

inverbis

50^a EDIÇÃO

REVISTA JURÍDICA IN VERBIS

Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Norte
50ª EDIÇÃO

Reitor: José Daniel Diniz Melo

Vice-reitor: Henio Ferreira de Miranda

Diretora: Maria Lussieu Silva

Vice-Diretora: Pâmela de Medeiros Brandão

Coordenadora do Curso de Direito: Karoline Lins Câmara Marinho de Souza

Chefe do Departamento de Direito Público: Jahyr Philippe Bichara

Chefe do Departamento de Direito Privado: Thiago Oliveira Moreira

Chefe do Departamento de Direito Processual e Propedêutica: José Orlando Ribeiro Rosário

Coordenador da Revista Jurídica In Verbis: Xisto Tiago de Medeiros Neto

Diagramação/Capa: Aline Raposo Pereira (aline_r_p@hotmail.com)

- *Capa com imagem de autoria de Erick Lima.*

Revisor: Lucas José de Mello Lopes

Tiragem: 300 Exemplares

Presidência e Elaboração: Giulia Silva de Souza e Erick Rennan da Silva Bezerra

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um austausch.

Indexada à base Sumários.org

**Revista Jurídica In Verbis / Publicação semestral dos
Acadêmicos do Curso de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Norte - Ano 27, n. 50 (Jan/Jun. 2022).**

Semestral

ISSN 1413-2605

15cm x 21cm

**1. Direito - Periódicos, I. Universidade Federal do Rio
Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas
- CCSA/UFRN.**

CDU-34

Conselho Editorial da Revista Jurídica In Verbis
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Espaço Integrado CAAC - In Verbis
Av. Senador Salgado Filho, 3000 - Setor I - Curso de Direito
Campus Universitário - Lagoa Nova - Natal/RN - CEP 59072-970
Home Page: www.inverbis.com.br / E-mail: contato.inverbis@gmail.com

Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores.
É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta Revista, desde que citada a fonte.

César Augusto Trevisan Bordignon (UFRN)
Henyhévery Cardoso Cabral do Nascimento (UFRN)
Erick Rennan da Silva Bezerra (UFRN)
Giulia Silva de Souza (UFRN)
Ivo Emanuel Dias Barros (UFCG)
Jakson Barbosa Lima (UFRN)
José Henrique Costa (UFRN)
Júlia Arrais Fortaleza de Lima e Sá (USP)
Lara Moreira Brito da Silva (UFRN)
Letícia Lopes Borja (UFRN)
Mariana Louise Rocha Tavares (UFRN)
Pedro Augusto Costa Vale (UFRN)
Rafaela Ribeiro Cabral (UFRN)

DADECERISTAS PARACERISTAS

Adamo Perrucci
Amauri Feres Saad
Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave
Ana Mônica Medeiros Ferreira
Anderson Leonardo de Oliveira Brito
Anderson Souza da Silva Lanzillo
Anderson Diego Marinho da Silva
André de Souza Dantas Elali
Ângelo José Menezes Silvino
Anna Emanuella Nelson dos Santos
Cavalcanti da Rocha
Artur Cortez Bonifácio
Carla Pedrosa de Figueiredo
Carlos Wagner Dias Ferreira
Cláudia Vechi Torres
Diogo Pignataro de Oliveira
Douglas Araújo
Evandro Zaranza
Fabiana Dantas Soares Alves da Mota
Fabiano André de Souza Mendonça
Filipe Casellato Scabora
Henrique Batista
Ivan Lira de Carvalho
Jahyr-Philippe Bichara
João Paulo dos Santos Melo
Marcos Aurélio Mota Jordão
Kildare de Medeiros Gomes Holanda
Leonardo Pivôto Nicodemo
Marcus Aurélio de Freitas Barros
Matusalém Jobson Bezerra Dantas
Mariana de Siqueira
Michele Nóbrega Elali
Otacílio dos Santos Silveira Neto
Patrícia Borba Vilar Guimarães
Paulo Maycon Costa da Silva
Ricardo César Duarte Ferreira Júnior
Rubens Dantas de Carvalho
Sandresson de Menezes Lopes
Sheila Sampaio Gonçalves Barreto

Abraão Luiz Filgueira Lopes
Adamo Perrucci
Aldemar Monteiro da Silva Neto (CE)
Amauri Feres Saad
Américo Braga Júnior (MG)
Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave
Ana Cláudia da Costa Aguiar
Ana Luisa de Moraes Campos
Ana Mônica Medeiros Ferreira
Anderson Leonardo de Oliveira Brito
Anderson Souza da Silva Lanzillo
Anderson Diego Marinho da Silva
André Alves Portella (BA)
André Carneiro Leão (PE)
André de Souza Dantas Elali
Andrea de Andrade Fernandes
Andreo Aleksandro Nobre Marques
Ângelo José Menezes Silvino
Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha
Artur Cortez Bonifácio
Bento Herculano Duarte Neto
Bruno Henrique Magalhães Branco
Caetano Dias Corrêa (SC)
Caio Vitor Ribeiro Barbosa
Camila Miranda de Moraes (CE)
Cândido Bittencourt de Albuquerque (UFC)
Carla de Moraes Coutinho
Carla Pedrosa de Figueiredo
Carlos Martins Neto (UERJ)
Carlos Wagner Dias Ferreira
Carolina Pereira Lins Mesquita (UFRJ)
Chiavelli Facenda Falavigno
Clarindo Epaminondas de Sá Neto (UFSC)
Claudia Vechi Torres
Cleanto Fortunato da Silva
Cristina Foroni Consani
Daniel Gaio (UFMG)
Daniel Leib Zugman (FGV/SP)
Daniel Monteiro da Silva
Denise Fonseca Félix de Sousa (UFG)
Dimas Macedo (UFC)
Diogo Pignataro de Oliveira
Douglas Araújo
Edilson Pereira Nobre Júnior

Edinaldo Benício de Sá Júnior	José Roberto de Castro Neves (FGV-Rio)
Eduardo Biacchi Gomes	José Serafim da Costa Neto
Eduardo Pragmácio de Lavor Telles Filho (CE)	Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva
Elke Mendes Cunha	Juliana Raineri Haddad (FAIBI)
Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras	Karla Viviane de Sousa Rêgo
Efren Paulo Porfírio de Sa Lima (UFPI)	Karlos Alves Barbosa (UFU)
Everton da Silva Rocha	Karoline Lins Câmara Marinho
Evandro Zaranza	Keity Mara de Souza e Saboya
Fabiana Dantas Soares Alves da Mota	Kildare de Medeiros Gomes Holanda
Fabiano André de Souza Mendonça	Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira
Fábio Wellington Ataíde Alves	Leonardo Martins
Fabrizio Germano Alves	Leonardo Pivôto Nicodemo
Fabrizio Antônio de Araújo Feliciano	Lídio Sânzio Gurgel Martiniano
Felipe Arady Miranda	Liliana Bastos Pereira Santo de Azevedo Rodrigues
Felipe Maciel Pinheiro Barros	Lívio Coêlho Cavalcanti
Fernanda Priscilla Ferreira Dantas	Lorena Cordeiro de Oliveira (UFPB)
Fernando Antonio de Vasconcelos (UFPB)	Lorena Neves Macedo
Fernando César Costa Xavier (ABDI)	Lucas Duarte de Medeiros
Filipe Azevedo Rodrigues	Luciano Athayde Chaves
Filipe Casellato Scabora (USP)	Luiz Alberto Gurgel de Faria
Francisco Barros Dias	Luiz Felipe Pinheiro Neto
Francisco de Assis Noberto Galdino de Araújo	Madson Ottoni de Almeida Rodrigues
Francisco De Sales Matos	Marcelo da Rocha Ribeiro Dantas (SP)
Gustavo Barbosa de Mesquita Batista (UFPB)	Marcelo de Barros Dantas
Heitor Eduardo Cabral Bezerra	Marcelo Maurício da Silva
Helena Telino Neves (FDUL)	Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Henrique Batista de Araújo Neto	Marco Bruno Miranda Clementino
Humberto Lima de Lucena Filho	Marconi Antas Falcone de Melo
Igor Alexandre Felipe de Macêdo	Marconi Neves Macedo
Ingrid Zanella Andrade Campos	Marcos Aurélio Mota Jordão
Ivan Lira de Carvalho	Marcus Aurélio de Freitas Barros
Izabela Walderez Dutra Patriota (UnB)	Margarida de Oliveira Cantarelli (UFPE)
Jahyr-Philippe Bichara	Maria Marconiete Fernandes Pereira (PB)
Jeison Batista de Almeida (UNEMAT)	Mariana de Siqueira
João Emílio Assis Reis (RJ)	Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro
João Paulo dos Santos Melo	Marise Costa de Souza Duarte
Joaquim Maurício Fernandes de Moraes Jordão	Matusalém Jobson Bezerra Dantas
Jorge Duarte Pinheiro (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)	Meyre Elizabeth Carvalho
José Araújo da Silva	Michele Nóbrega Elali
José Evandro Lacerda Zaranza	Morton Luiz Faria de Medeiros
Jose Miqueias Antas De Gouveia	Murilo Oliveira de Souza (UNEMAT)
José Orlando Ribeiro Rosário	Naide Maria Pinheiro
	Nathânia de Medeiros Oliveira

Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade
Otacílio dos Santos Silveira Neto
Patrícia Borba Villar Guimarães
Patrícia Costa Anache (Universidade de Coimbra)
Paulo Maycon Costa da Silva
Paulo de Souza Coutinho Filho
Paulo Renato Guedes Bezerra
Paulo Roberto Dantas de Souza Leão
Pedro Barachisio Lisbôa (BA)
Pedro Muniz Pinto Sloboda (UFRJ)
Rabah Belaidi (UFG)
Rafaella Mayana Alves Almeida Cardins
Rafhael Lima Ribeiro (CESG-MG)
Raoni Macedo Bielschowsky
Rasland Costa de Luna Freire
Ricardo César Ferreira Duarte Júnior
Ricardo Rocha Viola (UFU)
Ricardo Tinôco de Góes
Ricardo Wagner de Souza Alcantara
Roberta Eggert Poll (RS)
Robson Maia Lins (PUC-SP)
Rogério Araújo Lima
Rômulo Lima Silva de Góis
Ronaldo Pinheiro de Queiroz
Rubens Dantas de Carvalho
Samuel Max Gabbay (IFRJ)
Sandresson de Menezes Lopes
Sheila Sampaio Gonçalves Barreto
Thiago Oliveira Moreira
Úrsula Bezerra Silva e Lira
Valcir Gassen (UnB)
Victor Rafael Fernandes Alves (UFPB)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (USP)
Virgílio Fernandes de Macedo Junior
Vladimir da Rocha França
Walber Cunha Lima
Walter Nunes da Silva Júnior
William Paiva Marques Júnior (UFC)
Xisto Tiago de Medeiros Neto
Yanko Marcus de Alencar Xavier
Yara Maria Pereira Gurgel
Yuri Marques de Melo Santiago
Zéu Palmeira Sobrinho

SUMÁRIO

- 11 **Editorial**
- 13 **Prefácio**
- 21 **A influência do neoconstitucionalismo latino-americano no processo civil brasileiro**
Heliana Rodrigues Carvalho
- 43 **A limitação da liberdade de expressão nas redes sociais: uma perspectiva jurídico penal**
Matheus Tayrone Cachina Silva
- 65 **Antropocentrismo e a caatinga: uma análise ético normativa ambiental do bioma**
Ábida Hellen Barros Pereira
Brena Maria de Lima Freire
Francisco Gaspar de Lima Júnior
- 89 **A relativização da coisa julgada: uma análise a partir do re 363-889/df**
Beatriz Costa da Silveira Barros
- 111 **A utilização do mercúrio na extração de ouro: análise da lei estadual nº 1.453/2021 de Roraima e da ADI 6.672.**
André Kenji Shimura da Nóbrega
- 139 **Immanuel kant e os direitos inatos: da moralidade ao direito**
Danigui Renigui Martins de Souza
- 163 **O paradigma da modernidade e a situação de anomia dos esquecidos**
Bruno Gruppioni Passos

- 179 **Os limites da competência dos municípios na aplicação das medidas restritivas ao combate ao Coronavírus (Covid-19)**
Matheus Carniel
- 199 **Teto de gastos análise dos vícios e virtudes do novo regime fiscal**
Túlio Manuel Maia Guimarães
- 229 **A função social da propriedade rural à luz do estado de direito socioambiental na constituição de 1988**
Larissa Ferreira Porto
Flavia Trentini
- 253 **Subversão jurídica e decisões líderes de torcida**
Fabiano André de Souza Mendonça

EDITORIAL

Eu tinha 16 anos e muitos sonhos no peito quando conheci a Revista Jurídica In Verbis. 17 anos depois, convidada a escrever este editorial, sigo celebrando pelo meu caminho e o da Revista terem se cruzado.

Em 1995, um grupo de estudantes teve a ousadia de criar a primeira revista jurídica do país formada exclusivamente por graduandos. 49 edições depois, a In Verbis segue sendo revolucionária: num ambiente em que a pesquisa é extremamente verticalizada, estudantes de graduação encontram espaço para publicar pensamento crítico no Direito.

Foram os próprios graduandos que tomaram consciência de que suas vozes têm relevância e criaram as condições para a Revista existir. São estudantes como aqueles que, até hoje, seguem concretizando esse sonho.

Há 25 edições, a In Verbis publicou meu primeiro artigo científico. 2 anos antes, eu fazia parte do seu corpo editorial do projeto. A Revista foi, a um só tempo, meu primeiro contato com pesquisa e extensão. Ela me apresentou às atividades com que mais gosto de trabalhar até hoje.

Entrei na Revista no primeiro período e, ainda sem entender muito bem o conteúdo dos artigos, já lia atentamente cada um dos comentários dos professores avaliadores. Foi assim que comecei a entender do que é feito um bom trabalho.

Três semestres mais tarde, tive coragem de enviar um trabalho para publicação. Reflexões que provavelmente não ultrapassariam os corredores do Setor I foram imortalizadas numa publicação.

A existência de cada uma das 50 edições da In Verbis parte da premissa de que estudantes de graduação têm algo relevante a dizer e que merece ser trazido a público.

Sim, estamos no número 50! É tempo de celebrar!

É também tempo de agradecer. Agradecer a cada pessoa que, direta ou indiretamente, participou da Revista ao longo desses 27 anos: vocês ajudaram a construir algo grandioso!

Vida longa à In Verbis!

O Conselho Editorial

escrito por **Mayara de Carvalho Siqueira**

PREFÁCIO

Suor nas mãos. Frio na barriga. Misto de emoção e responsabilidade em prefaciando a 50ª edição da revista *in verbis*. Quanta coisa passa pela minha cabeça ao tentar expressar em palavras escritas uma mensagem à altura do que esta publicação representa. Não à-toa, entrego esse texto ao conselho editorial para sua publicação no final do prazo que me foi concedido para dirigir-lhes essas palavras. Sim, é preciso destacar esse fato. Confesso que um pouco de procrastinação da minha parte também esteve envolvida nesse exercício, mas penso que esse também é um fato relevante a compor os escritos que ora me proponho a entregar. Você se identifica em algo? Voltarei a ele em breve.

O convite para prefaciando a publicação me encheu de alegria e orgulho, principalmente por saber que este periódico, apesar de todos os desafios intrínsecos a uma publicação capitaneada, desde o seu princípio, por estudantes, nunca se desincumbiu do seu ônus de existir permanentemente no meio acadêmico.

A *in verbis*, uma jovem de 27 anos, que já se manifestou em 50 frutíferas edições, leva muito a sério a premissa de que “é preciso ultrapassar os bancos da Universidade para aprender”. A sua relevância dispensa maiores ilações. O fomento à comunicação e pesquisa jurídica é um serviço de indescritível importância, imprescindível à manutenção da memória do curso. Inclusive, a coleção de edições antigas da *in verbis* é uma verdadeira relíquia que conta por meio de escritos uma boa parte da história do Curso de Direito da UFRN.

Ao pensar em fatos relevantes a comporem essa breve exposição, lembrei que devemos festejar a brilhante ideia dos hoje professores do curso Fabiano Mendonça, Marcus Aurélio Barros e Vladimir França, dentre outros

criadores, por terem assumido a responsabilidade de criar essa revista, no ano de 1995, e, por isso, são genitores desse grande feito em nosso curso.

Em razão dessa lembrança, perguntei-me o porquê de ter sido eu a escolhida para prefaciar a edição e não os meus colegas ou até os outros criadores. Entretanto, fui capaz de responder sozinha ao meu próprio questionamento, pois compreendi que a minha fala, nesse momento, seria simbólica.

Simbólica porque uma mulher, mãe, professora, pesquisadora, egressa deste mesmo curso, que hoje ocupa uma função de gestão, na coordenação de curso, e que luta pela equidade de gênero, raça e classe, representa o movimento de busca por mudança que vivenciamos na contemporaneidade mundial.

Percebi, assim, que a minha manifestação é representativa de uma luta por espaço, voz ativa e por um mundo mais igual, diverso e plural. Uma luta que escancara as agruras de uma realidade velada por tanto tempo, especialmente no ambiente jurídico. Hoje essa batalha chega aos debates acadêmicos e ocupa espaço, inclusive na pesquisa jurídica, para reparações históricas. Muito ainda há a se conquistar, mas a estrada que leva à equidade parece estar se enchendo de luz e afeto.

Essa realidade em processo de mudança é visível na própria escolha do corpo de palestrantes dos eventos da revista. Se outrora a composição das mesas era só de homens, que prevaleciam no cenário jurídico – não necessariamente em quantidade, mas em alcance e abrangência de ideias – a concessão de voz ativa na condução de um evento para as 7 mulheres convidadas, dentre advogadas e professoras, além da presidência feminina do conselho editorial desta edição, é o pontapé inicial para o processo de compensação da nossa invisibilidade. Parabéns à in verbis por essa louvável iniciativa.

Ademais disso, essa edição não seria muito diferente das outras, ainda que comemorasse a sua 50^a oportunidade de circular no meio

jurídico, caso o próprio Conselho Editorial não tivesse expressamente optado por enfatizar algumas circunstâncias que tornam esse momento tão especial. E não apenas porque uma mulher prefacia, outra preside e outras brilhantes profissionais participam como voz ativa no seu evento de lançamento, como se enfatizou.

Esse momento é especial, porque o lançamento da 50ª edição ocorre pouco tempo após o retorno das atividades presenciais desta Universidade, depois de ultrapassarmos um período de muitas dificuldades e perdas com a pandemia da COVID-19. Estamos passando pelo processo de readaptação a algo que nos era corriqueiro. Os desafios são imensos, como lidar com problemas de falhas na estrutura física (já que equipamentos ficaram muito tempo sem uso e agora teimam em não funcionar) até o fato de que se deslocar e sobreviver como estudante no ensino presencial passa a ser uma atividade muito mais custosa financeiramente do que era no cenário pré-pandêmico.

A despeito dos desafios, o retorno presencial traz a alegria dos reencontros olho-no-olho, dos abraços que foram abafados pela frieza do google meet, do zoom e de outras plataformas *online*, a total entrega da fala que não se interrompe pela conexão falha, e até a satisfação em poder se vestir de corpo e alma para voltar ao ambiente universitário.

Aposentamos o pijama enquanto uniforme corriqueiro do ensino remoto, a posição torta no sofá (ou na cama) assistindo uma aula através da pequena tela do celular e passamos a ter uma experiência de corpo inteiro, estimulando todos os sentidos: visão, audição, olfato, tato e até o paladar (quem não estava com saudade dos quitutes da cantina?).

Além disso, o momento é especial porque ao retornar à experiência presencial, com pandemia relativamente controlada, parece que as esperanças se renovam. Renovamos a energia, os sonhos, as forças para estudar, para prestar atenção às aulas e até pesquisar e escrever. O contato com outros humanos nos dá mais forças para realizar as nossas tarefas cotidianas.

E agora retomo aquele assunto do início do texto. Comecei falando em frio na barriga, suor nas mãos, procrastinação, e te convidei a pensar se havia alguma identificação da sua parte com essas situações ou até com outros sintomas. Não foi sem propósito que o fiz. Eu sei que você ou seu/sua colega aí do lado já passaram por algo parecido. Esses sintomas, associados a outros, denotam a fragilidade emocional que o isolamento nos trouxe.

Foram inúmeros os relatos, ainda durante o ensino remoto, de exaustão mental, de falta de energia para escrever, estudar, pensar e até comparecer às aulas. É certo que a situação foi inusitada e jamais experienciada no nosso curso que, criado em 1956, jamais passou por outra pandemia, mas com ela passamos a enxergar um problema que há muito já era fator de óbice à produção científica no nosso curso.

Com o período do ensino remoto, passamos a ter uma nova visão sobre as questões de saúde mental. Além das questões relacionadas a perdas familiares, o isolamento social provocou o reencontro dos indivíduos com suas questões íntimas existenciais, demonstrando que o equilíbrio emocional é deveras importante para a produção acadêmica.

E por isso que destaco, mais uma vez, o quão especial é esse momento. Ele celebra também a vitória daqueles e daquelas que, mesmo em meio a situações adversas conseguiram realizar pesquisas sérias em nível de publicação. Mas aqueles e aquelas que não o fizeram por se depararem com problemas, distúrbios e transtornos mentais não devem se cobrar ou se entristecer nesse momento por tal razão.

O momento exacerbou as complexidades humanas e exigiu um esforço hercúleo para a manutenção de ritmo de estudo e pesquisa. O home office nos expôs a uma situação de confusão entre trabalho e lar e nos mostrou o quão vulnerável podemos ficar ao trazer o contexto doméstico/familiar para o ambiente profissional. É por isso que os próprios padrões de produtividade acadêmica e até profissionais vêm

sendo rediscutidos, e não podemos deixar de aqui acolher a quem se vê em meio a uma situação de desequilíbrio mental.

Eu poderia ter optado por ilustrar essa mensagem com citações, elucubrações sofisticadas e eruditas, ou mencionar frases jurídicas de efeito para denotar a importância desse momento. Porém, escolho a simplicidade da acolhida afetuosa, pois o momento pede outro tipo de mensagem.

Assim, gostaria agradecer à *in verbis* pela oportunidade de poder me manifestar da forma que me sinto confortável – especialmente nessa edição comemorativa – parabenizar os/as articulistas dessa 50ª edição e acolher a todos/as que gostariam de ter enviado seus textos para publicação, mas foram acometidos/as por questões de ordem psíquica e emocional. É chegado o momento de renovar as esperanças para que se abram novas possibilidades de escrita, estudo, pesquisa e de construção de novos saberes com a interação humana, a troca de experiências, o compartilhamento de vivências e o usufruto de um espaço físico do Curso de Direito da UFRN.

Obrigada a você que me lê por ter chegado até aqui! Parabéns, *in verbis*! Parabéns, articulista! E você que não está publicando, mas se enche de esperança para fazê-lo, sinta-se acolhida/o!

Natal/RN, abril/2022.

Karoline Lins Câmara Marinho de Souza
Professora do Curso de Direito da UFRN

ARTIGOS





A INFLUÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Heliana Rodrigues Carvalho¹

RESUMO

No contexto brasileiro, é perceptível observar que o Direito sofreu e, ainda vem sofrendo, constantes modificações, visando proporcionar à população em geral um tratamento igualitário, tendo resguardados os direitos e garantias fundamentais com o advento da Constituição Federal de 1988. O presente estudo tem como objetivo analisar o neoconstitucionalismo que aparece como uma nova referência do Estado Democrático de Direito. Na América Latina, em virtude de movimentos sociais ocorridos na década de 1980, nasce um movimento chamado de “novo constitucionalismo latino-americano”, que objetiva a formação de um novo Estado, em que conceitos como legitimidade, participação popular e pluralismo se tornam um novo conceito para garantir a igualdade entre os cidadãos e também fazer

1 Bacharel em direito pela Universidade da Amazônia- UNAMA. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale e Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Legale. Membro da Comissão Universitária da OAB/PA. Advogada, sócia-fundadora do escritório Carvalho, Figueiró e Cardoso- Advocacia e Consultoria Jurídica.

cumprir o direito fundamental do acesso à justiça a todos que assim precisarem, e que por isso, torna-se perceptível a influência deste novo entendimento constitucional no processo civil brasileiro, como forma de tutelar, sobretudo, a Supremacia da Constituição e os seus direitos nele previstos.

Palavras-chave: Direito. Constituição Federal. Neoconstitucionalismo. Igualdade. Processo Civil.

1. INTRODUÇÃO

O constitucionalismo trata-se de uma metodologia política que tem por base o regime constitucional, ao passo que as constituições são o ponto principal do ordenamento jurídico estatal. Entretanto, na Europa no período após a Segunda Guerra Mundial, os ultrapassados entendimentos formalistas e positivistas exacerbados sofreram um importante golpe: o ordenamento jurídico da época, não possuía valores éticos e morais, então já não era bem visto.

Desse modo, o modelo anterior passou a ser reformulado, criando o que se chama de neoconstitucionalismo, com a inserção de diferentes valores constitucionais, como os direitos fundamentais e o respeito à dignidade humana. Os direitos humanos surgiram em um período onde foi gravemente afetado, no pós-guerra, então se tornou o momento da história perfeito para sua criação.

Entretanto, com o passar dos anos, verificou-se que para alguns países da América Latina, esses direitos não lhe servia muito bem, onde predominava principalmente povos indígenas, o respeito à dignidade humana não era respeitado. Por isso, em meados da década de 80,

surgiram manifestações pedindo um novo modelo de constitucionalismo, o latino americano.

Com o objetivo de dar voz aos excluídos, garantir que seus direitos sejam respeitados, países como Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia, alcançaram seus objetivos.

Com todas essas mudanças no direito constitucional, cumpre analisar a situação brasileira, com fortes influências do neoconstitucionalismo, a supremacia da Constituição.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO E O RECONHECIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O termo “neoconstitucionalismo” surgiu na Europa como uma resposta às mudanças constitucionais de cada país no período pós-guerra, com o objetivo de organizar os países europeus que sofreram com o positivismo aplicado de maneira exagerada, torna-se necessário uma nova hermenêutica constitucional.

Para Streck o neoconstitucionalismo consiste

Isto é o neoconstitucionalismo: uma técnica ou engenharia do poder que procura dar resposta a movimentos históricos de natureza diversa daqueles que originaram o constitucionalismo liberal, por assim dizer (ou primeiro constitucionalismo). Por isso o neoconstitucionalismo é paradigmático; por isso ele é ruptural.²

2 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, Curitiba, 2009. Disponível em <anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> . Acesso em 13/08/2020.

Segundo Humberto Ávila

As mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não são independentes, nem paralelas. Elas mantêm, em vez disso, uma relação de causa e efeito, ou de meio e fim, umas com relação às outras. O encadeamento entre elas poderia ser construído, de forma sintética, da seguinte forma: as Constituições do pós-guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação.³

Ressalta-se que o neoconstitucionalismo não é contrário aos conceitos do constitucionalismo clássico, usando um modo único de entender o direito. Sergio Nojiri ilustra que “Não se trata de um repúdio ou abandono de valores e ideais constitucionais do passado, mas de uma particular proposta metodológica destinada a analisá-los”.⁴

Nesse contexto o neoconstitucionalismo se torna centro de juízos, ao passo que se entende que seus fundamentos, porventura não retratam a concepção de um novo modelo de direito constitucional.

3 ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 15/08/2020.

4 NOJIRI, Sergio. Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista. Juruá, Curitiba: 2012, p.8.

Quanto à sua aplicação no Brasil, de acordo com Streck a aplicação, mesmo que demorada, do neoconstitucionalismo no país, caracterizou a possibilidade de aparecimento de vários problemas jurídicos, dos quais se evidencia a corrupção do texto constitucional.

Assevera:

Observa-se que, escandalosamente, sob a bandeira “neoconstitucionalista”, defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional de efetividade; um direito assombrado por uma vulgata da ponderação de valores; uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o reflexo neo em diversas ocasiões, tais quais: neoprocessualismo (sic) e neopositivismo (sic). Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo⁵.

Assim, preceitua Barroso, que:

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. [...] No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem

5 STRECK, Lenio Luiz. Constituição, Economia e Desenvolvimento. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 4, p. 12, jan./jun. 2011. Disponível em <www.abdconst.com.br/revista/revista_completa.pdf>. Acesso em 17/08/2020.

embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.⁶

Entretanto, para alguns estudiosos o neoconstitucionalismo não cumpriu com o que prometia, Habermas entendia que (1998, p. 78) o Estado Constitucional Moderno estava em crise, devido ao fracasso do neoconstitucionalismo em cumprir com todas as suas promessas, principalmente as que são referentes à consagração de direitos fundamentais.

Como resultado desse processo, a constitucionalização do Direito consiste na propagação dos valores amparados pelos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, em especial, por meio do poder constitucional, em vários níveis. Consequentemente a aplicação da Constituição a diferentes momentos, a inconstitucionalidade das normas em relação a Carta Constitucional e, acima de tudo, o entendimento das normas infraconstitucionais de acordo com a Constituição.

3. A IMPORTÂNCIA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO NA CONSTRUÇÃO DA IGUALDADE SOCIAL

Refletir sobre o novo constitucionalismo latino-americano não é refletir somente em um dinamismo jurídico, evidente em mudanças legislativas e constitucionais. É, especialmente, confirmar a presença

6 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar; n. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

de um real processo de rupturas epistemológicas, que se demonstra habilitada a destruir com os firmes fundamentos da atualidade. Para entendê-lo, é indispensável fazer um resumo dos momentos importantes da história do constitucionalismo, que antecederam este novo momento.

Com o passar do tempo, a matéria constitucional latino-americana, até mesmo a brasileira, se formaram a partir de uma herança de textos político-jurídicos estagnados, providos de ideais e assuntos programáticos e evidenciados por conceitos racionais que, na maioria das vezes, encobriram os discursos daqueles que se encontravam às imediações da sociedade.

No final do século XX, um novo pensamento constituinte começa a surgir baseado na América-Latina. Teve como marco inicial, ante à contraposição a aplicabilidade do constitucionalismo europeu na vivência latino-americana, alterações políticas e conflitos ideológicos no continente, tendo como momento inaugural as Constituições da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia.

O novo constitucionalismo latino-americano garante novos significados e conceitos como legalidade e maior participação popular, de maneira a englobar as manifestações dos grupos excluídos das decisões, especialmente os povos indígenas.

Como exemplo o artigo 8º da Constituição Boliviana de 2009, em que se reconhece como princípio ético-moral o “Sumak kamaña” “viver bem” em quéchua, língua nativa dos índios

“Art. 8º El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma kamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivimaracsi (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)”.⁷

7 Constitución Política del Estado (CPE).07 de Febrero de 2009. Disponível em <www.oas.org> Acesso em 16/08/2020.

Os movimentos constitucionais nessas regiões possuíam pretensões políticas e intelectuais, que contestavam a estrutura constitucional europeia, que estimulava o domínio das elites políticas na América Latina, e não permitiam que o povo opinasse na tomada das decisões políticas, também propiciou o afastamento do estado da gestão da sociedade possibilitando a ascensão do neoliberalismo na região.

Como resultado, houve o reconhecimento ao direito da diversidade cultural e à identidade e, assim, revendo os conceitos de legitimidade e participação popular, principalmente a parte da população excluída, como a indígena. Esse novo modelo de constitucionalismo, considerado pluralista, conjecturou rupturas paradigmáticas.

Conforme ensina a peruana Raquel Z. Yrigoyen Fajardo.

Las novedades constitucionales introducidas en el horizonte del constitucionalismo pluralista (con diversos niveles de implementación en la práctica) suponen rupturas paradigmáticas respecto del horizonte del constitucionalismo liberal monista del s. XIX y del horizonte del constitucionalismo social integracionista del s. XX, llegando a cuestionar el mismo hecho colonial.⁸

Destarte, a característica compartilhada entre as Constituições do Novo Constitucionalismo Latino-Americano é especificamente a legitimidade democrática, uma vez que esse não se atenta somente com matérias jurídico-normativas do texto constitucional, mas especialmente com seu nível de constância em relação à opinião popular. Seguindo essa linha de pensamento, a Constituição deve retratar de maneira clara

8 FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez. El derecho en la América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. Disponível em <professor.ufop.br/tatiana/classes/ppgd-pluralismo-epistemol%C3%B3gico/materials/el-horizonte-del-constitucionalismo>. Acesso em 17/08/2020.

o anseio do povo exposto de maneira independente na Assembleia Constituinte.

De acordo com Dalmau e Pastor as constituições que representam no novo constitucionalismo apresentam as seguintes características:

A todo ello cabe añadir que han sido cuatro las características formales que más han caracterizado al nuevo constitucionalismo: su contenido innovador (originalidad), la ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad), y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del Pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez).⁹

Consoante Dalmau e Pastor asseveram que as constituições latino-americanas expõem grandes mudanças no cenário constitucional, ao passo que buscam moldar o Estado fora dos conceitos constitucionais europeus.

En este sentido, las constituciones se han apartado de modelos previos, característicos de los trasplantes o injertos constitucionales anteriores para, aprovechando el momento de firme actividad constituyente, repensar siquiera brevemente y con las limitaciones del momento político sobre la situación y buscar aquellas medidas que pudieran dar solución a sus problemas particulares.¹⁰

9 MARTÍNEZ DALMAU, Rúben; VICIANO PASTOR, Roberto. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando, ed. Política, Justicia y Constitución. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. p. 157-186.

10 MARTÍNEZ DALMAU, Rúben; VICIANO PASTOR, Roberto. Op. Cit., p.173.

Hoje em dia, em um ambiente em que a teoria constitucional que se destaca é o neoconstitucionalismo, que preza primordialmente pela normatividade das Constituições, esse mecanismo seria entendido como dispensável ou muito evoluído, entretanto, destaca a enorme descrença dos constituintes em face aos poderes constituídos, que tradicionalmente desprezam o texto constitucional, considerando-o como carta exclusivamente política e programática.

Refere-se, em boa dimensão, com o objetivo de proteger o texto constitucional de todo entendimento teórico retorcido com o objetivo de abalar a expressão do Poder Constituinte Originário.

4. O ESTADO COMO PACIFICADOR SOCIAL

O instrumento processual tem a finalidade de alcançar a pacificação social, devendo, por conseguinte, se adequar às mudanças da legislação. Se não houver esse intuito, o processo será mais um instrumento formal de solução de conflitos, uma efetividade jurisdicional utópica, objetivando somente a manutenção do jurisdicionado. Uma das finalidades desse estudo é demonstrar que não existe só determinado princípio ou regra que define o constitucionalismo.

Desta forma, entende-se que o ordenamento jurídico não deve ser interpretado apenas de maneira formal, com aplicação não somente de regras não podendo ser deixado de lado a aplicação dos princípios, valores morais e sociais de uma sociedade.

Com isso, cabe analisar a diferença entre as regras e princípios, para Robert Alexy,

Enquanto as regras são normas, imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização

é necessária a adoção de determinados comportamentos. Daí possuírem caráter deonticoteleológico: deôntico, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; teleológico, porque as obrigações, permissões e proibição decorrem dos efeitos advindos de determinado comportamento que preservam ou promovem determinado estado de coisas. Já as regras podem ser definidas como normas mediatamente finalísticas, ou seja, normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido. Daí possuírem caráter deôntico-deontológico: deôntico, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; deontológico, porque as obrigações, permissões ou proibições decorrem de uma norma que indica “o que” deve ser feito.¹¹

A dialética hermenêutica que enfrenta o direito constitucional moderno, está fundamentado na efetividade do processo, tendo em vista sua função de pacificador social, versus o formalismo exacerbado, em prol da efetividade do provimento estatal.

Nesses moldes e, levando em consideração o entendimento realizado por Robert Alexy, a reflexão nas decisões judiciais conseguiria ser usada em ocorrência de conflitos entre princípios.

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização

11 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. p.72.

em face das possibilidades jurídicas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.¹²

O Estado, que deve exercer sua função de pacificador social, tem a obrigação de atender a quem o busca, mesmo aqueles que têm condições financeiras para arcar com tal despesa aos que não têm. É sua atribuição primar pela inafastabilidade da jurisdição, princípio este previsto na Constituição Federal, é notável sua importância, pois nela dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”¹³, o que denomina esse princípio como da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação.

Esse dispositivo trata que coisa alguma pode afastar a intervenção do Poder Judiciário quando ocorrer lesão ou simples ameaça ao direito com isso, o controle judicial deve ser analisado de maneira mais ampla a fim de se entender quais foram as lesões e ameaças do direito dessa pessoa. Uma vez que essa obrigação garante a efetividade da tutela jurisdicional e conseqüentemente a proteção de todos seus direitos.

5. O NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO PROCESSUAL NO BRASILEIRO

A constitucionalização, o crescimento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e o crescimento organizacional do

12 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. p.116-118.

13 Artigo 5º, inciso XXXV. Constituição da República Federativa do Brasil. 05 de outubro de 1988.

Poder Judiciário ocasionaram, no Brasil, uma acentuada judicialização das relações políticas e sociais. Entretanto, a aplicação das normas, para alguns estudiosos não segue os padrões do novo constitucionalismo latino-americano.

Quanto aos direitos fundamentais no Brasil, entende-se que a Constituição Federal de 1988 modificou o ordenamento jurídico ao elaborar, de maneira inédita na história constitucional brasileira, uma lista de direitos e garantias fundamentais que ganhassem evidência no texto constitucional.

À luz dessa concepção, Flávia Piovesan leciona que:

Considerando que toda a Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade da pessoa humana como um valor essencial que lhe doa unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.¹⁴

Nesse seguimento, vale destacar que a CF/88 é de natureza dirigente, guiada pelos princípios do neoconstitucionalismo, desta forma insta observar que os direitos fundamentais, venham ao atrelados à tutela constitucional.

A garantia da tutela jurisdicional não é direito apenas dos indivíduos, pois se estende para as pessoas jurídicas e as instituições despersonalizadas possuem o direito de ingressar com demandas no judiciário.

No presente, os doutrinadores contemporâneos, ensinam sobre uma tutela jurisdicional adequada, na qual não basta à prerrogativa

14 PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org). Doutrinas essenciais Direito Constitucional, vol. I: Teoria Geral da Constituição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 2020.

do Estado em prestar a Justiça, uma vez que é necessário que a prestação jurisdicional seja rápida, efetiva e adequada. Posto que na visão passada, apenas era vislumbrado o direito de ação e o princípio do juiz natural, consequentemente não se alcançava a efetiva prestação jurisdicional.

É válido afirmar que o atual constitucionalismo é o mesmo constitucionalismo de antes, ao passo que, ao abolir a ditadura, e estabelecendo a democracia, a Constituição Federal de 1988. Conforme a sociedade evoluiu, conceitos como o de direitos humanos sofreram uma mudança absoluta, pois as relações interpessoais apropriaram-se de um caráter mais coletivo que individual. A presença do Estado se tornou mais positiva e efetiva na garantia dos direitos fundamentais.

Como exemplo, em seu artigo 5º, LIV, a CF/88 prevê que “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”¹⁵. Uma vez recebido, é assegurado às partes as garantias e direitos a um processo e uma sentença justa.

O *princípio do devido processo legal* garante a todos o direito a um processo com todas as fases previstas em lei e todas as prerrogativas constitucionais. Entretanto, se forem desrespeitadas as regras básicas, o processo será considerado nulo. Em todo caso, é o mais importante dos princípios constitucionais, pois a partir dele surgem os demais. Representando assim, uma proteção ao sujeito nos âmbitos material e formal, fazendo com que o indivíduo tenha os mecanismos adequados para atuar com equivalência de condições com o Estado.

Sobre esta matéria, Luiz Fux entende que:

O direito ao devido processo legal tem como um de seus fundamentos o processo “justo”, que é aquele adequado às necessidades de definição e realização dos direitos lesados. Este princípio está encartado no direito ao processo como direito ao meio de prestação da jurisdição,

15 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

que varia conforme a natureza da tutela que se necessita. O direito à jurisdição, por sua vez, não é senão o de obter uma justiça efetiva e adequada, o que basta para que o juiz possa prover um determinado pedido, diante dessa regra máxima procedimental, expressa na própria Constituição Federal, a despeito de não ser repetida na legislação infraconstitucional. A previsão na Carta Maior revela a eminência desse poder-dever de judicar nos limites legais; e satisfazer tardiamente o interesse da parte em face do que é evidente significa violar o direito maior de acesso à justiça e, conseqüentemente, ao devido processo à jurisdição requerida.¹⁶

Em síntese, o princípio impõe o respeito às garantias processuais e exigências indispensáveis para a obtenção de uma sentença justa.

O entendimento é que “[...] o processo é um método de exercício normativo. As normas jurídicas são produzidas após um processo administrativo; as normas individualizadas jurisdicionais, enfim, após um processo jurisdicional. Nenhuma norma jurídica pode ser produzida sem a observância do devido processo legal jurisdicional. O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder.”¹⁷

Nelson Nery Júnior ensina que:

Genericamente, o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser

16 FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. vol 1. 4 ed. Forense: 2008. p. 253.

17 JÚNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil. vol 1. 17 ed. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 162.

respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*.¹⁸

Assevera Humberto Theodoro Júnior:

Nessa moderna concepção do processo justo, entram preocupações que não se restringem aos aspectos formais ou procedimentais ligados à garantia de contraditório e ampla defesa. Integram-na também escopos de ordem substancial, quando se exige do juiz que não seja apenas a “boca da lei” a repetir na sentença a literalidade dos enunciados das normas ditadas pelo legislador. Na interpretação e aplicação do direito positivo, ao julgar a causa, cabe-lhe, sem dúvida, uma tarefa integrativa, consistente em atualizar e adequar o enunciado da norma aos fatos e valores em jogo no caso concreto. O juiz tem, pois, de complementar a obra do legislador, servindo-se de critérios éticos e consuetudinários, para que o resultado final do processo seja realmente justo, no plano substancial. É assim que o processo será, efetivamente, um instrumento de justiça.¹⁹

Devido a seu conceito amplo, o devido processo legal foi dividido pela doutrina em duas partes, para uma análise elucidativa são elas: devido processo legal substancial (substantive process of law) e devido processo legal procedimental (procedural due process).

18 JÚNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.- Coleção Estudos de Direito de Processo. Enrico Tullio Liebman. vol. 21. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 63.

19 JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil- Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. 1. 56 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 81.

a. Devido processo legal substancial:

A teoria substancial não se restringe a uma decisão proferida pelo juiz ante a um caso concreto, ela está relacionada a um conceito justo e adequado no processo legal, tomando por base os princípios da justiça de acordo com a maneira que os juízes devem analisar os processos.

O devido processo legal substantivo se concentra, inicialmente no legislador, no exercício de sua atuação, terá de conduzi-la nos parâmetros de justiça, razoabilidade e racionalidade. De modo que deste princípio surja o princípio da proporcionalidade e diversas garantias constitucionais processuais, tais como o acesso à justiça, o juiz natural, a ampla defesa e o contraditório, a igualdade entre as partes e a condição de imparcialidade do magistrado.

b. Devido processo legal procedimental:

O devido processo legal procedimental entende-se pela forma do processo, isto é, determina as regras de direito a serem obedecidas, uma vez que são normas antes estabelecidas. Com isso, compreendemos que o devido processo legal procedimental é um direito fundamental de temática profunda, pois, a partir dele manifestam-se as garantias processuais que asseguram um processo eficaz e uma sentença justa.

Outro princípio que não pode deixar de ser analisado é sobre a duração razoável do processo que encontra-se codificado no artigo 5º, LXXVIII da CF, condiciona que todos, na seara judicial ou administrativa, são garantidos a razoável duração do processo e os meios que asseguram a celeridade de sua tramitação.

A finalidade desse princípio é trazer maior celeridade ao processo, dando primazia pela eficácia do provimento

judicial final, uma vez que na ausência de celeridade, a justiça se priva de exercer seu objetivo de maneira eficaz. Devem-se buscar os melhores resultados possíveis, com a maior economia de esforços, despesas e tempo.

Portanto, vislumbra-se a importância que a CF/88 tem em relação à organização do sistema jurídico brasileiro, abrangendo todas as áreas do direito garantindo e respeitando os direitos fundamentais.

Por isso, estrutura cooperativa é a mais adequada para a democracia, uma vez que facilita uma harmonização entre diversas áreas e a Constituição podendo assim potencializar a dialética entre os sujeitos do processo com o intuito de alcançar uma solução mais apropriada a demanda. Vale destacar que o modelo cooperativo não se limita apenas à relação do juiz com a parte, muito menos o relacionamento entre as partes. A partir dela, surgem deveres a serem cumpridos tanto pelo juiz, quanto pelas partes

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Neoconstitucionalismo garantiu grandes progressos sociais, entretanto, não surtiu efeito em relação a alguns países da América Latina, com isso surgiram movimentos sociais que buscavam o reconhecimento e pediam voz política às populações que já vinham sendo excluídas no decorrer da história.

Contudo, a implementar direitos e colocá-los em prática não é uma tarefa fácil, vale destacar que esses países que vivem o novo constitucionalismo, ainda possuem traços de suas antigas Constituições que eram consideradas mais rígidas, entretanto, já tiveram grandes feitos, como por exemplo o reconhecimento dos direitos indígenas.

No Brasil, o que predomina é o neoconstitucionalismo, proveniente da Constituição Federal de 1988, entretanto observa-se

conceitos do novo constitucionalismo latino americano, que tratam de um tratamento igualitário entre os povos, principalmente os que já eram excluídos historicamente.

Entretanto, cumpre destacar que o Direito Constitucional Brasileiro, mesmo com suas raízes firmes no neoconstitucionalismo, já visa em seu texto constitucional a igualdade entre seu povo, sem distinção de cor, credo.

Ressaltar que atualmente vêm surgindo uma nova postura de ativismo judicial nas grandes cortes brasileiras, discussões que antes não alcançavam nem a primeira instância, hoje, assuntos que atingem a minoria excluída tomaram o lugar das questões mais tradicionais do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p.72. Ibidem. p.116.

ÁVILA, Humberto. **“Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp> Acesso em 15/08/2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar; n. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988 Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 14/08/2020.

Constitución Política del Estado (CPE).07 de Febrero de 2009. Disponível em <www.oas.org>. Acesso em 16/08/2020.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización**. In: GARAVITO, César Rodríguez. *El derecho en la América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. Disponível em <professor.ufop.br/tatiana/classes/ppgd-pluralismo-epistemol%C3%B3gico/materials/el-horizonte-del-constitucionalismo>. Acesso em 17/08/2020

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. vol 1. 4 ed. Forense: 2008. p. 253.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. vol 1. 17 ed. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 162.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**.- Coleção Estudos de Direito de Processo. Enrico Tullio Liebman. vol. 21. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 63.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil-Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. vol. 1. 56 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 81.

