irracionalismo

ideológico e a consideração de que todo o ser humano é único e importante para o nosso desenvolvimento pessoal. Assim, teceremos nossas considerações em defesa dos dois princípios.

12 O PRESSUPOSTO: AVERSÃO AO DOGMATISMO E IRRACIONALISMO IDEOLÓGICO

Toda a forma de dogmatismo e irracionalismo ideológico deve ser preterida. Missão difícil. Talvez impossível. É muito mais confortável viver em uma idéia fechada do que abrir-se ao diálogo e a eventual oposição. Nada mais dificultoso e mais importante. A caixa que a mente dogmática produz para ela é perfeita, ela não lhe dá desespero, antes oferece alívio. O inumano mundo que tanto aflige o coração humano com sua ação fria, não afeta uma alma esclarecida e imersa em sua verdade.

A solidão que nos trás a luz, pode nos levar as trevas. No momento em que abrimos nosso ser ao questionamento, a dúvida, a necessidade de compreender o mundo a nossa volta, adentramos em abismos profundos, onde ou escapamos ou mergulhamos em um túnel sem fim alcançando novos problemas e poucas respostas.

Todo o ser humano está em uma estrada sem fim, sem nada ao seu redor. Caminhando sem rumo, perdido no vazio onde se encontra. Evapora a cada passo, até desaparecer sem nem saber o porquê de estar ali ou nem saber se existe um porque de existir. O caminho é solitário. As influências externas surgem a nós como vaga lumes, que embora no início despertem uma esperança em nosso ser, logo morrem. Esta complicada existência nos obriga a busca refúgio. Onde achá-lo?

A resposta é buscada por alguns em extremos momentos de solidão. No silêncio os gritos de uma alma confusa nos deixa entretidos. Até que calemos todas as vozes interiores, o tempo passa rápido como a luz e nos vemos velhos, mas aparentemente esclarecidos. Lúcidos, mas confortáveis em admitir não saber algo. A verdadeira sabedoria vem como um sopro divino em nossas faces enrugadas: finalmente vemos o tempo como o nosso maior mestre.

Enquanto para outros, a solução está na ordem. Na formação da mente dogmática um universo multicolorido passa aos seus olhos pouco a pouco se tingindo com apenas uma cor. A existência passa a ter uma resposta clara e definida, o arco-íris do complexo mundo lentamente desaparece frente aos seus olhos repletos de glória. E então, tal como um imenso quadro colorido pintado de branco, ocorre o desfecho da grande transformação. Nada de desespero, os seus olhos

observam o novo mundo criado com expectativas e grandes ambições. Tudo resolvido, a grande orquestra termina com um novo homem.

É necessário notar, que a partir disso o comportamento daquele ser muda drasticamente. Todo o valor que se enquadrar em sua nova visão de mundo terá um rápido acolhimento. Qualquer conhecimento e ação que o ajude a moldar à realidade a imagem e semelhança do mundo criado por ele será aprendido. Uma mente dogmática, não procurará discutir para o enriquecimento mútuo de idéias. Ele buscará convencer o seu adversário de seu erro, e se possível mostrar como as suas pretensões são erradas na frente de um grande público. Nesse caso, sob o manto do mais admirável tolerante, disfarce-se o mais cego dogmatismo.

Assim, tudo girará ao redor da imagem de mundo arquitetado por ele, não ao redor dele. O mais importante para este sujeito é que a sua resposta alcançada seja implantada no mundo. Uma forma desvirtuada de mudar a realidade a nossa volta, pois não reconhece o diverso. Para tal mente não existe o notório conjunto de fatores que periodicamente produzem as grandes mudanças culturais na humanidade. A complexidade dará lugar ao simples em sua visão. A resposta será fácil, o culpado pelos males do mundo será o herege, o judeu, o comunista, o burguês... Seja qual for à alcinha, na mente dogmática um responsável por tudo sempre é estabelecido.

A posição de consciência ora descrita, deve ser preterida. Não só por negar uma troca de informações vantajosa para si, mas também pelas consequências que ela pode exercer na mentalidade do sujeito. No momento em que aquele “culpado” torna-se odioso para ele, a motivação para o seu fim surgirá. Ele não é mais um ser humano, é uma mancha que macula a imagem de mundo que o dogmático possui. É um obstáculo para o seu objetivo, algo odioso que só polui o mundo com suas idéias. Para tal só o fim absoluto, a morte, solucionará o problema. Só ela extirpará o ímpio invasor.

Dessa forma, o dogmatismo transforma-se em irracionalismo ideológico, tal como o que assolou os cristãos fanáticos na Idade Média contra os hereges, ou os nazistas em relação aos judeus. Por tais motivos, é preciso que não venhamos a enveredar em tal fixa e irredutível posição. Isso não significa que não podemos ter uma posição definida sobre algo, significa que não devemos ficar presos a essa idéia, de tal forma a não admitir em nenhuma hipótese qualquer posição adversária. Um pressuposto para cultivarmos a tolerância universal é não permitirmos que essa coisa aconteça conosco.

13 SEGUNDO PRINCÍPIO: A IMPORTÂNCIA DO SER HUMANO

Dessa forma, para aplicarmos a tolerância universal algo necessário é a percepção da importância do ser humano, como um sujeito único e imprescindível para o mundo. Essa é uma idéia constante nos dois pensadores, evidenciando sua relevância na nossa proposta. Assim, esse princípio se sustenta em duas bases extraídas de ambos os filósofos: a percepção de nossa imperfeição e o infinito de possibilidades no Outro.

A primeira base não é conhecida na mente dogmática, pois ele tem sua visão de mundo como à única necessária. No entanto, é bom e necessário cultivarmos essa auto-reflexão: tanto pelo nosso exíguo tempo de existência como pela nossa ínfima capacidade de aprender o gigantesco conhecimento produzido, somos imperfeitos.