MARTÍNEZ DALMAU, Rúben; VICIANO PASTOR, Roberto. **Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano**. In: ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando, ed. *Política, Justicia y Constitución*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. p. 157-186.

NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista**. Juruá, Curitiba: 2012.p.8

PIOVESAN, Flávia. **A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional**. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org). Doutrinas essenciais Direito Constitucional, vol. I: Teoria Geral da Constituição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, Curitiba, 2009. Disponível em <anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> . Acesso em 13/08/2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 4, p. 12, jan./jun. 2011. Disponível em <www.abdconst.com.br/revista/revista_completa.pdf>. Acesso em 17/08/2020.

LA INFLUENCIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO EN EL PROCESO CIVIL BRASILEÑO

RESUMEN:

En el contexto brasileño, se nota que la Ley ha sufrido y sigue sufriendo cambios constantes, con el objetivo de brindar a la población en general un trato igualitario, habiendo resguardado los derechos y garantías fundamentales con la llegada de la Constitución Federal de 1988. Objetivo analizar el neoconstitucionalismo que aparece como nuevo referente del Estado Democrático de Derecho. En América Latina, a raíz de los

movimientos sociales ocurridos en la década de 1980, nació un movimiento denominado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, que apunta a la formación de un nuevo estado, en el que conceptos como legitimidad, participación popular y pluralismo se conviertan en un nuevo concepto para garantizar la igualdad entre los ciudadanos y también para hacer valer el derecho fundamental de acceso a la justicia para todos los que lo necesiten, y que, por lo tanto, se advierte la influencia de este nuevo entendimiento constitucional en el proceso civil brasileño, como una forma de proteger sobre todo, la Supremacía de la Constitución y sus derechos en ella.

Palabras Clave: Derec. Constituic. Fede. Neoconstitucionalismo. Igualdad. Proceso civil.

A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS: UMA PERSPECTIVA JURÍDICO PENAL

Matheus Tayrone Cachina Silva¹

RESUMO

A presente pesquisa se insere no ramo do direito público, na relação entre direito constitucional e direito processual penal. De forma que, no período que se sucede ao fim da segunda guerra mundial e em âmbito nacional a ruína da Ditadura Militar, o livre direito a comunicação é posto como forma a limitar atuações arbitrárias por parte do poder público, contudo, na atual conjuntura, explodiu o fenômeno da circulação de notícias falsas ou *fake News*, de forma que, constatado o dolo ou intenção de ser praticado com o fim de ofender a honra de pessoas e instituições o judiciário passou a limitar a atuação e participação de algumas personalidades em determinadas *redes sociais*, parte-se, portanto, do seguintes questionamentos: os princípios constitucionalmente garantidos são absolutos? O Código de Processo Penal garante ao judiciário se utilizar do poder geral de cautela para decidir sem previsão legal? O poder geral de cautela se aplicado, fere o princípio do *in dubio pró réu*? Tendo por finalidade de forma

1 tayrone16@outlook.com

geral, estudar a possibilidade de o judiciário limitar a liberdade de expressão por meio de decisões judiciais, especificamente, analisar o sopesamento dos princípios constitucionais, investigar os tipos de controle de rede social e identificar a aplicação do princípio do poder geral de cautela nos processos judiciais. Utilizou-se a revisão bibliográfica como metodologia, buscando fontes em doutrina jurídica, legislações e decisões judiciais.

Palavras-chave: Limite da liberdade de expressão. Redes sociais. Decisão Judicial. Poder Geral de cautela.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se insere no ramo do direito público, na relação entre direito constitucional e direito processual penal, além de legislações esparsas que fazem parte do debate acerca da liberdade de expressão no âmbito das redes sociais, como a lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet – MCI) e o próprio Código Penal brasileiro.

De forma que, no período que se sucede ao fim da segunda guerra mundial e em âmbito nacional a ruína da Ditadura Militar, o livre direito a comunicação é posto como forma a limitar atuações arbitrárias por parte do poder público, contudo, na atual conjuntura, explodiu o fenômeno da circulação de notícias falsas ou *fake News*, de forma que, constatado o dolo ou intenção de ser praticado com o fim de ofender a honra de pessoas e instituições o judiciário passou a limitar a atuação e participação de algumas personalidades em determinadas *redes sociais*.

Esse fenômeno se mostra presente, inclusive, contra profissionais do jornalismo, políticos e personalidades de políticas em

geral. No que tange ao jornalismo, o site repórteres sem fronteiras, divulga anualmente *ranking* de países que mais respeita liberdade de expressão e de imprensa, o Brasil, atualmente ocupa o 107º posto na “classificação mundial da liberdade de imprensa”.

No direito, principalmente o brasileiro, o debate se acentua porque, o código penal criminaliza condutas que ferem a honra e a imagens de outrem, já que, assim como o direito à livre circulação de ideias, também é protegido constitucionalmente no art. 5º e as notícias falsas que ocasionaram suspensão ou bloqueio de contas, demonstravam o dolo em ferir aqueles bens protegido pela Constituição Federal.

Parte-se, portanto, dos seguintes questionamentos: os princípios constitucionalmente garantidos são absolutos? O Código de Processo Penal garante ao judiciário se utilizar do poder geral de cautela para decidir sem previsão legal? O poder geral de cautela se aplicado, fere o princípio do *in dubio pró réu*? Tendo por finalidade de forma geral, estudar a possibilidade de o judiciário limitar a liberdade de expressão por meio de decisões judiciais, especificamente, analisar o sopesamento dos princípios constitucionais, investigar os tipos de controle de rede social e identificar a aplicação do princípio do poder geral de cautela nos processos judiciais. Utiliza-se a revisão bibliográfica como metodologia.

Buscando fontes em doutrina jurídica tanto escritores do Direito Constitucional, como Bulos (2015) e Sarlet (2015), além de autores do processo penal como Bonfim (2015), dentre tantos outros, legislações como as já citadas anteriormente e decisões judiciais.

Para tanto, a pesquisa está estruturada em três tópicos, sendo o primeiro acerca dos princípios constitucionais, da liberdade de expressão, do pluralismo político e das imunidades parlamentares; com o segundo, buscou-se conhecer um pouco acerca da forma que as próprias redes sociais geram sua política de controle de dados e como a legislação brasileira tem se portado; o terceiro e último tópico se debate acerca do poder geral de cautela e se este instituto pode ser aplicado no processo penal.

2. AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E SUAS LIMITAÇÕES

A Constituição Federal de 1988 surge após longos vinte anos de ditadura militar, que com o Ato Institucional nº 5 (AI-5) retirou a liberdade de expressão e expurgou à clandestinidade atores políticos de esquerda e movimentos que fizessem oposição aos governos, como bem demonstra Fraga (2018).

Por esta razão, a CF/88 garante em seu art. 5º a liberdade de expressão independentemente de censura ou autorização, cabendo, contudo, reparação na hipótese de comprovado dano. Note-se, portanto, que tal direito não é absoluto, encontra limite nos direitos de personalidade.

Em recentes casos analisados, observa-se condutas que extrapolam os limites da liberdade de expressão. Pois, em investigações constata-se indícios de *organização criminosa* que se apropria da famigerada liberdade para propagar e disseminar ódio, inclusive contra os profissionais jornalistas.

Dessa forma, não pode se dá a liberdade de expressão poderes absolutos de forma a não se punir indivíduos que excedam seu exercício. Para a própria manutenção do Estado Democrático e de Direito. Isso não quer dizer que não se possa expor suas opiniões e seus desagradados políticos contra quaisquer instituições, a necessidade de limitação desse exercício se faz quando se constata a invasão da esfera íntima do outro, é, pois como bem preleciona Sarlet (2015):

Também é correto que a liberdade de expressão pode acarretar riscos para a democracia [...] Para assegurar a sua máxima proteção e sua posição de destaque no âmbito das liberdades fundamentais, o âmbito de proteção da liberdade de expressão deve ser interpretado como o mais extenso possível, englobando tanto a manifestação de opiniões, quanto de ideias, pontos de vista, convicções, críticas, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto e mesmo proposições a respeito de fatos. Neste sentido, em princípio todas as formas de

manifestação, desde que não violentas, estão protegidas pela liberdade de expressão, incluindo “gestos, sinais, movimentos, mensagens orais e escritas, representações teatrais, sons, imagens, bem como as manifestações veiculadas pelos modernos meios de comunicação, como as mensagens de páginas de relacionamento, blogs etc. (SARLET, 2015, p. 3604).

Limitação da liberdade de expressão, e neste caso a utiliza-se no sentido de livre manifestação do pensamento e de opiniões, não se confunde com censura prévia. Dado o que afirma Sarlet (2015), ao lecionar que não há confusão entre os dois institutos. Vez que, o texto constitucional prevê a vedação absoluta a censura, concedendo ao cidadão direito negativo, isto é, o poder público não pode impedir a livre circulação de pensamento, ideias e opiniões. Contudo, se constatado abuso, pelos meios legais cabíveis, pode-se sim, limitar o seu exercício.

O ponto de inflexão que fica é até que ponto um discurso pode ser prolatado sem ser caracterizado crime de ódio ou que extrapolam os limites da liberdade de opinião. Tem-se ao menos, dois modelos de “filtragem”, de acordo com Brugger (2007), o estadunidense, que já no primeiro artigo de sua carta constitucional prevê como inviolável o direito à liberdade de expressão, podendo, nesse sentido, o cidadão falar o que bem entender e dificilmente sendo punido; e, o alemão, que mesmo o texto constitucional prevendo ampla liberdade, a lei penal veda expressamente a manifestação de pensamento tendente, por exemplo, ao revisionismo histórico do nazismo.

É, pois, no direito alemão que encontramos a baliza do direito à liberdade de expressão, como bem informa a lei alemã:

Artigo 5º (Liberdade de expressão do pensamento, informação, de imprensa, de radiodifusão e de cinematografia; liberdade artística e científica) 1 Todos têm o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra, escrito e imagem e, sem

impedimentos, informar-se a partir de fontes a todos acessíveis. 2 A liberdade de imprensa e a liberdade de noticiar por radiodifusão e cinematografia são garantidas. 3 Não haverá censura. Estes direitos têm seus limites (fixados) nas normas das leis gerais, nos dispositivos legais para a proteção da (infância e) juventude e no direito à honra pessoal (MARTINS, 2005, p. 379).

Ainda sobre a aplicabilidade do direito alemão, encontramos a decisão do Tribunal Constitucional Federal trazida por Brugger (2007) assinalando que:

A liberdade de expressão de maneira nenhuma tem sempre precedência sobre a proteção da personalidade [...]. Ao contrário, quando a manifestação de uma opinião tem que ser vista como um crime formal de insulto ou de difamação, a proteção da personalidade vem, rotineiramente, antes da liberdade de expressão [...]. Quando a manifestação de uma opinião está ligada a afirmações de fatos, a devida proteção pode depender da verdade subjacente dos supostos fatos. Se essas afirmações forem provadas falsas, a liberdade de expressão irá rotineiramente ceder à proteção da personalidade [...]. Se não forem falsas, a questão é qual o interesse jurídico que merece proteção no caso concreto. Mesmo nesse caso, deve ser recordado que a presunção em favor da liberdade de expressão se aplica com relação a questões de essencial importância para o público (BRUGGER, 2007, p. 122).

Além desses reiterados crimes com *animus caluniandi e difamandi*, observa-se cidadãos, não exaustos da democracia, porque é este modelo que os permite falar o que bem entender, mas movidos por aspirações autoritárias, pretendendo revisionismo histórico de feridas mal curadas que foi a repressão da ditadura. Pedindo, inclusive, o fechamento do Congresso Nacional, maior representação da democracia representativa e

participativa. Bem como o fechamento deste Supremo Tribunal Federal, o que a própria CF/88 lhe confere o poder de guardião da Constituição.

Importante, rememorar o discurso de Ulisses Guimarães, trazido por Villa (2018) em sua obra, que deveria ser sentimento disseminado na sociedade brasileira, *vidi*:

Quando, após anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações principalmente na América Latina (VILLA, 2018, p. 295).

Um dos limites da liberdade de expressão no Estado de Direito é o repúdio a atos que peçam o retorno de governos autoritários, que retirem direitos políticos, inclusive, o próprio direito à liberdade de expressão e opinião. Nessa toada, não se advoga que o cidadão não pode se expressar contra o governo ou contras as instituições². Do contrário, é normal que haja manifestações, tanto que o texto constitucional confere ao povo a soberania.

Reforça-se que, o que não pode é grupo de indivíduos, inclusive armados, extrapolar os limites da liberdade de expressão, por meio do crime de ódio, em sendo, dentro da estrita legalidade, observados os meios cabíveis em direito a liberdade de expressão pode sim, ser passível de limitação, nunca, jamais, de censura prévia, isto é, não pode o poder público impedir as manifestações, pode, outrossim, em vistas de reparação, após ocorrido o fato, limitar seu exercício.

Recentemente, fatos desencadearam limitações ao exercício da liberdade de expressão e opinião, foi o caso da suspensão das contas

2 Mendes (apud, Coderch, 2018, p. 390) assinala que: “a liberdade de criticar os governantes é um meio indispensável de controle de uma atividade [a política] que é tão interesseira e egoísta como a de qualquer outro agente social”.

relacionadas a uma personalidade política que divulgou arbitrariamente, ao arrepio da Constituição Federal, dados relacionados a uma criança em situação de violência e vulnerabilidade.

Decisão judicial, visando punir conduta criminosa, no pleno exercício das liberdades e garantias fundamentais não é ilegal ou inconstitucional, pontue-se, desde que, observados a estrita legalidade. Isso porque, o próprio texto constitucional, prevê a possibilidade de resposta proporcional ao agravo, ademais, o Código Civil de 2002, assevera que o dano moral será reparado na extensão do dano causado. Dessa forma, não se pode conceder a liberdade de expressão um status de “super princípio”, para a própria manutenção da ordem e paz pública (BULOS, 2015, p. 568). Importante se faz o ensinamento do Mendes (2018), sobre o conteúdo da Liberdade de expressão:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não – até porque diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista (MENDES, 2018, p. 391).

Nesse sentido, não há que adentrar no mérito se o discurso tem valia ou não para a discussão democrática e plural, mas o contrário, a liberdade de expressão cobre prática reiterada de crimes? Evidente que não. Na hipótese de se utilizar esse princípio que sim, é fundamental, corolário é também expressão da dignidade humana, como prerrogativa para 1. Disseminar notícias falsas; 2. Estimular o ódio, a liberdade de expressão há de ser limitada.

Insta ressaltar que, de acordo com o site repórteres sem fronteiras, que divulga anualmente o *ranking* de países em que a liberdade

de expressão é respeitada, o Brasil, atualmente ocupa o posto de 107º na “classificação mundial da liberdade de imprensa”, necessário, pois, reproduzir o que analisa o site:

Ameaças, agressões, assassinatos [...] O Brasil continua sendo um país particularmente violento para a imprensa, com dezenas de casos de jornalistas assassinados nos últimos anos. Na maioria, esses comunicadores, repórteres, locutores de rádio, blogueiros e outros atores da comunicação cobriam e investigavam tópicos relacionados à corrupção, políticas públicas ou crime organizado, particularmente em cidades de pequeno e médio porte em todo o país, nas quais são mais vulneráveis. A eleição de Jair Bolsonaro em outubro de 2018, após uma campanha marcada por discursos de ódio, desinformação, violência contra jornalistas e desprezo pelos direitos humanos, marcou a abertura de um período especialmente sombrio para a democracia e a liberdade de imprensa. O presidente Bolsonaro, seus parentes e vários membros do governo insultam e difamam alguns dos mais importantes jornalistas e meios de comunicação do país, promovendo um clima de ódio e desconfiança do jornalismo no Brasil. Além disso, o horizonte midiático ainda é bastante concentrado no país, sobretudo nas mãos de grandes famílias, com frequência, próximas da classe política. O sigilo das fontes é com frequência questionado e muitos jornalistas investigativos são alvo de processos judiciais abusivos³.

E, como ensina o filósofo Paulo Ghiraldelli (2020), a discussão acerca de liberdade de expressão, passa, sobretudo, principalmente por uma compreensão do neoliberalismo, que propõem uma interpretação

3 Repórteres sem fronteiras. Um clima de ódio e desconfiança alimentado pelo presidente Bolsonaro. 2020. Disponível em: <https://rsf.org/pt/brasil>. Acesso em: 21 out. 2020.

deste princípio a partir de uma visão de total vedação à limitação, no entender dele, tal situação, põe em risco a própria democracia e república⁴. É, pois, sobre esses limites à liberdade de expressão que assevera, em decisão o Ministro do STF, Dias Toffoli, ao advogar que “Embora seja livre a manifestação do pensamento, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra limites em outros direitos também essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana: a honra, a intimidade, a privacidade e o direito à imagem⁵”:

2.1 Imunidade formal de parlamentar e a liberdade de expressão

Há que ser suscitada, ainda, uma espécie de duplo confronto com a Constituição Federal, quando o bloqueio ou suspensão de contas em redes sociais são de perfis de parlamentares, sobre suposto embate da decisão judicial com o princípio da imunidade parlamentar (art. 52 CF/88), contudo, insta trazer à baila, julgamento do próprio Supremo Tribunal Federal acerca dos limites impostos ao princípio, ao aduzir que “A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, ‘caput’) - que representa um instrumento vital destinado a viabilizar o exercício independente do mandato representativo - somente protege o membro do Congresso Nacional⁶”.

4 “Achar que o liberalismo é a doutrina da livre expressão e da livre consciência, é não entender que ele é também a doutrina do livre mercado, a doutrina do mais forte oprimir o mais fraco [...] essa é a doutrina liberal [...] ela veio para afastar o Estado”. GHIRALDELLI, Paulo. Morador de rua começa a pagar taxa! 17 out. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tf7pOMn7Yr0>. Acesso em: 21 out. 2020. Time: 10m.

5 STF. Ação Originária 1390-PB, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2011, publicado 30-08-2011

6 STF. Pleno. Inquérito nº 1.024. Relator(a) Min. Celso de Mello. DOU 04 mar. 2005. Sendo ainda possível fazer menção ao julgado STF. Agravo em recurso extraordinário nº 1.063.803, Relator(a) Min. Marco Aurélio, publicado no Diário da Justiça de 29 de agosto de 2017. Em que o Ministro manteve o afastamento da imunidade parlamentar, condenando o réu a pagar indenização.

Ou seja, quando um parlamentar, se utiliza do seu cargo para prolar discursos falsos, falaciosos, ou ainda, com a motivação de caluniar, difamar ou ferir a honra de outrem, se não estiver em estrita conexão com o exercício do mandato não há que se falar em lesão a princípio Constitucional.

No mesmo seguimento, Bulos (2015) analisando a imunidade parlamentar leciona que:

Ambas [imunidades formal e material] não existem para proteger parlamentar em suas relações privadas, porque não corroboram privilégios pessoais, muito menos redutos *contra legem*. São estabelecidos, na realidade, muito mais a favor do Poder Legislativo que do deputado ou senador, propriamente ditos (BULOS, 2015, p. 1103).

Há, pois, que se diferenciar atos e palavras do legislador que estejam representando o Poder Legislativo, dos atos e discursos que representam suas feições pessoais e privadas, estas, por seu turno, não estão cobertas pela imunidade parlamentar, quando o legislador não estiver em exercício.

3. O CONTROLE DE CONTEÚDO DAS MÍDIAS SOCIAIS

É certo que as redes sociais – Twitter, Instagram, FaceBook, Tíktok – dentre tantas outras ocupa tempo na vida dos brasileiros, e, de forma expressiva proporcionou uma maior comunicação entre os indivíduos de diversos países, isto é, aproximou a comunidade e tornou mais fácil a troca de experiências e conhecimentos.

Mesmo com bons resultados, não se pode olhar para o mundo virtual, apenas com as benesses que vieram. Assim, como é sabido

as boas práticas, também é de conhecimento geral, lugares e formas clandestinas de se praticarem crimes, como é o caso da *deep web*⁷.

Ante tudo isso, importante ressaltar que as regras democráticas para o mundo “real”, são extensamente aplicadas ao executado no mundo dito “virtual”, até porque, quem comete é uma pessoa natural. Então, pouco importa se se comete presencialmente ou virtualmente. Esta condição não exime o indivíduo de responsabilidades, quando se está em território brasileiro.

Limitação de liberdades já é algo quase que comum em nossa sociedade. Limita-se a liberdade e ir e vir, quando se identifica crimes cometidos; se limita o exercício de profissões caso não se submeta as regras; limita-se, inclusive, o poder que algumas pessoas têm sobre o próprio corpo quando se veda a eutanásia ou o aborto. Nesse sentido, falacioso é o discurso de que limitar a circulação nas redes sociais se configura arbitrário, como se diz, o ambiente virtual não é terra de ninguém.

É inverídica a afirmação de que requisitar a suspensão de contas, seja abusivo e ilegal, desde que, dentro da legalidade de um processo. Fato é que já ocorre a requisição por parte da justiça para que empresas forneçam, alterem ou excluam os dados de cidadãos de seus bancos, é o

7 Como assevera Silva (et al, 2011) Através da rede, o homem comete ilícitos, propaga mensagens de conteúdo prejudicial, viola direitos fundamentais dos demais usuários. Essa problematização, que não é essencialmente nova, porém mais complexa e potencializada por uma roupagem tecnológica, exige atitudes adequadas por parte dos entes encarregados da proteção do ser humano em sua dignidade, entre esses, o Estado. Seu papel é de suma importância a fim de que se desfaça o ditame do senso comum de que a internet é um ambiente à margem do Direito. Embora os fluxos informacionais da rede transcendam as fronteiras nacionais, estando em todo e em nenhum lugar concomitantemente (daí uma de suas características principais, a desterritorialização), permanece a incumbência do Estado de intervir quando um indivíduo ou grupo pertencente ao seu território tem seus direitos lesados por conteúdos publicados no ambiente virtual.

caso do mandado de segurança. O dever do judiciário é fazer cumprir as leis, não importa o ambiente que se tenha que cumprir.

E, como visto acima, limitar não se confunde com censurar. Melo (2019) nesse sentido, faz distinção entre a legitimidade da limitação de conteúdo e a importância de se combater os tipos de censura. Usa, para tanto, o inquérito instaurado para apurar *fakenews*, como demonstração clarividente de censura, já que o que o jornal fez, foi nada mais nada menos que divulgar o que ocorria dentro de uma ação penal, o controle judicial, dessa forma, se justifica, no entender da autora, em razão de:

Na era sociedade em rede, o discurso do ódio nas redes sociais deve ser regulamentado na legislação pátria a fim resguardar no meio ambiente digital os direitos humanos da vítima, em prol da democracia, e da segurança jurídica, no contexto internacional de direitos humanos, resguardando no meio ambiente digital os mesmos direitos que os cidadãos têm off-line (MELO, 2019, p. 122).

Nesse toada, faz-se necessário ressaltar o que apregoa o art. 19 da lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet – MCI), desnuda, dessa forma, a possibilidade de o poder judiciário impor a suspensão de conteúdo:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. § 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material. § 2º A aplicação do disposto neste artigo

para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal. § 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais. § 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

É, pois, como pontua Melo (2019, apud, Waldron, Fiss e Dworkin) no que tange ao bem que a limitação de conteúdo – quando constatado infringente a outros princípios – trás ao Estado Democrático e de Direito:

Conforme pontua Waldron, a restrição da intolerância pelas leis contra discursos de ódio promove um ganho maior para a democracia, para seus valores e para suas práticas do que a aceitação da intolerância. Com efeito, a regulação deixa de ser um mal necessário para se erigir em verdadeira condição necessária da fruição das liberdades de expressão e imprensa por todos os cidadãos (FISS, 2005, p. 6-7). Por outro lado, como pontua Dworkin, os juízes não podem interpretar os dispositivos morais abstratos como juízo particular que lhe pareça correto, “a menos que esse juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominante seguida por outros juízes no passado.” (MELO, 2019, p. 123).

Ou seja, a lei do Marco Civil da Internet não contraria que ordem judicial suspenda publicações, desde que claramente identificadas, o mesmo vale as contas e perfis, mas é de suma importância ressaltar que tais decisões só devem ocorrer 1. Depois de publicado o material; e, 2. Na hipótese de o judiciário ser provocado e identificar necessidade para tanto.

4. APLICAÇÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA

O Direito, mesmo dividindo-se em áreas, configura-se como sistema, isto é, há independência, contudo, os ramos jurídicos, encontram seu fundamento na Constituição Federal, de forma que todos os códigos, leis e toda força normativa, insere-se no contexto da estrita legalidade. Isso tanto é verdade que há possibilidade, no ordenamento jurídico, de empréstimo de prova entre as instâncias judiciais, caso haja relações entre um e outro crime.

O poder geral de cautela, já é inculto no CPP, isto porque, este instituto, nada mais é que o juízo permitir – ainda com uma visão superficial da causa de pedir – a antecipação dos efeitos da sentença que avalie o mérito – desde que, observado a fumaça do direito e o perigo da demora – trazendo para os termos penais, estes institutos dizem respeito a observância da necessidade manter a ordem pública, a instrução do processo ou a aplicação da lei. Alves (2003), portanto, leciona que:

De fato, soa ilógico que o juiz criminal, quando necessário ao resguardo da ordem pública, da instrução criminal e da própria aplicação da lei penal, possa decretar uma cautela restritiva da liberdade (prisão preventiva), bem individual maior, e não possa restringir o exercício de outros direitos de menor estatura constitucional, sendo aplicável, aqui, a máxima de que “quem pode o mais, pode o menos” (ALVES, 2003, p. 290).

O direito de liberdade, em essência o ir e vir, e não culpabilidade se configuram regra no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, o que se vê é a variedade de prisões preventivas, como se a única forma de conseguir aplicar a lei penal fosse a prisão, ressalvado que ante a Constituição Federal essa deveria ser, em suma, a *ultima ratio*⁸.

Importante, nessa perspectiva o que Alves (2003), exemplifica sobre a instrumentalidade do processo penal, não fazendo jus apenas a prisão, em algumas situações, somente essa forma de acautelamento não sendo substancial para o processo, podendo, portanto, o magistrado recorrer à suspensão de circulação de material na internet, dessa forma, *vidi*:

Ainda a título exemplificativo, pode-se imaginar a publicação, via internet, de cenas de sexo explícito ou pornográficas envolvendo crianças e/ou adolescentes (art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Interessará ao resguardo da ordem pública não só a prisão preventiva dos responsáveis por tão repugnante crime, se for o caso, como também a própria suspensão das atividades levadas a cabo pelo site, interrompendo, desta forma, a divulgação das chocantes figuras e fotografias a uma rede de informações de dimensão global (ALVES, 2003, p. 297).

8 Dessa forma, o STF, assevera que “a retenção de passaporte pelo magistrado de primeiro grau tem clara natureza acautelatória, inserindo-se, portanto, no poder geral de cautela, o qual é depreendido de normas processuais dispostas no art. 3º do CPP, e do art. 798 do CPC. 2. ‘Se o direito brasileiro admite a decretação da prisão temporária e preventiva, entre outras medidas constritivas da liberdade de locomoção da pessoa, no momento anterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória, com muito mais razão revela-se admissível a imposição de condições para o acusado durante o processo, como a entrega do passaporte, a necessidade de obtenção de autorização judicial para empreender viagens ao exterior, entre outras’ 3. Parecer pelo conhecimento e indeferimento da ordem”. 7. Ordem indeferida. (STF. Habeas Corpus nº 94.147-RJ, Relator(a) Min. Ellen Gracie, DOU 13.06.2008)

No que tange a suspensão de conteúdo por decisão judicial, o autor é muito preciso ao abordar a previsibilidade em questões sensíveis como é o caso da vulnerabilidade que crianças e adolescentes se encontram. O ideal do autor é que apenas a prisão como “resguardo da ordem pública” não serve, até porque a prisão não é eterna e o agente pode voltar a delinquir ao sair do cárcere.

Sobre a possibilidade de analogia e interpretação extensiva, como assiná-la o art. 3º do CPP, cabe o que escreve Flavio Meirelles Medeiros (2020):

Primeiramente cabe o registro que é um equívoco pensar que descabe analogia no direito penal. As normas penais eximentes de caráter geral admitem a analogia. Feito o registro, em se tratando de direito processual penal, tanto a interpretação extensiva quanto a analogia em desfavor do acusado estão autorizadas. Porém, é preciso ter em conta que os princípios submersos no processo penal são como a corrente de um rio. Fluem lenta, mas firmemente, mas obstinamente fluem em determinado sentido, e não podem ser desviados, ou mesmo barrados. Giovanni Leone define o princípio do *favor rei* como aquele em virtude do qual todos os instrumentos processuais devem tender para a declaração de certeza da não responsabilidade do acusado; concerne não ao estado de liberdade pessoal, mas à declaração de certeza de uma posição de mérito em relação à notícia do crime. (LEONE, Giovanni. Opus cit., v. I, p. 188.). Enquanto que o *in dubio pro reo* rege a interpretação dos fatos, o *favor rei* regula a interpretação da lei, e de maneira favorável ao acusado. Dessa maneira, insistimos, a interpretação extensiva e a analogia contra o acusado estão legitimadas. Entretanto, limitadamente. Não pode haver invasão relevante do significado constitucional do processo como garantia individual, vale dizer, no espaço ocupado pela norma estendida ou semelhante não pode haver ataque aos princípios do processo que decorrem de seu significado constitucional como garantia do individual, quais sejam, princípios do contraditório, do devido

processo, do duplo grau de jurisdição, da independência do juiz, do in dúbio pro reo, da iniciativa das partes, o “ne eat iudex ultra petita partium”, do juiz natural, da presunção de inocência, da ampla defesa e do sistema acusatório. É evidente, a dimensão do significado de “invasão relevante” a importar em interpretação extensiva ou analogia inválidas depende do exame caso a caso. Há um limite que cada princípio pode ceder. Quanto à extensão de normas que versam sobre prisão cautelar ou o emprego de analogia sobre elas, isso diz respeito à integridade do princípio do devido processo. (MEDEIROS, 2020, p. de internet).

Ou seja, há no processo penal pátrio, a pertinência de aplicação desses dois institutos mesmo ‘contra’ o acusado, o que não pode haver, é a incidência a ponto de afastar princípios norteadores do direito, que aí sim, figuram como baliza do poder do estado contra o indivíduo. A analogia e a interpretação extensiva, por seu turno, são possíveis em sede de matéria penal processual, por ser, este, o instrumento de busca pela verdade dos fatos, isto é, é ou não, o acusado, indiciado ou réu, culpado.

CONCLUSÃO

Dessa forma, a presente pesquisa demonstrou que, no que tange ao sopesamento dos princípios constitucionais, não há hierarquias entre eles, e nenhum é absoluto, há, contudo, que haver, de acordo com o caso em análise um que adquiere maior relevância que outro. No caso específico da disseminação de notícias falsas, deve sim, quando constatado o intuito de prejudicar a imagem e a honra de outrem, prevalecer os ditos direitos de personalidade.

Não obstante, restringir acesso de personalidades protegidas pelas imunidades materiais e formais, não fere também os princípios constitucionais, já que o texto da Constituição Federal não protege o indivíduo, mas sim as prerrogativas do cargo que este ocupa, de forma

que, se o parlamentar se utiliza da prerrogativa para estimular ódio nas redes, o mesmo está indo ao contrário do que dita a Carta Magna, sobretudo quando o assunto a ser estipulado é referente a períodos pretéritos que cuidou o presidente da constituinte de repudiar.

De forma que, até o princípio que norteia a Constituição Federal, que é o pluralismo político, deve ser limitado se a forma com que se está sendo utilizado e interpretado esteja ao arrepio do cerne do texto constitucional que é a dignidade humana e o livre exercício harmônico dos poderes constituídos.

Cuidou ainda, a presente pesquisa, do que as redes sociais se tornaram na vida não apenas dos brasileiros, mas de todo o mundo, e mesmo que o acesso a tais plataformas sejam meios de comunicação e não da prática de crimes, o acesso, quando ferir interesses difusos e coletivos, pode sim ser limitado em razão de que este ambiente não é terra sem lei, ou seja, não há necessidade de elaboração de novas legislações que punam as condutas, pois já há previsão legal.

Por fim, o cotidiano do judiciário, já é de aplicação do poder geral de cautela, em todos os graus de jurisdição, inclusive, anterior ao CPC, os juízes criminais com base na necessidade e adequação, já se utilizam de tal mecanismo que analisa o caso superficialmente e decreta a prisão preventiva e como o este instituto deve ser utilizado em últimas circunstâncias, a suspensão de contas, quando conveniente à instrução criminal e ao impedimento da reincidência, pode sim, ser decretado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco. O Poder Geral de Cautela no Processo Penal. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 22, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_276.pdf.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Direito Público**. Porto Alegre, ano 4 n. 15, p.117-136, jan./mar. 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRAGA, Maria da Conceição. **Da clandestinidade ao parlamento**. Natal: Caravela Selo Cultural, 2018.

MARTINS, Leonardo. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. **Montevideo**, Uruguai: Jan Woischnik, 2005. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf/view. Acesso em 12 nov. 2020.

MEDEIROS, Flavio Meirelles. **Código de Processo Penal Comentado**. 2019. Disponível em: <https://flaviomeirellesmedeiros.com.br/interpretacao-breve-teoria-geral-do-processo-penal/>. Acesso em 09 nov. 2020.

MELO, Ana Patricia Vieira Chaves. Discurso do ódio nas redes sociais no brasil: análise da possibilidade e legitimidade de controle legislativo, administrativo e judicial ante o tratamento constitucional e internacional **Dissertação de mestrado**, Universidade Federal de Sergipe, 2019. Disponível em: <https://ri.ufs.br/handle/riufs/12469>.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Rosane Leal da. NICHEL, Andressa. MARTINS, Anna Clara Lehmann. BORCHARDT, Carlise Kolbe. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Rev. direito GV** vol.7 n. 2 São Paulo July/Dec. 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322011000200004&script=sci_abstract&tlng=pt.

VILLA, Marco Antonio. **A história em discurso: 50 discursos que mudaram o Brasil e o mundo**. São Paulo: Planeta, 2018.

LIMITATION OF FREEDOM OF EXPRESSION ON SOCIAL MEDIA: A CRIMINAL LEGAL PERSPECTIVE

ABSTRACT

This research is part of the field of public law, in the relationship between constitutional law and criminal procedural law. So, in the period following the end of the Second World War and at the national level, the ruin of the Military Dictatorship, the free right to communication is considered a way to limit arbitrary actions by the government, however, in the current situation, the phenomenon of circulation of false news or fake news exploded, so that, once the intent or intention of being committed with the purpose of offending the honor of people and institutions was found, the judiciary began to limit the performance and participation of some personalities in specific networks. Therefore, we start from the following questions: are the constitutionally guaranteed principles absolute? Does the Criminal

Procedure Code guarantee the judiciary to use the general power of caution to decide without legal provision? Does the general power of caution, if applied, violate the principle of in dubio pro-defendant? With the general purpose of studying the possibility of the judiciary limiting freedom of expression through court decisions, specifically, analyzing the weighting of constitutional principles, investigating the types of social network control, and identifying the application of the general power principle caution in legal proceedings. A literature review was used as a methodology, seeking sources in legal doctrine, legislation, and court decisions.

Keywords: Limit on freedom of expression. Social networks. Judicial decision. General power of caution.

ANTROPOCENTRISMO E A CAATINGA: UMA ANÁLISE ÉTICO NORMATIVA AMBIENTAL DO BIOMA

Ábida Hellen Barros Pereira¹
Brena Maria de Lima Freire²
Francisco Gaspar de Lima Júnior³

RESUMO

Este artigo aborda a incorporação normativa do bioma da caatinga e sua relação ético-jurídica. A análise situa criticamente as compreensões sobre a caatinga e sua inserção na seara legislativa de forma a assinalar a base legal para preservação do bioma, uma vez que o ecossistema é de suma importância e incide diretamente no direito fundamental ao Meio Ambiente, tencionando à compreensão do bem jurídico dotado de caráter fundamental.

1 Bacharel em Direito na UFRN. Técnica em Controle Ambiental pelo IFRN. Pesquisadora Colaboradora do Grupo de Pesquisa em Felicidade e Cidadania (UFRN/CNPq). Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade Legale. E-mail: abidahellen@ufrn.edu.br. <http://lattes.cnpq.br/8806644593523151>

2 Bacharel em Direito na UFRN. Pesquisadora Colaboradora do Grupo de Pesquisa em Felicidade e Cidadania (UFRN/CNPq). E-mail: brena.freire@hotmail.com. <http://lattes.cnpq.br/4312584970334483>.

3 Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Direito e Democracia pela Universidade Federal do Piauí - UFPI. Professor universitário – Faculdade CET. Integrante e orientador do grupo de pesquisa em Direito; “Felicidade e Cidadania” – UFRN. Integrante e orientador do grupo de pesquisa em Direito; “República” – UFPI. Contato: gasparjus@gmail.com

A análise bibliográfica, por meio do método dedutivo, elencou a relação entre os prejuízos da ausência doutrinária sob o tema, bem como a posição constitucionalmente regular à manutenção do bioma da caatinga como de desenvolvimento e de justiça. Percebeu-se que a postura protecionista, no que concerne ao bioma, é de extrema necessidade quanto a diminuição dos impactos ambientais, e assim a promoção de um desenvolvimento sustentável, qualidade de vida e justiça social.

Palavras-chaves: Antropocentrismo, Caatinga, Análise normativa.

1. INTRODUÇÃO

A caatinga é um bioma, constantemente, estereotipado à seca, pobreza e apatia, como bem remontam Tabarelli, Leal, Scarano e Silva⁴. São séculos de relatos de secas severas, miséria humana, banditismo rural, subserviência e arbitrariedade política, o que imputou ao semiárido nordestino, assim como, ao bioma o estigma de lugar esquecido e de difícil viver.

Ocorre que a caatinga possui suas particularidades, sendo sinônimo de resistência, devido às suas artimanhas, buscando a conservação da vida, sua denominação, por exemplo, advém do tupi guarani e significa “mata branca”, fazendo alusão à aparência do bioma

4 TABARELLI, Marcelo; LEAL, Inara R.; SCARANO, Fábio R.; SILVA, José M. C. da. Caatinga: legado, trajetória e desafios rumo à sustentabilidade. Ciência e Cultura: Caatinga, São Paulo, v. 70, n. 4, p. 1-5, out. 2018.

em períodos de escassez de água, o que consistente, na verdade, em uma estratégia de sobrevivência, a fim de armazenar melhor seus recursos vitais. Assim, mesmo diante de um clima tão impiedoso como o semiárido, o bioma conta com vasta biodiversidade de fauna e flora, importância.

Apesar de sua singularidade e importância socioambiental, a caatinga é um dos biomas mais degradados do Brasil e vem sofrendo, incessantemente, com o desmatamento, manejo inadequado do solo, assim como, o aumento de áreas suscetíveis ao processo de desertificação.

Vale ressaltar ainda que devido as ações antrópicas inadequadas, diversas espécies de flora e fauna estão ameaçadas de extinção e, consequentemente, a qualidade de vida da população que depende diretamente do bioma encontra-se comprometida.

Observa-se, portanto, a presença da degradação insustentável do bioma, assim como, a inexistência de proteção jurídica adequada. Acerca disso, Tabarelli et al.⁵ salientam que o mundo do sertanejo está em desequilíbrio: “Um terço do sertão está se transformando em mar, não o mar profetizado pelo beato, mas o mar de areia da desertificação”.

No caso ora em análise, cumpre enfatizar que a ética normativo-ambiental não chega sequer a ser antropocêntrica, visto que o bioma da caatinga corresponde a um dos biomas brasileiros menos protegidos, sendo imprescindível adotar medidas de preservação e viabilização do desenvolvimento sustentável. Partindo desta explanação, esta pesquisa levanta o seguinte problema: Qual a ética normativo-ambiental em que se baseia a preservação do bioma da caatinga?

Com base no questionamento supracitado, este trabalho busca investigar a ética normativo-ambiental base para preservação do bioma caatinga, uma vez que o ecossistema é de suma importância e incide diretamente no direito fundamental ao Meio Ambiente, defendido na

5 Ibid. p. 5.

Carta Magna de 1988. Percebe-se que a preservação da caatinga perpassa, substancialmente, à preservação do Meio Ambiente.

Nessa perspectiva, oportuno é enfatizar que a Constituição da República Federativa do Brasil traz a constitucionalização do meio ambiente, garantindo no art. 225 que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito coletivo, impondo, à coletividade e ao poder público, o dever de defendê-lo e preservá-lo a fim de garanti-lo para as presentes e futuras gerações.

Nesse sentido, Romeu Tomé⁶ salienta que toda humanidade deve ser interessada e envolvida na preservação do meio ambiente saudável, visto que consiste em direito fundamental intrinsecamente vinculado ao direito à vida.

Nesse diapasão, a metodologia desta pesquisa foi analítica, partindo de estudo bibliográfico de conceitos do direito ambiental, necessários para a sua prossecução. Primeiramente, analisou-se os aspectos biogeográficos da caatinga e seu estado de preservação.

Em seguida, foram investigadas as bases ético-normativas do bioma. Na sequência, foi examinada a real aderência das bases ético-normativas ao bioma da caatinga. Por fim, foi ressaltada a importância das medidas de preservação e viabilização do desenvolvimento sustentável em relação ao ecossistema em análise.

Como resultado, foi possível observar que ante ao contexto atual protecionista no que concerne ao bioma da caatinga é de extrema necessidade uma revisão, buscando a diminuição dos impactos ambientais, a promoção de um desenvolvimento sustentável e uma melhor qualidade de vida.

6 THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

2. CAATINGA: CARACTERÍSTICAS BIOGEOGRÁFICAS

Dentre os biomas brasileiros, a caatinga corresponde ao único bioma exclusivamente nacional, cuja extensão está inserida predominantemente no nordeste do país. Conforme os dados disponibilizados pelo IBGE⁷, a área da caatinga compreende 844.453 Km², cujos limites demarcam os biomas da Amazônia, Mata Atlântica e do Cerrado. E, inobstante existam no planeta várias regiões de clima semiárido, a caatinga se distingue justamente em virtude das variações inerentes ao clima entre os extremos de quente e frio, as variedades rochosas, o longo período de estiagem e baixíssimo índice hídrico são variantes que contribuíram para este bioma tão peculiar.

Especificamente, o semiárido é o clima predominante mais característico da região, cuja natureza integra baixa precipitação (em média 800mm/ano), com temperaturas que variam entre 25°C a 30°C. Contudo, é importante frisar que as chuvas acontecem até os cinco primeiros meses do ano, bem como existem períodos em que os baixos volumes das precipitações se estendem por anos. Sendo o clima naturalmente quente e seco, fatores que aceleram o processo de evaporação dos recursos hídricos terrestres e, em virtude destes aspectos, a maioria dos rios correm apenas durante o período chuvoso, contudo, há, ainda, vários rios perenes.

Ademais, outro importante aspecto da caatinga consiste nos relevos, uma vez que existem inúmeras formações de serras, cuja estrutura barra a chegada das nuvens carregadas a outras regiões, impedindo que ocorra as chuvas de forma uniforme na região. Quanto ao solo, a maior parte se caracteriza por possuir rocha matriz, fator que obsta o acúmulo

7 IBGE/MMA. Mapa de Biomas do Brasil - Primeira Aproximação, 2004. Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/territorio.html>>. Acesso em: 05 de junho de 2020.

de água, por outro lado, os terrenos sedimentares auxiliam na captação de águas subterrâneas.

Precipualemente, importa advertir, conforme destaca Carvalho⁸ que o conceito de biogeografia deve ser compreendido de forma relativa, visto que corresponde a uma área que integra um conjunto de organismos em um mesmo local em um dado tempo, isto é, padrões. Fator que, como visto, coaduna com os parâmetros expostos que incidem na composição da caatinga contribuindo para formação de uma diversidade extremamente rica e variada de sua vegetação e fauna, nos termos dos professores Tabarelli, Leal, Scarano e Silva⁹:

“Além de endemismos, a Caatinga é centro de diversificação de várias interações biológicas raras, tal como a dispersão de sementes por formigas e por répteis. A biota da Caatinga é composta hoje por 3150 espécies de plantas vasculares, 276 formigas, 386 peixes, 98 anfíbios, 191 répteis, 548 aves e 183 mamíferos, o que confere à Caatinga o título das florestas secas mais ricas do mundo. Vale ressaltar que vários grupos biológicos, particularmente insetos, permanecem bastante desconhecidos na região. Além disso, uma vasta área da Caatinga foi ainda pouco explorada cientificamente até o presente, o que significa dizer que milhares de espécies novas ainda aguardam ser descritas.”

Verifica-se, nesse sentido, que o ambiente, cujo bioma em alusão se desenvolve, possui características peculiares à sobrevivência dos seres vivos em condições adversas impostas pelo clima e, apesar da

8 CARVALHO, C.J.B. Áreas de Endemismo. In:_____; ALMEIRA, E.A.B. (org.). Biogeografia da América do Sul: Padrões e processos. 1. ed. São Paulo: Roca, 2011, p. 41-51.

9 TABARELLI, M et al. Caatinga: legado, trajetória e desafios rumo à sustentabilidade. Cienc. Cult. São Paulo, v. 70, n. 4, p. 25-29, Oct. 2018.

riqueza biológica e da importância que carrega a região, poucas são as iniciativas científicas na pesquisa para o mais amplo domínio científico. E, inobstante ao relativo abandono científico da pesquisa do bioma da caatinga, a respectiva região é marcada pela ocupação humana nos períodos mais remotos.

2.1 A Preservação Atual da Caatinga

Entre os anos de 2008 a 2009, revelou-se que da área total do bioma da caatinga representada por 826.411 km² (oitocentos e vinte e seis mil quatrocentos e onze quilômetros quadrados), 375.116 km² (trezentos e setenta e cinco mil cento e dezesseis quilômetros quadrados) destes preenche a área desmatada até o ano de 2008, isto é, quase 46% (quarenta e seis por cento), sendo a respectiva extensão aumentada em 0,23% (zero vírgula vinte e três por cento) no ano seguinte, o que representa quase 2.000 km² (dois mil quilômetros quadrados)¹⁰. Importa ressaltar que a precisão destes dados está consolidada por monitoramento do desmatamento por intermédio de satélite e *softwares*, com base em mais de cem imagens digitais georreferenciadas, as quais passaram por um processo de reanálise criteriosa por especialistas que permitiram a feitura dos cálculos e estatísticas a fim detalhar o estado da caatinga.

Ademais, detectou-se que as áreas remanescentes, isto é, não desmatadas, encontram-se fragmentadas ao longo da região nordestina, sendo objeto de proteção integral apenas 1% (um por cento) de todo o bioma e 6,5% (seis vírgula cinco por cento) do bioma está protegido para uso sustentável. Importa ressaltar que, na oportunidade, repetiu-se a pesquisa

10 Dados obtidos junto ao sítio eletrônico do Ministério do Meio Ambiente. BRASIL, MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. MONITORAMENTO DO DESMATAMENTO NOS BIOMAS BRASILEIROS POR SATÉLITE. 2011. Disponível em: https://antigo.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/_arquivos/relatorio_tecnico_caatinga_2008_2009_72.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

realizada em 2002, seis anos antes, na qual apresentava cerca de 43,38% (quarenta e três vírgula trinta e oito por cento) de área desmatada, fator que representa grau de aumento desta porcentagem de forma gradativa¹¹.

No período de 2010 a 2011, objeto do mesmo método de monitoramento em alusão, foram acrescidas ao mapa de desmatamento mais 494,49% (quatrocentos e quarenta e nove vírgula quarenta e nove quilômetros quadrados) que, embora represente um aumento, tal variante foi freada em relação aos aumentos anteriores mencionados¹².

Quanto à fauna do bioma, os dados fornecidos pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, publicados em 2018, explicita que existiam 131 (cento e trinta e uma) espécies ameaças, inobstante reste pouco mais de 50% (cinquenta por cento) da caatinga, os fatores que causam a ameaça em alusão têm sido predominantemente em decorrência da expansão da agropecuária, seguida de caça/captura, mineração, expansão urbana, turismo desordenado e produção de energia, respectivamente¹³.

Ademais, embora o grande potencial que possui o bioma na conservação de sua expansão, consta no sítio eletrônico do extinto Ministério do Meio Ambiente¹⁴, por intermédio do Instituto Chico Mendes

11 Ibid.

12 Dados obtidos junto ao sítio eletrônico da Secretaria de Biodiversidade e Florestas do Núcleo do Bioma Caatinga – DCBIO/SBF. Disponível em < https://antigo.mma.gov.br/images/arquivo/80049/PMDBBS/RelatorioBiomaCaatinga_2010-2011_V2%20-%20MMA.pdf>.

13 Dados obtidos junto ao Livro Vermelho da fauna brasileira ameaçada de extinção publicado pelo BRASIL. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, Brasília, 2018. Disponível em <www.icmbio.gov.br/portal/component/content/article/10187>. Acesso em 05 jun. 2021.

14 Dados obtidos junto ao sítio eletrônico do Ministério do Meio Ambiente por meio do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Disponível em: <<https://www.icmbio.gov.br/portal/protecao/49-menu-o-que-fazemos/4260-caatinga>>. Acesso em 05 jun. 2021.

de Conservação da Biodiversidade importantes considerações acerca da situação de preservação de áreas do bioma, nos seguintes termos:

“Em relação às Unidades de Conservação (UC’s) federais, em 2009 foi criado o Monumento Natural do Rio São Francisco, com 27 mil hectares, que engloba os estados de Alagoas, Bahia e Sergipe e, em 2010, o Parque Nacional das Confusões, no Piauí foi ampliado em 300 mil hectares, passando a ter 823.435,7 hectares. Em 2012 foi criado o Parque Nacional da Fumaça, nos Municípios de Baraúna e Mossoró, no estado do Rio Grande do Norte, com 8.494 ha. Com estas novas unidades, a área protegida por unidades de conservação no bioma aumentou para cerca de 7,5%. Ainda assim, o bioma continuará como um dos menos protegidos do país, já que pouco mais de 1% destas unidades são de Proteção Integral. Ademais, grande parte das unidades de conservação do bioma, especialmente as Áreas de Proteção Ambiental – APAs, têm baixo nível de implementação. (BRASIL. Ministério do Meio Ambiente).”

Observa-se que as áreas de proteção naquele ano de 2009 tiveram um tímido aumento, porém, ressalta-se que a caatinga continua sendo um dos biomas menos protegidos do país, além de constatar o baixo nível de implementação da efetiva proteção. Importa, ainda, mencionar que estes dados se referem a datas que já completam uma década, no entanto, que revelam grandes riscos ao bioma da caatinga mesmo àquele período. Outrossim, tais dados também denotam a imprescindibilidade do uso sustentável e da bioprospecção, sobretudo, do ponto de vista do desenvolvimento social da região nordestina na qual a caatinga se estende, uma vez que servem de grande utilidade à economia desenvolvida.

2.2 Os Esforços Jurídicos de Preservação da Caatinga

A preservação da caatinga perpassa, precipuamente, à preservação do Meio Ambiente como um todo. Logo, é certo que a

proteção conferida pelos princípios, Constituições, leis e atos que tratam acerca do meio ambiente atinge todos os biomas e, também, à caatinga. Assim, importa à presente análise a verificação das normas/regras/princípios jurídicos que regem de forma geral ou específica o aludido bioma para a compreensão do nível de proteção, pelo menos, a nível formal para avaliar nosso sistema ético-normativo ambiental.

O meio ambiente deve ser compreendido em sua perspectiva de direito fundamental¹⁵ disto decorrem vários imperativos, dentre eles destacam-se os princípios da função socioambiental, do desenvolvimento sustentável, do não retrocesso, da precaução, prevenção, do meio ambiente ecologicamente equilibrado que tratam, de forma brevíssima, acerca da busca pela efetivação do direito ambiental sob o prisma do desenvolvimento associado à sustentabilidade¹⁶.

Não se busca, entretanto, esgotar os conceitos que circundam tais princípios, mas expô-los, especialmente, suas conclusões galgadas por Lima¹⁷, em relação à proteção da caatinga, de modo que apontou a necessidade de uma elaboração particular sob o prisma das condições e especificidades regionais do bioma focadas no desenvolvimento sustentável, sobretudo, nas políticas públicas de cunho social, visto que se trata de um ecossistema frágil em virtude do clima.

Ademais da seara principiológica, a Constituição Federal de 1988 atribuiu valor superior ao direito ambiental, como um todo e, evidentemente, abrangendo a caatinga. Deste fator decorrem os benefícios jurídicos de não degradação indiscriminada, da função social, da proteção, da participação social e dos reforços infraconstitucionais

15 DUARTE, Marise Costa. Meio Ambiente Sadio: Direito fundamental em crise. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 57.

16 Tais princípios são citados e detalhadamente explicados nas obras de João Paulo Alves de Lima (2016, p. 31-47) e de Max Mariano e Gabriel Ferreira (2007, p. 1-10).

17 LIMA, J.P. A. Proteção Jurídica do Bioma da Caatinga. 2016. p. 46-53.

para impulsionar tais imperativos¹⁸, trazendo a responsabilidade para o Poder Público (em suas unidades federativas) e sociedade. Importa ressaltar que a caatinga não está prevista no rol que taxa os biomas objeto de proteção como Patrimônio Nacional, nisto, explica-se o Projeto de Emenda à Constituição nº 504/2010, que visa esta inclusão com o fito de expandir a proteção constitucional.¹⁹

Em perspectiva local, embora as Constituições Estaduais prevejam determinadas áreas de proteção não há a respectiva menção ao bioma em comento, salvo no caso da Constituição do Sergipe²⁰. Para além destas normas, resta, ainda, a legislação infraconstitucional que trata acerca dos espaços especialmente protegidos que consistem em áreas, cuja proteção é prevista em Decretos do Poder Executivo e têm importância no âmbito da caatinga nas suas modalidades de Áreas de Preservação Permanente, Reserva Legal e Unidade de Conservação.

De forma brevíssima, a Área de Preservação Permanente é regulada pela Lei nº 12.651/2012, estando as áreas de preservação predeterminadas por Lei em virtude de suas condições biogeográficas; a Reserva Legal, por sua vez, constitui porção de terra também prevista no Código Florestal de propriedades rurais com vistas a limitar o respectivo uso; e, por fim, a Unidade de Conservação é disciplinada pela Lei nº 9.985/2000 que estabelece o Sistema Nacional de Conservação, cujas áreas de conservação são criadas a partir de estudos técnicos, que podem concluir pela conservação integral ou de uso sustentável, esta modalidade abrange aproximadamente 7% (sete por cento) da caatinga, sendo apenas cerca de 1% (um por cento) de proteção integral²¹.

18 O autor ressalta que se todos benefícios fossem de fato implementados os problemas relacionados à ação antrópica seriam quase ou totalmente eliminados.

19 Ibid. p. 55-68. p. 47-54.

20 LIMA, J.P. A. Proteção Jurídica do Bioma da Caatinga. 2016. p. 52.

21 Ibid. p. 55-68.

Reprise-se que se trata de brevíssima exposição, em virtude da inviabilidade de listar todas as normas que dispõem a respeito, de modo que apenas se pretendeu um apontamento dos instrumentos normativos que abrangem a proteção jurídica do bioma da caatinga de forma geral.

3. AS BASES ÉTICO-NORMATIVAS: ANTROPOCENTISTA, BIOCENTRISTA E ECOCENTRISTA

Ao adentrar no assunto de visões ético-normativas, faz-se imprescindível realizar um passeio científico às visões dadas a estas concepções, de modo a viabilizar uma visão crítica acerca da ética jurídica conferida à caatinga.

Conforme Sirvinskas²², ao tratar acerca dos conceitos de antropocentrismo, Ecocentrismo e biocentrismo, considerando-os como concepções genéricas a partir da posição do homem no ambiente. Dessa forma, o antropocentrismo refere-se ao homem como centro das preocupações ambientais, o Ecocentrismo atribui ao centro apenas o meio ambiente e o biocentrismo pretende conciliar ambos no centro das preocupações ambientais. Assim, para o autor, do ponto de vista jurídico a natureza pode ser considerada em alguns momentos como objeto e, em outros, como sujeito e, principalmente, aparecem simultaneamente e de modo complementar²³

No antropocentrismo delineado por Edis Milaré²⁴, o homem seria a premissa máxima e integral de referência, orbitando em segundo

22 SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de direito ambiental. 9 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

23 SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de direito ambiental. 9 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p.75.

24 MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2013. p. 84-120.

plano os demais seres, por isso, o pensamento de que toda a matéria-prima viva ou não teria sido criada para a disposição do homem, muito embora, o consumo desenfreado a partir do assentamento das civilizações, antes disto o consumo era restrito à própria subsistência. Contudo, tal conceito ganhou valor diverso a partir da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio ambiente e Desenvolvimento de 1992, com o primeiro princípio²⁵, visto que traçou uma linha íntima entre a vida humana e o meio ambiente. No entanto, tal conceito já vinha sendo trabalhado no início dos anos de 1970 pela Convenção de Estocolmo, por intermédio da concepção de desenvolvimento sustentável, isto é, a possibilidade de assegurar o crescimento econômico sem agredir tanto a biodiversidade, seria uma alternativa viável, porém, corrompida em virtude dos interesses particulares dos Países.

A nova concepção dada à natureza à luz da vida humana é denominada pelo autor de biocentrismo, cuja vida passou a ter conotação de restrição à intervenção do homem na natureza. Com base nesta visão, assegura o autor que a Constituição Federal de 1988 tem por fim proteger o meio ambiente das ações humanas, uma vez que o ser humano constitui a única espécie capaz de impor regras e normas para defendê-lo, contudo, sob o viés de extensão do direito à vida, frise-se nas vertentes de existência, saúde e qualidade de vida.

Fiorillo²⁶ também explana a visão antropocêntrica a partir da consideração que o meio ambiente seria voltado à satisfação dos interesses dos seres humanos. Contudo, destaca, ainda, que no âmbito jurídico o direito ambiental seria basicamente antropocêntrico, uma vez que por ser o homem o único animal racional, isto é, capaz de consolidar

25 Nos termos em que se seguem: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”.

26 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 13 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 69-87.

juridicamente a proteção jurídica à preservação dos demais seres vivos. Sob esta perspectiva ergue o pensamento acerca do desenvolvimento sustentável, uma vez que seria voltado a garantir a vida e desenvolvimento do homem e de suas futuras gerações.

Muito embora rechaçada quase a partir da ética conservacionista estadunidense, voltada ao resgate da vida simples cercada pela natureza, justificada pela ideia de autossuficiência, liberdade individual e crítica aos rumos civilizatórios. Este movimento representou para o direito ambiental a consciência ecológica, sob o prisma do pensamento desenvolvido por Henry D. Thoreau, John Muir e Aldo Leopold, fator que gerou marcos jurídicos de proteção ambiental no início dos anos 1970²⁷.

O Biocentrismo, por sua vez tem significado a partir da defesa da consideração dos seres vivos por si mesmos²⁸, cuja diferença do Ecocentrismo reside na consideração deste na natureza como um todo, não apenas dos seres vivos. Não obstante a isto, os autores defendem a ruptura do pensamento Antropocêntrico para o Ecocentrismo, reconhecendo o valor jurídico dos elementos bióticos e abióticos, por isso, ressalta que seria importante a responsabilização de condutas lesivas ao meio ambiente, o que vem ocorrendo de forma lenta em pequenas rupturas. Trata-se de mudança necessária em virtude da crise ecológica de magnitude global²⁹.

Duarte³⁰ desenvolve a ideia do direito à vida, em sua dimensão do direito de dispor de todos os meios apropriados de subsistência e padrão de vida decente, proveniente da indivisibilidade dos direitos humanos, de modo que a consideração mais ampla do direito à vida enseja a proteção do meio ambiente sadio. Porém, destaca que, embora tal irradiação

27 Ibid. p. 51.

28 Ibid. p. 48.

29 Ibid. p. 63-67.

30 DUARTE, Marise Costa. Meio Ambiente Sadio: Direito fundamental em crise. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 85-90.

provenha da proteção da vida, a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado deve abranger toda a vida na terra, não restrita à humana, com o fim de dar outra compreensão à clássica visão antropocêntrica.

Visualiza-se que há um interregno entre onde se está e onde se quer chegar, os autores apontam, de forma linear a visão antropocêntrica, na qual causa grande polêmica jurídica, principalmente em virtude da irradiação ainda tão presente nos marcos normativos humanos, muito embora, reste evidente a necessidade da modificação de paradigmas dada a urgência ambiental, porém tal efeito se torna potencializa em faixas ambientais, cuja pesquisa e a proteção jurídica são menos abrangentes.

3.1 A base ético-normativa da caatinga: do bem jurídico ao desenvolvimento

A inserção formal de uma categoria legislativa, realizada através do cometimento da conduta descrita pelo tipo legal e a absorção teórica-normativa, não é plena sem também a facticidade. Pois, é necessário que exista, de fato, um resultado jurídico. Quanto ao bioma da caatinga deve se atentar ainda mais a menor ofensa possível ao bem total – que é o meio ambiente equilibrado³¹. Dito isto, o Meio Ambiente enquanto categoria jurídica se situa numa perspectiva em que se espera, ao mesmo tempo, a conservação e a não deterioração, vez que são estes os rumos necessários ao bom futuro ecológico que o meio ambiente equilibrado necessita. A proteção à caatinga, como corolário daquela, segue o mesmo rumo. Necessita da atuação intrinsecamente estatal, desdobrando-se tanto no executivo, quanto legislativo e judiciário. Em que ter-se-á uma estrutura hegemônica e segura.

31 Sobre a categoria constitucional do meio ambiente, refere-se ao Art. 225 da CRFB, que dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como um 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.

Não obstante, tal proteção espelha uma profunda relação entre a justiça e a “boa manutenção social”. Eis o múnus da atuação protetiva ambiental, a busca pelas condições de um sistema político-constitucional que disponha aos seus partícipes as condições para o desenvolvimento. É, portanto, a materialização das ações em torno da manutenção equilibrada da caatinga, por proteger o bem jurídico do meio ambiente equilibrado, em vista de uma busca pela qualidade de vida em sociedade e o paulatino desenvolvimento. Pode-se dizer que esta perspectiva exige uma série de esforços por parte do Estado, inclusive em suas funções jurisdicionais. Ora, se não há meio “justiça” em uma sociedade sem um “meio ambiente equilibrado”, nem proteção estatal sem orientação institucional para se ter desenvolvimento e justiça é necessário harmonizar a atuação do Estado como indutor e protetor. Como leciona LIMA JUNIOR:

“Para operacionalizar este Desenvolvimento, a sociedade também tem papel de fortalecimento das habilidades, capacidades e competências humanas, e ao Estado é dada a função da harmonização da perspectiva do crescimento econômico com o desenvolvimento humano e comunitário. Não obstante, as novas funções atribuídas ao Estado contemporâneo mantém-se a ele o papel de indutor, promotor e garantidor do desenvolvimento projetado na Constituição. E, nessa perspectiva, ainda que o protagonismo social ganhe força, o Estado somente cumprirá sua tarefa constitucional de efetivação dos direitos sociais através do impulso econômico”³².

Finalmente, sob o desenvolvimento e a proteção jurídica, o baixo alcance da proteção jurídica e da pesquisa científica na área da caatinga, contribuem o alto grau de desmatamento e a baixíssima

32 LIMA JUNIOR, Francisco Gaspar de. Por um direito para os pobres: o desenvolvimento frente à Emenda Constitucional 95/16 e o teto dos gastos públicos. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Natal, RN, 2020. p.67.

quantidade de áreas de proteção. De modo que urge a questão sobre a proteção notadamente antropocêntrica, visto que as condições de desmatamentos e histórico de despovoamento da região, causam, na verdade, a destruição da vida humana na região.

3.2 Do Desenvolvimento como estratégia às ações institucionais

No que concerne à conceituação de desenvolvimento sustentável, é notório que ainda não há um consenso por parte da literatura, uma vez que existe uma diversidade de definições.

A respeito disso, Feil e Schreiber³³ enfatizam que apesar da ausência de consenso sobre o conceito dos termos supracitados, “há aceitação geral em relação à busca do equilíbrio entre as necessidades do ser humano e o meio ambiente, e em entender suas complexas dinâmicas”.

Assim, para Barbosa³⁴, desenvolvimento sustentável consiste em um processo de aprendizado, guiado por políticas públicas orientadas por um plano de desenvolvimento nacional. Já a sustentabilidade, por sua vez, consiste no reflexo da relação entre o homem e o meio ambiente.

Nesse diapasão, afirma-se que o desenvolvimento sustentável pode ser definido como uma estratégia a longo prazo, visando melhorias na qualidade de vida da sociedade, acrescenta ainda que:

“Essa estratégia deve integrar aspectos ambientais, sociais e econômicos, em especial considerando as limitações ambientais, devido ao acesso aos recursos naturais de forma contínua e perpétua. O conceito de

33 FEIL, Alexandre André; SCHREIBER, Dusan. Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável: desvendando as sobreposições e alcances de seus significados. Fgv Ebape, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 667-681, jul. 2017.

34 BARBOSA, Gisele Silva. O desafio do desenvolvimento sustentável. Revista Visões, n.4, v.1, Jan./Jun, 2008.

estratégias, ou seja, o ato de gerenciar, é elaborado com base nos resultados das avaliações da sustentabilidade, e tem como foco os aspectos negativos, recuperando ou normalizando até o ponto em que o processo evolutivo do sistema ocorra normalmente”³⁵.

Sabe-se, no entanto, que sustentabilidade e desenvolvimento sustentável possuem abrangência internacional, uma vez que os termos surgiram quando a Organização das Nações Unidas (ONU) os inseriu na “Agenda 21”³⁶, documento assinado por 179 países, em 14 de junho de 1992, na cidade do Rio de Janeiro, sendo produto da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 92.

Nessa ótica, o documento sobredito abordou a ideia de sustentabilidade em diversos ramos, tais como na agricultura, na infraestrutura das cidades, nos avanços tecnológicos. Assim, a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento³⁷, propondo meios de harmonizar o desenvolvimento econômico e a conservação ambiental, conceituou desenvolvimento sustentável, como: “Desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento capaz de suprir as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade de atender às necessidades das futuras gerações. É o desenvolvimento que não esgota os recursos para o futuro.”

35 FEIL, Alexandre André; SCHREIBER, Dusan. Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável: desvendando as sobreposições e alcances de seus significados. Fgv Ebape, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 667-681, jul. 2017

36 DESENVOLVIMENTO, Unced - Conferência das Nações Unidas Sobre O Meio Ambiente e. AGENDA 21. 1992. Disponível em: www.mma.gov.br/port/se/agen21/ag21global/. Acesso em: 16 jun. 2021.

37 DESENVOLVIMENTO, Unced - Conferência das Nações Unidas Sobre O Meio Ambiente e. AGENDA 21. 1992. Disponível em: www.mma.gov.br/port/se/agen21/ag21global/. Acesso em: 16 jun. 2021

Nessa perspectiva, Ramos³⁸ salienta que a responsabilidade pelo futuro saudável da Terra e de seus habitantes é de todos. Acerca disso, percebe-se que, embora haja muito a avançar no que concerne a prática da sustentabilidade, o tema se faz presente nos debates políticos, em investigações acadêmicas e em todas as esferas da sociedade.

Ora, face às considerações aduzidas é factível que o desenvolvimento sustentável busca avanços socioambientais, visando mudança na relação do homem com o meio ambiente, introduzindo a noção de que a ação sustentável de um indivíduo contribui para o equilíbrio do ecossistema no qual esse está inserido, assim como, preserva-o para as futuras gerações.

Nessa ótica, é indubitável que a introdução do desenvolvimento sustentável no bioma da caatinga é benéfica, contribuindo para sua conservação, reduzindo as taxas de degradações, combatendo ao processo de desertificação, promovendo assim, não só o equilíbrio faunístico e florístico, mas social, de modo que o sustento e a qualidade de vida humana melhoram com o desenvolvimento sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O incremento do bioma da caatinga vinculado ao meio ambiente como categoria jurídica e sua pretensa proteção, relaciona-se com os contornos dos problemas de qualidade de vida e em certa medida à justiça. Ao apontar a caatinga como um bioma estereotipado à seca e a pobreza, bem como sua extensiva degradação, aponta-se em última análise um problema de justiça, à medida que os fatores históricos, sociais e econômicos são potencializadores da busca pelas funções do

38 RAMOS, Margarete da Silva. RAMOS, Ronaldo da Silva. Educação ambiental e a construção da sustentabilidade: Pequenas escolas na construção da corresponsabilidade local. Revista Visões, n.4, v.1, Jan./Jun, 2008.

Estado. Portanto, tais tratativas também se relacionam ao incremento ao crescimento econômico e ao desenvolvimento em diversas frentes. Para isto, no que diz respeito à análise normativa do bioma, é preciso superar a forma abstrata pela qual o bioma é exposto. Nesta perspectiva, o Direito como *ratio* desta análise, visa o bem jurídico do “meio ambiente equilibrado” como bem a ser tutelado. E paralelamente, o “bem social” e a “justiça”. Ambos como categorias de direitos.

Objetivamente, a ética normativo-ambiental aqui disposta é essencial para que sejam traçadas estratégias, sobretudo, entendimentos homogêneos que evitem inconsistências institucionais. Esta investigação é base para preservação do bioma, vez que o ecossistema está vinculado ao direito fundamental ao Meio Ambiente, conforme a CRFB. No caso da caatinga, tal ética normativo-ambiental, pode-se mensurar que não se demonstra antropocêntrico, ou seja, seu eixo não enxerga a “qualidade de vida” – como categoria – à frente de suas soluções. Visto a extensiva degradação e assoreamento do bioma. Evidente, assim a necessidade da adoção de medidas de preservação e viabilização do desenvolvimento sustentável.

Como resultado, foi possível observar que ante ao contexto atual protecionista no que concerne ao bioma da caatinga é de extrema necessidade uma revisão, buscando a diminuição dos impactos ambientais, a promoção de um desenvolvimento sustentável e uma melhor qualidade de vida.

De forma final, em busca de uma necessária integração da base ética-normativa, constituição e Estado, o jurídico não poderia excluir-se da vinculação social e política, vez que aquele é subsistema deste. A filiação natural vincula-se a uma ordem; a construção de um sistema político-estatal que necessita da estruturação normativa. De outro modo não seria possível propugnar um sistema justo, livre e que promova o desenvolvimento nacional. Tal perspectiva, a da normatividade, insere-se no constitucionalismo principialista e que tem o desenvolvimento como objetivo.

Como prática, tal vertente não só aponta a divergência entre o “ser” e o “dever ser” bem como se caracteriza pela distinção

e divergência virtual entre o “certo” e o “errado”. Finalmente, como prática institucional e como teoria política, as definições conceituais sobre o bioma da caatinga e as orientações constitucionais ao meio ambiente, consistem em uma teoria para o desenvolvimento ancorada empiricamente. Isto é, na observância do contexto protecionista ao bioma da caatinga e do meio ambiente como bem jurídico digno da tutela fundamental a nível nacional e internacional, pugna-se à diminuição dos impactos ambientais, a promoção de um desenvolvimento sustentável e uma melhor qualidade de vida.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Gisele Silva. **O desafio do desenvolvimento sustentável**. Revista Visões, n.4, v.1, Jan./Jun, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 28 junho. 2018.

BRASIL. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. **Livro Vermelho da fauna brasileira ameaçada de extinção**. Brasília, DF: ICMBio/MMA, 2018.

CARVALHO, C.J.B. **Áreas de Endemismo**. In: _____; ALMEIRA, E.A.B. (org.). Biogeografia da América do Sul: Padrões e processos. 1. ed. São Paulo: Roca, 2011, p. 41-51.

DESENVOLVIMENTO, Unced - Conferência das Nações Unidas Sobre O Meio Ambiente e. **AGENDA 21**. 1992. Disponível em: www.mma.gov.br/port/se/agen21/ag21global/. Acesso em: 16 jun. 2021.

DUARTE, Marise Costa. **Meio Ambiente Sadio: Direito fundamental em crise**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

FEIL, Alexandre André; SCHREIBER, Dusan. **Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável**: desvendando as sobreposições e alcances de seus significados. Fgv Ebape, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 667-681, jul. 2017

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

IBGE/MMA. **Mapa de Biomas do Brasil** - Primeira Aproximação, 2004. Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/territorio.html>>. Acesso em: 05 de junho de 2020.

LIMA JUNIOR, Francisco Gaspar de. **Por um direito para os pobres**: o desenvolvimento frente à Emenda Constitucional 95/16 e o teto dos gastos públicos. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Natal, RN, 2020

LIMA, J.P. A. **Proteção Jurídica do Bioma da Caatinga**. 2016. Santos, São Paulo: Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Santos, 2016, 94 p. (Dissertação, Mestrado em Geografia).

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 8 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2013.

MMA. Monitoramento por Satélite do Desmatamento no Bioma Caatinga. **Núcleo do Bioma Caatinga - DCBIO/SBF**. Secretaria de Biodiversidade e Florestas. Disponível em <https://antigo.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/_arquivos/relatorio_tecnico_caatinga_2008_2009_72.pdf>. Acesso em 04 jun. 2021.

RAMOS, Margarete da Silva. RAMOS, Ronaldo da Silva. Educação ambiental e a construção da sustentabilidade: Pequenas escolas na

construção da coresponsabilidade local. **Revista Visões**, n.4, v.1, Jan./Jun, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, Daniel Moreira; RANGEL, Tauã L. V. **Do antropocentrismo ao holismo ambiental: uma análise das escolas de pensamento ambiental**. Revista Âmbito Jurídico, São Paulo, n. 156, vol. 20, jan. 2017.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 9 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

TABARELLI, Marcelo; LEAL, Inara R.; SCARANO, Fábio R.; SILVA, José M. C. da. Caatinga: legado, trajetória e desafios rumo à sustentabilidade. **Ciência e Cultura**: Caatinga, São Paulo, v. 70, n. 4, p. 1-5, out. 2018.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

ANTHROPOCENTRISM AND THE CAATINGA: An ethical normative environmental analysis of the biome

ABSTRACT

This article addresses the normative incorporation of the caatinga biome and its ethical-legal relationship. The analysis critically situates the understandings about the caatinga and its insertion in the legislative area in order to mark the legal basis for the preservation

of the biome, since the ecosystem is of paramount importance and directly affects the fundamental right to the Environment, aiming at the understanding of the legal asset endowed with a fundamental character. The bibliographical analysis, through the deductive method, listed the relationship between the losses of doctrinal absence under the theme, as well as the constitutionally regular position to the maintenance of the caatinga biome as one of development and justice. It was noticed that the protectionist posture, with regard to the biome, is of extreme necessity in terms of reducing environmental impacts, and thus promoting sustainable development, quality of life and social justice.

Keywords: Anthropocentrism, Caatinga, Normative analysis.

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO RE 363-889/DF

Beatriz Costa da Silveira Barros¹

RESUMO

É de extrema importância a análise da construção e disposição, no Código de Processo Civil de 2015, do instituto jurídico da coisa julgada. Com base nisso, o objetivo do presente trabalho é analisar a ideia de relativização da coisa julgada no ordenamento jurídico pátrio, bem como seu alcance e limites. Nesse sentido, o artigo utiliza como base o Recurso Extraordinário número 363.889 DF, emitido pelo Supremo Tribunal Federal, o qual admitiu a relativização da coisa julgada nas causas relativas à investigação da paternidade. Ao final, serão explanadas as possíveis consequências de tal precedente para o sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Coisa julgada. Relativização. Ação de paternidade. Segurança jurídica.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 atestou a necessidade da promoção de institutos jurídicos capazes de atribuir estabilidade ao

1 E-mail: beatrizcostasbarros@gmail.com

recente sistema normativo que estava se desenvolvendo no Brasil. Por causa da fragilidade jurídica advinda de aproximadamente vinte e cinco anos de regime concentrado, onde a legalidade era submetida à vontade dos governantes, a Constituição Federal de 1988 foi o marco para o início de uma nova era jurisdicional no país, dentro da qual haveria a lei como autoridade máxima e os institutos do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, como seus correspondentes.

Desse modo, a coisa julgada sempre foi considerada uma garantia democrática e essencial ao ordenamento jurídico brasileiro, oferecendo pacificação social e segurança jurídica. Por ser considerada a responsável por tornar as sentenças imutáveis e indiscutíveis, a coisa julgada costumava dispor de entendimentos lineares dentro da doutrina e jurisprudência brasileiras. Esse instituto era utilizado como um sinônimo do imperativo da segurança jurídica, e, por si, já era considerado um obstáculo a qualquer forma de relativização.

Entretanto, há aproximadamente vinte anos, iniciou-se no Brasil uma discussão ferrenha acerca do caráter absoluto das decisões transitadas em julgado. Justamente por não poderem ser revisitadas, essas decisões sofreram críticas por parte da doutrina, que passou a apontar um suposto traço arbitrário e extremamente condicionado à discricionariedade de um juiz. A partir disso, surgiu na doutrina a teoria da relativização atípica da coisa julgada, a qual considera que, nos casos de decisões injustas ou ilegais, é possível haver o reexame da causa, mesmo que essa já tenha trânsito em julgado.

Essa corrente, indo de encontro ao disposto na Constituição Federal de 1988 e nos artigos 505 e 508 do Código de Processo Civil de 2015, acredita na possibilidade de reapreciação do mérito de lides que constituam coisa julgada, desde que a decisão possua um caráter comprovadamente injusto ou desproporcional com relação ao disposto em lei. Teóricos, como José Augusto Delgado e Cândido Rangel Dinamarco, defendem uma posição favorável à relativização, enquanto outros, como Vicente Greco Filho, assumem uma posição contrária. Apesar do conflito doutrinário, os argumentos de ambos os lados giram

em torno de segurança jurídica e proteção dos princípios constitucionais inerentes a um Estado de Direito.

Cristalizando o entendimento favorável à relativização, o Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) já emitiram decisões nas quais, indiretamente, admitiram a relativização atípica da coisa julgada. Essas decisões geraram vários efeitos jurídicos no ordenamento pátrio, como será exposto à frente. O objetivo desse trabalho, portanto, é explicitar as dissonâncias e problemas, bem como os resultados da aplicação direta dessa teoria em âmbito brasileiro, principalmente no que tange às ações de paternidade, onde a relativização atípica foi consagrada pelo STF.

2. O INSTITUTO DA COISA JULGADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe consigo diversas inovações no que tange aos institutos regulamentados pelo antigo código. Nesse sentido, a coisa julgada não ficou de fora desse arranjo, sendo necessário atribuir um olhar analítico a tal instituto, principalmente levando em consideração que, no código anterior, somente o dispositivo da decisão era acobertado pela coisa julgada.

2.1 Noções gerais de coisa julgada

A coisa julgada, disciplinada no artigo 502 do Código de Processo Civil de 2015, é um instituto que está ligado à imutabilidade e indiscutibilidade de decisões judiciais de mérito, não podendo essa ser revisada ou transformada por recursos e, nem mesmo, pela remessa necessária.

É inegável, inclusive, a preocupação do Código de Processo Civil de 2015 em substituir expressões do antigo código no que tange à coisa julgada. Deste modo, vê-se que uma das mais relevantes mudanças

deu-se no sentido de substituir o termo “sentença” por “decisão de mérito”, que é gênero. Tal transformação, segundo Daniel Amorim Assumpção Neves (2018), adveio de uma necessidade real que o ordenamento jurídico brasileiro passava, já que sempre houve outras decisões de mérito com aptidão a transitar em julgado e produzir coisa julgada.

Para o autor Fredie Didier Júnior (2015), o instituto pode ser compreendido como um efeito jurídico da decisão, ou seja, é consequência da aplicação da norma a um determinado acontecimento ou fato. Dessa forma, diz respeito à tutela definitiva que o judiciário deve dar em resposta àquela situação fática e encontra fundamento constitucional justamente na ideia de segurança jurídica.

No mesmo sentido, é importante pontuar que a coisa julgada não se confunde com os efeitos da sentença, tendo em vista que esses são externos e posteriores à ela, podendo ser estabilizados ou não por imposição legal. Assim, a coisa julgada caracteriza-se como uma qualidade que pode ser agregada ao efeito declaratório da decisão de mérito transitada em julgado, sendo um fenômeno típico e exclusivo da atividade jurisdicional. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO; 2020)

Ainda, de acordo com Elpídio Donizetti, quanto aos efeitos do instituto, levando em consideração a impossibilidade de rediscussão da matéria, esses projetam-se para fora do processo originário, resultando em uma preclusão extraprocessual. (DONIZETTI, 2020)

Tem-se, então, que a coisa julgada é uma autoridade que é caracterizada por ser indiscutível e imutável. Destarte, como regra, não pode ser alterada. Quanto ao seu aspecto indiscutível, deve-se analisar o espectro negativo e positivo; no que tange ao lado negativo, pode vir a ser uma defesa do réu, já que impossibilita que a mesma questão seja novamente decidida; e no tocante a esfera positiva, é um fundamento da demanda do autor, no sentido de ser uma consequência de algo que já fora anteriormente decidido.

Nesse sentido, a coisa julgada diz respeito à tutela definitiva que o Poder Judiciário deve dar em resposta àquela situação fática e

encontra fundamento constitucional justamente na ideia de segurança jurídica.

2.2 Coisa Julgada Formal

A coisa julgada formal difere do conceito exposto anteriormente, devendo ser compreendido somente como uma categoria doutrinária. Nesse sentido, nem a Constituição Federal de 1988, nem o atual Código de Processo Civil fazem referência direta a este conceito. Para grande parte da doutrina, como por exemplo Fredie Didier Júnior (2015), Daniel Amorim Assumpção Neves (2018) e Luiz Guilherme Marinoni (2020), tal instituto diz respeito ao caráter indiscutível e imutável de uma decisão na esfera do processo em que é proferida. Assim, só se projeta para dentro do processo originário.

Apesar de esse ser o entendimento compartilhado pela maior parte dos autores, é interessante também a perspectiva de Luiz Eduardo Mourão (citado por DIDIER JR., 2017, p. 588). O referido autor compreende a coisa julgada formal como um instituto de indiscutibilidade e imutabilidade de decisões de cunho processual, e não de mérito. Assim, segundo essa visão, a coisa julgada formal também incidiria para além do processo em questão. Destarte, apesar deste ser um entendimento pouco difundido na doutrina brasileira, vale ressaltar seu teor idealista que pode vir a ser extremamente útil.

2.3 Limites objetivos da coisa julgada

Os limites objetivos da coisa julgada delimitam quais partes da decisão de mérito estão acobertadas pelo instituto. Observa-se que no relatório e na fundamentação inexistente julgamento. Assim, como bem expõe o artigo 504 do Código de Processo Civil, nem os motivos da sentença nem as verdades dos fatos fazem coisa julgada. Por conseguinte, em regra, faz coisa julgada entre os partícipes da relação processual o que consta no dispositivo ou conclusão.

Nesse sentido, o artigo 503 do Código de Processo Civil de 2015 esclarece que a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida, sendo essa a regra geral. A exceção se encontra no §1º, permitindo que a coisa julgada material vá além da questão principal, incidindo sobre a questão prejudicial que for decidida expressa e incidentalmente no processo.

A questão prejudicial é aquela que logicamente antecede o mérito e é determinante ao resultado alcançado pelo magistrado no caso concreto. Assim, para ser questão prejudicial incidental ela pode ser compreendida como um pressuposto lógico do mérito do processo, mas que não foi alvo do pedido expresso. Ademais, somente questões efetivamente tomadas podem ser abrangidas pela coisa julgada, não se admitindo decisões implícitas (LUCCA, 2016).

Para que a decisão da questão incidental gere coisa julgada material, é necessário se observar os requisitos trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015. Inicialmente, é necessário que dessa resolução dependa o julgamento de mérito, o que intensifica ainda mais a questão da prejudicialidade, limitando além de tudo a abrangência do instituto. Além disso, está presente também a necessidade de ter havido um contraditório prévio e efetivo, não se admitindo a questão da revelia (DIDIER, 2015).

2.4 Limites subjetivos da coisa julgada

O dispositivo legal que cuida dos limites subjetivos da coisa julgada é o artigo 506 do Código de Processo Civil de 2015. Dessa maneira, a regra geral é que a coisa julgada tenha efeito entre as partes do processo e seus sucessores. Além das partes, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a coisa julgada também vincula o Ministério Público, nos casos em que o órgão atua como fiscal da ordem jurídica (DIDIER, 2015).

Há, entretanto, exceções a dita regra, como em casos de coisa julgada *ultra partes*, atingindo determinados terceiros que não participaram

do processo. Existe, ainda, a coisa julgada *erga omnes*, que seus efeitos atingem todos os jurisdicionados titulares do direito discutido.

2.5 Eficácia preclusiva da coisa julgada

A eficácia preclusiva da coisa julgada é prevista no artigo 508 do Código de Processo Civil de 2015, o dispositivo expõe que serão consideradas deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte, seja autora ou ré, poderia ter levado ao processo para fundamentar o acolhimento ou rejeição do pedido.

2.6 Coisa julgada nas relações jurídicas de trato continuado

Em casos que haja transformação superveniente no estado de fato ou de direito pode haver pedido de revisão do disposto na decisão judicial de mérito sempre que disser respeito à relação jurídica de trato continuado. Nesse sentido, prevê-se que haja modificação do conteúdo dessas decisões.

Havendo trânsito em julgado da sentença, há coisa julgada formal. A questão que aqui divide opiniões é se há coisa julgada material para tais casos, já que, mesmo havendo requisitos a serem preenchidos, a decisão está passível de ser reformada a qualquer tempo, o que vai de encontro com a autoridade imutável e indiscutível da coisa julgada (DIDIER, 2015).

Atualmente, a doutrina majoritária, que tem como um dos seus nomes o jurista Daniel Amorim Assumpção Neves (2018), entende que há sim coisa julgada material nesses casos, sendo a possibilidade da sua revisão embasada pela modificação na causa de pedir. Isso se aplica, por exemplo, as causas de alimentos.

3. O DEBATE ATUAL SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Para a sistemática processual vigente, uma vez proferida a sentença, existem possibilidades de impugná-la através de recursos, dando margem a reavaliação da decisão, seja no sentido de mantê-la ou de reformá-la parcial ou totalmente. A partir do momento em que se esgotam os recursos passíveis de interposição ou se vencem os prazos sem manifestação das partes, a decisão transita em julgado, tornando-se, desse modo, inatingível processualmente, não sendo possível reabrir a discussão que gerou a sentença.

No entanto, toda sentença é passível de vícios ou defeitos que a tornam inválida dentro da ordenamento jurídico. Portanto, não seria adequado, em um sistema vulnerável aos erros, impossibilitar completamente a análise da coisa julgada. Por isso, o legislador criou alguns mecanismos, atualmente regulados pelo Código de Processo Civil de 2015, que permitem rescindir uma sentença já transitada em julgado, propiciando a reanálise da decisão para gerar um julgamento mais justo (DIDIER, 2015).

Nesse sentido, admite-se que a coisa julgada, enquanto instrumento processual nacionalmente consagrado, não é absoluta. Os instrumentos previstos em lei que permitem o controle sobre o que foi decidido são os seguintes: a) ação rescisória (artigos 966 a 975, Código de Processo Civil de 2015); b) *querella nulitatis* (artigo 525, §1º, I, e artigo 535, I, Código de Processo Civil de 2015); c) impugnação com base na existência de erro material (artigo 494, I, Código de Processo Civil de 2015); e d) revisão da sentença inconstitucional (artigo 512, § 12, e artigo 535, § 5º, Código de Processo Civil de 2015). Também cogita-se a possibilidade de reforma da coisa julgada que viola a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas não é algo regulado pelo Código de Processo Civil de 2015.

3.1 Relativização típica da coisa julgada

O principal instrumento processual que permite invalidar a coisa julgada é a ação rescisória. Regulada pelos artigos 966 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, a ação rescisória visa sanar possível vício ou injustiça que possa ser encontrado na coisa julgada, e pode ser ajuizada no prazo máximo de dois anos. Essa ação surge com o intuito de reparar a imperfeição e manter a segurança jurídica inerente aos julgamentos de lides. Segundo Didier (2015), existe uma preocupação com a correspondência entre a decisão e a verdade, e, devido a isso, o Código de Processo Civil de 2015 permite ação rescisória quando a decisão rescindenda for fundada em erro de fato (artigo 966, VIII, Código de Processo Civil de 2015).

Já a *querella nulitatis* é um meio de impugnação da decisão marcada por vícios transrescisórios, ou seja, a) decisões proferidas contra o réu ao qual se atribuiu revelia por falta de citação; e b) decisões proferidas contra réu ao qual se atribuiu revelia por citação defeituosa. As decisões marcadas por injustiça, nesses casos, são passíveis de nulidade, tendo em vista a proteção devida às disposições constitucionais que garantem o devido processo legal, no qual todas as partes envolvidas tenham direito de se expressar acerca do questão posta (NEVES, 2018). Diferente da ação rescisória, pode ser ajuizada a qualquer tempo, não se sujeitando a prazo decadencial.

Ademais, a impugnação com base na existência de erro material decorre do fato da coisa julgada poder ser corrigida, a requerimento ou de ofício, nos casos em que ocorrerem inexatidões materiais ou erros de cálculo. Esse tipo de correção pode ser feita a qualquer tempo, mesmo que já exista coisa julgada. A impugnação tem suporte no direito natural, que, em regra, não se funda sobre injustiças, mas sim as tenta corrigir. É válido lembrar que o erro material não se confunde com supostas injustiças do julgado ou erros no julgamento apontados por qualquer das partes (DIDIER, 2015).

O Código de Processo Civil de 2015 também permite o controle da coisa julgada nos casos de revisão da sentença inconstitucional. Quando uma decisão transitada em julgado for de encontro àquilo que foi estabelecido pela Constituição Federal de 1988, ela será passível de revisão e eventual correção, por meio de ação rescisória. Tal instituto é, hoje, consagrado pelo Código de Processo Civil de 2015 e já era afirmado pelo parágrafo 5º do artigo 884 da Consolidação das Leis de Trabalho (1943), o qual aduz que considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal de 1988.

3.2 Relativização atípica da coisa julgada

Para além do debate acerca do controle da coisa julgada, há aproximadamente vinte anos ganhou espaço entre os processualistas brasileiros a discussão quanto à relativização da coisa julgada. Tal demanda adveio da constatação de que, depois de decorrido o prazo legal de dois anos para ajuizamento da ação rescisória, decisões transitadas em julgado marcadas por graves vícios no julgamento não poderiam ser revistas.

Alguns doutrinadores, como Fredie Didier Júnior (2015), acreditam que o prazo decadencial estipulado para a ação rescisória seria uma forma de assegurar a não imputabilidade definitiva nos casos de erro de julgamento, sem, no entanto, ferir a segurança jurídica.

Entretanto, parte da doutrina, conforme será exposto adiante, entende que a decisão judicial não pode se perpetuar dentro do ordenamento pátrio quando for injusta ou inconstitucional. Nesses casos, a coisa julgada decorrente dessa decisão poderia ser revista a qualquer tempo, por critérios não regulados em lei. A esse ato, dá-se o nome de relativização atípica da coisa julgada, pois consiste numa revisão da decisão por meio de hipóteses incomuns de julgamento a serem definidas pelo órgão julgador (DELGADO, 2001).

Atualmente, após o transcurso do prazo decadencial de dois anos, a coisa julgada assume o caráter de imutabilidade e irrecorribilidade, independente do quão injusta tenha sido a sentença. Para Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (2003), admitir tal posicionamento equivale a conferir ao Judiciário um poder demasiado e exclusivo de interpretar a Constituição Federal de 1988, reduzindo-a ao direito dos tribunais e ao poder absoluto de uma sentença proferida por juiz.

Nesta perspectiva, um dos primeiros autores a discorrer acerca da relativização no Brasil foi José Augusto Delgado (2001, p. 33), ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça. Para o autor, as decisões injustas, que violam o princípio da moralidade e os limites da legalidade, não podem ser aceitas e cristalizadas como parâmetro para demais decisões dentro de um sistema de direito, mesmo que tal relativização atinja o princípio da segurança jurídica (DELGADO, 2001).

No mesmo sentido se posiciona Candido Rangel Dinamarco (2001), ao afirmar que a relativização da coisa julgada se porta como um valor inerente à ordem constitucional-processual, tendo em vista existirem valores iguais ou de maior grandeza que também devem ser levados em conta quando se fala sobre coisa julgada.