Nada mais preciso do que isso. O ser humano é uma espécie de quebra-cabeça construído por ele mesmo. Tal obra nunca será completada, pois sempre haverá peças a faltarem em sua formação. Se não faltar em nós o conhecimento exterior, faltará o interior e vice-versa. Um quebra cabeça em eterna autoconstrução, tal é o homem.

Por isso, a arrogância para com o Outro deve ser evitada. Dele posso extrair algo que eu não possuo. É inimaginável o tesouro de reflexões que possa haver em outras pessoas, assim como é inegável uma eventual surpresa e inspiração nossa ao nos depararmos com o conhecimento produzido por outrem.

Dessa forma, em cada um há algo de importante a ser prezado. Os conhecimentos que ele pode possuir podem transformar minha vida ou mudar a forma como vejo o mundo. O ser humano, imperfeito que é por vezes tenta disfarçar essa deficiência por opiniões, muitas vezes sustentadas apenas pela sua absoluta convicção de estar sempre certo. E quando retrucamos a ele e mostramos seu equívoco? Somente um festival de ódio guardado ou destilado vindo dele.

Dessa forma, não é razoável que desprezemos alguém por ter uma ideologia diferente da nossa. O melhor seria buscar nesta pessoa as razões que a levaram a tomar esta posição diversa. Nesta abordagem ao mesmo tempo em que um Eu se volta para o Outro, em busca de um diálogo, o Outro é motivado a refletir o porquê dele ser o que é agora. Assim, como um fruto da conversa, ambos podem enriquecer-se com as reflexões que nasceram do diálogo. Além da percepção do infinito de possibilidades do Outro.

Tal fenômeno ocorre pela mente humana estar sempre em constante mudança. Um dia de chuva, uma letra de música, um momento solitário olhando para as estrelas ou uma simples conversa pode

transformar qualquer pessoa. Mudamos a toda hora, e a qualquer momento podemos também mudar outras pessoas sem que percebamos. No infinito de possibilidades jaz a eterna busca humana.

Assim, até no contato com seres de forma cotidiana, sempre nos surpreendemos. Podemos conhecer uma pessoa por anos e ainda assim ver algo novo nela. É impossível que totalizemos seu ser, ele muda a toda a hora, assim como o resto da humanidade. No âmago do ser humano, vive uma grande cachoeira sempre a receber novas correntes sem nunca abandonar as que já haviam passado noutros tempos. Assim, no Outro há um infinito de coisas, que nos permite reconhecer a unicidade que cada ser humano possui.

Desse modo, nascemos e vivemos uma vida com influências diversas que nos levam a ter diferentes perspectivas de vida. Não haveria graça no mundo se todos fossem iguais. A diversidade é que torna a cultura humana viva e atraente, nenhuma cultura é melhor que a outra, nem mesmo digna de ser completamente desprezada. Na concepção de tolerância exposta aqui, acreditamos ser fundamental darmos chance ao diálogo e a tentativa de compreensão, para que possamos notar o grande enriquecimento que o Outro pode oferecer a nós.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pensamento de Voltaire e Lévinas, dois filósofos separados pelo tempo, aliam-se no requisito da necessidade do respeito e do diálogo, e de como esses atos podem nos levar um desenvolvimento pessoal e ético. A luta pela tolerância religiosa em Voltaire foi motivada por uma época repleta de fanatismos, onde os diversos credos, com destaque no católico, se fechavam em sua doutrina e buscavam calar e eliminar os que se mostravam adversos a ideologia defendida por eles. Em sua defesa pela tolerância universal, o autor argumenta a nossa imperfeição, que pode muito bem ser completada através das outras culturas religiosas. Esta tese pode muito bem ser expandida para todos os campos de disputa onde a intolerância mostra sua face, como o político por exemplo. As idéias do lado esquerdo podem ser complementadas pela direita, e embora algumas entrem em choque, o diálogo entre ambas poderá suscitar uma síntese que agrada ambos os lados.

Em Lévinas, a busca pela ética da alteridade surge em um momento traumático do pós-holocausto. Como um ser humano pode ser capaz de cometer tais crueldades? A resposta dada pelo pensador judeu foi que ao nos totalizarmos em nós mesmo, deixamos de tratar os outros como seres, assim como nós somos. Eles passam a ser objetos da nossa fechada visão de mundo. No entanto, quando nos abrimos ao diálogo, a sociabilidade com o Outro, percebemos como estranho ele é: um

ser finito que nos leva ao infinito. Nunca constante, sempre mudando, revelando coisas novas e nos ensinando também novos valores, novas vivências. A alteridade, a relação com os outros, é uma etapa necessária a um desenvolvimento ético da humanidade.

Portanto, é necessária uma tolerância baseada na compleição mútua de Voltaire e na alteridade de Lévinas para amenizar o clima de violência que hoje se vê em debates políticos e religiosos. A prática é sempre melhor que a teoria. Devemos ter consciência de nossa imperfeição e encarar o Outro que pensa diferente, aprendendo com ele o que não conseguiremos em nosso grupo ou em nossa solidão.

Assim, sustentamos a nossa teoria sobre a tolerância universal em dois princípios: A aversão ao dogmatismo e ao irracionalismo ideológico e A consideração de que todo o ser humano é único e importante para o nosso desenvolvimento pessoal. Com base na filosofia de ambos os pensadores, fundamentamos estes pilares evidenciando as consequências negativas do dogmatismo e do irracionalismo ideológico que desembocam na intolerância e nas vantagens que possuímos ao darmos chance ao diálogo. Consideramos que estes dois princípios são de suma importância para um melhor relacionamento pautado no respeito e na resistência ao dogmatismo. Eis a chave da tolerância universal.