Para Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (2003), as decisões injustas ou inconstitucionais seriam automaticamente nulas e não faria sentido, portanto, se submeterem a prazos decadenciais ou prescricionais. A nulidade poderia ser declarada a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento das partes, excluindo a decisão defeituosa do ordenamento jurídico. Ainda segundo o autor, como a coisa julgada não possui caráter constitucional, sendo regulado por lei infraconstitucional, não poderia o instituto dispor de cunho absoluto (JÚNIOR, FARIA, 2003).

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2017) afirmam que a decisão, mesmo que fundada em lei posteriormente inconstitucional, é manifestação legítima do Poder Judiciário. Por isso, a coisa julgada relativa a essa decisão é imprescindível

à tutela da segurança jurídica e à proteção do sistema de controle difuso de constitucionalidade. Nessa seara, seria equivocado relacionar a ideia de constitucionalidade ao instituto da relativização da coisa julgada, uma vez que a coisa julgada, por si só, é uma afirmação da Constituição (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017).

Além disso, a falta de critérios seguros e racionais para a relativização, segundo os autores, pode conduzir a desconsideração absoluta da coisa julgada, gerando um estado de incerteza e injustiça que pouco tem a acrescentar ao ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, discorre Fredie Didier (2015, p. 551) que o maior problema dessa concepção é justamente conceder ao judiciário um poder geral de revisão da coisa julgada, que poderia trazer graves prejuízos à segurança jurídica.

Para os adeptos da relativização, a impossibilidade de mudança de uma decisão injusta ou inconstitucional é uma afronta aos princípios jurídicos estabelecidos no ordenamento pátrio, a busca cega pela segurança jurídica pode implicar, como se vê, o desprezo a outros valores também protegidos pelo sistema jurídico, como a justiça e a dignidade da pessoa humana (NEVES, 2007).

Já para os não adeptos, a existência da relativização é perigosa, pois os critérios de *justo* não estão definidos na legislação, e a suposta inconstitucionalidade pode ser alegada a qualquer momento. Para essa corrente, a coisa julgada é um instituto construído ao longo dos séculos e reflete a necessidade humana de segurança, relativizá-la por critério atípico seria exterminá-la (DIDIER, 2015).

4. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Apesar do intenso embate doutrinário acerca do instituto da relativização da coisa julgada e da não pacificação do tema no ordenamento jurídico pátrio, o Supremo Tribunal Federal admitiu, de

forma indireta, um caso de relativização atípica de sentença transitada em julgado. O acontecimento em questão se referia à renovação das demandas de investigação de paternidade nos casos em que a decisão tivesse sido rejeitada anteriormente por falta de provas.

Assim, mesmo sem dizer isso expressamente, o Supremo Tribunal Federal considerou a coisa julgada como *secundum eventum probationis* (eficácia subjetiva da coisa julgada coletiva). O Superior Tribunal de Justiça adotou o mesmo entendimento, tendo como particularidade do fato da 4ª Turma ter inadmitido a renovação da demanda rejeitada nos casos em que o exame de DNA estivesse disponível e ensejasse a exclusão da paternidade. Na ocasião, o elemento técnico utilizado no *distinguishing* (distinção) foi a prévia exclusão da paternidade por meio técnico cientificamente técnico à época – exclusão pelo grupo sanguíneo (DIDIER, 2015).

Em outro sentido, também se encontra na jurisprudência decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça admitindo a relativização atípica nos casos de desapropriação, desde que seja comprovada, por petição atravessada à execução, ilegalidade ou injustiça da sentença. O Recurso Especial 622.405-SP da relatora Min. Denise Arruda possui a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DÚVIDAS SOBRE A TITULARIDADE DE BEM IMÓVEL INDENIZADO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. (STJ – Recurso Especial: 622405 SP 2004/0011235-9, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 14/08/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 20/09/2007 p. 221).²

2 STJ – Recurso Especial 622.405 SP 2004/0011235-9. T1 – Primeira Turma. Relatora: Ministra Denise Arruda. Data de Julgamento: 14/08/2007. Data de Publicação: DJ 20/09/2007.

Portanto, apesar da discussão corrente na doutrina, os tribunais superiores já vêm se posicionando no sentido de admitir a relativização atípica da coisa julgada, sob o pretexto de resguardar os princípios básicos que regem o direito brasileiro: a legalidade, proporcionalidade e justiça.

4.1 Análise do RE 363.889/DF

Em junho de 2011, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 363.889/DF³, dotado de repercussão geral, sob redação do Min. Dias Toffoli, admitiu indiretamente a relativização atípica da coisa julgada.

A ação em pauta era de paternidade cumulada com ação de alimentos, proposta em 1989, que foi julgada improcedente por falta de provas. A mãe, beneficiária da justiça gratuita, não tinha condições para custear um exame de DNA e não tinha previsão legal para o poder público custear os gastos. Posteriormente, adveio uma lei prevendo o financiamento do exame, sendo proposta uma nova ação referente a esse caso de investigação de paternidade.

Isto posto, o juízo de primeiro grau acolheu o pedido e reiniciou a investigação. Entretanto, o Tribunal de Justiça acolheu o pressuposto de coisa já julgada e determinou a extinção do processo. O Ministério Público Federal do Distrito Federal recorreu ao Supremo Tribunal Federal e, então, foi provido o Recurso Extraordinário que previa a relativização atípica da coisa julgada.

Em resumo, o caso tratava de uma investigação de paternidade julgada improcedente por falta de provas e que, por isso, recebeu sentença e possuía trânsito em julgado. Mediante a ausência anterior de provas ocasionada por omissão estatal, o julgamento do Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de revisão da sentença e eventual

3 STF – RE 363.889 DF, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 02/06/2011. Data de publicação: 16/12/2011.

renovação da decisão. Os argumentos giravam em torno do direito básico à personalidade em detrimento do instituto da coisa julgada. A ementa traz:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE.

(STF - RE: 363889 DF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 02/06/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011).

O Superior Tribunal de Justiça seguiu a mesma linha jurisprudencial no julgamento da 4ª Turma referente ao Recurso Especial nº 1.223.610/RS, da relatora Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em dezembro de 2012.⁴

Após o ano de 2012, um caso análogo ao REsp julgado anteriormente pela 4ª Turma do STJ no Agravo Regimental no Recurso

4 STJ – Recurso Especial nº 1.223.610-RS. Quarta Turma. Relatora: Ministra Isabel Gallotti. Data de Julgamento: 06/12/2012.

Especial nº 929.773/RS, de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, inadmitiu uma demanda de ação de paternidade nos casos em que o exame de DNA feito com tecnologia disponível à época fosse negativo para a declaração de paternidade. A ementa aponta:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PEDIDO EM AÇÃO ANTERIOR IMPROCEDENTE. PROVA PERICIAL REALIZADA. COISA JULGADA. RENOVAÇÃO

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ – AgRg no REsp: 929773 RS, Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, Data de Julgamento: 06/12/2012, Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 04/02/2013).⁵

Não obstante a rejeição à relativização apontada acima, o Superior Tribunal de Justiça adota a relativização atípica da coisa julgada, também, nos casos de dúvida sobre a titularidade de bens móveis indenizados em ação de desapropriação. Isso demonstra o posicionamento na jurisprudência no sentido de aceitar a relativização atípica da coisa julgada.

4.2 Consequências jurídicas da relativização da coisa julgada nas ações de investigação da paternidade

A estabilidade trazida pelo instituto da coisa julgada tem como objetivo a promoção da segurança jurídica, que é, inclusive, princípio constitucional. Ademais, a supressão de conflitos de interesse que desaguiam na pacificação social estão profundamente relacionados à ideia

5 STJ – Agravo Regimental no Recurso Especial: 929.773 RS. Quarta Turma. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Data de Julgamento: 06/12/2012. Data de Publicação: DJe 04/02/2013.

de julgamento definitivo, ou seja, na necessária resposta que o Estado deve estabelecer perante conflitos dos seus cidadãos.

Mesmo com a base constitucional e necessidade desse instituto, a sua relativização vem sendo admitida, como já explanado anteriormente. Logo, a questão que se levanta é até que ponto isso estaria de acordo com o ordenamento jurídico e com o objetivo do instituto, já que, mesmo sendo passível de ponderação, tal ponderação deveria ter sido feita pelo legislador constituinte.

No caso do Recurso Extraordinário nº 363.889, por maioria, houve a desconstituição da coisa julgada, admitindo sua relativização ao fazer a ponderação entre segurança jurídica e o direito à descoberta da origem biológica do indivíduo. A polêmica que paira sobre tal decisão é o precedente aberto para justificar impugnações em situações diferentes, tais como não esgotamento de matéria de prova e renovação de ação com o intuito de superar decisão dada anteriormente.

Apesar de ser inegável a necessidade de garantir a dignidade da pessoa humana, é imprescindível voltar o olhar para a grande amplitude semântica de tal princípio, o que deveria demandar um intenso ônus argumentativo para seu uso, para que não seja utilizado de maneira equivocada.

A questão é que esse mesmo fundamento constitucional de prevalência da dignidade da pessoa humana foi uma das bases para a desconsideração da decisão anterior de declaração de paternidade, ou seja, formou-se um precedente para que haja pedido de rediscussão de todos os pronunciamentos definitivos que, de alguma forma, invoquem tal princípio. Encontra-se em perigo, então, a ideia de segurança jurídica, na medida em que se observa o alcance desmedido que foi conferido ao conceito de dignidade da pessoa humana, abrindo, assim, possibilidade extensa de relativização da coisa julgada.

CONCLUSÃO

Levando em consideração toda a discussão acerca do instituto da coisa julgada, bem como sua importância e limitações, verifica-se que sua relativização vem sendo alvo de diversos debates, tanto que a discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal. Além disso, principalmente no que tange às ações de investigação de paternidade, a análise da situação alcançou cortes superiores, havendo uma discussão ferrenha no âmbito doutrinário.

Nesse sentido, percebeu-se que Recurso Extraordinário nº 363.889 DF foi de crucial importância nessa questão. Tal afirmação tem fundamento no fato de que esse caso foi um precedente formado pelo Supremo Tribunal Federal que considerou a relativização atípica da coisa julgada, na medida em que permitiu que houvesse nova demanda quanto à investigação de paternidade nos casos em que a demanda anterior foi improcedente por ausência de provas.

Percebe-se, entretanto, que tal decisão pode ter consequências problemáticas para o sistema jurídico brasileiro, principalmente quando se leva em consideração o fato de versar sobre um instituto de extrema importância e que tem bases constitucionais sólidas, como é o caso da coisa julgada. Tem-se que, sem esse instituto, não há segurança jurídica e, por consequência, estado constitucional de direito.

Ao permitir a relativização atípica da coisa julgada, o Supremo Tribunal Federal abriu essa possibilidade para outras situações, principalmente, no tocante ao não exaurimento das matérias de prova e nova proposição de determinada demanda para superar decisão já realizada, ou seja, a resposta já teria sido dada pelo judiciário. A conjuntura fica ainda mais problemática quando se considera a relevância dos precedentes sob a ótica do Código de Processo Civil de 2015, que deu especial importância para essa categoria na sua redação, justamente com o intuito de fornecer maior segurança jurídica para os cidadãos.

Nesse sentido, a temática abordada no presente artigo científico ainda merece muita discussão e reflexão, principalmente no que tange

ao respeito às normas estabelecidas no ordenamento. Normas essas que passaram por exaustiva discussão para se fazerem válidas e se constituem como um alvo do preocupante ativismo judicial visualizado nos Juízos Superiores.

REFERÊNCIAS

DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais. **RePro**, São Paulo, v. 26, n. 103, 09-36, jul./set, 2001.

DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11ª edição. Salvador: Jus Podvim, 2015.

DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 12ª edição. Salvador: Jus Podvim, 2017.

DINAMARCO, Candido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v.2, n. 2, p. 7-45, jul./dez., 2001.

DONIZZETI, Elídio. **Curso de direito processual civil**. 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2020.

LUCCA, Rodrigo Ramina. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. **RePro**, v. 252, fev 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil volume 2: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais Constitucionais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Manual do Processo Civil**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NEVES, Daniel Amorim. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª edição. Local de publicação: Jus Podvim, 2018.

NEVES, Murilo Sechieri Costa. Relativização da coisa julgada. São Paulo, LTR. 2007.

SOARES, Leonardo Oliveira. **Coisa Julgada Material: Pedra de Toque do Estado Democrático de Direito Brasileiro?**. 2012. Disponível em: <http://www.lexmagister.com.br/doutrina_25590622_COISA_JULGADA_MATERIAL_PEDRA_DE_TOQUE_DO_ESTADO_DEMOCRATICO_DE_DIREITO_BRASILEIRO.aspx>. Acesso em: 02 mai 2019.

STF. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 363.889-DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. Distrito Federal, 2 de junho de 2011.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.223.610-RS. Relatora: Ministra Isabel Gallotti. Rio Grande do Sul, 06 de dezembro de 2012.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 622.405-SP. Recorrente: Sociedade Agro Industrial Vale do Rio Manso LTDA e outros. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Denise Arruda. São Paulo, 22 de agosto de 2006. Brasília, ago. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. in Nascimento, Carlos Valder do. (coord.) Coisa julgada inconstitucional, 4a.ed. Rio de Janeiro: 2003.

THE RELATIVIZATION OF RES JUDICATA: AN ANALYSIS FROM THE RE 363-889/DF

ABSTRACT

It is extremely important to analyze the construction and disposition of the *res judicata* legal institute in the 2015 Civil Procedure Code. On this basis, the objective of the present study is to analyze the idea of relativizing the *res judicata* in the national legal system, as well as its scope and limits. In this sense, the article uses as a basis the Extraordinary Appeal No. 363-889, issued by the Supreme Federal Court, which admitted the relativization of *res judicata* in the legal causes related to paternity investigation. In the end, the consequences of that precedent for the Brazilian Legal System will be explained.

Keywords: *Res judicata*. Relativization. Paternity litigation. Legal certainty.



A UTILIZAÇÃO DO MERCÚRIO NA EXTRAÇÃO DE OURO: ANÁLISE DA LEI ESTADUAL N° 1.453/2021 DE RORAIMA E DA ADI 6.672

André Kenji Shimura da Nóbrega¹

RESUMO

O presente artigo possui como principal escopo a análise da Lei Estadual nº 1.453/2021 de Roraima ao permitir a utilização de mercúrio para a atividade garimpeira dentro do Estado. Nesse sentido, serão averiguados os conceitos que envolvem a proteção ambiental, considerado como direito fundamental, e as possíveis violações ao ordenamento jurídico que decorrem desta norma, bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.672, que determinou, cautelarmente, a suspensão da eficácia desta lei. Almeja-se, a partir disso, compreender as consequências sociais e jurídicas decorrentes da permissibilidade do uso deste metal na extração de ouro, além da discussão da forma de atuação do Poder Público no que tange à proteção ambiental.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Direitos Fundamentais. Proteção Ambiental. Meio Ambiente.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: andre.kenji.nobrega@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Em 2021 foi sancionada a Lei estadual nº 1.453/2021 de Roraima, proposta no final do ano anterior pelo governador Antônio Denarium (sem partido), que instituiu o “Licenciamento para a Atividade de Lavra Garimpeira no Estado”, a qual, em essência, promovia a autorização para a utilização de mercúrio nos serviços de lavra garimpeira, leia-se:

Art. 1º Esta Lei estabelece procedimentos e critérios específicos para o Licenciamento Ambiental da Atividade de Lavra Garimpeira no Estado de Roraima.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – Lavra Garimpeira – Aproveitamento imediato de jazimento mineral que, por sua natureza, dimensão, localização e utilização econômica, possa ser lavrado, independentemente de prévios trabalhos de pesquisa, conforme o Decreto Federal nº 9.406, de 12 de junho de 2018.

Além de permitir a aplicação de técnicas com o mercúrio no garimpo, esta norma previa a emissão de Licenças de Operações Diretas pelo órgão ambiental estadual, dispensando os procedimentos específicos de licenciamentos já previstos no ordenamento jurídico, como a apresentação do “Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental” (EIA/RIMA), sendo, portanto, necessário apenas um estudo ambiental simplificado:

Art. 3º O Licenciamento Ambiental para Atividade de Lavra Garimpeira far-se-á por meio de Licença de Operação Direta, a ser expedida pela Fundação Estadual do Meio Ambiente e Recursos Hídricos – FEMARH, devendo ser apresentado estudo ambiental para análise técnica, conforme Termo de Referência constante no Anexo II desta Lei e que dela é parte integrante.

Esta norma foi justificada pelo chefe Executivo local, aduzindo que “se faz necessário em razão da ausência de normativa legal no âmbito do Estado de Roraima”, e que “trará condicionantes que pretendem assegurar uma atividade segura e responsável”. Persistiu afirmando que a atividade garimpeira no Estado “será retirada da ilegalidade, contribuindo, também, para a retirada pacífica dos trabalhadores da pequena mineração (garimpeiros) das áreas indígenas e, ainda, gerar emprego, renda e arrecadação ao Estado”.

Destaca-se, com o propósito de informação, que a finalidade da utilização do mercúrio no processo de garimpagem se refere a facilitar a separação do ouro de outros resíduos, como, por exemplo, areia e cascalhos.

Não obstante o uso do mercúrio reduzir o tempo despendido para este processo, verifica-se que este metal possui elevada toxicidade, de forma que a sua presença poderá causar graves danos à saúde do ser humano, pelo fato de serem solúveis no sangue e, portanto, acumularem-se nos tecidos do corpo, ocasionando lesões graves, em especial, nos rins, fígado, aparelho digestivo e sistema nervoso central.

Ao penetrar no organismo, parte do Hg metálico absorvido permanece assim durante algum tempo, o que poderia justificar sua entrada na barreira hematoencefálica. No sangue e nos tecidos, há uma oxidação, responsável pela formação de íons mercúrio Hg, que se fixam às proteínas depositando-se nos rins e no encéfalo. O mercúrio e os seus compostos são ativos quimicamente e, a depender da concentração atingida, podem, no tecido animal, desnaturar proteínas, inativar enzimas e modificar as membranas celulares com prejuízo de suas funções, causando a morte da célula e a destruição de qualquer tecido com o qual entrem em contato. Os efeitos típicos do mercúrio são particularmente notáveis nos rins e no cérebro, órgãos nos quais é importante a função das membranas. (PACHECO-FERREIRA, 2005, p. 110).

Logo, em razão da utilização do mercúrio no garimpo, aconteceria uma contaminação ambiental, agravada pela ingestão deste

metal por animais, dentre os quais, peixes que, ao serem envenenados, passarão tal toxicidade para o corpo daquele que seria seu predador, seja outro animal qualquer ou mesmo o ser humano.

Historicamente, em 1956, aconteceu o Desastre da Baía de Minamata (Japão), fato conhecido pelo despejo indevido de mercúrio no mar que ocasionando a contaminação de centenas de pessoas e provocando no falecimento de mais de 900 delas, assim como um prejuízo inestimável no tocante à vida marinha e ao ecossistema local. Este episódio culminou na realização da Convenção de Minamata sobre Mercúrio em 2013.

No cenário nacional, em 2019, a Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (Ensp/Fiocruz) efetuou um estudo na população indígena Yanomani, de forma que fora constatado a presença de mercúrio no organismo em 56% das mulheres e crianças da região de Maturacá, no Amazonas, em quantidades superiores à tolerada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) (LEONEL, 2019), em virtude da utilização deste metal na atividade garimpeira no Estado ao longo das décadas.

Baskut Tuncak (2020), secretário do relatório especial sobre os impactos das substâncias e resíduos tóxicos do Conselho de Direitos Humanos, após visita oficial ao Brasil, salientou o impacto da contaminação de mercúrio em razão da atividade garimpeira, de maneira a recomendar ao Estado brasileiro, entre outros pontos, que exija a diligência obrigatória de todas as empresas atuantes no território para avaliar os abusos devidos as exposições tóxicas e de poluição; desenvolva planos com prazo determinado para reduzir urgentemente o uso e exposição de pesticidas e produtos químicos industriais tóxicos; e, adote controle mais rigoroso do uso abusivo de substâncias tóxicas por empresas aqui operantes.

Retornando à lei estadual em comento, tamanha foram as manifestações contrárias a esta norma que o partido político “Rede Sustentabilidade” ajuizou, em 2021, no Supremo Tribunal Federal (STF), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.672, cuja relatoria é do Ministro Alexandre de Moraes, a fim de que seja determinada a

inconstitucionalidade da lei, justamente por autorizar o uso de mercúrio nos serviços de lavra garimpeira, de forma a violar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Além disso, o partido questiona a modificação do procedimento para o recebimento da licença de operação referente a autorização da atividade, uma vez que dispensa a apresentação do “Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental” (EIA/RIMA), anteriormente mencionado, contrariando o artigo 12, §1º da Resolução 237/1997 do CONAMA que admite o licenciamento simplificado apenas para atividades de baixo impacto, o que, de acordo com o partido político, não seria o caso.

Diante disso, o Ministro Alexandre de Moraes determinou, cautelarmente, a suspensão da Lei do caso, a qual está aguardando ser referendada pelo Plenário do STF, por entender que a expedição de licenças ambientais específicas para cada fase dos empreendimentos e atividades com potencial de poluição “representa uma cautela necessária” para a proteção do meio ambiente:

A expedição de licenças ambientais específicas para as fases de planejamento, instalação e operacionalização de empreendimentos potencialmente poluidores não é arbitrária ou juridicamente indiferente: representa uma cautela necessária para a efetividade do controle exercido pelo órgão ambiental competente.

[...]

Diante do exposto, com fundamento no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999 e no art. 21, V, do RISTF, CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, para suspender os efeitos da Lei 1.453/2021, do Estado de Roraima.

Nesse sentido, o presente artigo visa analisar os conceitos e princípios ambientais violados a partir da Lei em questão, assim como a decisão cautelar na ADI 6.672 ao determinar a suspensão de sua eficácia, demonstrando, desde os efeitos sociais e jurídicos atinentes da utilização

de mercúrio na atividade garimpeira, assim como a discussão acerca da atuação do Poder Público na proteção ambiental.

2. CONCEITOS E NORMATIVAS VIOLADOS PELA LEI ESTADUAL

De início, frise-se que o Direito Ambiental surge da necessidade de ordenar e sistematizar as normas relativas ao meio ambiente, cuja finalidade é tutelar a qualidade de vida de forma equilibrada e com o meio ambiente sadio, impedindo, portanto, uma devastação em massa e, consequentemente, um prejuízo às presentes e futuras gerações.

Isto posto, deduz-se, em conformidade com a Declaração de Estocolmo de 1972, que há dois aspectos do meio ambiente humano: o natural e o artificial; os quais são relevantes para o bem-estar social e para o gozo dos direitos fundamentais, inclusive a vida.

Em razão disso, a Constituição Federal (CF) de 1988, nos termos do artigo 225, *caput*, afirma que “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”, demonstrando, em vista disso, o resguardo aos dois aspectos do meio ambiente supramencionados e o seu caráter intergeracional.

Ademais, a Lei Federal nº 6.938/81, ao criar a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), em seu artigo 2º, indica que seu objetivo é a preservação, melhoria e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, assegurando condições ao desenvolvimento socioeconômico com os interesses da segurança nacional e da proteção da dignidade da vida humana.

Para tanto, a ação governamental – leia-se como Poder Público – deve estar pautada na manutenção do equilíbrio ecológico, uma vez o meio ambiente ser considerado, consoante a Lei Federal nº 6.938/81, um patrimônio público (artigo 2º, inciso I) e, dessa maneira,

merecer a proteção dos ecossistemas (artigo 2º, inciso IV) e o controle e zoneamento das atividades potenciais ou efetivamente poluidoras (artigo 2º, inciso V).

Entendimento adotado por Wolfgang e Fensterseifer (2020) ao afirmarem que o Estado, por intermédio de suas instituições democráticas, possui a obrigação de criar, manter e estimular práticas, públicas e privadas, que contemplem a dimensão do risco ambiental e, ao mesmo tempo, estabelecer mecanismo de controle, inclusive sob a ótica dos princípios da prevenção e precaução, assegurando à sociedade a segurança necessária à manutenção e à proteção da vida com qualidade ambiental.

À vista disso, compreende-se que a atuação do Poder Público necessita estar pautada em investigar os riscos e as possíveis lesões em desfavor do ecossistema, sob uma ótica preventiva, fiscalizadora e punitiva.

Desse modo, a Lei do caso em tela, ao permitir o uso de metal tóxico e flexibilizar o licenciamento ambiental, acaba por reduzir e dificultar a atuação do Poder Público sobre o controle das atividades que interferem nas condições ambientais e, por conseguinte, a avaliação de impacto ambiental.

Nessa mesma linha, pode-se entender o impacto ambiental na região do garimpo, pois, no artigo 1º da Resolução 001/86 do CONAMA, esta relação é claramente afirmada:

Qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

- I. a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- II. as atividades sociais e econômicas;
- III. a biota;
- IV. as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;
- V. a qualidade dos recursos ambientais.

De mais a mais, ressalta-se o entendimento do Min. Alexandre de Moraes ao considerar a essência do meio ambiente para a sociedade, veja-se:

O meio ambiente deve, portanto, ser considerado patrimônio comum de toda a humanidade para garantia de sua integral proteção, especialmente em relação às gerações futuras, direcionando todas as condutas do Poder Público estatal no sentido de integral proteção legislativa.

Em vista dos argumentos levantados, compreende-se o elevado risco de dano ambiental através da Lei em comento, de modo que há a lesão ao bem jurídico, qual seja, o ambiente equilibrado e saudável, ocasionando um dano difuso *erga omnes*.

Há de se considerar a regra de aplicação imediata dos direitos fundamentais, positivados no artigo 5º, §1º da CF ao trazer o conceito da máxima eficácia possível de tais direitos, a fim de alcançar sua eficácia plena e promover a existência digna.

Soma-se a isso a lesão ao princípio do meio ambiente como direito humano fundamental, justamente pelas razões anteriormente expostas, uma vez que vai de encontro ao direito-garantia ao mínimo existencial, agravada pela alta toxicidade do metal e os impactos negativos em desfavor da saúde humana. Ademais, ocorre a violação ao princípio da natureza pública de proteção ambiental, por causa do desrespeito ao artigo 174, §1º da CF ao afirmar o dever da harmonização das atividades garimpeiras com a preservação ambiental, leia-se:

Art. 174. § 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

Além disso, têm-se uma lesão ao princípio da precaução e prevenção, em decorrência da difícil reparação dos danos ambientais e sociais, alguns irreparáveis, que surgirão pelo uso do mercúrio no processo da garimpagem, de maneira que é relevante que tal liberação seja acompanhada de laudos técnicos aptos a garantir a sua – suposta – não lesividade. Nessa vereda, Wolfgang e Fensterseifer (2020) alegam que as normas constitucionais ditam a cautela jurídica que regerá as

atividades, incluídas em um quadro de incerteza científica quanto a possíveis danos que possam causar ao ambiente – no caso, a extensão do uso do mercúrio -, e tragam um risco, mesmo que potencial, a fim de coibir prejuízos naturais relativamente aos quais não se tem uma compreensão exata e segura.

Dessa maneira, apesar do princípio do poluidor-pagador e do usuário-pagador ter o propósito de eliminar as motivações econômicas da contaminação, com as permissibilidades da Lei de Roraima este intuito é mitigado, havendo o oposto do pretendido: o estímulo ao uso de toxinas em prol da aceleração da garimpagem, de forma a representar uma violação a tais princípios. Observando, a partir desta perspectiva, que em vez de arcarem com tais custos ecológicos, a sociedade pagará com os danos decorrentes.

Nota-se, outrossim, a lesão ao princípio da indisponibilidade do interesse público, assim como a sua supremacia na proteção do meio ambiente por autorizar a implementação de meios poluidores ao ecossistema no desenvolvimento da atividade econômica e a facilitação de aquisição de licenças de exploração sem a devida análise técnico-científica de sustentabilidade e viabilidade.

Traz-se à tona a necessidade de se avaliar todas as implicações da intervenção ao meio ambiente objetivando uma solução que possa ser útil à comunidade e não importar em gravames excessivos ao ecossistema e à vida humana, aspecto este negado pela Lei ao autorizar o uso do metal tóxico e a maleabilidade da autorização para exploração, uma vez que não houve discussão com a sociedade e/ou associações de defesa ambiental, conforme defende o princípio do equilíbrio, da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento e da participação pública.

A Resolução do CONAMA 237/1997, por sua vez, determina que as atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo para outras licenças legalmente exigíveis, leia-se:

Art. 2º. A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recurso de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.

Isto posto, apesar de facilitar o trabalho dos garimpeiros, a norma retira a obrigação de se apresentar laudo técnico apto a comprovar os impactos ambientais, razão pela qual se compreende ser contrário ao princípio do desenvolvimento sustentável e, novamente, ao artigo 174, §1º da CF, fato este normatizado no ordenamento jurídico através do artigo 4º da Lei Federal nº 6.938/81:

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

- I. à compatibilização do desenvolvimento econômico social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;
- II. à definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;
- III. ao estabelecimento de critérios e padrões da qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais;
- IV. ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologia s nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais;
- V. à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico;
- VI. à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas á sua utilização racional e disponibilidade

permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida;

VII. à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Acontece, nessa linha, o desrespeito ao princípio do limite, consagrado no artigo 225, inciso V do §1º da CF – “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” –, considerando que o Estado de Roraima, representando o Poder Público, em vez de fixar padrões de qualidade ambiental de limites de emissões de partículas e da presença de toxinas prejudiciais ao ecossistema e a sociedade, flexibilizou tais medidas, implicando em prejuízos para os recursos ambientais e à saúde humana.

Ademais, tendo em mente as permissibilidades apresentadas pela Lei de Roraima, verifica-se uma violação ao princípio da não proteção insuficiente ou deficiente em matéria ambiental, pelo fato do Estado, por força dos deveres de proteção aos quais está vinculado, em especial de direitos fundamentais, não pode se omitir ou atuar de forma insuficiente na promoção e proteção de tais garantias, sob pena de incorrer na lesão da ordem jurídico-constitucional.

Em término, observa-se a violação ao princípio da ubiquidade, pelo fato de ir contra o meio ambiente sadio, reduzindo a qualidade de vida posta e a sua dignidade, em virtude de promover o desequilíbrio dos ecossistemas, de forma que, toda lesão, independente do local em que ocorra, reflete-se em toda natureza.

Aliás, tem-se que a Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000, em seu artigo 2º, inciso II, entende por conservação da natureza o manejo do uso humano, o qual compreende “a preservação, a manutenção, a utilização sustentável, a restauração e a recuperação do ambiente natural, para que possa produzir o maior benefício, em bases sustentáveis, às atuais gerações”, a fim de manter “seu potencial de

satisfazer as necessidades e aspirações das gerações futuras, e garantindo a sobrevivência dos seres vivos em geral”.

Continua a norma prescrevendo que a preservação da natureza consiste no conjunto de métodos, procedimentos e políticas que objetivam a proteção a longo prazo das espécies, habitats e ecossistemas, bem como da conservação dos processos ecológicos, prevenindo a simplificação dos sistemas naturais, *vide* seu artigo 2º, inciso V, sendo o seu uso sustentável como sendo a exploração do ambiente de forma a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de maneira socialmente justa e economicamente viável (artigo 2º, inciso XI).

Com efeito, o que se vê, portanto, é que o ordenamento jurídico, especialmente a Constituição Federal, consagra o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado por ser bem de uso comum do povo e imprescindível à sadia qualidade de vida, impondo-se, assim, aos entes federados e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo.

3. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E ADMINISTRATIVA DA NORMATIZAÇÃO ACERCA DO MEIO AMBIENTE

A Constituição Federal de 1988 positivou como obrigação do Poder Pública a defesa, preservação e garantia de efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável para as presentes e futuras gerações, *vide* art. 225, *caput*, da CF, o que não estaria acontecendo com a Lei estadual de Roraima.

Para tanto, averiguando o artigo 23 da CF, em seus incisos III, VI e VII, e art. 24, VI percebe-se a competência comum dos entes federativos no dever explícito de zelar, cuidar, e manter o meio ambiente, em razão, repita-se, da relevância da matéria, a qual extrapola a esfera do Direito Comum fazendo *jus* a um regime jurídico especial.

Destaca-se, no que tange ao exercício da atividade de garimpagem, conforme o caso em comento, a União tem competência para estabelecer as áreas e as condições para o exercício desta atividade,

em forma associativa, conforme preceitua o artigo 21, inciso XXV da CF, observando o desenvolvimento harmônico desta atividade com o resguardo ao meio ambiente, nos termos do artigo 174, §1º da CF.

Apresenta-se o fundamento que, nos termos do julgamento da ADI 5.312 do STF, a competência legislativa concorrente entre a União e os Estados-Membros, atribui ao primeiro ente a edição de normas gerais sobre as matérias elencadas no artigo 24 da CF, enquanto que, aos segundos, o exercício da competência complementar, desde que já existente norma geral disciplinando determinada matéria, ou, na hipótese da inexistência da norma federal, a estabelecer as regras gerais, a competência legislativa plena.

Todavia, faz-se imprescindível reiterar que há diretrizes gerais provenientes da União, por exemplo, com a criação da Política Nacional do Meio Ambiente e com o CONAMA, a concluir pelo primeiro tipo de competência ao Estado-Membro, qual seja, a complementar.

Inclusive, a licença de operação única para a autorização da atividade é prevista na Lei federal nº 6.938/81, a qual versa sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), elegendo o licenciamento como um importante instrumento de política ambiental, e conferindo, em vista disso, competência ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) para o estabelecimento de normas e critérios para o licenciamento de atividades potencialmente poluidoras, tendo, inclusive, critérios básicos que serão exigidos estudos de impacto ambiental para fins de licenciamento:

Art. 8º. Compete ao CONAMA:

- I. estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA;

Art. 9º. São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

- IV. o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

Nesse sentido, a Resolução do CONAMA 237/1997, por sua vez, define quais são estas normas e critérios previstas no artigo 8º da lei federal nº 6.938/81, merecendo destaque, para além do artigo 2º anteriormente apresentado:

Art. 8º - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

- I. Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;
- II. Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;
- III. Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Parágrafo único - As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade.

Art. 9º - O CONAMA definirá, quando necessário, licenças ambientais específicas, observadas a natureza, características e peculiaridades da atividade ou empreendimento e, ainda, a compatibilização do processo de licenciamento com as etapas de planejamento, implantação e operação.

Persistindo nesta resolução, há a taxatividade, consoante ao seu artigo 10, que o procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às

etapas já determinadas, as quais foram afrouxadas pela lei de Roraima, mormente, a possibilidade de realização de audiências públicas e a emissão de parecer técnico conclusivo.

Com efeito, tem-se no licenciamento um instrumento preventivo de controle sobre as atividades potencialmente prejudiciais ao meio ambiente, de forma a assegurar maior efetividade ao comando do artigo 225, inciso IV, da Constituição Federal.

Ademais, conforme se verifica da decisão, o Min. Alexandre de Moraes corretamente considerou que a norma estadual destoava do modelo federal de proteção ambiental, contrariando os preceitos de zelo ao ecossistema positivados na Carta Magna, bem como se apresenta como uma afronta à competência exclusiva da União em estabelecer as normas gerais sobre a temática (p. 15).

Nesse viés, “a expedição de licenças ambientais específicas para as fases de planejamento, instalação e operacionalização de empreendimentos potencialmente poluidores” (p. 16) representa, de acordo com o ministro, “uma cautela necessária para a efetividade do controle exercido pelo órgão ambiental competente” (p. 17).

Frise-se ser entendimento do STF que leis estaduais que versarem acerca das modalidades de obtenção de licença ambiental ofendem a competência da União para editar as regras gerais sobre a proteção do ecossistema, assim como do dever de proteção da sustentabilidade e ambiente ecologicamente equilibrado:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Inc. IV e § 7o do art. 12 da Lei Complementar n. 5/1994 do Amapá, alterada pela lei complementar estadual n. 70/2012. Licença ambiental única. Dispensa de obtenção das licenças prévias, de instalação e de operação, estabelecidas pelo CONAMA (inc. I do art. 8o da lei n. 6.938/1981). Ofensa à competência da união para editar normas gerais sobre proteção do meio ambiente. Desobediência ao princípio da prevenção e do dever de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da constituição da república). Ação julgada procedente para

declarar a inconstitucionalidade do inc. IV e do § 7º do art. 12 da Lei Complementar n. 5/1994 do Amapá, alterada pela lei complementar estadual n. 70/2012².

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constitucional e Ambiental. Federalismo e respeito às regras de distribuição de competência legislativa. Lei Estadual que dispensa atividades agrossilvipastoris do prévio licenciamento ambiental. Invasão da competência da União para editar normas gerais sobre proteção ambiental. Direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e princípio da prevenção. inconstitucionalidade³. (STF, ADI 5312, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Pleno, DJe de 11/2/2019).

Diante do exposto, conclui-se que o Estado de Roraima findou por extrapolar a competência legislativa ao modificar normas gerais, principalmente, autorizando e permitindo ações que são prejudiciais ao meio ambiente e à vida humana, constituindo-se como uma violação aos direitos fundamentais e preceitos da CF.

4. PROTEÇÃO AMBIENTAL: DEVER DO ESTADO

Após a análise dos acontecimentos e as implicações socioambientais inerentes à Lei de Roraima, conclui-se pelo acerto da tutela jurisdicional, a qual coibiu a prática imediata da implementação do uso do mercúrio na atividade garimpeira.

Observa-se que a atuação do Poder Judiciário foi essencial, pois, a partir da omissão governamental em proteger o meio ambiente,

2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (não há dúvidas sobre a jurisdição).ADI 5.475. Pleno. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 03/06/2020.

3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (não há dúvidas sobre a jurisdição).ADI 5.312. Pleno. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 11/02/2019.

faz-se necessária a sua intervenção visando a manutenção, preservação e a restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente.

Consoante ao entendimento de Wolfgang e Fensterseifer (2020), a intervenção judicial se constitui, em verdade, tanto um poder quanto um dever constitucional do agente político investido do papel de prestar a jurisdição, haja vista o seu compromisso com a efetividade do processo e a tutela dos direitos materiais, enfatizando-se o dever dos órgãos judiciais no sentido de interpretar o processo e as técnicas processuais no viés de sua adequação à tutela ambiental eficaz e constitucionalmente exigida.

Nessa mesma linha, Canotilho (2010) aduz que:

As dimensões essenciais da juridicidade ambiental poderão resumir-se da seguinte forma: (i) dimensão garantístico-defensiva, no sentido de direito de defesa contra ingerências ou intervenções do Estado e demais poderes públicos; (ii) dimensão positivo-prestacional, pois cumpre ao Estado e a todas as entidades públicas assegurar a organização, procedimento e processos de realização do direito do ambiente; (iii) dimensão jurídica irradiante para todo o ordenamento, vinculando as entidades privadas ao respeito do direito dos particulares ao ambiente; (iiii) dimensão jurídico-participativa, impondo e permitindo aos cidadãos e à sociedade civil o dever de defender os bens e direitos ambientais.

A decisão trazida pelo julgador da ADI está em conformidade com diversos princípios ambientais, dentre os quais, o direito fundamental ao ambiente sadio; a sustentabilidade; a precaução; e, a prevenção, a fim de evitar os riscos ambientais que a lei permite.

Outrossim, o princípio da proteção de retrocesso socioambiental pode ser notado na tutela jurisdicional, pelo fato de determinar o mínimo existencial ecológico, resguardando os direitos ambientais associado à dignidade da pessoa humana, isto é, manteve as normas fundamentais protetoras do meio ambiente.

Ressalta-se que atualmente o Poder Público possui a responsabilidade de não somente respeitar os direitos de seus cidadãos, mas agir ativamente para proteger e resguardar suas tutelas, inclusive da violação e/ou ameaça de terceiros, aspecto este que é compreendido no zelo e na preservação do meio ambiente, em favor das atuais e futuras gerações (CHAVES; NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 409).

Percebe-se no texto da declaração da Conferência Rio + 20, em seus parágrafos 227 e 228, o compromisso assumido pelo Brasil de tratar efetivamente os impactos sociais negativos ocasionados pela mineração, reconhecendo o seu dever de gerir e regular a indústria com base no interesse do desenvolvimento sustentável. Acrescenta-se o seu dever firmado de estruturar fortes e eficazes leis e normativas, políticas e práticas visando diminuir os impactos socioambientais da atividade garimpeira, senão lemos:

228. Reconhecemos a importância de fortes e eficazes leis e normativas, políticas e práticas para o setor da mineração, que ofereçam benefícios econômicos e sociais e incluam garantias eficazes visando reduzir os impactos sociais e ambientais, bem como conservar a biodiversidade e os ecossistemas, inclusive após o fechamento das minas.

Além disso, a Convenção de Minamata foi promulgada pelo Decreto nº 9.470, de 14 de agosto de 2018, de maneira que traz em seu artigo 7 a obrigação dos Estados partes de adotar medidas capazes de reduzir e eliminar o uso de mercúrio e seus compostos em atividades como a mineração de ouro artesanal e em pequena escala:

Artigo 7. Mineração de ouro artesanal e em pequena escala. [...] 2.Cada Parte em cujo território sejam realizadas atividades de mineração e processamento de ouro artesanal e em pequena escala sujeitas a este Artigo deverá adotar medidas para reduzir, e quando viável eliminar, o uso de mercúrio e compostos de mercúrio

nessas atividades, bem como as emissões e liberações de mercúrio no meio ambiente resultantes dessas atividades.

Posto isso, observa-se o compromisso assumido pelo Brasil em diminuir e encerrar toda e qualquer utilização do mercúrio na exploração de ouro pela atividade garimpeira, bem como de outras formas de utilização e produção do mercúrio.

Não obstante poder-se-ia inferir um “costume”, mesmo que antigo, da utilização do mercúrio para a separação do ouro de demais materiais, a decisão se mostra correta em efetuar a superação desta prática. Conforme explanado por Wolfgang e Fensterseifer (2020), “cabe ao Direito Ambiental enfrentar e provar a mudança de certos costumes, notadamente daqueles que violam direito e valores ecológicos”.

Neste caso, demonstra-se a existência de um perigo abstrato ao ser humano ao iniciar o processo de separação através do mercúrio que, em vista das claras informações acerca dos danos decorrentes, a sua dimensão negativa é perceptível no meio ambiente e na vida humana. Não obstante a adoção na CF, nos termos do seu artigo 170, inciso VI e 225, §1º, inciso V, do princípio do poluidor-usuário pagador e da responsabilidade daquele que gera os prejuízos, a magnitude dos danos ocasionados a sustentabilidade *latu sensu* serão graves, de modo que as empresas e/ou indivíduos não terão condições de arcar com os custos e ônus relativos às externalidades negativas das suas atividades econômicas, agravado pelo fato de ser uma lesão de difícil reparação ao ser humano quando ingerir a toxina.

Acrescenta-se, para Wolfgang e Fensterseifer (2020), que o Estado, por meio de suas instituições democráticas, deve criar, gerir e estimular práticas, públicas e privadas, que contemplem a dimensão do risco ambiental e, ao mesmo tempo, estabelecer mecanismo de controle, inclusive do ponto de vista dos princípios da prevenção e precaução, garantindo aos cidadãos a segurança necessária à manutenção e à proteção da vida com qualidade ambiental.

Depreende-se, em observância ao posicionamento do STF na ADI 5.312, que não se permite ao Estado-Membro dispensar a

exigência de licenciamento para atividades potencialmente poluidoras. Analogamente, infere-se que o Estado-Membro não pode flexibilizá-la como pretendido por Roraima, por acarretar uma relevante intervenção sobre o meio ambiente, não se justificando a maleabilidade dos instrumentos de proteção ambiental, sem que haja um controle e fiscalização prévios da atividade.

A dispensa de licenciamento de atividades identificadas conforme seu segmento econômico, independentemente de seu potencial de degradação, e a consequente dispensa do prévio estudo de impacto ambiental implicam na reduzida e na deficiente proteção ao ecossistema ecologicamente equilibrado, cabendo ao Poder Público o exercício do poder de polícia ambiental visando prevenir e mitigar potenciais danos ao ambiente sadio e harmônico.

Da mesma forma, no julgamento do MS 22.164-0/SP, relatado no Plenário da Corte pelo Min. Celso de Mello, afirmou-se que o direito ao meio ambiente:

“(…) Típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e das futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social”.

De tal sorte, o texto constitucional, no artigo 225, §1º, dispõe que, a fim de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público, entre as quais se destacam: preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas (inciso I); exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente

causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (inciso IV); e, controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (inciso V).

Por fim, ressalta-se o acerto do julgamento do Ministro ao verificar que o texto constitucional prevê que o meio ambiente é bem de uso comum do povo, reiterando seu caráter intergeracional, e, portanto, suscitando a utilização de todos os meios legislativos, administrativos e judiciais necessários à sua efetiva proteção e zelo.

Logo, conclui-se que o meio ambiente deve ser encarado como patrimônio comum de toda a humanidade para a garantia de sua integral proteção, seja nas atuais, seja nas futuras gerações, norteadas pelas condutas do Poder Público no viés de integral preservação legislativa interna e adesão aos tratados internacionais protetivos deste direito fundamental, reduzindo prejuízos na esfera da coletividade em face de uma afetação de certo bem a uma finalidade individual e, de certo modo, egoísta, ao preferir riquezas ao ecossistema e à saúde humana.

CONCLUSÕES

A ausência de uma proteção ambiental adequada e eficiente ocasiona consequências negativas que afetam diretamente a qualidade de vida da população, bem como riscos às futuras gerações, pois danos ambientais, sobretudo das águas, agravados pela problemática do sistema de saúde público formam um quadro caótico do descaso das autoridades públicas em promover o bem estar social e, inclusive, respeitar direitos fundamentais.

Tendo como base o presente caso, salienta-se que poluição se difere de progresso, de maneira que se passa a pensar em novos conceitos de desenvolvimento, em virtude da primeira ser algo controlável, em especial, a partir do princípio do limite, divergindo do progresso que

possui múltiplas facetas, de forma que ao admitir a sua similaridade, acaba por transferir a responsabilidade das contaminações para a comunidade global.

Inferre-se, dessa maneira, que a utilização em excesso de mercúrio, metal tóxico, ocasiona a contaminação química dos rios e lençóis freáticos, em razão das chuvas conduzirem os poluentes químicos para os diversos recursos hídricos, prejudicando severamente a fauna, flora e a vida humana ao consumir água eivada de substâncias danosas.

Ao trazer para a realidade nacional, em razão da proximidade com a Floresta Amazônica, a qual esta é responsável por inúmeros serviços ambientais com forte repercussão de ordem social e econômica, deduz-se, portanto, que para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo.

Assim, em vista da constitucionalização da tutela ambiental decorre relevantes aspectos, como a redução da discricionariedade estatal quanto às medidas relevantes a serem implementadas à proteção do ambiente, adoção de mecanismos adequados e suficientes, atuação preventiva contra riscos e assunção da função de gestor do patrimônio ambiental pelo ente público.

Diante disso, na teoria de Hans Jonas (*apud* WOLFGANG; FENSTERSEIFER, 2020, p. 92), impõe-se a construção de uma nova concepção ética a partir da adequada compreensão da ação humana e sua consequência, zelando pelo interesse e pelos direitos das futuras gerações. Logo, a degradação ambiental e, por conseguinte, a escalada de riscos ambientais são provenientes da intervenção humana na natureza e, pode-se até dizer, da omissão estatal ao permitir e flexibilizar, no caso em tela, o uso de metal tóxico para facilitar a atividade garimpeira.

Em linhas finais, compreende-se que a Lei estadual nº 1.453/2021 de Roraima acaba por violar o ordenamento jurídico no que tange ao dever do Poder Público de proteger o meio ambiente, razão pela qual a decisão do Min. Alexandre de Moraes se demonstra acertada ao estabelecer uma relação de respeito e consideração pelos

diversos povos e gerações, os quais acabariam sofrendo indevidamente pelos ônus e as externalidades ecológicas negativas decorrentes dos altos padrões industriais e de consumo.

NOTA DE ATUALIZAÇÃO:

Em setembro de 2021, entre o envio do presente artigo e a sua aprovação para publicação, o plenário do STF declarou a inconstitucionalidade da lei em tela, ora analisada, por entender que a norma destoava do modelo federal de proteção ambiental ao prever modalidade mais célere e simplificada de licenciamento único.

Portanto, em síntese, firmou-se que a possibilidade de complementação da legislação federal com o objetivo de melhor atender o interesse regional não permite que Estado-Membro simplifique o licenciamento ambiental para atividades de lavra garimpeira, esvaziando o procedimento previsto em legislação nacional.

De sorte que não sendo de competência privativa da União, disso não decorre a impossibilidade de os entes regionais legislem de maneira suplementar sobre o licenciamento ambiental. Acarreta, contudo, que tal possibilidade há de ser concretizada em observância com normas e padrões estabelecidos em âmbito federal, e, nesse contexto, a permissão para que se estabeleçam procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental, prevista no artigo 12, §1º da Resolução CONAMA 237/1997, a qual exclui a extração e tratamento de minerais, tipificados no Anexo VIII da Lei nº 6.938/1981 como atividades de alto potencial poluidor.

Com efeito, compreendeu que o meio ambiente deve, dessa forma, ser considerada como patrimônio comum de toda a humanidade para garantia de sua integral proteção, principalmente em relação às gerações futuras, direcionando todas as condutas do Poder Público estatal no sentido de completa proteção legislativa interna e adesão aos pactos e tratados internacionais protetivos desse direito humano

fundamental de 3ª geração, com o fito de coibir danos da coletividade em face de uma afetação de certo bem a uma finalidade individual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 mar. 2021.

_____. **Lei n° 6.938**. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em 28 fev. 2021.

_____. **Lei n° 9.985**. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm. Acesso em 01 maio 2022.

_____. **Decreto n° 9.470**. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9470.htm. Acesso em 16 jun. 2021.

_____. **Decreto n° 99.274**. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/D99274compilado.htm. Acesso em 01 maio 2022.

_____. **Resolução CONAMA n° 001**. 1986. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Acesso em 01 mar. 2021.

_____. **Resolução CONAMA n° 237**. 1997. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em 04 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 22.164-0**. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, julgado em 30 de out. 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional**. Revista de Estudos Politécnicos, v. 13, p. 7-18, 2010. Disponível em: <http://scielo.pt/pdf/tek/n13/n13a02.pdf>. Acesso em: 02 maio 2022.

CHAVES, Cristiano; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2019. 4. ed. ver, ampl. e atual. Salvador: Juspodium.

CONJUR. **Alexandre suspende lei de Roraima que autoriza uso de mercúrio no garimpo**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-21/stf-suspende-lei-roraima-autoriza-uso-mercurio-garimpo>. Acesso em: 01 mar. 2021.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 1995.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS (Estocolmo). **Declaração de Estocolmo**. Estocolmo. 1972.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS (Rio de Janeiro). **Declaração Final da Conferência das Nações Unidas Sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio + 20)**. Rio de Janeiro. 2020.

LEONEL, Filipe. **Contaminação por mercúrio se alastra na população Yanomami**. 2019. Disponível em: <http://informe.ensp.fiocruz.br/noticias/46979>. Acesso em: 16 jun. 2021.

OLIVEIRA, Júnia Gonçalves de; COSTA, Fabrício Veiga. **Desenvolvimento sustentável: uma análise comparativa do desenvolvimento econômico frente ao princípio da sustentabilidade**. In: COSTA, Fabrício Viegas; GORDILHO, Heron José de Santana; BRASIL, Deilton Ribeiro. **A proteção ambiental em suas múltiplas dimensões**. Maringá: IDDM, p. 88-109. 2018.

PACHECO-FERREIRA, Heloisa. **Perigo silencioso**: trabalhadores intoxicados por mercúrio em uma indústria de cloro/soda. In: ACSELRAD, Gilberta. **Avessos do prazer**: drogas, Aids e direitos humanos. 2 ed. Rio de Janeiro: Fiocruz. p. 105-123. 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Decisão do ministro Alexandre de Moraes suspende lei de Roraima que autoriza uso de mercúrio no garimpo**. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460859&ori=1>. Acesso em: 28 fev. 2021.

TUNCAK, Baskut. **Report of the Special Rapporteur on the implications for human rights of the environmentally sound management and disposal of hazardous substances and wastes**. 2020. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session45/Documents/A_HRC_45_12_Add.2.docx. Acesso em: 01 maio 2022.

WOLFGANG, Ingo Sarlet; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. 2020. Rio de Janeiro: Forense.

WWF. **Convenção de Minamata sobre Mercúrio**: os desafios da implementação. [2018]. Disponível em: https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/reducao_de_impactos2/politicaspublicas/convencao_minata/. Acesso em: 01 maio 2022.

THE USE OF MERCURY IN THE GOLD EXTRACTION: ANALYSIS OF STATE LAW N° 1.453/2021 OF RORAIMA AND ADI 6.672.

ABSTRACT

The main scope of this present article is the analysis of State Law nº1.453/2021 of Roraima by allowing the use of mercury to the gold extraction activity in the State. Therefore will be analyzed the concepts involving environmental protection, considered a fundamental right, and the possible violations of the legal system, as well the “Ação Direta de Inconstitucionalidade” (ADI) 6.672, which determined, as a precaution, the suspension of the effectiveness of the State Law. For this reason, the aim is to understand the social and legal consequences arising from the possibility of the use of mercury in the gold extraction activity, in addition to discussion the form of action of the Government in terms of environmental protection.

Keywords: Environmental Law. Fundamental Rights. Environmental Protection. Environment.



IMMANUEL KANT E OS DIREITOS INATOS: DA MORALIDADE AO DIREITO

Danigui Renigui Martins de Souza¹

RESUMO

Quais conjuntos de direitos deveriam ser instituídos como Direitos Humanos sempre foi uma questão controversa. Questões como, quais são os direitos mais fundamentais para humanidade sempre estiveram pautados em muita polêmica e divergência de opiniões. Nesse sentido, o trabalho presente visa estabelecer, a partir da filosofia de Immanuel Kant, quais são os direitos mais fundamentais, ou nas palavras de Kant inatos, para a humanidade. Nossa metodologia consiste na leitura e análise dos textos de Kant e de seus comentadores, Otfried Höffe, Paul Guyer e Guido de Almeida. A partir dessas leituras, buscaremos contextualizar uma das grandes divergências entre estudiosos da filosofia prática no autor: os princípios supremos do direito podem ser derivados dos princípios supremos da moralidade? Defendendo uma postura afirmativa dos princípios morais sobre o Direito, buscaremos mostrar como o Direito inato da liberdade fundamenta um

¹ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
E-mail: daniguirenigui@ymail.com

critério racional para a seleção dos Direitos Humanos. Apontamos, dessa forma, as bases para construção de um direito racional coerente a partir de uma perspectiva kantiana.

Palavras-Chave: Kant. Moral. Direito. Liberdade.

1. INTRODUÇÃO

Nosso intuito consiste, basicamente, em apresentar a concepção kantiana acerca dos Direitos Humanos como um direito fundamental da humanidade. Nesse sentido, apresentaremos quais são os conjuntos de direitos que devem ser considerados como Direitos Humanos na perspectiva da filosofia prática de Kant. Partiremos das interpretações de dois grandes intérpretes do pensamento sistemático do autor na defesa que os princípios do Direito são derivados do princípio supremo da moralidade (a liberdade), a saber: Otfried Höffe e Paul Guyer em suas respectivas obras “Kant’s innate right as a rational criterion for human right” e “Kant’s deductions of the principles of right”. Assim, buscamos sustentar que a questão da moralidade é essencial para entendermos como deve ser constituído um direito legítimo no qual não haja equívocos sobre aquilo que deve ser a base do Direito, ou o direito fundamental, a partir do qual serão derivados os demais direitos.

Segundo Kant, estabelecer os princípios *a priori* da razão são necessários para que possamos falar de ações que possam ser universalizadas, e assim, dignas de serem cumpridas por todos os seres racionais. Só depois de conseguirmos fundamentar argumentativamente a existência de princípios objetivos que devem ser seguidos quando realizamos ações, será possível falar verdadeiramente de um Direito legítimo na filosofia kantiana, uma vez que as prerrogativas das ações ordenadas pelo Direito devem seguir leis que se propõem universais e válidas para todos os seres racionais em geral.

Para provar que existem princípios *a priori* que devem ser levados em consideração ao realizarmos nossas ações confrontamos duas teses, que o próprio Kant refuta, com o objetivo de demonstrar que os homens são uma junção de uma parte racional que dará os princípios *a priori* e formais da ação, e uma parte sensível que diz respeito aos seus desejos e suas inclinações que interferem diretamente em suas ações².

As duas teses enfrentadas por Kant eram no século passado e, em sua época, duas grandes concepções morais que visavam explicar as ações humanas, além de serem também duas grandes correntes epistemológicas: o empirismo e o racionalismo. Segundo Kant, essas duas correntes não eram capazes de explicar, suficientemente, as ações no campo da moral e muito menos conseguiam garantir um conhecimento objetivo sem recorrer à metafísica passada³ ou reduzir tudo à mera realidade causal e empírica das coisas.

A tese racionalista defendia a perspectiva da existência de conhecimentos inatos que deviam reger tanto o mundo prático, das relações morais, ou seja, um mundo sensível, quanto o mundo teórico, inteligível, na criação de conhecimento, de uma epistemologia. Além

2 Cf. KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005. p, 18-19.

3 Aqui nos referimos a metafísica existente antes do que a tradição filosófica costuma chamar de “giro copernicano”. Na concepção kantiana, à metafísica como era feita antes, não passava de mera especulação, ela não conseguia estabelecer bases, ou estabelecer princípios, precisos para as ações morais e para o campo epistemológico uma vez que esta pressupõe que o objeto deve reger a relação de conhecimento com o homem. A partir da filosofia crítica kantiana encontramos um novo panorama no qual o pensador alemão reivindica o homem como sendo o possuidor do papel central na construção do conhecimento. É através das representações que o homem conhece o mundo e a partir dessa relação (de uma relação fenomênica, homem e objeto da percepção, na qual os objetos nos são dados por meio da intuição sensível) que podemos criar conhecimento. Segundo Kant, uma metafísica que não leva em consideração esta relação explicitada acima não pode ser uma metafísica legítima, não passando apenas de meras especulações vazias.

disso, essa concepção apela para o conceito de Deus e seus atributos como fundamento metafísico último da moralidade. Entretanto, há um grave problema na concepção racionalista da moralidade, pois se reduz o mundo prático à simples lógica e a conceitos inatos já determinados em nós por um Deus, passa a existir pouco espaço ou quase nenhum para liberdade (enquanto entendida como livre-arbítrio). O racionalismo, nesse sentido, tende a nos levar a um determinismo. O que é completamente contrário, segundo Kant, ao que podemos constatar empiricamente na realização de nossas ações.

Já a concepção moral do empirismo consiste em sustentar que os princípios morais que direcionam nossas ações são princípios derivados unicamente das experiências, ou seja, propõe que não existem princípios morais universais derivados da razão, que tudo é contingente e pode variar de acordo com as experiências sensíveis que são proporcionadas por cada época. Suas análises restringem-se à observação empírica do mundo. Na corrente empirista os valores tão louvados pelos racionalistas são deixados de lado, reduzindo tudo a uma simples relação causal.

Kant claramente discorda dessas duas interpretações e busca construir uma que seja mais coerente com o que podemos observar na prática. A solução encontrada pelo filósofo de Königsberg consiste não somente em uma junção das duas teorias, mas em ir além, solucionando os problemas dessas e estabelecendo um critério para que a ação moral possa ser aplicada independentemente de cada época. A tarefa de Kant consiste basicamente em salvar o livre-arbítrio e a moralidade, inserindo-os em um único sistema.

O desafio que Kant possui em mãos não é fácil e isso pode ser visualizado na profundidade de suas obras. Estabelecer um sistema que comporte o livre-arbítrio e a moralidade é boa parte de todo o trabalho da filosofia prática do autor. Porém, aparentemente, Kant consegue mostrar argumentos satisfatórios para esse problema. A grosso modo, sua argumentação consiste em mostrar que o homem não é feito somente de sentidos ou somente de razão. Ou seja, ele não possui apenas uma parte animal sensível ou uma parte racional, nele encontramos a união

entre os dois. Há momentos em que a racionalidade fala mais alto e em outros a sensibilidade comandará suas ações. Isto posto, cabe a nós entendermos como a razão, no pensamento kantiano, pode se sobrepor a parte sensível que nós temos e lhe dar ordens.

Segundo Kant, todo ser humano é um ser dotado de razão e é justamente ela que nos diferencia dos demais animais. Para o filósofo, é papel da nossa razão prática estabelecer leis e máximas para que possamos agir de forma correta. Essas leis e máximas devem ser construídas de forma a serem universais, ou seja, essas leis devem valer para qualquer ser em geral dotado de razão. É através do fato do homem possuir a racionalidade que ele se transforma num ser livre que não age apenas pelos seus impulsos sensíveis. Nesse sentido, a razão tem o papel de comandar os homens a realizarem as ações corretas, porém, como ressalta Kant, nem sempre encontramos os homens agindo corretamente. Logo, a pergunta que podemos realizar é: porque o homem não age sempre corretamente uma vez que ele é um ser dotado de razão e essa razão lhe diz o correto a ser feito? Segundo o pensador, o homem é um ser racional, mas não somente racional. Seus instintos e desejos também o comandam no momento da realização de suas ações. Para Kant, essa coabitação, na maioria das vezes conflitiva, de uma parte sensível e instintiva com a parte racional, é a causa dos erros cometidos pelos sujeitos na realização das suas ações. De um lado temos os instintos inclinando nossas decisões para satisfação dos nossos desejos sensíveis e do outro lado temos a razão tentando nos impelir para realização da ação correta.

O fato de podermos observar que o homem nem sempre segue apenas a razão ou apenas os instintos é um fator importante que demonstra a existência do livre-arbítrio humano, pois apenas um ser dotado de liberdade pode ser considerado moral ou não. Somente um ser dotado de liberdade pode realizar escolhas sem um condicionamento obrigatório de alguma lei natural.

2. DO REINO DA CAUSALIDADE AO REINO DA LIBERDADE

Como sabemos, Kant é conhecido por ser um filósofo extremamente metódico. Por esse motivo, antes de ser possível falar acerca da existência de ações morais e consequentemente da moralidade, o filósofo de Königsberg constrói em sua “*Crítica da Razão Pura*” os elementos que podem permitir a existência da liberdade. O grande intuito da obra é estabelecer os limites do conhecimento dos homens e provar a existência de juízos sintéticos *a priori* que possam estabelecer raciocínios sólidos para construção e desenvolvimento dos conhecimentos futuros. Entretanto, durante suas investigações, Kant observa a existência daquilo que ficou conhecida como a terceira antinomia da razão. Nessa tese ele afirma: “a causalidade segundo leis da natureza não é a única da qual possam ser derivados os fenômenos do mundo em conjunto. Para explicá-los é necessário admitir ainda uma causalidade mediante liberdade” (KANT, 1980, p.294). E na antítese podemos ler: “Não há liberdade alguma, mas tudo no mundo acontece meramente segundo leis da natureza.” (KANT, 1980, p. 295).

O argumento da tese baseia-se no fato de que deve sempre existir uma causa primeira para a existência das demais causas. Essa causa primeira é chamada pelo filósofo de espontaneidade absoluta e é condição primeira para as demais relações causais. Já o argumento da antítese baseia-se no fato de que não podemos pensar em uma causa primeira, isso violaria as leis causais (causa e efeito), pois sempre podemos pensar uma causa que foi a causa anterior. Na antítese, a inexistência da liberdade, segundo Kant, estaria relacionada com o fato de que se a liberdade obedecesse às leis causais deixaria de ser liberdade.

Como podemos observar, a antinomia é caracterizada por ser um conflito de ideias coerentes e lógicas, mas que chegam a conclusões diferentes acerca do mesmo objeto. Ou seja, nas antinomias temos tese e antítese sobre um mesmo problema em que ambos os argumentos estão corretos, não sendo possível escolher um ou outro por sua validade, uma vez que ambos são válidos. Segundo o filósofo de

Königsberg, as antinomias ocorrem ao realizarmos um uso ilegítimo das categorias do entendimento, pois, como é ressaltado na “*Crítica da Razão Pura*”, as categorias do entendimento se referem a objetos dados pela sensibilidade. Seu uso legítimo consistiria em utilizar as categorias para produção de conceitos a partir dos dados vindos da intuição sensível, pois a razão tende a alargar os conceitos no intuito de abarcar a totalidade das coisas. Segundo Kant, a razão só pensa na totalidade e através de um condicionado que tende a buscar o incondicionado numa síntese regressiva. Entretanto, é por meio dessa limitação da razão que Kant encontra a possibilidade da construção de uma teoria da filosofia prática.

As antinomias da razão são importantes na obra de Kant, em especial a terceira, pois elas permitem a possibilidade de passagem do campo da sua filosofia epistêmica (ou seja, do reino da causalidade) para o campo da sua filosofia prática (ou seja, o reino da liberdade, da moralidade). As conclusões tiradas pelo filósofo de Königsberg consistem em afirmar que quando tratamos de filosofia teórica não é possível conhecer a liberdade, pois a relação de causalidade inerente às leis naturais não permite que isso ocorra. Em outras palavras, Kant defende que não podemos conhecer a liberdade no sentido da criação de uma teoria do conhecimento sobre ela, pois ela escapa a qualquer tipo de mensuração. Contudo, isso não significa a inexistência da liberdade. Mas sim uma existência diferente daquilo que é conhecido e produzido pelo reino da causalidade.

Essa abertura permite que Kant possa compreender a liberdade como um postulado da razão. Conceber a liberdade como um postulado da razão prática possibilita os sujeitos estarem abertos à possibilidade da obrigação. Fato que é observável no cotidiano. Assegurar a existência da liberdade permite colocar os sujeitos numa condição de decisão sobre a realização da ação. Abre-se, então, um novo espaço para construção de um conhecimento diferente daquele produzido na filosofia teórica. É justamente nesse espaço que surge a sua filosofia prática. Segundo Kant, apenas quando colocamos a tese e a antítese da terceira antinomia em seus respectivos campos - tese no campo da filosofia prática e antítese no

campo da filosofia teórica - a antinomia pode ser dissolvida e a liberdade pode surgir como um objeto de estudo da filosofia prática.

Entretanto, não basta apenas que consigamos realizar uma transição do campo da causalidade (filosofia teórica) para o campo da liberdade (filosofia prática) para tentar garantir a existência de ações morais e consequentemente a moralidade, princípios antropológicos também são fundamentais. A argumentação kantiana é muito mais extensa e muito mais complexa do que relatamos até agora, e continuar expondo seus pontos centrais nos levará a uma longa reconstrução de argumento, o que não pretendemos fazer aqui. Julgamos que o exposto até esse momento, garantindo a existência da liberdade como um postulado da razão, é necessário para que possamos prosseguir na relação entre moralidade, direito e finalmente chegarmos aos Direitos Fundamentais que devem ser resguardados pelo Direito instituído legalmente.

3. A NECESSIDADE DE PRINCÍPIOS METAFÍSICOS E ANTROPOLÓGICOS PARA CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA MORAL

Em sua obra “*Metafísica dos Costumes*” escrita em 1797, Kant procura nos mostrar quais são os princípios metafísicos da doutrina dos costumes para que possamos de forma racional e universal estabelecer os princípios que legitimam a existência do Direito como um instrumento regulador da sociedade. Para isso, faz uso de uma metafísica baseada na razão pura, que estabelecerá os princípios do Direito e da Antropologia para aplicação desses princípios a objetos da experiência na sociedade. Porém, Kant adverte para os perigos de uma leitura meramente antropológica ou empirista para criação dos princípios fundamentais do direito que regem uma sociedade. Citamos:

por conseguinte, se um sistema de conhecimentos a priori mediante meros conceitos se denomina metafísica, uma filosofia prática, que não tem como objetivo a

natureza, mas a liberdade do arbítrio, pressuporá e requererá uma metafísica dos costumes: quer dizer, ter uma tal metafísica é em si mesmo um dever e cada homem tem-na também em si próprio, se bem que em regra só de um modo obscuro; porque, sem princípios *a priori*, como poderia crer ter em si uma legislação universal? Mas do mesmo modo que numa metafísica da natureza tem que haver também princípios para aplicação a objetos da experiência daqueles outros princípios supremos universais da natureza em geral, não pode uma metafísica dos costumes estar desprovida deles; e teremos frequentemente, cognoscível somente mediante a experiência, para mostrar nela a consequência de princípios morais universais, sem, todavia, afectar com isso a pureza dos últimos nem pôr em dúvida a sua origem *a priori*. Isto significa que uma metafísica dos costumes não pode fundar-se na antropologia, mas pode aplicar-se a ela” (KANT, 2005, p. 23-24)

Observamos na citação acima a necessidade de assentarmos princípios racionais *a priori* – dados pela razão prática –, a fim de garantir uma universalidade a ações morais, pois, segundo Kant, se basearmos nossa concepção de moralidade apenas na antropologia iremos possuir uma infinidade de ações pautadas apenas em princípios empíricos, o que impossibilitaria a capacidade de criação de ações universais e imutáveis. Nesse sentido, Kant busca uma universalidade estrita, que seria impossível de ser realizada por um direito meramente empírico. Se tomarmos apenas o modelo antropológico ou empirista como princípio para a criação do Direito, segundo Kant, poderíamos ter o seguinte problema: uma determinada sociedade possui como prática, há muitos séculos, assassinar crianças que não serão capazes de ajudar nas atividades desenvolvidas pela comunidade, ou ainda, uma determinada sociedade possui como práticas milenares oferecer crianças como sacrifícios aos deuses. Seguindo o argumento empirista, que é pautado apenas na experiência, os atos cometidos por esses dois exemplos de sociedades seriam legítimos juridicamente. Uma vez que essa é uma

prática comum dessas sociedades, os indivíduos que realizassem esses atos não poderiam ser passíveis de punição.

Nesse tipo de ação, podemos observar um caráter contingente que pode mudar de acordo com o tempo e a época, ou seja, varia de lugar para lugar e de tempos em tempos. Para Kant, se partirmos de um Direito que apenas leva em consideração o caráter empírico, não teríamos um critério sólido para dizer o que é certo e o que é errado. Ou melhor, a moralidade, tal como compreendida no sistema kantiano, estaria fadada à inexistência. Logo, faz-se necessário pensarmos na existência de leis racionais que possam estabelecer princípios racionais e universais para nossas ações e conseqüentemente para o estabelecimento do Direito positivo. Essas leis devem ser dadas por um conhecimento *a priori* da razão que comanda, sem considerar os interesses e as inclinações particulares. Nesse contexto, as leis da razão prática apresentam-se como universais e necessárias para que um sujeito possa realizar ações boas. Segundo Otfried Höffe, o papel do direito inato em Kant consiste justamente em oferecer um critério racional para uma declaração positiva dos direitos humanos⁴.

Contudo, Kant observa que o homem, apesar de ser dotado de razão, na maioria das vezes acaba agindo por impulsos sensíveis e não raciocina corretamente, podendo com suas ações produzir erros ou prejuízos para si e para outras pessoas. Assim, o Direito surge como um instrumento capaz de produzir uma igualdade entre os sujeitos a partir de um poder coercitivo⁵. Por esse motivo, faz-se essencial encontrar os princípios que possam fundamentar um Direito mais igualitário.

4 Cf. Höffe, Otfried. Kant's innate right as a rational criterion for human rights. In: Denis, Lara. Kant's Metaphysics of morals. A critical guide. Cambridge: University Press, 2010, p. 74-75.

5 Para Kant o poder coercitivo é analítico ao Direito, ou seja, todo o Direito é Direito de coerção a algo. Para uma análise mais detida ver parágrafo "D" da introdução à doutrina do direito, na "Metafísica dos costumes" onde Kant detalha tal concepção.

Segundo Kant, esses princípios racionais que são deduzidos da razão prática podem ser aplicados a qualquer legislação. Entretanto, essa dedução é diferente da realizada na filosofia teórica, pois como vimos no tópico anterior, a realidade objetiva que a filosofia prática necessita é diferente da realidade objetiva que a filosofia teórica necessita. Na filosofia teórica, temos o objeto como um fenômeno da nossa intuição sensível, enquanto na filosofia prática não possuímos o objeto empírico, pois analisamos uma ação. A diferença entre as duas está relacionada ao objeto de análise.⁶ Desse modo, podemos falar a partir de uma filosofia prática sobre Deus, a liberdade e a imortalidade da alma como postulados da razão prática, o que seria impensável para filosofia teórica kantiana, uma vez que esses objetos não podem aparecer no campo do fenômeno e nem serem mensurados. O postulado da liberdade ganhará atenção especial na filosofia prática de Kant, estando tanto no fundamento da moralidade quanto na base da criação dos Direitos inatos, ou fundamentais, e dos Direitos Humanos.

4. A LIBERDADE COMO PRINCÍPIO DA MORAL E COMO DIREITO INATO FUNDAMENTAL

Na primeira parte do seu livro “*Metafísica dos Costumes*”, Kant realiza uma introdução à metafísica dos costumes visando dar ao leitor uma parte do panorama no qual está inserida a racionalidade que está nas bases da sua filosofia prática e na doutrina do direito. Nesse momento,

6 Kant ressalta a importância de não confundirmos os âmbitos sensível e o inteligível, tomando um pelo outro, ou os dois como um único âmbito. Esse é o problema que está por trás das antinomias da razão, na “Crítica da razão pura”, que, como salientamos antes, só é resolvido quando colocamos tese e antítese nos seus devidos lugares. Isso feito, a antinomia desaparece nos proporcionando a possibilidade de pensarmos Deus, a imortalidade e a liberdade na sua obra seguinte, a “Crítica da razão prática”.

o filósofo caracteriza o homem como um ser racional possuidor da faculdade de desejar – compreendida como a faculdade de representar e a causa do objeto – que se apresenta como a própria razão prática na medida em que pode determinar o arbítrio.

Kant diferencia a existência de dois tipos de arbítrio, um animal que está completamente exposto e obedece somente aos impulsos sensíveis e seus instintos primitivos, e um arbítrio humano, marcado pela presença de uma razão prática, que não está determinada pelos impulsos sensíveis. Para Kant, somente um arbítrio racional é capaz de criar leis para suas ações. Citamos:

o arbítrio humano é, pelo contrário, um arbítrio que é, sem dúvida, afectado mas não determinado pelos impulsos sensíveis e que não é, portanto, puro por si próprio – sem uma adquirida habilidade da razão – mas pode ser determinado a certas acções pela vontade pura. A liberdade do arbítrio é a independência de sua determinação pelos impulsos sensíveis; este é o conceito negativo de liberdade. O positivo é: a liberdade é a faculdade da razão pura de ser por si mesma prática. Mas isso não é possível senão mediante submissão das máximas de cada acção à condição de ser apta a converter-se em lei universal. Pois que, como razão pura aplicada ao arbítrio independente do objeto deste último ou como faculdade dos princípios (e aqui dos princípios práticos, como faculdade legisladora, portanto) não pode senão, uma vez que a matéria da lei lhe escapa, converter a forma da aptidão da máxima do arbítrio em torna-se lei universal em lei suprema e fundamento de dominação do arbítrio e prescrever esta lei, pura e simplesmente como imperativo de proibição ou de mandato, dado que as máximas do homem que procedem de causas não coincidem por si mesmas como as objetivas. Estas leis da liberdade chamam-se morais, em contraposição às leis da natureza. Na medida em que estas leis morais se referem a acções meramente externas e a sua normatividade, denominam-se jurídicas. (KANT, 2005, p.19)

A questão apresenta-se como a possibilidade de escolher agir apenas conforme os impulsos sensíveis ou conforme as regras postas pela razão. A liberdade que surge desse arbítrio humano e proporciona ao homem realizar suas escolhas é chamada de autonomia. Porém, como já frisamos antes, o homem nem sempre faz um bom uso de sua razão e acaba muitas vezes sendo levado pelos impulsos sensíveis a cometer ações que não são consideradas corretas. Para Kant, quando temos a possibilidade de escolher e escolhemos agir de acordo com nossos impulsos, não agimos livremente, pois fraquejamos diante do arbítrio animal. Um sujeito é livre quando segue a razão prática, o arbítrio humano, e a partir das regras dadas *a priori* pela razão realiza uma ação correta.

Desse modo, sempre que os homens seguirem as leis que são postas pela razão pura prática, suas ações serão corretas. A liberdade, aqui em seu sentido negativo, consiste exatamente no fato de não sermos escravos de um arbítrio animal que serve apenas aos instintos e aos desejos primitivos. Porém, Kant também nos fala de uma liberdade positiva, essa seria capaz de produzir um efeito no mundo prático sem uma causa anterior. Como vimos em um dos tópicos anteriores, trata-se da tese da terceira antinomia. Assim, Kant consegue sustentar uma possível existência⁷ da liberdade, o que era impossível de ser defendido de forma plausível pelos racionalistas do seu século.

Seguir os princípios *a priori* da razão significa seguir as leis da liberdade que ordena que o meu arbítrio não deve interferir no arbítrio de outrem. Nesse sentido, encontramos na liberdade um princípio universal que servirá tanto para pensarmos as ações morais quanto para a formulação universal do Direito. Citamos Kant:

7 Aqui, nos referimos apenas a uma existência inteligível, noumênica, e não uma existência sensível, fenomênica.

se, portanto, a minha acção ou, em geral, o meu estado pode coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal, aquele que me coloca impedimentos comete perante mim um acto injusto; pois que esse impedimento (essa resistência) não pode coexistir com a liberdade segundo leis universais (KANT, 2005, p.43).

Para Kant, o direito apresenta-se como “o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio de outrem segundo uma lei universal da liberdade” (KANT, 2005, p.43). Tal passagem da “*Metafísica dos costumes*” é caracterizada por ser a proposta de formulação kantiana da lei universal do direito. Aqui observamos que a minha liberdade não pode interferir na liberdade do outro, ou seja, a liberdade é limitada pelas condições da própria universalidade. Entretanto, não é apenas o direito que deve buscar seguir essa lei universal de conciliação de arbítrio. Antes mesmo do direito, que surge como poder coercitivo, na busca da realização de uma ação correta, seja ela por dever ou conforme o dever, os indivíduos devem agir de modo que as suas ações possam se tornar máximas universais, ou seja, na busca pela ação moral já se encontra implícito o respeito pela liberdade do outro. Assim, a liberdade surge no pensamento kantiano como um princípio fundamental para a realização das ações morais e um direito inato fundamental para que os indivíduos possam realizar pactos na sociedade civil.

5. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO KANTIANO SÃO DERIVADOS DO PRINCÍPIO SUPREMO DA MORALIDADE?

Essa questão, que é o título desse tópico, abre o artigo do Paul Guyer – “*Kant’s deductions of the principle of right*” – e não está lá por acaso. Essa é uma questão que causa grandes querelas entre intérpretes

da filosofia prática kantiana. Para Allen Wood⁸ e Marcus Willaschek⁹, Kant não apresenta indícios de que essa era a sua teoria, e o fato de estabelecermos os princípios do Direito ligados aos princípios da moral, estaríamos querendo afirmar que o direito não se preocupa apenas com o fato da legislação externa, mas sim, também com a legislação interna, ou seja, o Direito exigiria mais que simplesmente o cumprimento de uma lei, ele exigiria que nos sentíssemos bem ao cumprir determinada norma. Fato que não é verdade e que acabaria por contradizer as teses apresentadas por Kant na “*Metafísica dos costumes*” em que ele afirma:

“a legislação que faz de uma ação um dever e simultaneamente desse dever um móbil é ética. Mas a que não inclui o último na lei e que consequentemente, admite um móbil diferente da ideia do próprio dever é jurídica” (KANT, 2005, p.27).

Willaschek ainda defende em seu texto “Why the Doctrine of Right does not belong in the Metaphysics of Morals: one some basic distinctions in Kant’s moral philosophy”, que os direitos fundamentais são uma expressão da autonomia humana, porém independente de uma moral dominante. Nesse sentido, tanto Wood quanto Willaschek são contrários à tese da derivação do direito a partir da moralidade.

Por outro lado, Otfried Höffe e Paul Guyer defendem a perspectiva oposta. Eles acreditam e sustentam a interpretação da existência de um princípio moral que está na base da construção do Direito pensado por Kant. Höffe vai ainda mais além, afirmando que

8 Ver: Wood, Allen. The Final Form of Kant’s Practical Philosophy In: Timmons, Mark (Ed.) Kant’s Metaphysics of Morals: Interpretative Essays. Oxford: University Press, 2002, 1-22.

9 Ver: Willaschek, Marcus. Why the Doctrine of Right does not belong in the Metaphysics of Morals: one some basic distinctions in Kant’s moral philosophy. In: Jahrbuch für Recht und Ethik, v.2, 1998, 205-227.

o princípio fundamental por trás do direito também é o princípio fundamental da moralidade, a liberdade. Nesse sentido, assim como Höfe, acreditamos que o Direito surge na concepção kantiana como um dispositivo que objetiva a manutenção da liberdade na sociedade civil organizada com a prerrogativa de utilização de meios coercitivos.

Segundo Guido de Almeida, caminhando no mesmo sentido dos posicionamentos de Höfe e Guyer, os princípios *a priori* do Direito podem e devem ser interpretados como derivados e subordinados aos imperativos morais. Almeida acredita que essa interpretação pode ser sustentada em duas teses de Kant. Citamos:

A primeira é uma tese geral [...] de que todo dever corresponde a um direito. Com efeito, ‘direito’ significa mesmo aqui na terminologia de Kant, a autorização ou faculdade moral (Befugnis, facultas moralis) de fazer não só o que é exigido como dever, mas também o que é lícito, assim como a de não fazer o que é proibido. A segunda é a tese defendida no parágrafo E da introdução à doutrina do direito, onde Kant demonstra que ‘o direito está conectado à faculdade moral de usar a coação’ (MS I, AB 35; Ak. VI, 231). *Se aceitarmos isso, podemos dizer que a legislação jurídica é tornada possível pela própria moralidade, ou, por outras, que o direito é fundamentalmente o direito moral de coagir (pelo uso ou ameaça do uso da força) aquilo que é exigido por uma lei moral, toda vez que somos impedidos seja de fazer o que é lícito ou obrigatório, seja de não fazer o que é proibido.*” (ALMEIDA, grifo nosso, 2006, p 218.)

Desse modo, poderíamos falar, de forma legítima, de um Direito que retira seus princípios da moralidade. Segundo Almeida, o direito exige que as ações aconteçam em conformidade com as leis. Nesse cenário, o sujeito é motivado pela ideia de dever, ou seja, pela aversão às consequências da não conformidade com a lei. Aqui o sujeito

é obrigado a agir conforme o dever, mas não por dever¹⁰. Kant realiza as distinções de ações realizadas por dever e conforme o dever em sua obra “*Fundamentação da metafísica dos costumes*”. De modo breve, dizemos que uma pessoa agiu conforme o dever se ela cumpre/realiza uma ação correta não por sua vontade própria, mas por obediência a uma lei jurídica ou por prestígio dentro da sociedade. Já as ações por dever são as mais difíceis de saber se aconteceram ou podem acontecer. A ação por dever é realizada quando o indivíduo cumpre uma ação correta por vontade própria, sem levar em conta suas inclinações e sentimentos (amor de si).¹¹

Na tentativa de responder à pergunta que dá título a esse tópico, Guyer discorre sobre os postulados da razão prática com o objetivo de provar que o postulado da liberdade dará fundamentos para que os sujeitos construam uma sociedade e crie mecanismos de organização. Guyer nos traz o exemplo do estado de natureza para mostrar a necessidade de que algo externo regule as nossas ações, lembrando que o estado de natureza é um lugar onde impera a lei do mais forte (já existindo um poder de coerção que não produz relações iguais). Nesse caso, podemos interpretar que o Direito surge para manter a liberdade dos sujeitos e, consequentemente, a igualdade entre eles¹² - seja de forma pacífica ou coercitiva.

10 Para maiores esclarecimentos sobre a existência de ações morais indico a leitura do livro: “Introdução à filosofia moral de Kant” da professora Dr. Cinara Naha, mais especificamente o segundo capítulo.

11 Se fosse possível provar que uma pessoa agiu somente por dever seria possível provar, efetivamente, a existência de ações morais, que é a grande pedra no sapato da filosofia kantiana.

12 Guyer ainda nos conta que, segundo Kant, todos nós temos o dever de buscar a sociedade civil, uma vez que se poucas pessoas entrarem numa sociedade e as outras não, essas outras estarão fora de uma relação de igualdade entre si, o que seria contrário à formulação do conceito de liberdade realizado por Kant.

6. OS QUATRO DIREITOS FUNDAMENTAIS DERIVADOS DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE

O que percebemos a partir das nossas análises e leituras realizadas da filosofia prática kantiana, é que através de sua teoria podemos estabelecer critérios claros e objetivos para os princípios fundamentais e inalienáveis que devem ser defendidos por aqueles que lutam pelos direitos humanos fundamentais. Nesse sentido, os direitos humanos fundamentais devem se apresentar como um Direito comum a todo ser em geral dotado de razão e jamais está relacionado com a nacionalidade ou pertença a algum Estado, modo que é comumente nos apresentado ao longo da história. Assim, defendemos como Höffe em “*Kant’s innate right as a rational criterion for human right*.”, que Kant vai mais além do que simplesmente afirmar a liberdade como princípio inato dos seres dotados de razão prática, sendo possível encontrar pelo menos quatro direitos fundamentais que são derivados da formulação da liberdade e que devem ser observados com atenção.

Desta forma, contrário às leituras realizadas por alguns estudiosos da teoria kantiana, podemos defender, juntamente com Höffe, a ideia que a liberdade está na base do Direito, e os demais direitos criados devem ser derivados ou levar em conta esse princípio maior. Esses quatro direitos estão implícitos no direito inato da liberdade. Eles são:

1. *Todos possuem a mesma obrigação (igualdade)*: para Kant, essa é uma conclusão óbvia que retiramos da formulação da liberdade. Uma vez que a liberdade transforma todos em iguais a partir de um princípio universal que diz que devemos agir de tal forma que a nossa ação não interfira na liberdade de escolha do outro, ou seja que nossa liberdade deve conciliar-se com o arbítrio dos outros;
2. *Todo ser humano deve ser seu próprio mestre (não ser escravo)*: Como uma consequência lógica, já que todos somos iguais, todo

ser humano deve ser seu próprio mestre e buscar cada vez mais a sua maioridade, a sua emancipação¹³. Ou seja, todo ser humano tem o direito de ser uma entidade legal, uma pessoa com direitos, emancipada intelectualmente, e não um escravo ou um homem em cativeiro. Nesse sentido, os seres humanos não podem ser vistos como simples meios para realização de fins;

3. *Estar acima de qualquer suspeita*: para Kant esse direito é parecido com o princípio da inocência presumida, porém, segundo o filósofo, esse é muito mais básico. A partir desse direito ninguém pode ser julgado por não fazer caridade, uma vez que o espírito de fraternidade não pode ser considerado um direito inato;
4. *Um ato é permitido se ele não restringe os meus direitos internos e externos*: O quarto direito diz respeito à permissividade de um ato. Aqui Kant tenta estabelecer um parâmetro para distinção entre o permitido e o não permitido, enfatizando que a nossa ação não possa restringir as liberdades dos outros, ou seja, nossa liberdade termina no momento em que invadimos a esfera da liberdade de outrem.

Isso posto, percebemos que em Kant direitos como a propriedade, a felicidade, a resistência à opressão, a liberdade de crença etc., não estão entre os direitos que são julgados como fundamentais, como poderiam propor outras teorias. Porém, isso não significa que

13 Para mais informações ver o texto “o que é o esclarecimento?” No qual Kant trabalha as questões referentes à saída da menoridade, ou seja, questões referentes ao esclarecimento dos indivíduos, para que cada um possa se tornar o seu próprio mestre fazendo um uso adequado de sua razão pública e de sua razão privada.

o que está aparentemente fora dos quatro direitos demonstrados em nossa análise, a partir da derivação do conceito de liberdade, sejam os únicos que os homens devam possuir, mas sim que esses direitos inatos ou fundamentais, derivados da liberdade, devem servir de bases para pensarmos a construção de um direito universal que leve em consideração a igualdade entre todos na construção de um mundo mais cosmopolita.

O próprio Kant desenvolve questões sobre esses temas que não foram citados explicitamente, mostrando que esses não são direitos supérfluos e que são necessários para manutenção de uma sociedade coesa. Porém, na concepção da filosofia prática kantiana, se tratarmos de direitos fundamentais sempre teremos em vista a liberdade como princípio inato a partir do qual podemos derivar os quatro direitos explicitados acima. Possivelmente poderemos derivar outros direitos, uma vez que estes não entrem em conflito com o princípio fundamental da moral e do direito inato mais fundamental, a liberdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos ao final desse texto salientando que é possível e plausível a interpretação e a defesa de que na filosofia prática kantiana podemos encontrar uma correspondência entre a moralidade e o Direito. Nessa correspondência, a liberdade surge como o conceito norteador que permite a realização desse vínculo. Tanto a filosofia prática (ou filosofia moral) quanto o Direito necessitam da existência da liberdade para que possam construir relações morais e relações jurídicas. Além disso, a filosofia prática kantiana nos permite interpretar, tal como fez Guido de Almeida, o Direito como um direito moral de coagir, ou seja, a perspectiva kantiana nos permite interpretar que aquilo que é exigido pela lei moral como um dever pode ser colocado no ordenamento jurídico sem que isso possa ocasionar um possível dano moral ou a justiça de outrem, uma vez que as leis morais seguem os princípios dados *a priori* pela razão e legitimam a atividade coercitiva típica do Direito.

Nesse sentido, a liberdade pode ser compreendida neste artigo a partir de duas funções que se complementam e fundamentam os seus respectivos campos de atuação. A primeira, como vimos, consiste em ser o fundamento de ações morais e a segunda consiste em ser o direito inato fundamental e responsável pela manutenção da sociedade civil organizada.

Assim como Otfried Höffe, acreditamos que a liberdade, os direitos de igualdade, de não ser escravo, de estar acima de qualquer suspeita e o direito de permissividade sem afetar o arbítrio de outrem, configuram os direitos humanos fundamentais que podem ser retirados das análises acerca da relação entre moralidade e Direito no pensamento kantiano. Desse modo, a liberdade tal como pensada por Kant estabelece as bases para criação dos demais princípios da filosofia prática, de um Direito mais igualitário e, conseqüentemente, da criação dos direitos fundamentais para humanidade nos ajudando com uma espécie de norte para evolução tanto da nossa compreensão sobre a moral, quanto nossa compreensão do Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guido A. Sobre o princípio e a lei do direito em Kant. In: *Kriterion*, n. 114, 2006.

BONACCINI, Juan Adolfo. Acerca do conceito de fenômeno na crítica da razão pura. In: *Princípios*, n. 05, EDUFRN – Editora UFRN, 1997, 159-186.

GUYER, Paul. Kant's Deductions of the Principles of right. In: Timmons, Mark (Ed.) *Kant's Metaphysics of Morals: Interpretative Essays*. Oxford: University Press, 2002, 23-64.

HÖFFE, Otfried. Kant's innate right as a rational criterion for human right. In: Denis, Lara. *Kant's Metaphysics of morals. A critical guide*. Cambridge: University Press, 2010, 71-92.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

_____. *Crítica da Razão Pura*. In: *Coleção os Pensadores*. Trad. Valério Rohden e Udo Moosburguer. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos costumes*. Trad.: Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009.

_____. *Resposta à Pergunta: ‘O Que é Esclarecimento?’* Trad.: Floriano de Souza Fernandes. In: KANT, I. *Textos Seletos*. (org. Carneiro Leão, E.) Petrópolis: Vozes, 1974.

NAHRA, Cinara. *Uma introdução à filosofia moral de Kant*. Natal, RN: EDUFRN – editora da UFRN, 2008.

WILLASCHEK, Marcus. *Why the Doctrine of Right does not belong in the Metaphysics of Morals: one some basic distinctions in Kant’s moral philosophy*. In: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, v.2, 1998, 205-227.

WOOD, Allen. *The Final Form of Kant’s Practical Philosophy* In: Timmons, Mark (Ed.) *Kant’s Metaphysics of Morals: Interpretative Essays*. Oxford: University Press, 2002, 1-22.

IMMANUEL KANT AND INNATE RIGHTS: FROM MORALITY TO RIGHT

ABSTRACT

Which sets of rights should be instituted as Human Rights has always been a controversial

issue. Questions such as, what are the most fundamental rights for humanity have always been guided by much controversy and divergence of opinions. In this sense, the present work aims to establish from Immanuel Kant's philosophy which are the most fundamental rights for humanity. Our methodology consists of reading and commenting on texts by Kant and his analysts, Otfried Höffe, Paul Guyer and Guido de Almeida. From these readings, we will seek to contextualize one of the great divergences between scholars of philosophy in the author: can the supreme principles of law be presented from the supreme principles of morality? Defending an affirmative stance of the moral principles about the Right, we will try to show how the innate Right of freedom bases a rational criterion for the selection of Human Rights. In this way, we point out the bases for the construction of a coherent rational right from a Kantian perspective.