REFERÊNCIAS

LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**: ensaios sobre a exterioridade. 3.ed. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2014. 205 p.

_____. **Ética e infinito**: diálogos com Philippe Nemo. Lisboa: Edições 70, 2007. 116 p.

_____. **Humanismo do outro homem**. Petrópolis: Vozes, 1993. 109 p.

VOLTAIRE. **Cartas inglesas; Tratado de metafísica ; Dicionário filosófico ; O filósofo ignorante**. 2. ed. São Paulo: Abril, 1978. 328p.

_____. **Tratado sobre a tolerância**: por ocasião da morte de Jean Calas (1763) . 2.ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2000. 180 p.



DIREITO TRIBUTÁRIO

Revista Acadêmica
CLÓVIS BEVILÁQUA

A PROBLEMÁTICA DA DESAPOSENTAÇÃO EMFACE DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Cristhianne Tavares Pinheiro¹

Maria Cristina Cavalcante Sales²

RESUMO

No Brasil, a desaposentação consiste no cancelamento do ato de concessão da aposentadoria, buscando se aproveitar o novo tempo de contribuição, no mesmo ou em outro regime previdenciário, e de possibilitar, por conseguinte, a aquisição de benefício mais vantajoso. O instituto surgiu da insatisfação da população idosa brasileira que tem o dever de contribuir para a Previdência Social após o jubileamento, quando do retorno à atividade. Este trabalho irá se debruçar sobre os aspectos tributários dessa tese, no que concerne às contribuições previdenciárias, a fim de compreender sua natureza e objetivos, correlacionando-as com a desaposentação.

Palavras-chave: Desaposentação. Contribuição. Previdenciário.

1 INTRODUÇÃO

Conforme pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2016³, o percentual de idosos em atividade cresce a cada ano. Em 2013, representavam 7,5% (sete e meio por cento) das pessoas em idade ativa, e em 2014 o percentual incrementou para nada menos do que 8,2% (oito vírgula dois por cento). Estudos ainda demonstram que as famílias integradas por maiores de 60 anos possuem melhor renda familiar, o que indica que cada vez mais a população idosa assume o papel de chefe da família.

Como a aposentadoria ocasiona, em geral, a perda de poder aquisitivo da família, uma vez que, em diversas ocasiões, o valor do benefício não corresponde ao valor percebido pelo aposentado quando em atividade, este se vê impelido a retornar ou continuar no mercado de trabalho.

De início, importante esclarecer que, no pleito de desaposentação, o STF realizou, no ano de 2016, julgamento conjunto dos seguintes Recursos Extraordinários: RE 381367 (relatoria do Ministro Marco Aurélio); RE 661256 (relatoria do Ministro Roberto Barroso); e RE 827833 (também da relatoria do Ministro Roberto Barroso).

¹ Mestranda em Direito, com ênfase em Ordem Jurídica Constitucional, no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). E-mail: cristhiannetavares@gmail.com

² Graduanda em Direito na Universidade Federal do Ceará – UFC. E-mail: cris_cc4@yahoo.com.br

³ CAMARANO, Ana Amélia; KANSO, Solange; MELO, Juliana Leitão e. Como vive o idoso brasileiro. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq_06_Cap_01.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

Em relação ao RE 661256, em Sessão Plenária do dia 9/10/2014, o Ministro Roberto Barroso (relator), deu parcial provimento ao recurso, em sentido favorável à desaposentação, porém o julgamento foi suspenso. E, somente em 26/10/2016, o Pleno retornou ao julgamento conjunto dos recursos ora citados. Assim, o voto vencedor foi o do Ministro Dias Toffoli, que indeferiu o direito à desaposentação, em razão de ausência de previsão legal, reconhecendo a constitucionalidade da norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

Logo, de acordo com o atual entendimento do STF, o trabalhador já aposentado pelo RGPS, caso escolha retornar à atividade remunerada, não terá direito a aproveitar o novo tempo de contribuição para revisar seu benefício de aposentadoria.

Nesse contexto, o presente artigo pretende analisar o aspecto da constitucionalidade da incidência de contribuição sobre a remuneração do aposentado no caso de desaposentação. Importa registrar que a tese do STF se fundamentou na inexistência de lei que permita o direito à desaposentação. Todavia, o Pleno não esclareceu sobre a incidência da contribuição previdenciária na espécie.

Para tanto, faz-se uma analogia com a decisão do STF acerca da cobrança da contribuição dos servidores públicos inativos, após o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003.

2 DESAPOSENTAÇÃO

2.1 Aspectos conceituais

De acordo com Adriane Ladenthin e Viviane Masotti⁴, a desaposentação não se reduz ao ato de renúncia da aposentadoria, mas também se refere ao pedido de nova aposentadoria, em razão do que reapresentação seria, na verdade, o termo mais adequado a conceituar o presente fenômeno jurídico.

Na lição de Marco Aurélio Junior⁵, a desaposentação não possui um conceito legal determinado, pois consiste num instituto de construção doutrinária e jurisprudencial, que busca reconhecer a situação fático-jurídica do aposentado que continua ou volta à atividade laborativa.

⁴ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. Desaposentação: teoria e prática. 2. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p.61.

⁵ JUNIOR, Marco Aurélio Serau. Desaposentação: novas perspectivas teóricas e práticas. 5. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 54.

Neste ínterim, o referido autor cita ainda três modos diversos de concepção da tese: a renúncia pura e simples; a renúncia a uma aposentadoria e opção pela outra, havendo uma aposentadoria concedida administrativamente e outra pela via judicial; e a renúncia à aposentadoria percebida para aproveitar tempo de contribuição posterior na consecução de nova aposentadoria com melhoria no valor do benefício.

Por sua vez, Fabio Zambitte Ibrahim⁶ ensina que:

A desaposentação é definida como a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regimes Próprios de Previdência dos Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.

[...]

Ademais, a ausência de previsão legal, em verdade, traduz verdadeira possibilidade do indivíduo em demandar o desfazimento de sua aposentadoria, computando-se assim o tempo de contribuição anterior com o novo tempo obtido após o ato de concessão do benefício a ser revertido.

Vale registrar, entretanto, que a desaposentação não necessariamente incrementa o valor da aposentadoria. Ocorre que para o recálculo do benefício serão consideradas as 80% maiores contribuições do segurado, o que significa que, se ele recolheu contribuições, após o jubramento, em valor inferior às contribuições anteriores à aposentadoria, a contagem das novas contribuições poderá afetar negativamente o valor do benefício. Em função disso, aconselha-se que logo de início seja feito o recálculo, antes de ajuizar uma ação judicial, caso contrário poderá haver prejuízo ao requerente aposentado.

2.2 Natureza

A previdência social integra o rol de direitos sociais, como previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Os benefícios previdenciários são, portanto, considerados direitos fundamentais na qualidade de direitos sociais, detendo suas características típicas, dentre elas a irrenunciabilidade. Seguindo essa lógica sistemático-jurídica, relevante parcela doutrinária nega a possibilidade de desaposentação, a qual pressupõe a renúncia da aposentadoria.

⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 20. ed. Niterói: Editora Impetus, 2015, p. 724.

Adotando posicionamento diverso a admitir a desaposentação, o Superior Tribunal de Justiça vinha decidindo que o benefício previdenciário consiste em direito patrimonial, tendo caráter disponível e portanto, passível de renúncia. Ocorre que, conquanto a aposentadoria seja direito personalíssimo, detém natureza jurídica de direito subjetivo disponível, em face do vínculo jurídico existente entre Previdência Social e segurados. Nessa esteira, observe-se os seguintes precedentes judiciais⁷⁸:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. 1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar. 2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação. 3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento. Precedentes do STJ. 4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE. 5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução. 6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA AO BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. DIREITO DE NATUREZA PATRIMONIAL E, PORTANTO, DISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DOS PROVENTOS RECEBIDOS. VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA MANTIDA. I - A inexistência de dispositivo legal que proíba a renúncia ao benefício previdenciário legalmente concedido deve ser considerada como possibilidade para a revogação do benefício a pedido do segurado. II - A desaposentação atende de maneira adequada aos interesses do cidadão. A interpretação da legislação previdenciária impõe seja adotado o entendimento mais favorável ao beneficiário, desde que isso não implique contrariedade à lei ou despesa atuarialmente imprevista, situações não provocadas pelo instituto em questão. III - Da mesma forma, o fenômeno não viola o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido, preceitos constitucionais que visam à proteção individual e não devem ser utilizados de forma a representar desvantagem para o indivíduo

⁷STJ - REsp: 1334488 SC 2012/0146387-1, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 8/5/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 14/5/2013

⁸ TRF-2 - APELREEX: 201051050011604 RJ 2010.51.05.001160-4, Relator: Juiz Federal Convocado ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, Data de Julgamento: 29/11/2011, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::29/12/2011 - Página::55/56

ou para a sociedade. A desaposentação, portanto, não pode ser negada com fundamento no bem-estar do segurado, pois não se está buscando o desfazimento puro e simples de um benefício previdenciário, mas a obtenção de uma nova prestação, mais vantajosa porque superior. IV - Quanto à natureza do direito em tela, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a aposentadoria é direito personalíssimo, o que não significa que seja direito indisponível do segurado. A par de ser direito personalíssimo, tem natureza eminentemente de direito disponível, subjetivo e patrimonial, decorrente da relação jurídica mantida entre segurado e Previdência Social, logo, passível de renúncia, independentemente de aceitação da outra parte envolvida, revelando-se possível, também, a contagem de tempo para a obtenção de nova aposentadoria, no mesmo regime ou em outro regime previdenciário. Precedentes. V - O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o ato de renunciar ao benefício não envolve a obrigação de devolução de parcelas, pois, enquanto perdurou a aposentadoria, o segurado fez jus aos proventos, sendo a verba alimentar indiscutivelmente devida. Precedentes. VI - Remessa necessária e apelação do INSS desprovidas.

2.3 Decisão do Supremo Tribunal Federal

O tema da desaposentação foi submetido a julgamento em sede de recurso extraordinário com repercussão geral em 2010, tendo sido vasta e fértil a discussão jurídica circundante à matéria ao adentrar em questões estruturais do campo previdenciário, tais como: a) a admissibilidade do ato de renúncia à aposentadoria e seus efeitos, notadamente para o fim de se admitir o requerimento de novo benefício; b) se haveria violação ao ato jurídico perfeito e ao princípio da isonomia; e c) se haveria ofensa ao princípio da solidariedade e ao princípio contributivo.

No que tange ao ato jurídico perfeito, a Corte decidiu que não há descumprimento do princípio, posto que a garantia conforma uma proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana e como tal não poderá ser alegado contrariamente aos destinatários da salvaguarda constitucional.

A seguir, o julgamento prosseguiu ao desenlace exaustivo dos demais tópicos, em especial a análise de constitucionalidade da desaposentação em face do art. 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/91:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: [...]