Keywords: Kant. Moral. Right. Freedom.



O PARADIGMA DA MODERNIDADE E A SITUAÇÃO DE ANOMIA DOS ESQUECIDOS

Bruno Gruppioni Passos¹

RESUMO

Este artigo busca relacionar a sociedade anômica descrita pelo sociólogo Robert King Merton com o paradigma jurídico da modernidade, adotado nos países latino-americanos desde a colonização. O objetivo deste estudo é repensar o direito para além da tecnicidade jurídica, a fim de reaproximar esse campo do saber com outras fontes de conhecimento, como a filosofia e a antropologia. Trabalha-se com o conceito de anomia de Merton, visto que na sociedade anômica os membros das classes menos favorecidas serão sempre concebidos como perigosos e dignos de repressão estatal. Quanto à Constituição de 1988, faz-se uma crítica, posto que institucionalizou a meritocracia, sem garantir aos mais necessitados a igualdade de oportunidades iniciais. Conclui-se que há a necessidade de se tipificar novos direitos e sujeitos de direito por meio da reformulação do paradigma jurídico da modernidade, como aconteceu com as Constituições do Equador de

1 bgrupioni@yahoo.com.br.

2008 e da Bolívia de 2009, de forma a garantir as metas culturais para toda a população.

Palavras-chave: Paradigma da Modernidade. Sociedade Anômica. Metas Culturais. Neoconstitucionalismo Latino-Americano.

1. INTRODUÇÃO

De início, cumpre destacar que o direito que surgiu a partir da Idade Moderna acabou por tornar-se um saber meramente técnico, cujas premissas sociais, históricas e filosóficas não possuem tanta importância, limitando-se ao estudo das normas jurídicas. Ademais, o direito moderno restou colocado a serviço do mercado de forma a utilizar os ideais éticos e as propostas políticas à disposição do capitalismo liberal burguês.

Ocorre que esse direito racionalista não proporcionou uma igualdade real entre os homens e não levou o progresso científico aos limites da Terra e em benefício de todos. Pelo contrário, tal paradigma não impediu a permanência das desigualdades sociais e econômicas entre as várias regiões do mundo e não resolveu a situação de anomia dos mais precarizados.

Embora a ordem capitalista, vigente no ocidente há pelo menos cinco séculos, ter gerado grande desenvolvimento social ao longo dos anos, percebe-se que a expansão deste sistema dependerá cada vez mais da superação de obstáculos de índole moral. Hoje, é fato que a economia capitalista define as políticas de Estado e o conteúdo das normas jurídicas, da maioria dos países existentes no globo.

Reconhecer a crise nas ciências jurídica é o primeiro passo, uma vez que o direito a ser reconhecido e respeitado não pode continuar a ser apenas o estatal e o pensamento jurídico não pode se limitar a pensar a norma. O direito precisa se reaproximar da filosofia e de outros ramos das ciências humanas, como as ciências sociais e a antropologia.

Para o sociólogo Robert King Merton, a anomia consiste em um conflito socialmente determinado, decorrente da contradição entre a estrutura cultural de uma sociedade, que estabelece objetivos ilimitados a serem perseguidos por todos (ascensão social e êxito econômico), e a sua estrutura social, que limita os meios para se alcançar legalmente aqueles objetivos. (PINTO, 2007)

Segundo o referido autor, as metas culturais, desenvolvidas em toda sociedade, expressariam os valores que guiam a vida dos indivíduos. O insucesso em atingir as metas culturais devido à insuficiência dos meios institucionalizados pode produzir o que Merton denomina de anomia, isto é, um abandono das regras sociais. O indivíduo passa a não respeitar as regras de comportamento socialmente aceitas. Surge então os comportamentos desviantes, como, por exemplo, o crime e a toxicodependência. (ASSAF, 2016)

Para Merton, a estrutura cultural é o conjunto de objetivos, metas ou valores historicamente assentados, a serem perseguidos pelos membros de uma comunidade, valores esses que significavam, na ordem capitalista, ascensão social e êxito econômico. Além disso, Merton define a estrutura social como o conjunto de meios e modos de se alcançar legitimamente aqueles objetivos, como, por exemplo, trabalho honesto, remuneração digna e educação adequada. (MERTON, 2012)

Assim, quando a estrutura cultural se acopla com a social (existência de meios legítimos suficientes para alcançar os objetivos culturalmente prescritos), tem-se uma sociedade harmônica. Todavia, quando há um descompasso entre as referidas estruturas, abre-se caminho para o surgimento de condutas desviantes do padrão convencional (sociedade anômica). Portanto, a anomia não decorreria simplesmente da ausência de normas, mas sim da associação das metas culturais com a frustração derivada do bloqueio de oportunidades, em razão da incompatibilidade entre a estrutura cultural e a social. (PINTO, 2017).

2. A QUESTÃO DA ANOMIA NO BRASIL

Com o advento da Constituição Cidadã de 1988, consagrou-se muitos direitos individuais e sociais a nível constitucional. Contudo, a sociedade brasileira permanece anômica, porquanto, apesar da positivação destes direitos humanos, não há a concretização fática da Carta Magna. Além disso, é possível identificar no Brasil um modelo jurídico racional e excludente, eis que a interpretação das normas se restringe à tecnicidade.

Verifica-se que a sociedade brasileira foi construída em classes sociais, as quais dividem-se em sujeitos desprovidos de capital cultural e econômico, reféns de um provável fracasso, e em outra parcela, bem menor, de sujeitos capazes de se apropriarem da cultura e integrarem a economia por possuírem bases sociais, morais e intelectuais para tanto.

O abandono social e político de sujeitos precarizados e esquecidos passa a refletir nos debates públicos, na medida em que tais sujeitos são compreendidos como aqueles carentes, perigosos, entrelaçados à violência e ao mal da sociedade. Tal compreensão os mantém na condição de sujeitos de não direitos, de forma que a ausência de garantias para discutir, refletir e gozar efetivamente os direitos fundamentais não conduz a uma verdadeira democracia.

No Brasil, os privilégios continuam a se perpetuar por meio da herança cultural e econômica, bem como são legitimados em decorrência do mérito e do desempenho individual do sujeito. Assim, a meritocracia legitima a desigualdade social, haja vista que desconsidera o fato de que os sujeitos não são dotados de oportunidades iniciais equânimes, garantindo-se, como regra, a preservação da recompensa àqueles sujeitos dotados de maiores oportunidades.

Portanto, a visão moderna da sociedade brasileira impõe àqueles que não detêm as condições mínimas de serem recompensados pelo mérito um status de subalternidade e inferioridade.

Com efeito, a composição das leis sofre inaceitável influência desse esquecimento social e o direito tem funcionado na atualidade como verdadeiro e legítimo “suporte ideológico às relações injustas e desiguais do senso comum” (SOUZA, Jessé de. *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: UFMG, 2009. P. 52). Nesse sentido, é o entendimento de Delze dos Santos Laureano:

As normas que visam a proteção da dignidade da pessoa humana são instrumentalizadas por argumentos jurídicos que têm como parâmetro o homem europeu, branco, proprietário, de educação formal e identificado na heterossexualidade das famílias nucleares construídas em relações estritamente monogâmicas. Surge daí a necessidade de superar esse sistema-mundo fundado em uma razão que elegeu algumas instituições como Estado nacional e a ciência como expressão do desenvolvimento humano. Esse mesmo Estado que mantém o sistema capitalista, baseado numa economia que privilegia o lucro em detrimento das pessoas e o mito do desenvolvimento tecnológico como capaz de criar melhores condições de vida e felicidade para as pessoas. A razão individual, descompromissada com qualquer comunidade ética, foi eleita como o meio mais adequado para legitimar as ações no campo da justiça. (LAURENO, 2015, p.16-17)

Segundo Laureano, é preciso atravessar os limites estabelecidos pela modernidade, de forma a dar visibilidade ao que não possui o mínimo reconhecimento, para que, então, seja viável a criação de oportunidades para o novo.

3. O GIRO DESCOLONIAL

Considerando que na América Latina os meios institucionais são insuficientes para todos atingirem as metas culturais, como é possível os

países latino-americanos superarem a sociedade anômica, com redução da criminalidade e garantia dos direitos humanos a minorias?

Em outras palavras, como reduzir as condutas desviantes originadas do insucesso em atingir metas culturais? Quais políticas públicas poderiam ser aplicadas para o alcance das metas culturais? Em que situações o Estado deve intervir para restringir ou impedir a difusão do discurso de ódio contra minorias?

É certo que não há um consenso absoluto sobre o significado do termo minoria. As minorias, muitas vezes, representam de fato um menor número de indivíduos dentro de determinado contexto social. Entretanto, distinguem-se pela situação de vulnerabilidade que experimentam em face da cultura dominante, variável no tempo e no espaço, isto é, histórica e geograficamente.

Destarte, as minorias podem ser identificadas pela grave situação de anomia (ausência de norma) vivenciada na sociedade à qual pertencem. Ou lhes faltam normas positivadas para a garantia de seus direitos e interesses, ou essas normas existem no seu aspecto formal, mas não são efetivadas. De qualquer modo, suportam um processo cultural de exclusão e marginalização, não raro com resultados trágicos.

Sem dúvidas que a alocação de grupos sociais neste conceito de minoria depende diretamente da situação histórica e social em que vivem. Os indígenas não podem ser entendidos como minoria no continente americano que precedeu ao ancoramento das esquadras espanholas em 1492. Contudo, todo o processo de invasão, escravização, perseguição e morte a eles impostos pelos colonizadores europeus desde então os relegou a uma grave situação de anomia e vulnerabilidade em suas próprias terras.

Importante ter em mente, pois, que o respeito aos direitos humanos e a proteção das minorias não são caminhos políticos, mas o próprio fim da política, o objetivo último do Estado Democrático de Direito.

Para Alejandro Mé dici, o giro descolonial visa à refundação do Estado a partir de uma perspectiva pluricultural e multinacional, no sentido de que o governo reconheça não apenas um tipo de nação

existente em seu território, mas sim várias nações representantes de diversas culturas. (MÉDICI, 2012)

Alejandro explica que a opção descolonial deve ser entendida como a perspectiva crítica que pretende chamar a atenção para as continuidades históricas entre tempos coloniais e pós-coloniais na América Latina. Segundo o autor, a opção descolonial visa a demonstrar que a persistência da colonialidade vai além do domínio político-econômico e jurídico-administrativo, afetando também uma dimensão epistêmica e cultural.

Já Walter Mignolo nos leva a entender que o giro descolonial caracteriza-se pela libertação do pensamento e das várias formas de vida da América Latina do poder da colonialidade (MIGNOLO, 2008). Tais palavras permitem inferir que o processo de descolonização é muito amplo e deve atuar na libertação das várias áreas do viver latino-americano, não só na política e no direito, mas também na educação e nas demais áreas do imaginário cultural latino-americano. Seria preciso atuar no combate a “colonialidade do poder, a colonialidade do saber e a colonialidade do ser”. (SANTAMARÍA, 2015)

Esse giro pretende a valorização de outros saberes na construção do conhecimento, sem descartar o conhecimento científico europeu, e substituir a forma de Estado apenas uninacional por um Estado plurinacional, com representação das várias nações existentes em um mesmo território. Enfim, objetiva a valorização do pluralismo cultural abrangente no lugar do eurocentrismo monocultural excludente.

Quanto ao tema, Antonio Carlos Wolkmer (2013) teoriza sobre os novos direitos, a partir da constatação da baixa eficácia do paradigma da modernidade e da crítica à dogmática jurídica tradicional, relacionada aos institutos formais e materiais, e também às modalidades individualistas de tutela. Para ele, faz-se necessária a superação desse modelo por meio de instâncias comunitárias descentralizadas, com o desenvolvimento de uma teoria geral do direito que tenha legitimidade e validade para instrumentalizar a efetiva tutela dos novos direitos.

Nesse aspecto, estudar epistemologias silenciadas pela epistemologia dominante é um ponto de partida para se conceber uma

forma de vida sustentável na Terra, considerando-se, como propõe Boaventura de Sousa Santos (2008), experiências desperdiçadas, questionando a “monocultura do saber e do rigor científico”, com a ecologia dos saberes e a artesanania das práticas.

4. O NEOCONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA

A exportação do modelo constitucional europeu e norte-americano aos países periféricos constituiu, pois, numa colonização também do direito, que só a partir do final do século XX passa a ser seriamente refletida e considerada para fins de reinvenção do campo jurídico latino-americano.

Cesar Baldi (2013, p.9) divide em três ciclos a redefinição do modelo constitucional da América espanhola e do Brasil:

- I. O primeiro ciclo (1982-1988) caracteriza-se pelo reconhecimento expresso da configuração multicultural da sociedade através da positivação dos direitos indígenas em diversas Constituições – Canadá em 1982; Guatemala em 1985; Nicarágua em 1987; e Brasil em 1988;
- II. O segundo ciclo (1989-2005) é o ciclo do constitucionalismo pluricultural, caracterizado pelo reconhecimento dos direitos indígenas a nível internacional, através da internalização, em diversos países, da Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004;
- III. O terceiro ciclo do constitucionalismo latino-americano didaticamente referido por Baldi como constitucionalismo plurinacional (2006-2009) passa pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, pela Constituição do Equador de 2008, e continua até a promulgação

da Constituição boliviana em 2009. A marca desse ciclo, e consequentemente dessas Constituições, é notadamente a proposta de “refundação do Estado”.

É importante mencionar que a passagem da ditadura para a democracia na América Latina favoreceu reformas constitucionais que incorporaram fortes compromissos em matéria de direitos humanos e na organização ligada à área do poder executivo. O período da ditadura, de obscurantismo político, fortaleceu a ideia de limitação dos poderes presidenciais, que passou a refletir na forma de organização do Estado definida pelas novas Constituições latino-americanas.

Pode-se dizer que o chamado neoconstitucionalismo latino-americano apresentou uma tentativa de corrigir os erros e as falhas do constitucionalismo em sua versão moderna. Alejandro Médici, ao analisar esse fenômeno, dispôs que:

Existe uma grande distância entre o dito neoconstitucionalismo adotado nos textos e a prática, que chamaremos, desde uma teoria constitucional crítica, de constitucionalização simbólica. Assim por exemplo a existência em nossa região, que segue sendo comparativamente uma das mais desiguais do planeta, de estados fáticos de sobrecidadania para as elites econômicas e políticas e de subcidadania para amplos setores da população, desmente parcialmente os completos catálogos de direitos declarados e o estandarte de igualdade constitucional, seja em um sentido tradicional de igualdade formal ante a lei ou de diretiva constitucional a ser obtida por meio de medidas de ação positiva dirigidas aos “grupos desvantajados”. (MÉDICI, 2012, p.105)

5. A NOVA CONSTITUIÇÃO DA BOLÍVIA

A Constituição da Bolívia de 2009 reformulou o modelo jurídico-social até então vigente, no sentido de tentar resolver a anomia,

ao criar uma estrutura denominada de Estado Plurinacional, composta de 36 etnias reconhecidas como nações. O próprio Tribunal Constitucional, assim como outros órgãos estatais, passou a ter uma composição mista, com representantes das nações indígenas.

A nova Constituição boliviana instituiu a Justiça Indígena Campesina, que passou a coexistir com a Justiça Ordinária. Porém, apenas a partir da decisão 1422/2012, do Tribunal Constitucional Plurinacional, que se definiu um novo entendimento quanto a dimensão da atuação da Justiça ancestral.

O Tribunal, ao decidir uma questão de competência, utilizou como critério informações culturais e antropológicas, com base em dados estatísticos e estudos realizados pela Unidade de Descolonização do Tribunal Constitucional Plurinacional, que, por nota técnica, demonstrou a origem étnica e formação cultural da população do município de Poroma.

Além de dirimir conflito de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Indígena Campesina por critérios culturais antropológicos, o Tribunal estabeleceu a coexistência de bases jurídicas distintas, de cada nação indígena e a ordinária, sem hierarquia entre elas, para em conjunto formar um modelo de jurisdição multifacetado que respeita a formação histórica de cada povo e ao mesmo tempo estabelece limites, tendo em vista os direitos humanos, os tratados internacionais e as garantias constitucionais.

6. A NOVA CONSTITUIÇÃO DO EQUADOR

Sobre o assunto, cumpre destacar o reconhecimento expresso pela Constituição equatoriana de 2008 dos direitos à natureza, ou Pachamama. Elemento cíclico do espaço e tempo, Pachamama congloba os vivos, os mortos e os que ainda estão para nascer. A extensão do significado do termo Pachamama evoca muito mais que a noção de mãe querida, traz à tona também a natureza selvagem, violenta e impulsora dos sentidos sexuais.

A essa altura, pela importância que guarda, é relevante colacionar a norma inserta no artigo 10 da Constituição equatoriana:

Art. 10. Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución. (EQUADOR, 2008)

Ademais, os artigos 71 e 72 da Constituição do Equador enunciam os direitos da natureza, relacionados à sua existência e proteção, bem como aos aspectos ligados à sua regeneração. A natureza não é mais mero objeto. Vale por si só. Tal entidade tem ao menos três direitos garantidos na Constituição: (I) à existência; (II) à integridade; (III) à regeneração em caso de dano.

Ao tratar da personalidade jurídica da natureza, quando se fala em vida e de seu valor intrínseco, refere-se ao conceito despido de tecnicidade, pois, além de indivíduos, espécies e culturas, abrange também ecossistemas, paisagens e rios. É nesse sentido que a Constituição do Equador se refere à natureza, como conjunto de elementos que compõem os ecossistemas. Portanto, a princípio enquadra-se no conceito qualquer elemento ou conjunto de elementos orgânicos ou inorgânicos que contribuem para a subsistência dos ecossistemas.

Ao ressignificar conceitos, o neoconstitucionalismo dos Andes tentou provar que uma nova categoria de sujeitos de direito não é apenas possível, mas necessária, porque a superação do quadro exploratório acontecerá também pela alteração de significados no âmbito constitucional a fim de repensarmos nosso lugar na e com a natureza.

CONCLUSÕES

A ampliação dos sujeitos de direito ao longo da história não raro traz consigo uma certa resistência ou temor por parte das classes

dominantes. Assim aconteceu com as mulheres e com os escravos, por exemplo. De qualquer modo, faz-se necessário o reconhecimento de novos direitos e novos sujeitos de direito para uma mudança do quadro de anomia social, tão presente na América Latina e no Brasil.

Conceder personalidade jurídica à natureza ou refundar o Estado em várias nações geram consequências diversas das atuais na linha de defesa do meio ambiente ou dos povos indígenas. A vantagem principal de conceder à natureza personalidade jurídica seria a de propiciar uma nova ética de responsabilidade para com nosso planeta e com seus habitantes. E a vantagem principal de refundar o Estado em várias nações é reconhecer o indígena como sujeito de direitos e deveres dentro do contexto de cada nação.

De fato, há a necessidade de força política, da luta e da resistência, para a implementação dos novos direitos aos novos sujeitos, como tem ocorrido nos países andinos. Tal força vem dos movimentos sociais que reivindicam o reconhecimento desses direitos nos ordenamentos jurídicos. A partir do reconhecimento, os direitos passarão a ser sindicáveis.

É inegável que o maior óbice à extensão da personalidade jurídica à natureza e à refundação do Estado em várias nações é o paradigma moderno atrelado ao capitalismo. No sistema capitalista que molda nossas vidas contemporaneamente, o meio ambiente é um bem passível de apropriação, assim como o Estado.

A constitucionalização dos direitos da natureza e do Estado Plurinacional representa um ponto de inflexão no caminho da mudança paradigmática, do modo de vida ocidental contemporâneo. Mesmo que ainda seja cedo para saber se a sociedade equatoriana e boliviana se movem em direção à superação da sociedade anômica, descrita por Merton, a principal mensagem que deixa o neoconstitucionalismo andino é que o modelo jurídico-social vigente não se sustenta mais naqueles países. Independentemente das dúvidas e das críticas que possibilitarão o aperfeiçoamento teórico e prático do tema, mudanças como a que se

deu no Equador e na Bolívia deveriam se operar em nível mundial e o mais rápido possível.

No Brasil, pensar em garantir a efetivação dos direitos constitucionais àqueles que historicamente são excluídos (negros, indígenas, mulheres etc) é o desafio para que nossa Constituição seja realmente cidadã na busca das metas culturais por toda população.

REFERÊNCIAS

ASSAF, Bruna Sobrinho D'Alessandro. O Conceito de Anomia sob a ótica de Merton. **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <<https://bassaf.jusbrasil.com.br/artigos/339908767/o-conceito-de-anomia-sob-a-otica-de-merton>>. Acesso em: 07.03.2021.

BALDI, Cesar. *Del Constitucionalismo Moderno al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador*. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales* n. 9. P. 51-72. Jan.-Jun./2013.

EQUADOR, Constituição (2008). *Constitucion De La Republica Del Ecuador 2008*. 2008. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf>. Acesso em: 07.03.2021.

LAUREANO, Delze dos Santos. **Direito das minorias: desafios epistemológicos**. Belo Horizonte: Initia Via, 2015.

MÉDICI, Alejandro. *La Constitución Horizontal del giro decolonial*. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. A. C.; San Luis Potosí S. L. P.: Universidad Autónoma de San Luis de Potosí; San Cristóbal de Las Casas, Chiapas: Educación para las Ciencias en Chiapas, A. C, 2012.

MÉDICI, Alejandro. *Nuevo Constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial. Seis proposiciones para comprenderlo desde*

un pensamiento situado y critico. Revista *El Otro Derecho – Debates constitucionales en nuestra América. Enfoques y tendencias*. N. 48, 2013;

MERTON, Robert King. ***Social Structure and Anomie***, in: *American Sociological Review*, vol 3, pp. 672-682, 1938.

MERTON, Robert King. ***Social Theory and Social Structure***. New York: The Free Press, 1949.

MERTON, Robert K. ***Teoria y Estructura Sociales***. México, FCE, 2004, pp. 210-211; DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena*. S.l.: Coimbra, s.d., p. 323; e, HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 89.

MIGNOLO, Walter. ***El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto y un caso***. *Tabula Rasa*, n. 8, jan./jun. 2008.

PINTO, Hélio Pinheiro. **Teoria da anomia segundo Robert King Merton e a sociedade criminógena: seria o delito uma resposta à frustração de não ser bem sucedido na vida?**. Revista da ESMAL, v. 6, p. 39-51, 2017.

SANTAMARÍA, Ariza Rosembert. **Descolonização jurídica nos Andes**. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M (Orgs.). *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en la América Latina/Constitucionalismo, descolonização e pluralismo jurídico na América Latina. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispá*; Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A filosofia à venda, a douta ignorância e a aposta de Pascal**, Revista Crítica de Ciências Sociais, 80, março, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências**. Revista Crítica de Ciências Sociais, 63, outubro, 2002.

SOUZA, Jessé. **A construção Social da Subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**. Ed. UFMG e Ed. IUPERJ, 2006.

SOUZA, Jessé de. **Ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2009;

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos**. Revista Jurídica, [S.l.], v. 2, n. 31, p. 121-148, ago. 2013. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593/454>>. Acesso em: 07.03.2021.

THE PARADIGM OF MODERNITY AND THE ANOMY OF THE FORGOTTEN

ABSTRACT

This article seeks to relate the anomic society described by the sociologist Robert King Merton with the legal paradigm of modernity, adopted in Latin American countries since colonization. The aim of this study is to rethink the law beyond legal technicality, in order to reconnect this field of knowledge with other sources of knowledge, such as philosophy and anthropology. We work with Merton's concept of anomie, since in anomic society the

members of the less favored classes will always be conceived as dangerous and worthy of state repression. As for the 1988 Constitution, there is a criticism, since it has institutionalized meritocracy, without guaranteeing the initial need for equal opportunities. It is concluded that there is a need to typify new rights and subjects of law through the reformulation of the legal paradigm of modernity, as happened with the Constitutions of Ecuador of 2008 and Bolivia of 2009, in order to guarantee the cultural goals for all the population.

Keywords: Paradigm of Modernity. Anomic Society. Cultural Goals. Latin American Neo-constitutionalism.

OS LIMITES DA COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS RESTRITIVAS AO COMBATE AO CORONAVÍRUS (COVID-19)

Matheus Carniel¹

RESUMO

O presente artigo abordará os limites da competência constitucional dos municípios, de acordo com a sua autonomia, no contexto da tomada de ações ao combate à pandemia causada pelo Coronavírus (Covid-19). Nesse sentido, verificar-se-á brevemente a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, que compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos. Cumprindo destacar o papel do Município no desempenho de atribuições locais e sua atuação nas medidas de enfrentamento da pandemia, avaliando alguns dos principais precedentes da Suprema Corte sobre o tema, na busca da atuação estatal com eficiência e o direito à saúde dos cidadãos.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Competência Legislativa. Municípios. Covid-19. Supremo Tribunal Federal.

1 Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Pós-graduado em Direito Público. E-mail: matheus.carniel49@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O estudo em questão tem o propósito de examinar os limites da competência dos municípios no que tange à aplicação das medidas restritivas ao combate ao Coronavírus (Covid-19), tendo em vista sua autonomia, em consonância com o sistema federativo estabelecido pela Constituição Federal.

Houve o reconhecimento pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, da crise causada pelo Coronavírus (Covid-19) como emergência de saúde pública de importância nacional – ESPII². No contexto atual da pandemia ocasionada pelo Coronavírus (Covid-19), uma das medidas mais recomendadas para conter a disseminação do vírus é o distanciamento social.

Contando com uma forte necessidade de atuação Estatal, que precisa intervir para concretizar a redução da circulação de pessoas, fazendo-se necessário o fechamento de comércio, templos, igrejas, restaurantes e outros locais de atividade não essencial que possibilitem a aglomeração de pessoas.

O sistema de repartição de competências pode gerar uma série de incertezas, considerando que há necessidade se ter uma articulação das medidas a serem adotadas pela Administração Pública, bem como em relação aos serviços públicos e privados.

Com o objetivo de esmiuçar tal irresolução, faz-se necessário: (I) analisar o sistema federativo de competências previsto pela Constituição Federal; (II) observar o modo de atuação dos municípios, em contraste

2 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de novo coronavírus. 30.jan. 2020. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812. Acesso em: 04 mar. 2021.

com os demais entes da federação, na prevenção e aplicação das medidas restritivas ao combate ao Coronavírus (Covid-19); (III) analisar a jurisprudência sobre o tema apresentado e os aspectos da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.341. (IV) identificar como a União, estados-membros, Distrito Federal e os municípios podem atuar visando adequar as medidas restritivas aplicáveis e o papel do Supremo Tribunal Federal.

O estudo dar-se-á por meio de uma abordagem teórica, analisando a bibliografia sobre o aspecto constitucional do tema e as decisões da Suprema Corte.

2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O SISTEMA DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAL

Como forma de Estado, o Brasil adota o federalismo, que estabelece a distribuição interna político-administrativa, com autonomia política limitada. Para Moraes a referida forma estatal contorna o “princípio da autonomia e da participação política pressupõe a consagração de certas regras constitucionais, tendentes não somente à sua configuração, mas também à sua manutenção e indissolubilidade” (2017, não paginado).

O Estado Federal é formado pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (art. 1º da CF). Destarte, a República Federativa do Brasil compreende a União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com autonomia e capacidade constitucional de autoadministração e capacidade normativa.

O art. 18 da Constituição Federal dispõe que “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Assim sendo, a Carta Magna dividiu as competências em duas: a competência administrativa (de cunho material) e a competência

legislativa. A legislativa define-se conforme a própria nomenclatura, a competência constitucionalmente estabelecida para elaborar leis.

Pela competência material, pode-se entender como aquela competência para o gerenciamento e o desenvolvimento da máquina administrativa, aquela que define a tomada das decisões e sua execução (GONÇALVES, 2018, p. 891).

Nesse sentido, a lição de Lenza (2016, livro eletrônico, não paginado) sobre a competência legislativa no sistema constitucional:

Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados e o DF exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades, lembrando que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual e/ou da lei distrital, no que lhe for contrário.

A Constituição Federal atribuiu competência concorrente à União, Estados e Municípios para legislar sobre proteção e defesa da saúde (arts. 24, XII e 30, II). Cabe à União o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º); aos Estados compete suplementar a legislação federal (art. 24, § 2º); e, aos Municípios, legislar sobre assuntos de interesse local.

É possível que a União delegue aos Estados a capacidade para legislar acerca das normas gerais, desde que faça por Lei Complementar, nos termos do parágrafo único do art. 22 da Constituição Federal.³

O sistema de repartição de competências é baseado na predominância do interesse. Desta feita, os municípios receberam da Constituição Federal competência para legislar sobre assuntos de interesse local, dispondo de atividades específicas. A União deve editar normas gerais, acerca do interesse geral. Os Estados permanecem com

3 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

a competência remanescente de legislar sobre tudo aquilo que não faz parte do interesse geral e local.

3. ATUAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NA PREVENÇÃO E APLICAÇÃO DAS MEDIDAS RESTRITIVAS AO COMBATE AO CORONAVÍRUS (COVID-19)

Em matéria de saúde pública, a competência material é prevista no art. 23, inc. II, dispondo ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

É importante resgatar o previsto no artigo 196 da Constituição Federal, que aqui se transcreve:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁴

Tal dispositivo reflete as competências dos entes da federação em matéria de saúde pública estabelecidos na Constituição Federal. Reforça o art. 200 que compete ao Sistema Único de Saúde executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica.⁵ Em especial, deve-se

4 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.a

5 Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

observar que os Municípios também possuem competência para legislar de forma suplementar, tal como prevê o inciso II do art. 30 da CF:

Art. 30. Compete aos Municípios:

- I. legislar sobre assuntos de interesse local;
- II. suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.⁶

Considerando tal panorama, o texto constitucional prevê que a atuação dos Municípios deve estar em consonância com as normas gerais estabelecidas pela União e Estados, havendo cooperação entre os entes da federação. Em 06 de fevereiro de 2020, foi editada a Lei Federal nº 13.979, a qual “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus”.⁷ Diversas medidas para o enfrentamento da pandemia poderão ser adotadas, como isolamento, quarentena e determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratórios, entre outros.

No âmbito estadual, entre os diversos estados a normatizarem as suas medidas, o Estado do Rio Grande do Sul editou o Decreto Estadual nº 55.128 que “Declara estado de calamidade pública em todo o território do estado do Rio Grande do Sul para fins de prevenção e de enfrentamento à epidemia causada pelo covid-19 (novo Coronavírus), e

6 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

7 BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

dá outras providências”.⁸ Nos Municípios, os atos normativos sobre o tema também foram editados.

No cenário atual, a pandemia do COVID-19 vem sendo combatida com atos de todos os entes da federação. Contudo, existem veementes polêmicas a respeito às sobreposições e invasões de competências, bem como a edição de diversos atos normativos conflitivos entre os entes da federação. Tais irresoluções vêm sendo sanadas por decisões judiciais, conforme se verifica no capítulo subsequente.

Adianta-se, conforme interpretação da suprema corte (ADI 6343), os Estados e municípios possuem competência para definir quais são as atividades essenciais, podendo definir quais atividades serão mantidas durante a pandemia, no limite de seu respectivo âmbito.⁹

Contudo, considera-se fundamental que o interesse local seja analisado caso a caso por cada município, conforme aponta Dallari: “As orientações gerais da autoridade estadual devem ser amoldadas às peculiaridades locais. Isso cabe aos prefeitos e vereadores”. (DALLARI, 2021).

Por se tratar do ente menor e menos estruturado, em tese, é de se observar que a atuação isolada dos municípios enfrenta problemas, necessitando o amparo e a atuação conjunta dos demais entes. A educação e a geração de empregos são apenas uns dos problemas enfrentados nos municípios.

Conforme pesquisa (CAMPOS, 2021), os municípios possuem apenas capacidade média de enfrentamento à pandemia causada pelo Coronavírus (Covid-19):

8 RIO GRANDE DO SUL (Estado). Decreto nº 55.128, de 19 de Março de 2020. Declara estado de calamidade pública em todo o território do Estado do Rio Grande do Sul para fins de prevenção e de enfrentamento à epidemia causada pelo COVID-19 (novo Coronavírus), e dá outras providências. Disponível em: <https://ssp.rs.gov.br/upload/arquivos/202003/25131743-decreto55128-atualizadoate23032020.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2021.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6343/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJe: 25/03/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>. Acesso em: 03 mar. 2021.

Os municípios brasileiros têm uma capacidade média de enfrentamento à pandemia de covid-19, segundo metodologia desenvolvida pelo Programa Cidades Sustentáveis e pelo Ibope Inteligência. O Índice das Cidades no Enfrentamento da Covid-19 (Icec) considera os resultados de 54 itens apurados durante a coleta dos dados e medidas adotadas na tentativa de minimizar os impactos econômicos.

Com base em tudo isso, tendo em vista que os impactos da pandemia são observados mais na municipalidade, devem ter estes uma especial atenção na elaboração das normas e na aplicação das medidas restritivas. Contudo, o tema não é estanque, basta analisar as inúmeras contestações e judicializações das decisões, pressões locais nos municípios, entre outros fatores.

4. A JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA E O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) 6.341

O Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade com a finalidade de ver declarada a incompatibilidade parcial, com a Constituição Federal, da Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020 impugnando as alterações promovidas no artigo 3º, caput, incisos I, II e VI, e parágrafos 8º, 9º, 10 e 11, da Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.¹⁰

A aplicação dos dispositivos impugnados, de forma isolada, permitiria teoricamente, somente o Presidente da República definisse

10 BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

quais seriam as atividades essenciais, excluindo tais atividades das medidas restritivas a serem editadas pelos outros entes da federação.

Questionou-se acerca da competência administrativa comum, atribuída aos demais entes da Federação, voltada à adoção de medidas de isolamento quarentena, restrição de locomoção por rodovias, portos e aeroportos, bem assim de interdição de atividades e serviços essenciais.

O objeto da ação, na questão material, versa sobre a responsabilidade constitucional, que foi direcionada a todos os entes, para cuidarem da saúde, dirigirem o sistema único e executarem ações de vigilância sanitária e epidemiológica, nos termos dos artigos 23, inciso II, 198, inciso I, e 200, inciso II, da Constituição de 1988, bem como o critério da predominância do interesse. Indicou-se que houve violação da autonomia dos entes da Federação, a revelar adequado o afastamento da exclusividade da União para dispor sobre as referidas providências.

Em decisão monocrática, o Relator Min. Marco Aurélio deferiu parcialmente a liminar para “tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente”.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) referendou em 15 de abril de 2020 a liminar concedida para, em síntese, reconhecer a competência concorrente dos estados e municípios em questões de saúde pública.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a competência dos municípios somente será afastada se a norma federal ou estadual indicar expressamente, de forma adequada, necessária e razoável, que os entes federativos menores estão excluídos da competência legislativa ou material.

No voto-vista do Min. Dias Toffoli, no julgamento da ADI 6343, destaca a importância das medidas coordenadas dos entes da federação e baseadas em dados científicos:

(...) gravidade da situação vivenciada exige a tomada de medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, sempre respeitada a competência constitucional de cada ente da Federação e com vistas a resguardar sua necessária autonomia para assim proceder. Por outro lado, a situação

que ora vivemos também exige a tomada de providências estatais em todas as suas esferas de atuação, mas sempre por meio de ações coordenadas e devidamente planejadas pelos entes e órgãos competentes, e fundadas necessariamente em informações e dados científicos, e não em singelas opiniões pessoais de quem não detém competência ou formação técnica para tanto.¹¹

Nesse sentido, o que ficou estabelecido no julgamento da ADI 6341 foi a ausência de hierarquia e a predominância da municipalização, pois o critério adotado no plenário do referido julgamento por via do controle concentrado de constitucionalidade se deu pela leitura à luz da Lei 8.080/1990, a Lei do SUS. Observa-se o seguinte trecho:

Assentou que o caminho mais seguro para identificação do fundamento constitucional, no exercício da competência dos entes federados, é o que se depreende da própria legislação. A Lei 8.080/1990, a chamada Lei do SUS - Sistema Único de Saúde, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e assegura esse direito por meio da municipalização dos serviços. A diretriz constitucional da hierarquização, que está no caput do art. 198 da CF, não significou e nem significa hierarquia entre os entes federados, mas comando único dentro de cada uma dessas esferas respectivas de governo. Entendeu ser necessário ler as normas da Lei 13.979/2020 como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica. Nos termos da Lei do SUS, o exercício dessa competência da União não diminui a competência própria dos demais entes da Federação na realização dos serviços de saúde; afinal de contas a diretriz constitucional é a municipalização desse

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6343/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJe: 25/03/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>. Acesso em: 03 mar. 2021.

serviço (...).” (ADI 6341 MC-Ref/DF, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 15.4.2020. (ADI-6341)).¹²

A decisão ainda esclarece que as medidas previstas nos dispositivos impugnados pela Ação Direta de Inconstitucionalidade devem ser precedidas de recomendação técnica e fundamentada, mantendo “resguardada a locomoção dos produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa sempre respeitadas as definições no âmbito da competência [...]”.¹³

Assim, a jurisprudência da corte suprema fixou o precedente acima, delimitando a competência concorrente entre a União, estados e municípios no que se refere à saúde pública e ao combate à pandemia.

Na ADPF nº 672, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em razão de atos omissivos e comissivos do Poder Executivo Federal, praticados no contexto da crise de saúde pública decorrente da pandemia do Coronavírus (COVID-19), a decisão do min. Alexandre de Moraes reconheceu a competência concorrente dos Estados e suplementar dos municípios para legislar sobre proteção à saúde em tempos de pandemia. Indo além, houve o reconhecimento da possibilidade de Estados e municípios adotarem medidas restritivas de direitos durante a pandemia, incluindo a suspensão de atividades e circulação de pessoas (independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário).¹⁴

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6343/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJe: 25/03/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>. Acesso em: 03 mar. 2021

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6343/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJe: 25/03/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>. Acesso em: 03 mar. 2021.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 672/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe: 08/04/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2021.

5. DA NECESSIDADE DE ATUAÇÃO HARMÔNICA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Compreende-se através da decisão proferida pela Suprema Corte, que existe a necessidade de cooperação entre os entes bem como, ações coordenadas para o enfrentamento da doença. É preciso que haja uma atuação harmônica na aplicação das medidas adotadas pelos governos, em todas as esferas da Federação, notadamente em relação às medidas restritivas. Aponta Schwind (2021) “Sem articulação, as medidas adotadas são ineficazes. Quando não se anulam reciprocamente, criam situações no mínimo de impossível cumprimento. Tornam-se inócuas, portanto”.

O crítico momento de pandemia evidenciou ainda mais a importância do diálogo entre as instituições, a fim de que se busque sempre o interesse público, na concretização da eficiência das políticas públicas.

Urge explicitar a desnecessidade de confrontos entre as autoridades, o momento, evitando-se também decisões e determinações incompatíveis com as recomendações científicas, balizadas pela Organização Mundial de Saúde.

Marrafon (2021) apresenta a possibilidade de os entes da federação exercerem o direito de resistência federativa, conforme seu entendimento:

(...) se o Poder Executivo Federal ou mesmo o presidente da República tomar decisões manifestamente incompatíveis com as orientações científicas e as políticas internacionalmente referendadas, é possível que os estados-membros, Distrito Federal e municípios exerçam o direito de resistência federativa. Ou seja, os entes subnacionais podem utilizar suas prerrogativas de auto-organização, autogoverno, auto-administração e autolegislação para implementar as ações necessárias. Ao mesmo tempo, devem buscar todas as possibilidades de atuação conjunta com órgãos federais de índole

mais técnica, como as agências reguladoras, avançar no diálogo político com o Congresso Nacional e, em última ratio, recorrer ao Poder Judiciário.

Há de se invocar a noção de solidariedade constitucional, que demanda uma responsabilidade dos entes no agir coletivo, à medida que as ações não devem ser tomadas de forma isolada. Aponta Diniz (2008, p. 6):

O primeiro contato com a noção de solidariedade mostra uma relação de pertinência: as nossas ações sociais repercutem, positiva ou negativamente, em relação a todos os demais membros da Comunidade. A solidariedade implica, por outro lado, a coresponsabilidade, a compreensão da transcendência social das ações humanas, vem a ser, do co-existir e do conviver comunitário. Percebe-se, aqui, igualmente, a sua inegável dimensão ética, em virtude do necessário reconhecimento mútuo de todos como pessoas, iguais em direitos e obrigações, que dá suporte a exigências recíprocas de ajuda ou sustento.

Nesse viés, a atuação dos municípios nas medidas de enfrentamento ao Coronavírus (Covid-19) deve resguardar a competência administrativa comum a todos os entes para disciplinar medidas no combate e enfrentamento à pandemia, bem como observando o exercício do funcionamento de serviços e atividades essenciais.

Cumprir trazer ao estudo os fundamentos da autonomia municipal, conforme Aguiar (1993, p. 41):

A autonomia municipal é a faculdade que o Município tem, assegurada pela Constituição da República, de auto-organizar-se politicamente, através de lei própria, de auto-governar-se, sobre assuntos de interesse local e de auto-administrar-se, gerindo seus próprios negócios e dispondo livremente sobre eles, respeitados o sistema constitucional das competências e as restrições que a mesma Constituição lhe impõe.

Por fim, o que consiste gravidade aos direitos fundamentais é a omissão dos entes federativos, bem como a eventual impossibilidade de competência dos demais entes de poderem suprir as medidas no combate à pandemia.

No cenário apresentado, verifica-se não haver uma hierarquia no sistema de competências no sistema federativo, sendo omissa a União, poderá ainda os Estados realizarem a regulamentação da matéria, cabendo ao ente municipal dispor sobre os fatos que não violem o interesse do Estado ou da União.

É do ponto de vista prático que os municípios possam dispor sobre as medidas que forem mais convenientes e oportunas no que tange ao interesse local, considerando ainda o caráter emergencial e urgente na atuação Estatal, tendo em vista ainda a atuação com eficiência e o direito à saúde dos cidadãos.

Por conseguinte, os municípios, avaliando a situação e as peculiaridades, podem determinar ações que visem o distanciamento social, quarentena, classificação de serviços como essencial, entre outros.

Na prática, observa-se que o executivo federal, por meio do Presidente da República, recusa-se a adotar dos instrumentos excepcionais de medidas restritivas, ameaçando a emitir atos normativos que impeçam os demais entes adotarem tais medidas.

Assim, cumpre o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, e incumbido de dirimir os conflitos do vínculo federativo e zelando pela harmonia das relações políticas. Essa competência está prevista no artigo 102, inciso I, alínea f, da Constituição Federal de 1988.¹⁵

À vista disso, cumpre transcrever a ementa do seguinte julgado da suprema corte:

15 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

A Constituição da República confere, ao Supremo Tribunal Federal, a posição eminente de Tribunal da Federação (CF, art. 102, I, “f”), atribuindo, a esta Corte, em tal condição institucional, o poder de dirimir as controvérsias, que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades que compõem a Federação. Essa magna função jurídico-institucional da Suprema Corte impõe-lhe o gravíssimo dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira. A aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, “f”, da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Doutrina. Precedentes” (ACO 1.048-QO/RS, rel. min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 31/10/2007).¹⁶

Com exceção da última palavra dada pela jurisdição no que tange aos conflitos federativos, os municípios, bem como os demais entes, possuem responsabilidade por buscar estratégias preventivas e repressivas, cumprindo a Constituição Federal. Nunca é demais repetir os deveres transcritos no art. 196 da Carta Magna: a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.¹⁷

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Originária 1048-6. Relator: Min. Celso de Mello. DJe: 31/10/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2021.

17 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 mar. 2020.

CONCLUSÕES

Por todo exposto, esta pesquisa evidencia a questão jurídica do debate entre o combate à pandemia causada pelo Covid-19 e a competência dos entes da federação, com olhar especial ao município, em contraste com o sistema federativo. Apresentou-se o sistema de repartição de competências é baseado na predominância do interesse.

Pode-se concluir que a atuação dos municípios está delimitada pela sua autonomia, no que tange às medidas afetas ao interesse local, bem como pelo pacto federativo instituído pela Constituição Federal de 1988.

Verificou-se que o Supremo Tribunal Federal assentou a competência concorrente dos estados, Distrito Federal, e a suplementar dos municípios na tomada de medidas com o objetivo de conter a pandemia do Coronavírus (Covid-19). A União não poderá legislar unilateralmente.

Por conseguinte, os governos estaduais e distritais devem atuar no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para adoção de medidas restritivas, tais como a imposição do distanciamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais, entre outras, independente de ato federal em sentido contrário.

Ademais, existe o dever dos entes da federação (União, estados e municípios) em atuar de forma harmônica, visando adequar a solidariedade constitucional no combate à pandemia causada pelo Coronavírus (Covid-19).

Em último caso, como última palavra, cumpre ao Supremo Tribunal Federal zelar a guarda da constituição, zelar pela manutenção do pacto federativo e solucionar os conflitos acerca das competências para tomadas de ações de combate ao Coronavírus (Covid-19), incluindo a suspensão de atividades e circulação de pessoas.

Observou-se que na municipalidade, deve-se ter especial atenção na elaboração das normas e na aplicação das medidas restritivas, uma vez que delicada é a situação, conforme se vê pelas inúmeras judicializações das decisões, pressões locais nos municípios, entre outros fatores.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Joaquim Castro. Competência e Autonomia dos Municípios na Nova Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Originária 1048-6. Relator: Min. Celso de Mello. DJe: 31/10/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6343/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJe: 25/03/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>. Acesso em: 03 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 672/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe: 08/04/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2021.

CAMPOS, Ana Cristina. Pesquisa mostra impactos da pandemia nos municípios brasileiros. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/>

noticia/2012-10-02/especialistas-divergem-sobre-ascensao-da-nova-classe-media. Acesso em: 05 mar.2021.

DALLARI, Adilson Abreu. Autonomia municipal em tempos de crise da Covid-19. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-25/interesse-publico-autonomia-municipal-tempos-crise-covid-19>. Acesso em: 01 mar. 2021

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 3, 2008. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/51/48>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 09. ed. – Bahia: Juspodium, 2018.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro eletrônico, não paginado.

MARRAFON, Marco Aurélio. CF estabelece cooperação federativa para superar crise do coronavírus. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/constituicao-poder-cf-estabelece-cooperacao-federativa-crise-covid-19>. Acesso em: 01 mar. 2021

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, não paginado.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de novo coronavírus. 30.jan. 2020. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812. Acesso em: 04 mar. 2021.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Decreto nº 55.128, de 19 de Março de 2020. Declara estado de calamidade pública em todo o território do Estado do Rio Grande do Sul para fins de prevenção e de enfrentamento à epidemia causada pelo COVID-19 (novo Coronavírus), e dá outras providências. Disponível em: <https://ssp.rs.gov.br/upload/arquivos/202003/25131743-decreto55128-atualizadoate23032020.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2021

SCHWIND, Rafael Wallbach. Reflexões sobre a Lei 13.979 e o Decreto 10.282: Descabimento de restrições a serviços essenciais sem prévia articulação com o poder concedente e agência reguladora. Disponível em: <https://m.migalhas.com.br/depeso/322804/reflexoes-sobre-a-lei-13979-20-e-o-decreto-10282-20-descabimento-de-restricoes-a-servicos-essenciais-sem-previa-articulacao-com-o-poder-concedente-e-a-agencia-reguladora>. Acesso em: 01 mar. 2021

THE LIMITS OF COMPETENCE OF MUNICIPALITIES IN THE APPLICATION OF RESTRICTIVE MEASURES TO FIGHT THE CORONAVIRUS (COVID-19)

ABSTRACT

This article will address the limits of the constitutional competence of municipalities, according to their autonomy, in the context of actions to combat the pandemic taken by the coronavirus (Covid-19). In this sense, it will be recognized a political-administrative organization that comprises the Union, the States, the Federal District and all the Municipalities. In order to highlight the role of the Municipality in the performance of local

functions and its performance in measures to face the pandemic, evaluating some of the main precedents of the Supreme Court on the subject, in the search for state action with efficiency and the right to health of citizens.

Keywords: Constitutional right. Legislative Competence. Counties. Covid-19. Federal Court of Justice.

TETO DE GASTOS: ANÁLISE DOS VÍCIOS E VIRTUDES DO NOVO REGIME FISCAL

Túlio Manuel Maia Guimarães¹

RESUMO

O presente artigo propõe condensar e analisar alguns dos principais efeitos que o Novo Regime Fiscal acarretou nos últimos 4 anos. Constatou-se que a EC nº 95 foi a alternativa mais adequada para contenção do crescimento dos gastos públicos à época, que ela na realidade estabeleceu aplicações mínimas maiores para saúde e educação que a regra anterior e que pode ter colaborado para uma melhor alocação de recursos públicos, constatou-se que existem erros técnicos graves de redação, que o índice de correção é inadequado e que o RGPS tem efeitos deletérios quando incluído nos limites do Teto.

Palavras-Chave: Novo Regime Fiscal. Alocação de Recursos. Mínimos Constitucionais. Responsabilidade Fiscal. Gatilhos.

1 Especialista em Direito Tributário. Membro das bases de pesquisa CPF e GEDI. E-mail: tuliomanuelmaia@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

No último quinquênio, o Brasil passou pelo início do que poderia ser uma acentuada crise fiscal. Resultados estáveis e até redução da dívida pública, a partir de 2014 começaram a ser inverter, de maneira que a queda do Produto Interno Bruto e sucessivos *déficits* iniciaram uma trajetória crescente da dívida pública.

Dessa forma, a fim de conter o avanço do endividamento, em 2016 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 95, que instituiu o Novo Regime Fiscal, também conhecido popularmente como “Teto de Gastos”, uma regra orçamentária que fixava limites máximo para o crescimento do gasto público.

Envolto em muitas polêmicas, o Teto já persiste, ainda que sob várias tentativas de “furo”, por 4 anos, assim, sem nenhuma pretensão de exaurir quaisquer dos temas abordados mas apresentar cada um deles, o presente trabalho pretende analisar quais foram os principais impactos e críticas que podem ser atribuídas ao Novo Regime Fiscal.

2. ASPECTOS GERAIS DO ENDIVIDAMENTO BRASILEIRO E DO TETO DE GASTOS

Desde o plano real e estabilização da moeda o Brasil experimentou alguns anos de controle e até diminuição da dívida pública. Esse resultado se deu em razão da união de dois fenômenos que ocorreram concomitantemente: os repetidos *superávits* primários (o resultado de receitas menos despesas, desconsiderando os juros) e um crescimento relativamente alto do PIB.

A partir dos anos 2000 foi possível constatar uma série de resultados primários positivos, resultados esses, que segundo dados do

Banco Central do Brasil², contribuíram entre o período compreendido entre os anos 2003 a 2013 com, em média, 3,1 p.p. ao ano de redução do estoque acumulado da dívida pública.

Influência ainda mais forte, exerceu o crescimento do PIB durante o mesmo período que, ainda segundo o BCB³, pressionou o a dívida pública, em média, 5,4 p.p. ao ano para baixo, além do consequente efeito do aumento da arrecadação que também contribuiu para a obtenção de *superávit* primários.

Contudo, a partir de 2014 o estado brasileiro passou a obter repetido resultados primários deficitários, ou seja, os valores arrecadados não alcançavam mais os valores gastos. A partir de 2014 a receita, que vinha numa trajetória crescente, despencou, no entanto o mesmo não ocorreu com os gastos, que continuaram crescendo, ou seja, a partir de 2014, o estado brasileiro, que antes conseguia amortizar a dívida com o que “sobrava” do orçamento primário, passou a precisar contrair empréstimos para se financiar.

No mesmo período o PIB, que serve como denominador da dívida pública, passou a ter taxas de crescimento bem aquém das que tinha anteriormente, durante os anos de 2014 a 2017 o PIB passou a contribuir para redução da dívida pública com apenas 2,4 p.p. ao ano, menos da metade do valor médio que possuía anteriormente.

Esse quadro fez com que a dívida pública saltasse de cerca de 30% do PIB no final de 2013, para mais de 46% ao final de 2016.

Foi nesse cenário de crescimento intenso da dívida pública que se inseriu o debate sobre uma regra fiscal que resultou na aprovação da Emenda Constitucional n° 95, que instituiu o chamado “Novo Regime Fiscal”.

2 Nota Técnica do Banco Central do Brasil n° 47. Fatores condicionantes da evolução da dívida pública. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/notastecnicas/47_notas_tecnicas_julho_2018.pdf> Acessado em 20 de janeiro de 2021.

3 Idem.

O Novo Regime Fiscal implica numa limitação ao aumento do gasto primário. Essa limitação para 2017 equivale ao orçamento de 2016, acrescido dos restos a pagar⁴ e quaisquer outras operações que afetem o resultado primário corrigidos 7,2% e para os exercícios seguintes o orçamento do ano anterior corrigido pelo índice IPCA+, divulgado anualmente.

Porém, nem todo gasto se submete aos limites estabelecidos pelo Teto, as despesas referentes às transferências constitucionais, o que exclui a repartição de receitas tributárias, o repasse do produto da arrecadação da contribuição para o salário-educação, para aplicação por estados e municípios em educação básica, créditos extraordinários a que se refere o § 3º do art. 167 da Constituição Federal, despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral com a realização de eleições e despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes ficam de fora do limite estabelecido pelo Novo Regime Fiscal.

Ademais, vale destacar que os limites previstos pela EC nº 95 tem duração certa, prevê, o texto constitucional, que essa metodologia teria duração de 20 anos, podendo o chefe do executivo, na metade da vigência do Regime, apresentar projeto de lei complementar que altere o índice de correção dos limites constitucionais.

3. O CUSTO DOS DIREITOS

Direitos custam dinheiro. Essa constatação aparentemente óbvia, é também em certa medida indigesta. Admitir que direitos tem custos é, na prática, admitir também que eles não são absolutos, vez que,

4 “Despesas empenhadas, mas não pagas até o dia 31 de dezembro do exercício (art. 36, caput da Lei 4.320/64), tratam-se de “pagamentos que deveriam ter sido feitos ao longo do ano são deixados para o ano seguinte”, ou seja, “a administração pública compromete-se no final do ano a fazer pagamentos de despesas empenhadas no exercício, deixando-os para que se concretizem no exercício financeiro seguinte, onerando o próximo orçamento”. (JOSÉ MAURÍCIO CONTI, 2018).

considerando que eles “custam” a conclusão lógica é que eles precisam em alguma medida serem “pagos” e se precisam serem pagos, eles dependem de um recurso escasso, qual seja: o dinheiro. No entanto, admitir essa realidade leva a situações melhores, ou pelo menos, menos piores, que negá-la. Explicamos.

Considerando o exemplo de um município que resolva despende todo seu orçamento para saúde no tratamento de um único indivíduo, concedendo-lhe a melhor hospedagem, os medicamentos mais avançados e o tratamento mais rápido possível, certamente estará garantindo o direito a saúde dele, porém, também deixará de adquirir, gases, soros entre outros insumos necessários para garantir o direito à saúde de tantos outros.

Embora o exemplo citado tenha extrapolado as possibilidades é sobre essa lógica que se opera o gasto público quando se ignora que os direitos são, de fato, limitados.

Responsabilidade Fiscal é justamente a busca de regras racionais para o gasto público. A Lei de Responsabilidade Fiscal⁵, estabelece que responsabilidade na gestão fiscal pressupõem a:

“a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.” (art. 1º, § 1º)

Percebe-se, a partir desse breve conceito, que a gestão fiscal responsável, segundo a LRF, busca primordialmente o *superávit*, no

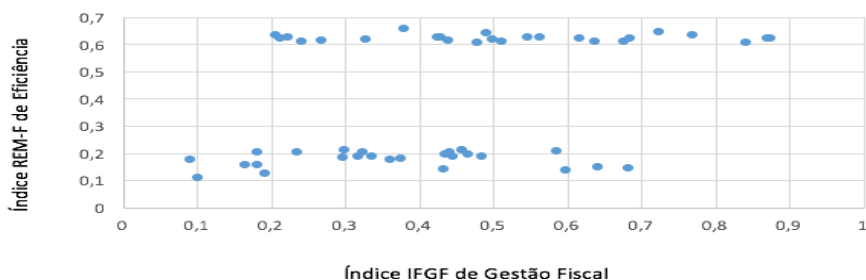
5 A Seguir também chamada de LRF.

entanto o objetivo desse *superávit* não enriquecer as contas do Estado, muito pelo contrário, o Estado não é um fim em si mesmo, o gasto público é a ferramenta por meio da qual é possível reduzir desigualdades⁶ e efetivamente garantir direitos.

Por meio de uma gestão fiscal responsável é possível gastar, inclusive se gastar mais e melhor do que quando ela não está presente.

Contudo não é qualquer gasto público que tem essa função, conforme será abordado posteriormente, gasto sem responsabilidade fiscal com frequência é direcionado para a parcela mais privilegiada da sociedade brasileira.

Para além da mera retórica, vejamos o seguinte gráfico:



Elaboração própria com dados disponibilizados nos sítios virtuais da folha de São Paulo e da Fundação FIRJAN⁷

Os índices relacionados no gráfico acima são o índice de qualidade de Gestão Fiscal e o de Eficiência elaborados respectivamente pela Fundação FIRJAN e pela Folha de São Paulo.

6 Sendo inclusive essa uma das funções atribuídas ao orçamento pela Constituição (art.165, § 6º).

7 Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/remf/#/>> e <<https://www.firjan.com.br/ifgf/consulta-ao-indice/consulta-ao-indice-grafico.htm?UF=CE&IdCidade=230060&Indicador=1&Ano=2018>> Acessado em 23 de janeiro de 2021.

Nele foram distribuídos 50 municípios, distribuídos entre os 25 com pior e melhor classificação de acordo com o índice REM-F de eficiência. Cada município é representado por um ponto no gráfico de maneira que quanto mais acima está o ponto mais eficiente ele é e quanto mais a direita melhor sua gestão fiscal.

Vale ressaltar que o objetivo desse tópico não é esgotar todas as causalidades que levam um município a ser considerado eficiente, tampouco decretar que uma gestão fiscal adequada é a única causa que leva a uma boa prestação de serviços pela municipalidade, mas sim demonstrar a tendência de municípios com avaliação negativa em termos de eficiência, também possuem uma avaliação negativa em termos de gestão fiscal.

Enquanto os municípios classificados com uma eficiência alta estão distribuídos em 9 como uma gestão fiscal boa ou excelente, 9 em uma gestão fiscal com dificuldade e 7 classificados como críticos⁸, os municípios classificados com uma eficiência baixa apenas 2 possuem uma gestão fiscal boa ou excelente, 9 estão numa gestão fiscal com dificuldade e 14 estão numa gestão fiscal crítica.

Percebe-se, sem nenhuma pretensão de esgotar o tema, que uma gestão fiscal adequada está em alguma medida correlacionada com a qualidade da prestação dos serviços públicos prestados, pelo menos na esfera municipal.

Essas são apenas algumas evidências dos efeitos benéficos que a responsabilidade fiscal possui na gestão pública e na prestação de serviço.

Vejamos, adiante, se o Teto de Gastos é uma medida apta a gerar responsabilidade fiscal.

8 Classificação de acordo com o índice IFGE. Disponível em: <<<https://www.firjan.com.br/ifgf/consulta-ao-indice/consulta-ao-indice-grafico.htm?UF=CE&IdCidade=230060&Indicador=1&Ano=2018>> Acessado em 23 de janeiro de 2021.

4. A SOLUÇÃO MENOS DANOSA POSSÍVEL

Um cenário que demanda a necessidade de ajuste fiscal raríssimas vezes resulta numa solução amplamente aceita e provada pelo público. Considerando a realidade de escassez de recursos, naturalmente, algum grupo deixará de ter algum benefício ou precisará contribuir mais. No entanto, diante das possibilidades que o estado brasileiro possuía a época da criação do Teto, essa foi a solução mais adequada para aquele momento. Explicamos.

Diante da necessidade de financiamento a União teria, em síntese, três alternativas para buscar conter o crescimento da dívida pública: aumento de arrecadação, corte de gastos ou um impedimento para o crescimento dos gastos.

Tratando primeiramente do aumento de tributos. Aumentar a arrecadação poderia ser uma alternativa para enfrentar a crise fiscal deficitária na qual o Brasil se encontra, contudo, é importante destacar que a carga tributária do Brasil é relativamente alta, estando em cerca de 33,23% do PIB enquanto a média da América Latina e Caribe é de 22,82% (Dados de 2018)⁹. Carga tributária essa que não é dividida uniformemente, mas sim marcada pela regressividade, vez que é concentrada no consumo, que segundo a Receita Federal do Brasil chega a 14,32%¹⁰, ou seja, existe um forte risco de um aumento de arrecadação acabar sendo arcado pela parcela mais pobre da população.

Seria possível o aumento ou instituição de tributos específicos para parcelas pouco oneradas atualmente da sociedade brasileira. No entanto, ainda que essa seja uma alternativa viável, ela é em alguma

9 Carga Tributária Brasileira 2018. Análise por Tributos e Base de Incidência. Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil>> Acessado em: 23 de janeiro de 2021.

10 Idem.

medida incerta. É preciso estar ciente de quem nem sempre um aumento nominal de alíquota de determinado tributo acarreta um aumento de arrecadação. Esse é o fenômeno descrito pela Curva de *Laffer*.

A curva de *Laffer* trata-se de um modelo proposto por um economista homônimo norte-americano¹¹ no qual ele relaciona duas variáveis: alíquota do tributo e arrecadação percebida. Demonstra que em certas situações quanto maior a alíquota de um tributo menor será sua arrecadação (CRISTIANO CARVALHO, 2014).

Esse teorema se fundamenta no comportamento natural dos contribuintes em evitarem, por meios lícitos ou não, um aumento nos encargos tributários, ou, no caso de tributos indiretos, o aumento da alíquota desestimular a aquisição de produtos, ocasionando, consequentemente, menos fatos geradores. Dessa forma, um aumento nominal de alíquota de 10% para 20% pode, não só, não aumentar a arrecadação percebida, como derruba-la. Ademais, ainda que se tivesse sucesso no aumento de arrecadação, essa seria somente uma solução temporária caso os gastos continuassem a crescer.

A segunda possibilidade seria o corte de gastos. Essa alternativa, além de mais traumática, é também relativamente inviável. Diante dos *déficits* que estão chegando na casa das centenas de bilhões o estado brasileiro possui uma disponibilidade muito pequena para realizar corte de gastos vez que segundo dados da Secretaria do Tesouro Nacional cerca de 75% dos gastos primários do governo central são despesas relacionadas a benefícios previdenciários, salários e encargos sociais e com os ministérios da Saúde, da Educação e do Desenvolvimento Social. Despesas essas protegidas por lei e que não podem ser reduzidas.

Dessa forma a solução mais adequada, pelo menos naquele momento, seria estabelecer limites para o gasto. Segundo afirma Felipe Salto, economista consultor do Senado Federal, uma regra de gastos é “bem aceita na literatura pela relativa simplicidade e pelo fato de o

11 Arthur *Laffer*.

gasto público ser uma variável fiscal mais controlável pelo governo comparativamente, por exemplo, à arrecadação, mais suscetível aos ciclos econômicos” (FELIPE SALTO, 2019).

Ainda segundo o douto economista, uma regra dessa natureza viabiliza um grau relativamente alto de previsibilidade da dívida e possibilidade de auditoria por parte da população.

Ademais, ao estabelecer um limite para o crescimento da dívida, o Teto, cria uma possibilidade de longo prazo para a reestruturação das contas públicas do país. Havendo, inclusive a possibilidade de criação de uma regra de reajuste mais generosa no ano de 2027 por meio de lei complementar.

Vale destacar que uma regra fiscal que estipula limites para o crescimento do gasto tem, inclusive sido adotada, ainda que de maneira incipiente, pelos governos estaduais. A exemplo é possível citar o governo do estado do Rio Grande do Norte que por meio da Emenda Constitucional n° 19 de 2019 criou um teto para as despesas estaduais, adotando uma regra diversa do teto federal, bem como o Rio Grande do Sul que busca aprovar um limite para o crescimento do gasto em seu estado¹².

Ante exposto, percebe-se que a Emenda Constitucional n° 95 certamente não é a saída mais popular da situação fiscal na qual o Brasil se encontra, porém, dada as circunstâncias foi a mais adequada para aquele momento.

5. TETO, SAÚDE E EDUCAÇÃO

Saúde e educação são duas áreas de investimento que, de maneira geral, a sociedade entende serem prioritárias, dessa forma, a EC n° 95 desenhou um tratamento específico para ambas. Assim, o Novo Regime

12 “Governo apresenta a deputados PEC com teto de gastos e parâmetros de duodécimos”. Disponível em: <<https://estado.rs.gov.br/governo-apresenta-a-deputados-pec-com-teto-de-gastos-e-parametros-de-duodecimos>> Acessado em: 23 de janeiro de 2021.

fiscal manteve a lógica de estabelecer limites mínimos de aplicação de recursos nas áreas de saúde e educação.

Os limites constitucionais mínimos dos orçamentos da saúde e educação que antes eram vinculados, respectivamente, a 15% (art. 198, §2º, I) da receita corrente líquida e 18% (art. 212, *caput*) da receita de impostos, passariam a serem os limites de 2016 corrigidos nos termos da EC nº 95, ou seja 7,2% para o exercício de 2017 e pelo índice IPCA+ para os exercícios seguinte.

Dessa forma, percebe-se que o Teto estabeleceu uma exceção à sua própria regra, permitindo que fossem aplicados valores superiores à correção pela inflação desde que os orçamentos da saúde e educação se encontrem dentro do limite global do executivo.

Não obstante a preservação que o teto buscou conceder aos orçamentos da saúde e educação, existe um cenário possivelmente danoso que o desenho do teto estabeleceu. Na hipótese, ainda que improvável, de haver um grande incremento de carga tributária, tais valores possivelmente seriam destinados a amortização da dívida pública, por meio de um tipo de *superávit* “forçado”.

Essa crítica será melhor abordada mais adiante, no entanto, devido à pertinência com os mínimos constitucionais ela será introduzida nesse tópico. O Teto apresenta um limite global de gasto para o executivo, dessa forma, ainda que seja autorizado que os orçamentos da saúde e educação cresçam mais que a inflação eles ainda devem estar dentro do limite global do Teto, ou seja, caso a administração federal deseje aumentar os gastos em saúde e educação acima do IPCA+ ela precisará fazer um remanejamento de valores de outras áreas.

No entanto, caso haja um crescimento surpreendente da economia, que implique numa arrecadação tributária muito superior ao esperado de maneira a gerar superávit que supere o IPCA+ percebido, esses valores possivelmente seriam destinados ao pagamento da dívida pública, beneficiando setores já privilegiados da sociedade brasileira, esse entendimento é compartilhado pelo doutor tributarista Hugo Machado de Britto (2017) ao defender que:

“Em havendo crescimento da economia e aumento na arrecadação, o Poder Público continuará aplicando em saúde e em educação os mesmos valores destinados a tais finalidades em anos anteriores, os quais serão majorados apenas para que acompanhem a variação da inflação. Como as despesas, em regra, estarão como um todo submetidas ao teto, o excedente arrecadado, com eventual recuperação da economia, será aplicado no pagamento da dívida pública, o que seria negativo porquanto implicaria o uso dos recursos públicos em proveito de quem já possui capital em demasia e vive passivamente dos seus frutos (“rentistas”), em detrimento da parcela mais necessitada da população, dependente dos serviços do Estado, notadamente nas áreas de saúde e educação”.

Não obstante esse cenário possivelmente danoso, tal arrecadação ainda não fora constatada, sendo até o presente momento, o Teto, uma regra funcional.

Vejam os a seguinte tabela:

	2016	2017	2018	2019	2020
Piso de gastos para saúde na Regra anterior	71,588	65,636	63,380	72,314	72,767
Piso de Gastos para saúde na Regra do Teto	*	76,599	79,172	82,458	86,308
Piso de Gasto para educação na regra anterior	88,366	86,668	86,754	94,169	103,757
Piso de gastos para educação na regra do teto	*	94,552	97,728	101,785	106,537

Elaboração própria com dados disponíveis nas Leis Orçamentárias Anuais de 2016 a 2020.

* Valores em Bilhões de reais.

** Valores aproximados.

*** Valores atualizado mediante uso da calculadora do IPCA disponibilizada no sítio virtual do site do IBGE. Disponível em: < <https://www.ibge.gov.br/explica/inflacao.php> > Acessado em 23 de janeiro de 2021.

**** Para fins de cálculo utilizou toda a receita tributária das LOA's em relação ao limite de educação bem como se utilizou do conceito de

“Receita Corrente Líquida” estabelecido pela LRF¹³ para o cálculo do limite de saúde.

Curiosamente, ao comparar o piso mínimo da saúde e educação estabelecido pelo Novo Regime Fiscal com a regra constitucional anterior, percebe-se que, ao desvincular os limites de variáveis afetadas pela arrecadação tributária, na realidade, o Teto, estabeleceu limites maiores do que aqueles vigentes anteriormente.

Assim, observa-se que, não obstante a possibilidade de uma arrecadação extremamente alta e inesperada que causaria, potencialmente, efeito maléficos ao orçamento, na prática tal incremento na receita pública não tem sido percebido. Muito pelo contrário, diante do cenário de perda de arrecadação tributária, que será acentuado ainda mais pela crise gerado pelo Covid-19, a desvinculação dos mínimos constitucionais de aplicação em saúde e educação tem protegido essas rubricas.

Ante o exposto, conclui-se que o Teto de Gastos apresentou um tratamento diferenciado para a saúde e a educação, de maneira que buscou preservar a possibilidade de aumento desses orçamentos. Ademais, apesar de haver uma crítica válida ao critério de correção do gasto escolhido pelo Teto, vez que permitiria a transferência de arrecadação tributária para uma parcelada já privilegiada da sociedade, na prática, não tem sido observado esse fenômeno, tendo, inclusive, o novo critério da EC n° 95 estabelecido mínimos constitucionais maiores do que na regra anterior.

13 “Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como receita corrente líquida somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição” (art. 2º, IV, a). O Cálculo utilizado para aferir o valor da RCL foi: Receita Corrente – Contribuições – Transferências a Estados Distrito Federal e Municípios = Receita Corrente Líquida.

6. TETO DE GASTOS E ALOCAÇÃO DE RECURSOS

Conforme estabelecido anteriormente, a efetivação de direitos depende da correta alocação de recursos escassos, nesse sentido, para além da questão do ajuste das finanças públicas, o Novo Regime Fiscal pode ter um segundo aspecto benéfico para sociedade, o ganho de eficiência da gestão pública.

Ao se estabelecer limites para o quanto se pode gastar, a fim de melhorar a qualidade dos serviços públicos, a administração federal precisará, inevitavelmente repensar o “como” gastar.

O Brasil diuturnamente tem uma péssima qualidade de gasto público. Um bom exemplo da má qualidade do gasto público brasileiro está presente na educação. Conforme apontam dados da OCDE entre 2003 e 2015 o Brasil mais do que triplicou os valores investidos em educação, não tendo sido percebidos avanços significativos, enquanto México, Colômbia, Peru países latinos em condição semelhante ao Brasil investem proporcionalmente rubricas menores e possuem desempenhos superiores (DORIS COUTINHO DE MIRANDA, 2018).

Frise-se, não se trata de defender que o gasto em educação foi um desperdício de dinheiro público, mas sim que os resultados obtidos diante dos montantes gastos poderiam ser muito superiores. Ademais, a falta de zelo pelo dinheiro público não se limita à educação, com frequência temos notícias que a administração pública em alguma das esferas, adquiriu equipamentos extremamente caros, mas que estão se deteriorando no aguardo de algum profissional qualificado para operá-lo ou que sejam fornecidas peças para serem substituídas, quando não são medicamentos ou produtos farmacêuticos que vencem sem uso¹⁴.

14 Exemplo crítico desse caso constatou-se durante o período de pandemia do Covid-19, no qual o governo federal deixou vencer milhões de teste para o Covid-19. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/11/22/governo-federal-pode-ter-de-jogar-fora-6-8-milhoes-de-testes-perto-da-validade>> Acessado em 25 de janeiro de 2021.

O Teto ainda pode ter relação em outro benefício para alocação de recursos públicos. Para tanto é preciso tecer breves comentários sobre a relação entre a taxa Selic e o Risco País. O Risco País é refletido pelo índice EMBI+ trata-se de “um índice baseado nos bônus (títulos de dívida) emitidos pelos países emergentes”¹⁵, ele representa o quanto um título de dívida pública de um país emergente deve pagar a mais que o título de dívida de um país considerado seguro.

O quanto maior é o EMBI+ maior também será a taxa básica de juros, no Brasil chamada Selic, vez que investidores demandaram recompensas maiores para investir em países que não consideram seguros. A literatura internacional já relacionou alguma vezes a existência e cumprimento de regras fiscais com a queda do risco do respectivo país¹⁶.

Nesse diapasão, ao se analisar a realidade brasileira, percebe-se que a partir de 2017 e o início do Novo Regime Fiscal, o índice EMBI+ e a taxa Selic iniciaram uma trajetória de queda¹⁷. Dessa forma, ainda que seja temerário atribuir toda a queda da taxa básica de juros a instituição do Teto, principalmente devido a posterior subida do índice EMBI+ e descolamento da Selic¹⁸, também seria imprudente desconsiderar totalmente a influência da EC nº 95 na queda da Selic.

15 Conceito extraído do sítio virtual do IPEA. Disponível em: < <http://www.ipeadata.gov.br/ExibeSerie.aspx?serid=40940&module=M> > Acessado em 25 de janeiro de 2021.

16 A título de exemplo podemos citar “Sovereign Bond Market Reactions to Fiscal Rules and No-Bailout Clauses—The Swiss Experience”. Disponível em: <<http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13034.pdf>> e “Rules and Risk in the Euro Area: Does Rules-Based National Fiscal Governance Contain Sovereign Bond Spreads?” Disponível em: <https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/economic_paper/2010/pdf/ecp433_en.pdf> Ambos acessados em 25 de janeiro de 2021.

17 Conforme se infere dos sítios virtuais do IPEA e do Banco Central do Brasil. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/historicotaxasjuros>> e <<http://www.ipeadata.gov.br/ExibeSerie.aspx?serid=40940&module=M>>.

18 Idem.

Dessa forma, caso consideremos, pelo menos em alguma medida, que o Teto teve relação com a queda do índice EMBI+ e da taxa Selic estaremos considerando também durante esse período passamos remunerar menos instituições financeiras e investidores institucionais¹⁹, vez que esses são os maiores detentores da Dívida Pública brasileira²⁰, ou seja, com a redução da taxa Selic menos recursos precisariam serem desviado de outras rubricas para a remuneração de setores já privilegiados da sociedade.

Assim, embora haja pouca evidência empírica para os cenários descritos, o Teto pode forçar a uma maior racionalidade quando da realização do gasto público, bem como ter auxiliado na diminuição do direcionamento de recursos para algumas parcelas já favorecidas e pouco oneradas da população.

7. GATILHOS E FLEXIBILIDADE DO TETO

Uma norma de nada valeria se não houvesse previsão para seu descumprimento, no caso de regras fiscais, essa máxima deve ser ainda mais respeita. A EC nº 95, já prevendo a possibilidade de haver descumprimento dos limites estabelecidos pelo IPCA+, criou mecanismos, apelidados de “gatilhos” que seriam acionados “automaticamente” em caso de descumprimento.

O art. 109 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) determina que caso rompidos, os limites constitucionais do

19 Assim entendidos como “fundos de investimentos dos segmentos previdência complementar (Prev. Comp.), seguradora, sociedade capitalização, fundos clubes, outros em FI, outros fundos. Além disso, somaram-se também todos os recursos diretamente administrados por entidades de previdência complementar, seguradoras (inclusive de saúde) e sociedade de capitalização”. DÍVIDA PÚBLICA: a experiência brasileira. 2009. P. 390.

20 Segundo dados do tesouro nacional esses dois juntos eram detentores de cerca de 76% do total da dívida pública federal. Idem.

Novo Regime Fiscal, o executivo ficaria impedido de praticar várias condutas que implicariam num aumento de despesa. Impedimento esse vigente até a recondução dos montantes aos valores limites.

O Teto também não é inflexível, antecipando situações extraordinárias, tal qual vivenciamos durante o período da pandemia do Covid-19, foram estabelecidas flexibilizações à regra do Teto.

O art. 106, §6º do ADCT esclarece que não se submetem ao limite estabelecido pela EC nº 95 a repartição da receita tributária para estado e municípios, créditos extraordinários para lidar com situações de calamidade pública (art. 167, §3º da Constituição Federal), despesas não recorrentes da justiça eleitoral no que se refere à realização das eleições, aumento de capital de empresas não dependentes.

Dessa forma, o Novo Regime Fiscal apresenta tanto mecanismos capazes de viabilizar seu cumprimento quanto que forneçam margem de atuação para os gestores em caso excepcionais.

8. CRÍTICAS AO TETO

Cumprir trazer ao debate as principais críticas que têm sido feitas ao Teto de Gastos. A primeira delas, que se relaciona diretamente com os gatilhos, deve-se a um erro técnico na redação da emenda.

Os gatilhos são medidas que visam reduzir o gasto de maneira a adequá-lo novamente aos limites do Teto, no entanto, da maneira como foram redigidos, atualmente encontram-se impossibilitados de serem acionados.

O Novo Regime Fiscal exige que o orçamento, quando for enviado para o congresso, esteja necessariamente respeitando os limites do gasto (art. 107, §3º e 4º). Ora, se a mensagem de lei orçamentária anual deve, necessariamente, estar dentro dos limites estabelecidos para o gasto, como eles serão “estourados” para o acionamento dos gatilhos?

Percebe-se que essa má redação do dispositivo põem o executivo em uma espécie de “beco sem saída”, vez que se encontra impossibilitado

de acionar os gatilhos e caso resolva enviar uma lei orçamentária que supere os limites estabelecidos pelo teto, o chefe do executivo corre o risco de eventualmente sofrer um processo de *impeachment*.

Uma possível alternativa para o acionamento dos gatilhos seria mediante a inclusão de restos a pagar. Para fins de apuração do cumprimento dos limites previstos no Novo Regime Fiscal devem ser contabilizados os restos a pagar (art. 106, § 10), dessa forma, poderia, a administração federal, incluir valores que deveriam terem sido adimplidos num exercício financeiro nos restos a pagar de maneira que quando somados aos montantes da Lei Orçamentária do ano seguinte o resultado supere os limites fixados pela EC nº 95.

Tal manejo dos restos a pagar permitiria que os gatilhos fossem acionados e que a lei orçamentária ainda fosse enviado nos moldes do art. 106, § 3º e 4º, no entanto, embora essa seja uma alternativa viável, certamente não é desejável. Primeiramente, cumpre esclarecer que esse é um cenário apenas hipotético, de maneira que há uma insegurança jurídica latente circulando essa prática. Também é preciso estar ciente que quando um valor é inscrito nos restos a pagar, alguém em algum lugar irá deixar de receber o pagamento combinado no momento combinado, assim a inclusão de certa forma “forçada” de valores nos restos a pagar pode ser considerada uma prática abusiva, passível, inclusive de controle pelo Tribunal de Contas da União.

Uma alternativa encontrada pelo executivo da gestão 2019-2022 foi a criação da PEC nº 186/2019 (também conhecida como PEC emergencial), que, entre outras disposições, permitiria que os gatilhos fossem acionados quando os gastos chegassem a 95% dos limites estabelecidos.

A crítica seguinte ao Teto deve ser feita em razão do índice de reajuste utilizado²¹. Os gastos segundo a regra da EC nº 95 devem

21 Aqui cumpre relembrar o cenário de aumento súbito da arrecadação descrito quando foi tratada a questão da saúde e da educação.

ser reajustados pelo índice IPCA+, tal índice representa a inflação do país. Primeiramente, cumpre esclarecer que a regra adotada pelo Novo Regime Fiscal não possui precedentes no mundo (NELSON MARCONI, 2016), o que por si só não seria um problema, no entanto tal critério pode ter um efeito de deixar nossa classe política num certo estado de “conforto”.

Ainda que não seja a saída mais desejada, o Brasil hoje teria certas alternativas de aumentar sua receita que deveriam ser, pelo menos, discutidas, ainda que para chegar a conclusão da inviabilidade dessas medidas.

A instituição de um Imposto sobre Grandes Fortunas, a criação de um Empréstimo Compulsório, a revisão de certos gastos tributários perpetrados pelo Governo Federal²², o aprimoramento da gestão da dívida ativa federal²³ essas são algumas das alternativas possivelmente viáveis para incrementar a arrecadação federal, que porém perdem o propósito de serem investigadas mais profundamente, vez que quaisquer aumentos de arrecadação que superem a inflação não poderiam ser direcionados para a prestação de serviços públicos, sendo o excedente provavelmente destinado para o pagamento da dívida pública, aplicação essa que não parece ser a mais desejada para a sociedade.

Critério mais adequado seria vincular o aumento dos gastos ao eventual aumento da arrecadação tributária percebido durante o exercício anterior, vale destacar que esse é o critério adotado pelo estado

22 Segundo o Demonstrativo de Gastos Tributários para o ano de 2021 estima-se que o gasto tributário federal será de 301 bilhões de reais. Demonstrativo de Gastos Tributários. PLOA 2021. Disponível em: < <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-ploa/ploa-2021/dgt-ploa-2021-base-conceitual-versao1-01.pdf>. > Acessado em 26 de janeiro de 2021.

23 Segundo a PGFN em número existe certa de 1,7 trilhão inscrito em dívida ativa somente de natureza tributária. Disponível em:< <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn-em-numeros-2020/view>. > Acessado em 26 de janeiro de 2021.

do Rio Grande do Norte quando da elaboração do seu próprio Teto de Gastos, mantendo em relação aos limites constitucionais da saúde e da educação os dois critérios de forma alternativa, sendo aplicado no exercício o mais benéfico.

Por fim, outra crítica válida que deve se fazer ao Teto é a inclusão do Regime Geral da Previdência Social nos limites corrigidos pela inflação. Segundo mandamento constitucional benefícios previdenciários devem sempre preservar o seu valor real (art. 201, § 4º), ou seja, isso implica dizer que o reajuste das despesas previdenciárias precisa aumentar, pelo menos, de acordo com o índice de inflação, isso implica em uma situação delicada, vez que o reajuste mínimo do orçamento previdenciário é igual ao índice de reajuste máximo estabelecido pelo Teto.

Seria possível, manter esse equilíbrio delicado caso o gasto previdenciário estivesse numa trajetória estável ou decrescente, porém esse não é o caso, a despesa previdenciária brasileira está numa tendência crescente²⁴ devido ao crescimento vegetativo atuarial (TULIO CAMBRAIA, 2020). Assim, inevitavelmente as despesas previdenciárias crescerão acima dos limites estabelecidos pelo Teto.

A consequência desse cenário é que para respeitar o limite global de gastos, cada vez mais recursos de custeio e investimento de outras áreas precisarão ser destinados para o financiamento do Regime Geral da Previdência Social - RGPS. Esse remanejo cada vez mais frequente de recursos tende a resultar numa redução forçada do tamanho do estado. Assim, embora “enxugar” o estado possa ser em alguma medida desejável, certamente fazê-lo por intermédio de uma regra fiscal criada para conter gastos não é a via adequada, principalmente se tal medida implicar no desfinanciamento de serviços públicos.

24 Cumprir destacar que a Reforma da Previdência aprovado em 2019 pode inclusive contribuir no curto prazo para o aumento das despesas previdenciárias, vez que os indivíduos tentarão se aposentar antecipadamente.

Algumas alternativas têm sido propostas para tentar contornar essas consequências deletérias do desenho do Teto. Leonardo Ribeiro, consultor de finanças do Senado julga ser mais adequada a exclusão retroativa das despesas do RGPS²⁵ do Teto de Gastos, essa solução encontra-se inclusive materializada na PEC 182/2019 que exclui o cálculo do RGPS do Teto, condicionando à criação de uma regra para a dívida.

Outra alternativa seria a somente a inclusão do déficit previdenciário nos limites do Teto, ou seja, a diferença negativa entre as receitas e despesas percebidas no que tange ao regime previdenciário. A adoção desse critério parece mais lógico e adequado ao que o Novo Regime Fiscal propõe. A título de exemplo, pouco importa se as despesas previdenciárias estão em 800 bilhões e as receitas previdenciárias em 500 bilhões ou se a receita está em 1 trilhão e a despesas em 1,3 trilhão em ambos os casos o *déficit* previdenciário que é a parcela que a União precisará arcar, será de 300 bilhões, o que efetivamente pode ser considerado como “gasto”.

Tal metodologia permitiria reduzir o crescimento do *déficit* mediante majoração de alíquotas das contribuições previdenciárias por meio da alteração da lei 8.212/91, o que exige processo legislativo mais simples que o de emenda constitucional, bem como permitiria que os potenciais efeitos positivos da Reforma da Previdência do ano de 2019 contribuíssem para a manutenção das despesas dentro dos limites, vez que o crescimento do *déficit* seria, pelo menos, inferior ao crescimento do orçamento previdenciário nas condições atuais, considerando que o crescimento atuarial se reduziria tanto em razão do menor número de benefícios concedidos, quanto em razão de benefícios com valor reduzido.

25 Leonardo Ribeiro. Postagem do twitter. 26 de janeiro de 2021 às 19:00hrs. Disponível em: <https://twitter.com/leobudget/status/1354177331405983746>.

Ademais, vale destacar que recentemente o Tribunal de Contas da União – TCU - foi provocado a se manifestar sobre uma questão que pode impactar diretamente na metodologia de cumprimento dos limites do Teto no que se refere ao RGPS. O processo de nº 036.509/2018-3 busca esclarecer a “possibilidade de despesas custeadas com base em taxa de inscrição de concursos públicos, e outras semelhantes, estarem excetuadas do Novo Regime Fiscal”.

Caso desse julgamento resulte o entendimento de que as despesas de concursos custeadas por taxas sejam excluídas do Novo Regime Fiscal, tal raciocínio poderia ser aplicado às despesas e receitas do orçamento previdenciário. Tal qual as contribuições previdenciárias de financiamento do Regime Geral da Previdência Social, taxas, também são tributos vinculados a uma finalidade específica e que compartilham ainda outra característica com as primeiras, eventuais benefícios são percebidos pelo mesmo grupo que contribui.

Assim, pelo menos em tese, um possível entendimento do TCU pela exclusão das despesas custeadas por taxas do Teto, poderia ser aplicado no que tange ao orçamento previdenciário de maneira a submeter somente o *déficit* ao Novo Regime Fiscal.

CONCLUSÕES

Ante ao conteúdo analisado ao longo dessa pesquisa algumas conclusões puderam ser tiradas. Primeiramente, tratando a da pedra angular que fundamenta esse trabalho, diante da necessidade de garantir direitos mediante utilização de recursos escassos, uma gestão fiscal adequada, o que pode ser traduzida como responsabilidade fiscal, é extremamente necessária, senão pré-requisito.

Nesse diapasão, devido aos sucessivos *déficit* primários e queda do PIB, a criação de uma regra fiscal que contivesse o crescimento do gasto público no longo prazo era a solução mais adequada, ou talvez mais viável, para aquele momento.

Diante do cenário de perda de arrecadação tributária, a desvinculação dos mínimos constitucionais de aplicação em saúde e educação de variáveis passíveis de sofrerem influência da arrecadação, na prática, garantiu pisos constitucionais superiores do que na regra antiga.

Também seria possível atribuir ao Teto de Gastos uma eventual melhoria na qualidade dos serviços públicos, devido a uma possível busca por aprimoramento da eficiência no uso de recursos públicos ante à limitação quantitativa ao aumento dos valores. Também existe alguma evidência capaz de relacionar a criação do Novo Regime Fiscal à queda da taxa Selic e consequente redução da destinação de recursos públicos ao pagamento de juros da dívida pública.

Foi possível constatar que a EC nº 95 possui também sérios defeitos. Primeiramente, a má redação dos dispositivos impede que sejam acionados, dentro da segurança jurídica, os chamados gatilhos, que conduziram o gasto novamente para dentro dos limites da dívida.

O índice de atualização também possui efeitos deletérios ao orçamento, vez que desestimula a busca por novas fontes de arrecadação, bem como, caso haja arrecadação que supere os limites traçados pela inflação, tais valores não poderiam ser destinados para prestação de serviços públicos, mas provavelmente ao pagamento da dívida.

Por fim, a inclusão do RGPS dentro do limite global do Teto tende a sugar recursos de outras áreas devido ao mandamento constitucional de valorização real dos benefícios somado ao crescimento vegetativo das despesas, que resulta necessariamente num crescimento em ritmo superior ao do IPCA+.

Em síntese, observa-se que o Novo Regime Fiscal é uma medida capaz de promover responsabilidade fiscal, limitando o gasto de forma racional, devendo ser alterada para que os gatilhos possam ser acionados com segurança jurídica, a adoção de outro critério de atualização de crescimento do limite das despesas (mantendo o atual para o limite mínimo dos gastos com saúde e educação) e excluir o RGPS do limite global ou mantendo somente o *déficit* previdenciário, a fim de torna-lo uma regra fiscal mais sustentável.

REFERÊNCIAS

Nota Técnica do Banco Central do Brasil n° 47. Fatores condicionantes da evolução da Dívida Pública. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/notastecnicas/47_notas_tecnicas_julho_2018.pdf>

CONTI. José Maurício. Levando o Direito Financeiro a Sério: a luta continua. 3ª Edição. P. 215.

Carga Tributária Brasileira 2018. Análise por Tributos e Base de Incidência. Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-eaduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil>>

CARVALHO. Cristiano. Análise Econômica da Tributação. Direito e Economia o Brasil. São Paulo. Atlas. 2014. P. 254.

SALTO. Felipe; COURI. Daniel; PELLEGRINI. Josué. Considerações sobre o Teto de Gastos da União. Comentários da IFI n° 9. P. 2. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/575583/CI9_AGO2020_Consideracoes_teto_gastos.pdf>.

MACHADO. Hugo. Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos. Rev. Controle, Fortaleza, v. 15, n.2, p. 22-40, jul/dez, 2017.

COUTINHO. Doris de Miranda. FINANÇAS PÚBLICAS: TRAVESSIAS ENTRE O PASSADO E FUTURO. Blucher.2018. P. 51.

MARCONI. Nelson; BRANCHER. Marcos Capraro. Ajuste fiscal é fundamental, mas proposta é equivocada. Disponível em: <<http://bresserpereira.org.br/terceiros/2016/novembro/16.11.Ajuste-fiscal-fundamental.pdf>>

Demonstrativo de Gastos Tributários. PLOA 2021. Disponível em:<<http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-ploa/ploa-2021/dgt-ploa-2021-base-conceitual-versao1-01.pdf>>

Efeitos da Reforma da Previdência (EC nº 103/2019) na regra do teto (EC nº 95/2016): proposta de ajuste metodológico no cálculo dos limites. Estudo Técnico nº 35/2020. Disponível em:< https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2020/estudo-tecnico_35_conof_cd_previdencia-e-teto-gastos-final>

DÍVIDA PÚBLICA: a experiência brasileira. 2009. P. 390.

SEELING OF SPENDING: ANALYSE OF THE SINS AND VIRTUES OF THE NEW FISCAL REGIME

This paper intends to condense e analyses the principal effects that de New Fiscal Regime result in the last four years. We finded the Constitutional Amendment nº 95 was the most suitable alternative available in that time to reduce the public spending, in reality the new rule guaranteed higher minimum applications in education and health than the old rule, the New Fiscal Regime also may have collaborated to increase the quality of the allocation of public resources, technical errors doesn't allowed the trigger to be pulled, the index of atualization isn't the most suitable and the inclusion of the Public Pension Regime in the seeling has deleterious consequences.

Key-words: New Fiscal Regime. Resources Allocation. Constitutional Minimums. Fiscal Responsibility. Triggers.