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social—RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

O Ministro Roberto Barroso, relator do processo, foi favorável à tese da desaposentação, intuindo que o dispositivo normativo acima transcrito se refere tão somente ao instituto jurídico do pecúlio, não havendo que falar em inconstitucionalidade na desaposentação. Faz-se necessário trazer à baila que o pecúlio, extinto com o advento da Lei nº 9.032/95, caracterizava-se como uma compensação ao trabalhador aposentado que voltava a trabalhar na mesma empresa, ao mesmo tempo em que permanecia contribuindo para a previdência social.

A tese acolhida, entretanto, foi a do Ministro Dias Toffoli, fundamentando-se na inexistência de previsão legal da desaposentação. Em suma, o entendimento firmado no STF consistiu na inadmissibilidade da atuação do Judiciário como legislador positivo ao validar a desaposentação sem expressa disposição em lei, de modo a exorbitar de sua esfera constitucional de competência e, por consequência, ferindo o princípio da Separação dos Poderes.

Assim o STF, na ocasião do julgamento do RE 661256, proferiu a seguinte tese acerca da desaposentação⁹:

No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

Vale registrar a inteligência do voto do Min. Luiz Fux, ao abordar o princípio previdenciário do equilíbrio atuarial do sistema. Na oportunidade, o nobre jurista dispôs que a aceitação da tese culminaria na criação de uma pré-aposentadoria, funcionando estana prática como uma espécie de poupança, visto que o aposentado continuaria trabalhando e percebendo o benefício. Sob essa perspectiva, vislumbrou ainda o prejuízo financeiro à Previdência Social devido ao ônus excessivo quando da admissão da tese.

Por outro lado, boa parte da doutrina vinha se posicionando no sentido de que haveria, na verdade, um saldo favorável à Previdência Social, já que o aposentado prossegue trabalhando e pagando as contribuições sociais. Destarte, frente à regra da contrapartida entre o benefício previdenciário e a contribuição, o aposentado faz jus à majoração de seu benefício, posto que contribui além do exigido legalmente para receber a aposentadoria.

3 DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

3.1 Conceito, natureza jurídica e finalidade

Para Machado¹⁰, as contribuições sociais constituem o gênero, dividindo-se em espécies, a saber: contribuições de intervenção no domínio econômico; contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas; e contribuições de seguridade social.

⁹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComTesesFirmadas.asp> Acesso em: 10 março 2017.

¹⁰MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 37.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 424

Merece destacar que, atualmente, é pacífico o entendimento quanto à natureza tributária das contribuições sociais, com previsão no art. 149 da Constituição de 1988, que conferiu competência exclusiva à União para instituir as referidas contribuições¹¹.

No pertinente à finalidade das contribuições previdenciárias, faz-se mister lembrar que se referem a tributos com função parafiscal. Note-se que ocorre a parafiscalidade quando uma pessoa, não obstante não ter criado o tributo, irá arrecadá-lo para si própria. Configura-se, portanto, como uma delegação da capacidade tributária ativa de um tributo. Ademais, observa-se que o legislador constituinte, quando trata do capítulo das Finanças Públicas, veda a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, “a”, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201¹². Verifica-se que os referidos dispositivos tratam da contribuição da empresa sobre a folha de salários e da contribuição do trabalhador e dos demais segurados. Conforme ensina Leitão¹³, trata-se do princípio da vinculação obrigatória das contribuições previdenciárias. Significa afirmar que as citadas contribuições (sobre a folha e do trabalhador) devem servir para financiar os benefícios do RGPS (Regime Geral da Previdência Social). Destarte, tais contribuições são denominadas pela doutrina de tributos vinculados, assim como as taxas e as contribuições de melhoria, espécies tributárias associadas a uma atividade específica do Estado.

Ao contrário das contribuições previdenciárias, tem-se o imposto. Assim, consoante o art. 16 do Código Tributário Nacional¹⁴, “imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”. Logo, os impostos são considerados tributos não vinculados. Nesse contexto, evidente a função precipuamente fiscal dos impostos, ou seja, com fins arrecadatórios. Nada obsta, porém, que alguns impostos sejam instituídos também com finalidade extrafiscal, tal como ocorre com o IPTU - Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana, de competência do município, que ressalta a função social da propriedade. Conclui-se que o caráter da não vinculação do imposto é a principal distinção deste em relação às outras modalidades de tributo.

¹¹ Constituição Federal, art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

¹² Constituição Federal, art. 167. São vedados: [...]XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

¹³ LEITÃO, André Studart. Meirinho, Augusto Grieco Sant’Anna. Manual de direito previdenciário. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 81.

¹⁴ Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Em síntese, pode-se afirmar que, na doutrina, contribuição previdenciária não se confunde com imposto. A primeira é de vinculação obrigatória, enquanto o segundo é, por natureza, tributo não vinculado.

3.2 A contribuição previdenciária sobre os proventos do servidor público

De início, cumpre esclarecer que o trabalhador aposentado pelo regime geral (RGPS) não recolhe contribuição previdenciária sobre o benefício de aposentadoria, de acordo com a norma expressa no art. 195, inciso II, da Constituição Federal¹⁵. Situação diversa é do servidor público que se aposenta pelo regime próprio, nos termos do art. 40, parágrafo 18, da Constituição Federal¹⁶.

Antes de falar da incidência de contribuição na hipótese de desaposentação, convém tecer alguns comentários acerca do julgamento da Emenda Constitucional nº 41/2003, que introduziu a contribuição sobre os proventos dos servidores inativos.

No que diz respeito à contribuição dos servidores inativos, destaca Hugo Segundo¹⁷:

Enfim, como não existe mais qualquer atividade estatal que justifique, para os aposentados e pensionistas, o pagamento de uma contribuição, o que lhes for cobrado a esse título não estará sendo exigido para que essa atividade lhes seja prestada. Seu fundamento não será a consecução de uma finalidade referida ao contribuinte, nem mesmo ao grupo por ele integrado, que é composto de todos os servidores aposentados e por seus pensionistas. Não. O fundamento será pura e simplesmente a soberania estatal. Será um imposto, incidente especificamente sobre proventos e pensões. O tributo previsto no § 18 do art. 40 da Constituição, portanto, é verdadeiro imposto de renda devido apenas por aposentados e pensionistas do serviço público.

Para o autor, o tributo incidente sobre os proventos do servidor, em que pese a denominação de “contribuição”, mais se assemelha a um “imposto de renda”. Isso porque a contribuição perde o caráter sinalagmático, segundo o qual a sua cobrança deveria corresponder a um benefício prestado pelo Estado. Acrescenta, ainda, que “o grupo composto pelos aposentados e pensionistas não tem mais qualquer referibilidade, nem direta nem indireta, para com a atividade estatal para a qual seus

¹⁵ Constituição Federal, art. 195, II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201. [...]

¹⁶ Constituição Federal, art. 40, § 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

¹⁷ SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. A contribuição dos “inativos”. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4912,81042-A+contribuicao+dos+inativos>>. Acesso: 10 março 2017.

integrantes terão de continuar contribuindo”¹⁸. Por fim, conclui o autor que a referida contribuição previdenciária é inconstitucional¹⁹:

Em razão do que foi visto ao longo deste texto, é-nos facultado concluir, em síntese, que a “contribuição” dos inativos é um adicional do imposto de renda, devido apenas pelos aposentados e pensionistas do serviço público, e cujo produto da arrecadação destina-se, em tese, ao custeio da aposentadoria de outros servidores públicos, no futuro. Tal exação, entretanto, é inconstitucional, mesmo depois de prevista em Emenda Constitucional, por ofensa ao art. 60, § 4.º, I e IV, da CF/88 [...]

Vale registrar, todavia, o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF na apreciação da ADI nº 3105/DF (Ação Direta de Inconstitucionalidade), da relatoria da Ministra Ellen Gracie, que, por maioria, julgou improcedente a ação em relação ao *caput* do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003²⁰.

¹⁸Id. Ibid.

¹⁹ Id. Ibid.

²⁰ADI nº 3105/DF. EMENTAS: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, e 201, *caput*, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, *caput* e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República,

A relatora da ADI, ministra Ellen Gracie, teve seu voto vencido quando julgou procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 4º, *caput*, parágrafo primeiro, incisos I e II, da Emenda Constitucional nº 41/03²¹. Destacou a ministra em seu voto²²:

A emenda nº 41/03, em seu art. 4º, portanto, quebra o sinalagma da relação jurídica previdenciária, forçando aposentados e pensionistas a efetuarem verdadeira “doação” de parte de seus proventos em nome do princípio da solidariedade intergeracional que, embora respeitável, nem por isso faz tábula rasa de outros princípios de igual dignidade constitucional, como a garantia contra a bi-tributação (CF, art. 154, I) e o princípio do não-confisco (CF, art. 150, IV). [...]

Dir-se-á que a tributação não é sobre o aposentado, mas sobre os proventos, e, assim, a causa e fato gerador da contribuição do inativo é a percepção dos proventos. Se é assim, então temos, não uma contribuição previdenciária, mas uma tributação de rendimentos, um *bis in idem* de caráter discriminatório. ‘Bis in idem’, porque os proventos de aposentadoria estão sujeitos ao imposto geral sobre a renda e proventos de qualquer natureza, logo outra incidência com igual natureza constituirá uma duplicação ilegítima. ‘Discriminatória’, porque não atende aos princípios da generalidade e da universalidade (art. 155, parágrafo 2º, I) já que recai só sobre uma categoria de pessoas.

Todavia, foi o voto do ministro Cezar Peluso que conduziu a decisão acerca da contribuição dos inativos, prestigiando os princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como os objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Destacou que as contribuições são tributos e, assim, os servidores não podem se servir da “garantia constitucional outorgada ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI), para fundar pretensão de se eximir ao pagamento devido por incidência da norma sobre fatos posteriores ao início de sua vigência”²³.

Assim, naquele julgamento (no ano de 2004), a contribuição dos inativos foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, apesar dos importantes argumentos proferidos no voto da ministra Ellen Gracie.

No tocante à solidariedade, muitos doutrinadores questionam acerca de sua natureza no ordenamento jurídico pátrio. Para Joana Rapozo²⁴, em que pese o rol de princípios estruturantes da ordem constitucional não ser exaustivo, não quer dizer que exista nele espaço para a solidariedade.

com a redação dada por essa mesma Emenda. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso: 10 março 2017.

²¹ Voto da Ministra Ellen Gracie no julgamento da ADI nº 3105/DF. Revista Consultor Jurídico, 27 de agosto de 2004. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2004-ago-27/conheca_voto_relatora_julgamento_polemico. Acesso: 10 março 2017.

²² Id. Ibid.

²³ Voto do ministro Cezar Peluso no julgamento da ADI nº 3105/DF. Revista Consultor Jurídico, 27 de agosto de 2004. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2004-ago-21/confira_integra_voto_ministro_cezar_peluso. Acesso: 08 março 2017.

²⁴ RAPOZO, Joana Tavares da Silva. Limites do princípio da solidariedade na instituição de contribuições sociais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 21.

Segundo Ricardo Torres apud Rapozo²⁵, um princípio estrutural da solidariedade é “inexistente na filosofia ou na teoria jurídica dos nossos dias, aqui ou no estrangeiro”.

Todavia, no presente trabalho, não se pretende discutir acerca da natureza jurídica da solidariedade, adotando-se, pois, a premissa de que se trata de “princípio constitucional”.

Com efeito, a República Federativa do Brasil tem, como um dos objetivos fundamentais, construir uma sociedade livre, justa e solidária²⁶. Ademais, quando o legislador se refere ao regime previdenciário dos servidores públicos, estabelece um regime de caráter contributivo e solidário²⁷.

De acordo com Wladimir Martinez²⁸:

a) significado: Solidariedade quer dizer cooperação da maioria em favor da minoria, em certos casos, da totalidade em direção à individualidade. Dinâmica a sociedade, subsiste constante alteração dessas parcelas e, assim, num dado momento, todos contribuem e, noutro, muitos se beneficiam da participação da coletividade. Nessa ideia simples, cada um também se apropria de seu aporte. Financeiramente, o valor não utilizado por uns é canalizado para outros.

Significa a cotização de certas pessoas, com capacidade contributiva, em favor dos despossuídos. Socialmente considerada, é ajuda marcadamente anônima, traduzindo mútuo auxílio, mesmo obrigatório, dos indivíduos.

Acrescenta Joana Rapozo que “a solidariedade requer uma responsabilidade coletiva, assumindo-se como próprios os interesses do grupo, o que acarreta, também, o dever de contribuir para as despesas públicas”²⁹.

Dessa forma, sustentando que a sociedade tem o dever em relação a toda coletividade (responsabilidade coletiva), que o STF declarou a constitucionalidade da exação da contribuição incidente sobre os proventos dos servidores inativos e pensionistas.

3.3 A contribuição previdenciária sobre a remuneração do trabalhador na desaposentação

Conforme já mencionado, no RGPS, não incide contribuição sobre aposentadoria e pensão dos segurados (CF, art. 195, II). Porém, observa-se que, se o aposentado retornar à atividade remunerada, será segurado obrigatório em relação à nova atividade, incidindo, pois, a tributação

²⁵TORRES, Ricardo Lobo. “Existe um princípio estrutural da solidariedade?” In GRECO, Marco Aurélio &GODOI, Marciano Seabra de. Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005, p. 198-207.

²⁶ Constituição Federal, art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]

²⁷ Constituição Federal, art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

²⁸MARTINEZ, Wladimir Novaes Curso de direito previdenciário. 6. ed. São Paulo: LTr, 2014, p.101.

²⁹ RAPOZO, Joana Tavares da Silva. Limites do princípio da solidariedade na instituição de contribuições sociais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 37.

sobre a respectiva remuneração. A contribuição previdenciária incidirá, não sobre o benefício de aposentadoria, mas sobre a remuneração decorrente do retorno do segurado ao trabalho formal.

Importante ressaltar que, apesar do recolhimento da contribuição previdenciária, o trabalhador não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado³⁰.

Conclui-se, da interpretação do citado dispositivo legal constante na Lei de Benefícios, que há o recolhimento da contribuição sem a respectiva contraprestação do Estado – uma verdadeira “contribuição sem causa”.

Isto porque o segurado já se encontra aposentado e a legislação não lhe autoriza nova aposentação. A questão foi levada ao STF, que indeferiu o direito à desaposeção, em razão de ausência de previsão legal, reconhecendo a constitucionalidade da norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

Dessa forma, percebemos duas situações em que o Estado cobra a contribuição previdenciária do trabalhador, mas sem nenhuma contraprestação. Primeiramente, o caso da contribuição dos servidores públicos inativos, anteriormente citado, em que o aposentado ou pensionista é obrigado a recolher o tributo para a Previdência do regime próprio. No segundo, o caso do segurado do RGPS, que, uma vez aposentado, retorna à atividade remunerada e necessita contribuir também para a Previdência.

Conforme se verifica, tanto o servidor quanto o segurado devem recolher a contribuição previdenciária em tais situações, embora notória a diferença entre os respectivos fatos geradores.

No caso do servidor público, o fato gerador para a incidência da contribuição é auferir proventos de aposentadorias e pensões que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (RGPS)³¹.

Por sua vez, quanto ao segurado do RGPS, independentemente de estar aposentado, caso venha a exercer nova atividade remunerada, incidirá contribuição sobre o seu salário-de-contribuição³².

³⁰ Lei nº 8.213/91, art. 18, § 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

³¹ Constituição Federal, art. 40, § 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

³² Lei nº 8.212/91, art. 11. [...]. Parágrafo único. Constituem contribuições sociais: [...] c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição; [...]

Então, em ambas as hipóteses, percebe-se que a contribuição previdenciária perde o caráter sinalagmático, ou seja, não envolve nenhuma contraprestação do Estado (“contribuição sem causa”).

Ademais, conforme dito alhures referente à contribuição dos inativos, de igual modo, no caso da desaposentação, a cobrança da contribuição se configura uma verdadeira bitributação.

Com efeito, de acordo com a Lei nº 7.713/88, que regulamenta o imposto sobre renda e proventos, incidirá o IR sobre o rendimento bruto. Sobre o conceito de “rendimento bruto”, prescreve a lei³³:

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei. (Vide Lei 8.023, de 12.4.90)

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

Por sua vez, a Lei nº 8.212/91, que institui o Plano de Custeio da Previdência, quando se refere às contribuições sociais, esclarece que estas, no caso dos trabalhadores, são incidentes sobre o seu salário-de-contribuição³⁴. Faz-se mister destacar o conceito de salário-de-contribuição, no caso do empregado e do trabalhador avulso, constante na Lei de Custeio:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

Destarte, nitidamente, nota-se que, em se tratando de empregado, a base de cálculo do imposto de renda se assemelha à base de cálculo da contribuição previdenciária. Novamente, repita-se que o que distingue tais espécies tributárias é o caráter “vinculado” ou “não vinculado”. Por conseguinte, uma vez extraído ao legislador essa vinculação da contribuição previdenciária, tal espécie vai se configurar como um “imposto anômalo”, também denominada de “contribuição exótica”. Isso porque a norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, considerada constitucional pelo STF, veda ao segurado a concessão de nova aposentadoria – “desaposentação”.

³³ Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988

³⁴ Lei nº 8.212/91, art. 11. [...]. Parágrafo único. Constituem contribuições sociais: [...] c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição; [...]

Destarte, impossibilitado o segurado de obter nova aposentadoria, aproveitando o novo período contributivo, esvazia-se o caráter de vinculação obrigatória da contribuição. Nesse patamar, se tal “imposto anômalo” incidir sobre a mesma base de cálculo do imposto de renda, perfaz-se o que a doutrina denomina de bitributação. Assim, clara a ofensa ao art. 154, inciso, I, da Constituição Federal, tanto no aspecto formal quanto no material. No aspecto formal, por não ter sido criado o tributo por lei complementar, considerando que a Lei nº 8.212/91 se trata de lei ordinária. No campo material, por possuir a mesma base de cálculo do imposto de renda³⁵.

CONCLUSÃO

Buscou-se, com o presente artigo, tecer algumas considerações sobre a (in)constitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária sobre a remuneração do segurado que, mesmo já aposentado, tenha retornado ao trabalho. É sabido que o Supremo Tribunal Federal – STF não reconheceu o direito à desaposentação, em razão de ausência de previsão legal, ratificando a constitucionalidade da norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91. Importa registrar que, no referido julgamento, o STF não deu ênfase à questão da contribuição previdenciária, pois já havia se manifestado quando da apreciação das contribuições dos servidores públicos inativos (EC nº 41/2003) em 2004.

Dessa forma, em que pese o segurado não ter direito à concessão de nova aposentadoria, quando volta a exercer atividade remunerada, impõe-se o recolhimento da respectiva contribuição. Conclui-se, portanto, que tal contribuição, na verdade, vai se configurar como um “imposto anômalo”, uma vez que deixa de ser uma espécie tributária vinculada.

Destarte, verifica-se que, nessa condição, passa a ter a mesma base de cálculo do imposto de renda de pessoa física, acarretando o fenômeno da bitributação, com evidente ofensa ao art. 154, inciso, I, da Constituição Federal.

Cumprido, então, refletirmos sobre o princípio da solidariedade, fundamento das decisões do STF para justificar a cobrança de contribuição previdenciária sem contraprestação correspondente.

Importante lembrar que a Seguridade Social deve ser financiada pelos Poderes Públicos e por toda a sociedade, nos termos dos artigos 194 e 195 da Constituição Federal - “princípio da

³⁵ Constituição Federal, art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição; [...]

diversidade da base de financiamento”. Dessa forma, o constituinte reforça o caráter solidário da Seguridade Social, o dever da responsabilidade coletiva.

Conforme se observa, a solidariedade é um dever não só do trabalhador, mas de toda a sociedade. Portanto, todos os indivíduos, além dos entes estatais, devem ter participação no custeio da Seguridade, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse contexto, admitir a exação de uma "contribuição previdenciária" com feição de imposto, além da bitributação, seria onerar somente o trabalhador. Frise-se que, não obstante a relevância do “princípio da solidariedade” para a sustentabilidade da Seguridade Social, esse não deve ser utilizado para justificar a inconstitucionalidade de uma norma.

REFERÊNCIAS

ABREU, Dimitri Brandi de. **A previdência social como instrumento de intervenção do Estado brasileiro na economia**. 30-05-2016. 322 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário**. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

BAGGIO, Moacir Camargo. **Jurisdição e previdência em tempos de crise de solidariedade: alguns pressupostos para uma prestação jurisdicional adequada**. São Paulo: LTr, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em 01 dez. 2016.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 01 dez.2016.

_____. **Lei nº 8.212/91, de 24 de julho de 1991**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm. Acesso em 01 dez. 2016.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em 01 dez. 2016.

_____. **Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7713.htm. Acesso em 01 dez. 2016.

CAMARANO, Ana Amélia; KANSO, Solange; MELO, Juliana Leitão e. **Como vive o idoso brasileiro**. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq_06_Cap_01.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

CONTEPELLI, Ernani de Paula. **Solidariedade Social Tributária**. São Paulo: Almedina, 2010.

COSTANZI, Rogério Nagamine; ANSILIERO, Graziela. **As idades médias de aposentadoria urbana por unidades da federação**. Disponível

em:<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/161014_nt_29_disoc.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20. ed. Niterói: Editora Impetus, 2015.

JUNIOR, Marco Aurélio Serau. **Desaposentação: novas perspectivas teóricas e práticas**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. **Desaposentação: teoria e prática**. 2. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

LEITÃO, André Studart. MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Manual de direito previdenciário**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LONDUCCI, Silmara. **O impacto da desaposentação nas contas da previdência**. 105 f.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 37.ed.rev., atual. e ampl.São Paulo: Malheiros, 2016.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 6. ed.São Paulo: LTr, 2014.

MORAIS, Océlio de Jesus C. **Inclusão previdenciária: uma questão de justiça social**. São Paulo: LTr, 2015.

RAPOZO, Joana Tavares da Silva. **Limites do princípio da solidariedade na instituição de contribuições sociais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ROCHA, Marcelo Hugo da. Contribuições parafiscais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 37, 1dez.1999. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1420>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre:Livraria do Advogado Editora, 2015.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **A contribuição dos “inativos”**. 28 de maio de 2004.
Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4912,81042-A+contribuicao+dos+inativos>>. Acesso 01 dez. 2016.



Revista Acadêmica
CLÓVIS BEVILÁQUA

REALIZAÇÃO



Fortaleza, v. 4, n. 1, janeiro/junho 2017