ARTIGOS

- CONVIDADOS -





A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL À LUZ DO ESTADO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Larissa Ferreira Porto ¹

Flavia Trentini ²

RESUMO

O artigo aborda a compatibilidade entre o Estado Democrático de Direito Socioambiental com a Constituição de 1988, com foco no princípio da função social da propriedade. O objetivo consiste em demonstrar uma nova forma de concepção acerca dos deveres do Estado e dos particulares sobre o direito de propriedade em prol de um desenvolvimento econômico que seja verdadeiramente sustentável. Para isso, adota como metodologia a revisão bibliográfica não sistematizada, por meio da técnica “bola de neve”. Na primeira parte, o artigo apresenta o

1 Mestranda da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Advogada. Contato: larissa.porto@alumni.usp.br.

2 Professora associada da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP), com pós-doutorado realizado na Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Universitari e Perfezionamento (SSSUP), em Pisa-Itália e Pós-Doutorado em Administração/Economia das Organizações pela Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo (FEA/USP). Livre Docente em Direito Agrário pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Contato: trentini.sma@gmail.com.

conceito e principais fundamentos do Estado de Direito Socioambiental. Na sequência, analisa a compatibilidade dessa construção teórica com a Constituição de 1988. Na terceira parte, o trabalho discute como a função social da propriedade rural pode ser interpretada a partir das premissas do Estado Socioambiental, para concluir pela compatibilidade entre ambos e a necessidade da percepção desse paradigma na busca da justiça social. Ao final, conclui-se que a função social dos imóveis rurais, na perspectiva do Estado Democrático de Direito Socioambiental, é um paradigma para guiar o direito de propriedade a um uso mais sustentável, em prol de um desenvolvimento compatível com o meio ambiente e a justiça social.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito Socioambiental. Direito de propriedade. Função social da propriedade rural.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 reflete, desde o preâmbulo, a preocupação com a instituição de um Estado Democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” (BRASIL, 1988). Conhecida como “constituição cidadã”, por preocupar-se com a realização do pleno exercício da cidadania, conforme explica José Afonso da Silva (2005, p. 90), foi responsável pela consagração, após anos de ditadura militar, do Estado Democrático de Direito no país.

É sob essa ótica, portanto, que se pretende discutir a existência de um Estado Democrático de Direito Socioambiental no Brasil e, com isto refletir sobre a necessidade de se afastar a perspectiva patrimonialista do direito de propriedade, de modo a se sustentar a importância da função social dos imóveis rurais no ordenamento brasileiro. Dessa forma, para além de uma interpretação teleológica do conceito de função social estabelecido pela Constituição de 1988, busca-se defender a prevalência do princípio da função social com base nos próprios pilares do Estado que, em última análise, sustentam a própria Constituição.

O trabalho tem como objetivo, portanto, responder se é possível, no ordenamento brasileiro, defender o uso sustentável dos imóveis rurais e um desenvolvimento econômico compatível com o meio ambiente a partir de uma nova concepção do direito de propriedade, alicerçada no Estado Democrático de Direito Socioambiental. Para isso, o artigo estrutura-se em três partes, sendo a primeira destinada a apresentar o conceito e as principais características do Estado de Direito Socioambiental. Já na segunda parte, discute-se a estruturação desse modelo na Constituição brasileira de 1988, enquanto, na terceira parte, analisa-se o princípio da função social da propriedade à luz desse paradigma.

A metodologia empregada é essencialmente bibliográfica e documental, constituindo-se em uma revisão não sistematizada da literatura sobre o tema, por meio da técnica “bola de neve”. Com isso, pretende-se sintetizar as principais concepções sobre o tema do Estado de Direito Socioambiental, congregando-a com o tema da função social da propriedade. Como resultados, pretende-se que as conclusões obtidas sejam relevantes para a formulação de uma nova hermenêutica e aplicação do direito de propriedade no Brasil.

A importância dessa concepção relaciona-se à necessidade de se firmar uma concepção do direito de propriedade que seja compatível com a proteção ambiental e os direitos sociais mínimos, como o direito à moradia digna e o acesso à terra. Isso porque, a propriedade privada é a força motriz do desenvolvimento nacional, como elegeu a Constituição

Federal ao consagrá-la, ao lado da iniciativa privada, como princípio da ordem econômica (DA SILVA, 2005, p. 812). Com isso a propriedade configura-se como meio de produção e sujeita-se, muitas vezes, a uma visão estritamente privatista, o que pode levar ao esgotamento e ao uso inadequado dos recursos naturais, agredindo, assim, o princípio constitucional da função social, de grande importância para assegurar os direitos socioambientais, especialmente das populações vulneráveis.

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL

O conceito de Estado de Direito e seus pressupostos estão na base da compreensão daquilo que se deve entender como função social da propriedade, a partir de uma perspectiva holística e teleológica, sobretudo porque, para que um Estado possa continuar a existir, assim como todo o planeta, é necessário mais que seu território, o povo e o poder, elementos básicos para a Teoria Geral do Estado: é indispensável “um meio ambiente no e em torno de seu território que não ponha em risco a continuidade de sua existência” (KLOEPFER, 2010, p. 40).

A concepção de Estado de Direito surgiu por meio do liberalismo, com o objetivo de garantir o império da lei, de assegurar a defesa de liberdades individuais e de direitos de cunho privatista e de instituir a divisão de poderes (CANOTILHO, 1999, p. 10–13; DA SILVA, 2005, p. 112). José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 23–27) acrescenta que o Estado liberal de Direito é limitado juridicamente pela Constituição, sendo essa legitimada pelo povo. É, também, um Estado que garante o acesso aos tribunais e um processo justo, e que reconhece a soberania do Parlamento. Nesse momento, a propriedade privada constituiu-se como um direito individual e fundamental por excelência, considerada, inclusive, um direito natural, tal qual a vida ou a liberdade (SARLET, 2012, p. 27).

Todavia, o liberalismo provou-se insuficiente, na medida em que aumentaram as desigualdades no contexto da Revolução Industrial

européia. O abstencionismo e a neutralidade estatal tiveram que ceder espaço a um Estado material de direito, que buscou modos de assegurar o bem-estar da população no contexto do capitalismo industrial (DA SILVA, 2005, p. 115). Para José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 39), o Estado de Direito Social³, portanto, é aquele em que o poder econômico continuará subordinado ao poder político, mantendo como objetivo a realização de uma democracia econômica, social e cultural.

Ainda assim, o Estado de Direito poderá constituir um Estado antidemocrático. Isso porque a liberdade individual do Estado de Direito Liberal não adquire dimensão coletiva, uma vez que o liberalismo se baseia na igualdade formal. O Estado de Direito Social, por sua vez, pode se fazer por meio de formas autoritárias de governo (à exemplo da ditadura varguista no Brasil). Portanto, é necessário que o Estado seja também democrático (DA SILVA, 2005, p. 115–117).

Por democrático, entende-se que o Estado só será de Direito se for legitimado pelo povo. As liberdades civis, que estão na origem do conceito, não podem prevalecer sobre as liberdades políticas asseguradas pela democracia (CANOTILHO, 1999, p. 30-31). O Estado Democrático fundamenta-se na soberania popular, de forma que ultrapasse a mera representação política e alcance a participação efetiva e operante. Nele, a lei não é universal e abstrata, e adquire sentido material, visando a construção de uma sociedade plural, justa, livre e solidária, conformando um Estado promotor de justiça social (DA SILVA, 2005, p. 117–120).

José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 40-42) acrescenta que o Estado de Direito também não pode ser obscuro, secreto, de forma

3 José Joaquim Gomes Canotilho usa a expressão “Estado social de direito”. Entretanto, preferimos a locução “Estado de Direito Social”, uma vez que o Direito é que passa a ocupar-se dos direitos sociais, econômicos e culturais, o que pode ocorrer ainda que o Estado seja totalitário ou populista. Assim, não se confunde a ideia de um Estado Social, que assegura tais direitos, com o Estado Socialista, cuja dimensão perpassa a esfera do Direito para atingir a própria organização do Estado. Nesse sentido, ver também José Afonso da Silva (2005).

que somente uma parcela da população a ele tenha acesso. Deve ser um Estado de justiça, em sentido material, regido pelo princípio da igualdade e por tribunais independentes, capazes de “desaplicar as leis injustas violadoras de direitos e princípios jurídicos fundamentais.

Entretanto, para além disso, é necessário que o Estado de Direito seja também ambientalmente *sustentado*. Assim, fala-se em Estado de Direito do Ambiente, Estado de Direito Socioambiental, Estado de Direito Ecológico ou Estado de Direito da Natureza⁴ (LEITE; CAETANO, 2012, p. 51).

Para José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 43-45), o Estado de Direito sob o enfoque ambiental⁵ obriga o Estado, em cooperação com outros Estados, cidadãos e grupos da sociedade civil, a promover políticas públicas pautadas na sustentabilidade ecológica. Ademais, é dever do Estado adotar comportamentos públicos e privados compatíveis com a proteção do ambiente, ou seja, que expressem a responsabilidade dos poderes públicos frente às gerações futuras.

O autor explica que existem diferentes pressupostos para se sustentar a necessidade de um Estado de Direito nesses termos. O postulado globalista defende a necessidade de uma mudança nos sistemas jurídico-políticos supranacionais e internacionais, de forma que

4 Embora as nomenclaturas sejam dotadas de algumas diferenças, como reconhecem os autores, José Rubens Morato Leite e Matheus Almeida Caetano usam-nas como sinônimas. Neste trabalho, concordamos com Tiago Fensterseifer (2008), que prefere o termo Estado de Direito Socioambiental, uma vez que a expressão “socioambiental” melhor expressa a necessidade de conjunção entre as agendas ambiental e social, sem sugerir a superação do Estado de Direito voltado a consagração de direitos sociais, econômicos e culturais, para um Estado cuja preocupação principal seria, somente, ecológica.

5 José Joaquim Gomes Canotilha utiliza o termo “Estado de Direito de ambiente” no texto intitulado “Estado de Direito”, publicado em 1999. Já no artigo “Estado constitucional ecológico e democracia sustentada”, de 2001, o autor prefere a nomenclatura “Estado constitucional ecológico”.

haja uma responsabilidade global frente às questões de ordem ambiental. Já em uma perspectiva individualista ou privatista, a preocupação central é na existência de um direito fundamental e individual ao meio ambiente, que possui reflexos em direitos privados, como a propriedade (CANOTILHO, 2001, p. 10–12).

Por outro lado, na concepção publicista, o meio ambiente é um bem público de uso comum, o que marca o papel central do Estado na proteção ambiental. Por fim, para a perspectiva associativista, pautada na ideia de democracia ambiental, o meio ambiente é um bem público de uso comum, cuja proteção é dever do Estado e também da sociedade, que deve ter assegurada sua participação (CANOTILHO, 2001, p. 10–12).

José Rubens Morato Leite e Germana Parente Neiva Belchior (2010, p. 302) compreendem o Estado de Direito Ambiental (expressão adotada por eles) como uma necessidade das reivindicações atuais pela proteção do meio ambiente frente à crise ambiental vivenciada pela sociedade. Para os autores, trata-se de uma construção abstrata que norteia as práticas em defesa da natureza, mas que, apesar da abstração, não perde relevância frente à crise ambiental e as necessidades sociais⁶. Assim, o tratamento normativo que um país confere ao tema ambiental pode aproximar ou afastar o governo do Estado de Direito Ambiental (LEITE; BELCHIOR, 2010, p. 312).

6 Os autores discutem o tema do Estado de Direito Ambiental a partir da teoria da sociedade de risco, defendida pelo sociólogo alemão Ulrich Beck (LEITE; BELCHIOR, 2010). Outros autores citados neste trabalho também avaliam a necessidade de se constituir um Estado de Direito Ambiental a partir dessa mesma teoria (FENSTERSEIFER, 2008; GOMES; CEOLIN; COLVERO, 2020; LIMA; MAGALHÃES, 2020). Já José Joaquim Gomes Canotilho salienta que outras discussões, além da teoria da sociedade de risco, relacionam-se ao tema do Estado de Direito do Ambiente, como a controversa em consagrar o meio ambiente como fim ou tarefa do Estado, ou então como direito fundamental subjetivo; o tema do tratamento antropocêntrico, ecocêntrico ou economicocêntrico da questão ambiental; a questão da titularidade ou não de direitos aos animais e vegetais; bem como os debates em relação a ideia de justiça intergeracional e os direitos das gerações futuras (CANOTILHO, 2001).

Para diversos autores que defendem o Estado de Direito Socioambiental, é indispensável que seja estabelecido e defendido um mínimo existencial que não pode ser ultrapassado, sob pena de não se garantir a existência das gerações futuras (FENSTERSEIFER, 2008; LEITE; BELCHIOR, 2010; MORAIS; SARAIVA, 2018; SARLET; FENSTERSEIFER, 2010).

Para além dos direitos já identificados doutrinariamente como “possíveis” integrantes da noção de um mínimo existencial (reconhecidamente controversa, a despeito de sua popularidade), como é o caso de uma moradia digna, da saúde básica, do saneamento básico, da educação, de uma renda mínima, de assistência social, de uma alimentação adequada, entre outros, é nosso intento sustentar a inclusão nesse elenco da qualidade ambiental, objetivando a garantia de uma existência humana digna e saudável, especialmente no que diz com a construção da noção de um bem-estar existencial que tome conta também a qualidade do ambiente (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010, p. 14).

Percebe-se, dessa forma, que a concepção de Estado de Direito Socioambiental agrega os direitos de primeira geração, consagrados pelo Estado Liberal aos direitos sociais e aos direitos de terceira geração, notadamente o direito ao meio ambiente equilibrado. Trata-se, portanto, de um conceito formado por “elementos políticos, sociais e jurídicos que formam um parâmetro estatal voltado à consideração da crise ecológica, acompanhado de instrumentos de tutela ambiental pró-garantia humana do equilíbrio ecológico e de gestão de riscos” (LEITE; CAETANO, 2012, p. 59).

Nesse sentido, não ocorre uma superação dos direitos fundamentais anteriormente consagrados pelo Estado de Direito fruto do liberalismo e do Estado de Bem-estar Social (FENSTERSEIFER, 2008, p. 137). O que a concepção de Estado de Direito Socioambiental propõe é um compromisso firme, estabelecido na Constituição, que faça

com que o Estado e toda a sociedade se comprometam com a defesa do meio ambiente, uma vez que a sadia qualidade de vida é indispensável para a realização de os demais direitos fundamentais, sejam individuais ou sociais.

O Estado Socioambiental, nesse prisma, comporta a necessidade urgente de que Estado e sociedade ajam em prol da redução da desigualdade social e da proteção ambiental para evitar a crise ecológica. Por essa razão, é necessário constituir, também, um Estado de justiça ambiental, no qual busca-se evitar que determinados indivíduos e grupos sejam onerados em demasia com danos e riscos ambientais (CANOTILHO, 1999, p. 43–45; FENSTERSEIFER, 2008, p. 133 e 142).

Em regra, a miséria e a pobreza (como projeção da falta de acesso aos direitos sociais básicos, como saúde, saneamento básico, educação, moradia, alimentação, renda mínima, etc.) caminham juntas com a degradação e poluição ambiental, expondo a vida das populações de baixa renda e violando, por duas vias distintas, a sua dignidade. Dentre outros aspectos a considerar, é perceptível que é precisamente (também, mas não exclusivamente!) neste ponto que reside a importância de uma tutela compartilhada e integrada dos direitos sociais e dos direitos ecológicos, agrupados sob o rótulo genérico de direitos fundamentais socioambientais, assegurando as condições mínimas para a preservação da qualidade de vida, aquém do qual poderá ainda haver vida, mas essa não será digna de ser vivida [...] (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010, p. 27).

O Estado Socioambiental de Direito deve, portanto, objetivar uma compreensão integrativa do meio ambiente, estabelecendo um conceito aberto e flexível sobre o tema (FERREIRA; LEITE, 2012, p. 23). Nessa toada, a concepção integrada do meio ambiente aponta para a necessidade de uma proteção que não se restrinja a componentes ambientais naturais ou humanos específicos (como o ar, a água, o subsolo, a fauna, a paisagem, a poluição, etc.), mas que inclua, também, aspectos de ordem econômica, social e cultural (CANOTILHO, 2001, p. 12).

Dessa forma, deve também viabilizar o desenvolvimento deste conceito a partir de uma abordagem multitemática e transdisciplinar, para então estimular a formação de uma consciência ambiental que compreenda a responsabilidade compartilhada em relação a defesa do meio ambiente e a necessidade de participação pública (FERREIRA; LEITE, 2012, p. 23-25).

Para além de um direito individual fundamental ao meio ambiente, José Joaquim Gomes Canotilho ressalta a existência de um “comunitarismo ambiental” que implica na responsabilidade compartilhada entre Estado e sociedade na defesa do meio ambiente (2001, p. 13 e 15). É necessário, igualmente, que o Estado institucionalize mecanismos adequados para lidar com cada um dos problemas socioambientais e possibilite, também, a juridicização de instrumentos capazes de prevenir e precaver os danos ambientais (FERREIRA; LEITE, 2012, p. 23-25). Há, inclusive, o dever do Estado em agir para elaborar normas que sejam indispensáveis para a proteção ambiental, havendo, portanto, o direito a um “mandado de injunção” contra a omissão estatal (CANOTILHO, 2001, p. 14).

3. O ESTADO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Além dos pressupostos acima descritos, o Estado de Direito Socioambiental está intimamente ligado com o princípio da solidariedade. De acordo com Tiago Fensterseifer (2008, p. 141), a solidariedade “contempla uma nova ordem de valores que devem conduzir a ordem econômica rumo a uma produção social e ambientalmente compatível com a dignidade de todos os integrantes do tecido social”, de forma a prezar pela igualdade substancial entre os indivíduos, com uma efetiva melhora na qualidade de vida das populações para além do crescimento econômico, de forma a resguardar as gerações futuras.

Para além de um direito individual ou mesmo coletivo de viver em um ambiente ecologicamente equilibrado, a solidariedade aponta para a corresponsabilidade entre Estado e sociedade em proteger o meio ambiente para garantir as condições adequadas para a vida futura na Terra (FENSTERSEIFER, 2008, p. 141; LEITE; BELCHIOR, 2010, p. 305). José Afonso da Silva (2005, p. 847), nessa mesma perspectiva, destaca que a Constituição compreende o meio ambiente como um valor preponderante, acima do desenvolvimento, propriedade ou iniciativa privada, na medida em que é um instrumento que tutela, em última análise, a própria vida.

Essa concepção se aproxima do postulado associativista, descrito por José Joaquim Gomes Canotilho (2001), e parece contemplada no art. 225 da Constituição Federal de 1988, que define o meio ambiente

como um bem de uso comum do povo, sendo responsabilidade do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo (BRASIL, 1988)⁷.

Por outro lado, Tiago Fensterseifer (2008, p. 151) ressalta que a solidariedade expressa o ideal de justiça distributiva, criando um dever para o Estado e também para os particulares na assunção de responsabilidades para a concretização de direitos fundamentais e da dignidade humana. A dignidade humana e a igualdade substancial ou material são valores que orientam a justiça social, com redistribuição de acesso aos recursos necessários para a manutenção da vida e desenvolvimento de cada indivíduo ou ser.

Destaca-se que a Constituição de 1988 não apenas consagrou o princípio da solidariedade no art. 225, mas o fez presente como um fundamento do próprio Estado Democrático de Direito. Não obstante, são objetivos da República Federativa construir uma sociedade “livre, justa

7 Vale dizer que o Estado de Direito Socioambiental é comumente associado ao postulado globalista. De fato, é indispensável uma articulação global para a defesa do meio ambiente, sobretudo em relação aos danos ambientais de nível mundial, cujo exemplo mais corriqueiro são as mudanças climáticas. Nesse contexto, José Luís Bolzan de Moraes e Bruno Cozza Saraiva afirmam que é necessária a superação das soberanias nacionais, a fim de constituir um modelo global voltado para as questões socioambientais. Para os autores, o discurso em prol da sustentabilidade enquanto “slogan performativo” não é suficiente sem uma verdadeira mudança de paradigma nas relações sociais, políticas, jurídicas e econômicas (MORAIS; SARAIVA, 2018, p. 22 e 26). Entretanto, para Michael Kloepper, deve-se considerar que a existência de um modelo pautado em um governo mundial é extremamente remota, além de incluir os riscos da construção de um sistema erguido com base em decisões autoritárias, tendo em vista a necessidade de conter os ânimos estatais individualistas ou nacionalistas (KLOEPFER, 2010, p. 63). Por sua vez, Mariana Barbosa Cirne adota uma postura intermediária. Para ela, o Brasil adota uma concepção de Estado de Direito Ambiental moderada, baseada no antropocentrismo mitigado e na sustentabilidade possível, o que implica na análise das questões nacionais, antes das planetárias, de acordo com a capacidade da sociedade em avançar no tema (CIRNE, 2019, p. 232-235). Para esse trabalho, analisar-se-á o Estado de Direito Socioambiental à luz de um problema nacional, de forma que o foco da discussão não perpassa o âmbito internacional.

e solidária” (art. 3º, inciso I), que tem como compromisso a redução da pobreza, das desigualdades e da marginalização social, o desenvolvimento nacional e a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação (art. 3º, incisos III, II e IV, respectivamente). Dessa forma, o princípio da solidariedade deve atuar em conjunto com o princípio da legitimidade, que sustenta o Estado Democrático, e com o princípio da juridicidade, cerne do Estado de Direito (BRASIL, 1988; LEITE; BELCHIOR, 2010, p. 305-307).

Ademais, desprende-se do princípio da solidariedade, na leitura constitucional, o valor sustentabilidade⁸. Esse, por sua vez, realiza-se pelo desenvolvimento sustentável, composto pelos aspectos econômico, social e ambiental (LEITE; BELCHIOR, 2010, p. 307), ou, ainda, pela paz, conforme afirmam Renata Albuquerque Lima e Átila de Alencar Araripe Magalhães (2020, p. 436).

Nesse sentido, o Estado Socioambiental ganha ainda mais contornos no Direito brasileiro, uma vez que a preocupação com a sadia qualidade do meio ambiente para a garantia da vida das futuras gerações (art. 225) expressa o compromisso com a sustentabilidade ecológica (BRASIL, 1988).

Dessa forma, destaca-se que, assim como o próprio conceito de meio ambiente, a sustentabilidade não se restringe ao aspecto ecológico. Para além disso, a CF/88 ainda garante a sociodiversidade e o multiculturalismo, de forma que o Estado tem o dever negativo de impedir agressões às manifestações de povos e comunidades tradicionais, bem como – e principalmente – tem o dever positivo de agir para promover a diversidade étnica-cultural, especialmente de grupos tradicionais que vivem em contato com a natureza (STACZUK; FERREIRA, 2012, p. 111):

8 Os autores entendem que o princípio do desenvolvimento sustentável está exposto no art. 170, IV, da Constituição Federal de 1988. Entretanto, o princípio do desenvolvimento sustentável não obsta a existência do valor sustentabilidade, emanado da solidariedade, que perpassa toda a ordem jurídica (LEITE; BELCHIOR, 2010, p. 295-296).

A fim de que se possa falar em sociodiversidade e em bem-estar de povos que possuam hábitos socioculturais próprios, é necessário que o Estado assegure a eles o direito de ter um território devidamente reservado para sua vivência, com a, concomitante, proteção diuturna dos recursos naturais que lá se encontram, e que são essenciais para sua reprodução sociocultural (STACZUK; FERREIRA, 2012, p. 111).

Na compreensão de um Estado de Direito Socioambiental, é também de suma importância o caráter social do desenvolvimento sustentável. Para Bruno Laskowski Staczuk e Helene Sivini Ferreira (2012, p. 106), a dimensão social da sustentabilidade se manifesta na Constituição de 1988 por diversos dispositivos, à exemplo dos artigos 170, incisos I, V, VI e VII, que versam sobre a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente e a redução de desigualdades regionais e locais, bem como no já citado artigo 3º.

Dessa forma, o Estado de Direito Socioambiental constitui-se de forma a conduzir o Estado, o governo e a sociedade para a justiça socioambiental. Nessa perspectiva, os benefícios da preocupação com a sustentabilidade ultrapassem a esfera ambiental em sentido estrito, alcançando todos os setores da vida social. Com isso, fortalece-se o desenvolvimento regional, nacional, a redução das desigualdades sociais e dos conflitos sociais, assegurando, dessa forma, os direitos fundamentais como um todo (LIMA; MAGALHÃES, 2020).

4. A PROPRIEDADE PRIVADA E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O ESTADO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL

A Constituição de 1988 surgiu com a redemocratização do país após mais de vinte anos sob o regime militar ditatorial. Assim, resgata os direitos individuais de liberdade consagrados no século XVIII, tratando-

os como direitos naturais e, portanto, fundamentais, e associando-os aos direitos sociais, econômicos e culturais, sem desfazer-se da preocupação com o meio ambiente sadio e equilibrado (BRASIL, 1988).

José Afonso da Silva (2005, p. 271–273) explica que o direito de propriedade constitucional não se caracteriza como mero direito individual, restrito a esfera do Direito Privado, uma vez que a própria Constituição de 1988 prevê que o direito de propriedade está condicionado a função social. Para ele, isso faz com que o direito de propriedade deva ser analisado como uma situação jurídica subjetiva e complexa, pela qual se compreende que a função social é elemento da estrutura do regime jurídico do direito de propriedade, englobando o aspecto adstrito ao Direito Civil (direito de uso, gozo e fruição) e as normas de Direito Público.

Por essas características elementares, o autor acredita que a propriedade não deveria ser entendida como direito individual, mas como instituição de direito econômico, uma vez que os princípios da ordem econômica visam “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social” (2005, p. 812).

A função social da propriedade, por sua vez, encontra-se prevista logo no art. 5º, XVIII, da CF/88 e é reafirmada como princípio da ordem econômica (art. 170, III), havendo previsão expressa quanto a sua presença na propriedade urbana (art. 182) e rural (art. 184 e 186). Trata-se de um conceito que evoluiu conforme alteraram-se as relações de produção, mas que faz parte da estrutura da propriedade em si mesma, de forma a constituir o fundamento do seu regime jurídico (DA SILVA, 2005, p. 283–284).

Sob esse prisma, o art. 186 da Constituição Federal estabelece que a propriedade rural somente cumprirá sua função social quando atender, simultaneamente, o aproveitamento racional e adequado, requisito que representa a produtividade; a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente, sendo este o elemento ambiental; a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a forma de exploração que favoreça o bem estar

dos trabalhadores e proprietários, critérios que incorporam o elemento social (BRASIL, 1988).

De modo semelhante, o art. 243 da Carta Magna (BRASIL, 1988) prevê que a propriedade rural destinada ao cultivo de plantas psicotrópicas ou com a presença de mão-de-obra análoga à de escravo será confiscada, ou seja, o proprietário perderá o imóvel para o Poder Público sem direito à indenização, ante ao caráter extremamente violador do uso a que o imóvel era destinado.

Apesar disso, a função social da propriedade rural consagrada na Constituição é um elemento representativo da superação dos direitos liberais plenos, na medida em que incorpora aspectos sociais e, além deles, ecológicos, de forma a estabelecer um diálogo pleno com o princípio da solidariedade e com a preocupação ambiental já expressa pelo art. 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

E não é só, uma vez que a função social passou, com o Código Civil de 2002, a ser parte integrante do direito de propriedade enquanto um direito real pleno, no âmbito do Direito Privado. Isso porque o art. 1.228, §1º do CC/02 dispõe que (BRASIL, 2002).

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (BRASIL, 2002).

Na visão de Germana Parente Neiva Belchior e João Luis Nogueira Matias (2005, p. 271–273), a função da propriedade ultrapassa a dimensão social e atinge a dimensão ambiental. Com isso, deve ser debatida e rediscutida para atender ao paradigma do Estado de Direito Ambiental (terminologia adotada pelos autores), a fim de “permitir, portanto, que o proprietário tenha obrigações positivas, no exercício do

seu direito, para que a sua propriedade esteja em consonância com o modelo do desenvolvimento sustentável”.

Para além da sustentabilidade ambiental, José Helder Benatti, (2008, p. 20) afirma que a função social relaciona-se, também, com o acesso à terra. Para o autor, “o acesso plural à terra e a função social da propriedade são duas manifestações das cláusulas do Estado democrático. Não se pode implementar uma, sem assegurar a efetividade da outra”. Nessa perspectiva, o direito de propriedade, com a garantia de acesso à terra e do respeito à função social, adquire importância relacionada ao reconhecimento também do direito ao território dos povos indígenas, do acesso à terra às populações tradicionais, comunidades camponesas e posseiros.

Nesse sentido, destaca-se que a própria Constituição, ao dispor sobre a destinação das terras públicas, assegura aos povos indígenas e aos remanescentes de quilombo a preferência sobre as áreas ocupadas, consoante art. 231 e parágrafos da Constituição, e art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Na sequência, prioriza-se a destinação das terras públicas necessárias à proteção dos ecossistemas naturais (art. 235, §5º) (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, portanto, entende-se que o uso e ocupação das terras não se resume ao direito de propriedade absoluto, resumido, muitas vezes, à concepção privatista do valor mercadológico do imóvel, típico do Estado Liberal. É necessário assegurar um uso sustentável à propriedade, respeitando o meio ambiente e a população, sobretudo aquela mais vulnerável, de modo a incorporar elementos do Estado Social até tornar-se um Estado de Direito Socioambiental pleno. Dessa forma, busca-se afastar a concentração absoluta das terras – posto que a Constituição permite a destinação das terras que descumprem à função social para o Programa Nacional de Reforma Agrária – e pretende-se promover um desenvolvimento compatível com o Estado Democrático de Direito Socioambiental, que valoriza a diversidade, o multiculturalismo, o ambiente e a dignidade humana.

CONCLUSÃO

O Estado de Direito em sua concepção liberal tem, na propriedade privada, um exemplo claro da sua preocupação com os direitos e liberdades individuais. Não obstante, a exclusiva preocupação com os direitos individuais, sem intervenção do Estado, promoveu um estado de extrema desigualdade na Europa, que favoreceu a construção do princípio da função social da propriedade. No Brasil, embora com raízes históricas distintas, a propriedade é um direito individual consagrado, mas condicionada a uma função socioambiental.

A previsão constitucional acerca da função social evidencia que o Estado de Direito não se restringe aos direitos individuais típicos do liberalismo. Há, dessa forma, uma preocupação social, cuja representatividade está no dever de que os imóveis rurais cumpram a legislação trabalhista e assegurem o bem-estar de todos aqueles que nele vivem e trabalham. Todavia, para além disso, a Constituição Federal ainda previu que o imóvel rural, embora tenha uma preocupação com sua destinação econômica, esta deve ser feita de forma racional e adequada, respeitando o meio ambiente.

A função social para os imóveis rurais prevista na Constituição Federal, portanto, vai além da preocupação social, incorporando um compromisso com os direitos socioambientais. Essa previsão é reforçada tendo em vista a previsão do Código Civil de 2002, ao dispor sobre a função social da propriedade no art. 1.228, §1º (BRASIL, 2002). Além disso, a própria Carta Magna assegura o compromisso do Poder Público e da sociedade em preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988). Com isso, o particular e a coletividade devem exercer os direitos sobre a propriedade visando ao desenvolvimento sustentável.

Além disso, o postulado do Estado Democrático de Direito Socioambiental tem, também, uma preocupação efetiva com a redução das desigualdades sociais, com o multiculturalismo e a defesa das populações vulneráveis. Dessa forma, a destinação das terras públicas e o uso das propriedades privadas devem coadunar com o respeito ao direito das populações tradicionais e seu modo de vida.

Conclui-se, assim, que a função social da propriedade é um exemplo e um pilar do Estado Democrático de Direito Socioambiental, que deve guiar as legislações infraconstitucionais sobre o direito e o uso da propriedade privada para a garantia do meio ambiente equilibrado e da justiça social no desenvolvimento nacional, consoante os objetivos da República Federativa do Brasil expressos no art. 3º da Constituição da República. Defende-se, nessa perspectiva, que o direito de propriedade não é absoluto, de modo que o uso dos imóveis rurais deve ser feito de modo sustentável, como propõe o Estado Socioambiental, paradigma que deve ser seguido em prol de um desenvolvimento socioambiental, e não apenas econômico.

REFERÊNCIAS

BELCHIOR, G. P. N.; MATIAS, J. L. N. A função ambiental da propriedade. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 18, 2008, Florianópolis. Anais eletrônicos [...] Rio de Janeiro: Fundação Boiteux, 2008, p. 1561-1580. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasilia/integra.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022.

BENATTI, J. H. A lei de regularização fundiária e o debate sobre justiça social e proteção ambiental na Amazônia. *Hiléia – Revista do Direito Ambiental da Amazônia*, Manaus, n. 11–12, p. 15–30, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3oYc6uN>. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 22 fev. 2022.

CANOTILHO, J. J. G. Estado de Direito. 1. ed. Lisboa: Gradiva, 1999.

CANOTILHO, J. J. G. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, v. IV, n. 2, p. 9–16, 2001. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/5732>. Acesso em: 15 jan. 2022.

DA SILVA, J. A. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FENSTERSEIFER, T. Estado Socioambiental de Direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 2, n. 2, p. 132–157, 31 mar. 2008. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/546>. Acesso em: 15 jan. 2022.

FERREIRA, H. S.; LEITE, J. R. M. A expressão dos objetivos do Estado de Direito Ambiental na Constituição Federal de 1988. In: LEITE, J. R. M.; FERREIRA, H. S.; CAETANO, M. A. (Orgs.). Repensando o Estado de Direito Ambiental. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2012. p. 15–48. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/99623>. Acesso em: 10 jan. 2022.

GOMES, C. F.; CEOLIN, L. S.; COLVERO, R. B. Estado e meio ambiente: como concretizar um Estado de Direito Ambiental? Argumentos - Revista do Departamento de Ciências Sociais da Unimontes, Montes Claros, v. 17, n. 1, p. 105–127, 2020. Disponível em: <https://www.periodicos.unimontes.br/index.php/argumentos/article/view/944>. Acesso em: 13 jan. 2022.

KLOEPFER, M. A caminho do Estado ambiental? In: SARLET, I. W. (Org.). Estado Socioambiental e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 39–72.

LEITE, J. R. M.; BELCHIOR, G. P. N. O Estado de Direito Ambiental e a particularidade de uma hermenêutica jurídica. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, v. 31, n. 60, 18 nov. 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16503>. Acesso em: 20 jan. 2022.

LEITE, J. R. M.; CAETANO, M. A. Breves reflexões sobre os elementos do Estado de Direito Ambiental brasileiro. In: LEITE, J. R. M.; FERREIRA, H. S.; CAETANO, M. A. (Orgs.). *Repensando o Estado de Direito Ambiental*. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2012. p. 51–88. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/99623>. Acesso em: 10 jan. 2022.

LIMA, R. A.; MAGALHÃES, Á. DE A. A. Estado de Direito Ambiental: evolução e desafios contemporâneos. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 4, n. 61, p. 420–449, 12 set. 2020. Disponível em: <http://www.bibliotekevirtual.org/index.php/2013-02-07-03-02-35/2013-02-07-03-03-11/431-cd/v11n20/3517-estado-de-direito-ambiental-e-estado-de-risco.html>. Acesso em: 15 jan. 2022.

MORAIS, J. L. B. DE; SARAIVA, B. C. O Estado de Direito Socio-Ambiental como condição de possibilidade destinada à tutela do futuro. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 11–37, 5 set. 2018. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1159>. Acesso em: 03 fev. 2022.

SARLET, I. W. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, I.

W. (Org.). Estado Socioambiental e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STACZUK, B. L.; FERREIRA, H. S. A Dimensão Social do Estado de Direito Ambiental. In: LEITE, J. R. M.; FERREIRA, H. S.; CAETANO, M. A. (Orgs.). Repensando o Estado de Direito Ambiental. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2012. p. 89–116. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/99623>. Acesso em: 10 jan. 2022.

THE SOCIAL FUNCTION OF RURAL PROPERTY IN THE LIGHT OF THE SOCIO-ENVIRONMENTAL STATE OF LAW IN THE 1988 CONSTITUTION

ABSTRACT

The article discusses the compatibility between the Democratic State of Social-Environmental Rule of Law with the 1988 Constitution, focusing on the principle of the social function of property. The objective is to demonstrate a new form of conception about the duties of the State and of individuals on the right to property in favor of an economic development that is truly sustainable. For this, it adopts as methodology the non-systematized bibliographic review, through the “snowball” technique. In the first part, the article presents the concept and main foundations of the Socio-environmental Rule of Law. Next, it analyzes the compatibility of this theoretical construction with the 1988 Constitution. In the

third part, the article discusses how the social function of rural property can be interpreted from the premises of the Socio-environmental State, to conclude by the compatibility between both and the need for perception of this paradigm in the search for social justice. At the end, it is concluded that the social function of rural properties, from the perspective of the Democratic State of Socio-environmental Rule of Law, is a paradigm to guide the property right to a more sustainable use, in favor of a development compatible with the environment and the social justice.

Keywords: Democratic State of Social-environmental Rule of Law. Property right. Social function of rural property.



SUBVERSÃO JURÍDICA E DECISÕES LÍDERES DE TORCIDA

Fabiano André de Souza Mendonça¹

RESUMO

A garantia dos direitos fundamentais exige a imparcialidade dos órgãos julgadores como um dos corolários do Estado de Direito. Contudo, a prática judicial registra casos nos quais elementos políticos e jurídicos se imiscuem como critério de decisão, sobretudo, nos debates perante o Supremo Tribunal Federal. Esse fenômeno precisa ter suas origens e modos de operar identificados e sistematizados. A hipótese é de que a sistemática judicial contempla momentos de subversão jurídico-constitucional mediante decisões “líderes de torcida”, nas quais a consideração da ciência do Direito fica em segundo plano. Após delimitar os elementos conceituais da subversão jurídica, é necessário compreender a sua dinâmica com as decisões líderes de torcida para, enfim, considerar como isso se reflete na judicialização da política. Dessas considerações, obtém-se um

1 Professor Titular de Direito Constitucional do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra, Portugal. Procurador Federal. Membro da Comissão Editorial Fundadora da Revista Jurídica In Verbis.

modo de funcionamento da sistemática judicial que revela um ambiente propício a transpor para o Judiciário uma cultura adversarial em todas as suas dimensões. Essa compreensão permite uma análise mais acurada dos posicionamentos judiciais acerca da proteção dos direitos fundamentais e de como esses são aplicados. Vê-se que há uma inadequação para o trato de problemas sociais estruturais e para a proteção integral dos direitos humanos e fundamentais.

Palavras-chave: Subversão jurídica. Decisões líderes de torcida. Direitos Fundamentais. Supremo Tribunal Federal.

“O bom senso é a coisa do mundo melhor partilhada, pois cada qual pensa estar tão bem provido dele, que mesmo os que são mais difíceis de contentar em qualquer outra coisa não costumam desejar tê-lo mais do que o têm”
(DESCARTES, Discurso sobre o método)

“Se nós cedêssemos a esse tipo de pressão, nós deixaríamos de ser ‘supremos’”
(STF, 2ª Turma, Habeas Corpus nº 137.728, julgado em 2 maio 2017)

“Ao examinar a lide, o Magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la.”
(Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 111.787-7/GO, 2ª Turma, julgado em 16 abr. 1991)

1. INTRODUÇÃO

A autolegitimação ocorre quando, em detrimento de elementos externos, a própria autoridade justifica seu ato. Pode ser por alusão a elementos próprios ou exteriores.

Na República, a atuação judicial legitima-se pela observância do devido processo legal. Isso significa mediante o rigor de um procedimento no qual haja mecanismos que permita a paridade de armas e o contraditório.

Nesse sentido, do ponto de vista processual, o Supremo Tribunal Federal é um ícone procedimental. Uma instância judicial significa, para o direito dogmático, um conjunto de procedimentos colocados à disposição do cidadão.

Dentro desse contexto, sua legitimação deve ser dada pelo procedimento mais do que por suas decisões. Outra forma seria se a decisão fosse esperada para então se dizer se a população estava de acordo com a mesma ou não – porque ela é origem do poder e, de fato, isso se observa muitas vezes. Ou então apenas valeria se fosse considerada justa – mas o tempo eterno para o debate não está disponível nem é a que se propõem as regras existentes.

Na República, o que caracteriza esse procedimento é a imparcialidade. Considerando a impossível neutralidade humana e o volume de informações de que dispõem os julgadores e demais agentes jurídicos, a imparcialidade não é subjetiva, mas objetiva. Refere-se ela a, salvo exceções legais, ouvir as partes antes de expor seu pensamento e decidir e não demonstrar alguma forma de afetividade por uma das partes de modo que vulnere o equilíbrio processual.

Não é o que tem ocorrido. E de tal forma que legitima debates sobre a revisão do controlador constitucional. Apenas a título ilustrativo, levantamento realizado com as arguições de impedimento e de suspeição demonstraram que, por meio desses instrumentos, não foi localizado nenhum registro de deferimento desses incidentes na história da Corte,

conforme foi disponibilizado². Ou seja, a própria Corte se autolegitima e afirma seguir o procedimento republicano. Como se verá adiante, isso se insere num quadro amplo que prejudica a compreensão e a garantia dos direitos fundamentais.

Diante disso, pergunta-se: como compreender e categorizar esses fenômenos de nossa realidade constitucional? Propõe-se que a sistemática judicial pátria permite subversões jurídicas, das quais decisões “líderes de torcida” seriam a forma preferencial de sua manifestação.

O objetivo é o de investigar e delimitar os elementos que permitam identificar a ocorrências desses fenômenos. E, para tanto, primeiramente será analisada a subversão jurídica e identificados os requisitos para a sua ocorrência. Em seguida, sua correlação com as decisões líderes de torcida será evidenciada. Por fim, será traçado um esboço inicial sobre seu impacto em questões de caráter político. Todavia, a análise de situações que revelem essa prática exige um espaço de pesquisa próprio.

O estudo foi feito a partir da consideração sobretudo da doutrina de Direito Público e de elementos judiciais da prática perante o Supremo Tribunal Federal.

A partir daí exsurge a possibilidade de poder reconhecer a ocorrência da subversão e melhor exercer o controle social e jurídico sobre a mesma.

2. A SUBVERSÃO JURÍDICA

Correspondente à postural conflitual e adversarial de nossa cultura forense bem poder-se-ia designar sua virulência na Corte Maior com o nome de hooliganismo jurídico, em alusão à expressão inglesa para movimentos de massa violentos na defesa de interesses ocasionais

2 CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. *Imagens da imparcialidade entre o discurso constitucional e a prática judicial*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 214-225.

de grupo, comumente utilizada para o ambiente esportivo futebolístico. São condutas que têm por motor uma paixão sem profundidade cognoscitiva dos fatos, em geral relacionadas a eventos isolados e que move indivíduos unidos ocasionalmente, de modo precário e passageiro.

Contudo, a expressão em si, ainda que reveladora de um evento de massa, já carrega em si uma reprovação jurídica. E, ademais, por poder revelar prática de vandalismo e agressão já carrega em si determinada conotação de tipos penais que não são objeto de aplicação aqui. Sua serventia é metafórica, para designar o modo como parte do conjunto (quem fala e quem assiste) atua. Por isso a ideia de subversão será utilizada para significar tipo especial de simulação e fraude; mais um efeito colateral da sistemática judicial do que um desvio de finalidade. Assim, justifica-se o abandono do uso da expressão *hooliganismo* jurídico.

Mas há certa semelhança com essa atuação de massa que ocorre no meio jurídico. Há uma postura opositora entre interesse individual e interesse público, público e privado e direito social e individual, na qual seus contendores por vezes não tem consciência do que os une no mesmo pólo; podem ser fatores republicanos ou não, estrategicamente oportunistas ou idealistas, mas representam uma mobilização com tendência de “manada” com tendência conflitual a afastar o querer do outro – ou o outro mesmo – do diálogo ou da convivência.

Ele é caracterizado pelos seguintes elementos:

- a. Defesa intransigente de posições ideológicas;
- b. Pseudojuridicidade;
- c. Inexistência jurídico-conceitual;
- d. Fraude conceitual;
- e. Fomentadora de segregações e reducionismos.

Para que se denomine de subversão jurídica, do modo como aqui exposto, esses elementos devem estar presentes.

A defesa intransigente de posicionamentos ideológicos refere-se à essência do que motiva a própria subversão. Por trás do movimento argumentativo

está, consciente ou inconscientemente, um posicionamento acerca do interesse a ser defendido que, em última instância, refere-se à contraposição de interesses aos quais o argumentador adere em razão de suas convicções de caráter metacientífico-ideológico.

Daí decorre a sua *pseudojuridicidade*. Pois, serão buscados argumentos, em um exercício retórico muitas vezes inconsciente para quem produz e também para quem ouve ou lê, com o objetivo não de constituir a essência ou o caminho formativo do raciocínio, mas para convencer o interlocutor de seu posicionamento.

Esse mesmo elemento pode ser aprofundado do ponto de vista da *inexistência jurídico-conceitual* dos posicionamentos que carrega. Pois aquela (a pseudojuridicidade, ou juridicidade aparente) é o elemento exterior de apresentação ao debate do que, no interior, é a ausência de fundamentação jurídica. Uma vez que a desintegração gerada pela opção entre favorecimento individual ou social fratura o caráter jurídico, não haverá como fundamentar a própria estrutura lógica que sustente a normatividade de uma opção em detrimento da outra.

O resultado é uma *fraude conceitual* ou normatização fraudulenta, já que, por um recurso usual ao raciocínio silogístico, há a pressuposição de uma norma geral e abstrata – muitas vezes de invocação principiológicas – que representa a garantia de validade hierarquicamente superior da conduta adotada. Ou seja, a norma que sustenta a conduta é um produto póstumo da própria conduta que busca fundamentar³.

3 Como na opinião de Bobbio acerca do pensamento de Locke e o contrato social: “Essa descrição é fruto da reconstrução fantástica de um presumível estado originário do homem, cujo único objetivo é o de aduzir uma boa razão para justificar os limites do poder do Estado. [...] Enquanto teoria diversificadamente elaborada por filósofos, teólogos e juristas, a doutrina dos direitos do homem pode ser considerada como a racionalização póstuma do estado de coisas a que conduziu [...] a luta entre a monarquia e as outras forças sociais [...]” (BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. 6. ed. Trad. por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994. p. 13).

Enfim, essa autorreferência termina por ter caráter segregador e reducionista em relação às múltiplas razões e à pluralidade que deve presidir um modelo de integração social. Pois, cada regra pressuposta passa a conter um “mundo em si”, retirado das interpretações possíveis e, ao mesmo tempo, tende a manter em seu interior determinados sujeitos de modo contraditório com outras normas pressupostas, o que caracteriza um quadro de desigualdade de tratamento em relação a determinados sujeitos.

Não é por acaso que a Constituição Brasileira de 1988 encerra em seu texto um “símbolo da programaticidade”⁴ constitucional ao prever nos incisos XXII e XXIII do seu artigo 5º, como direitos fundamentais, o “direito de propriedade” e, logo em seguida, estabelece que “a propriedade atenderá a sua função social”. Numa confusão de institutos da qual a concepção da propriedade como um direito único obnubila as diversas funções ou institutos aí interligados⁵. Isso está repetido no artigo 170, incisos II e III, como princípios da Ordem Econômica, o que lhe confere o caráter de símbolo de tantas outras situações existentes no documento político. Não estão unidos, nem textualmente complementados. Trata-se apenas da listagem justaposta de posições advindas do constitucionalismo liberal e social *en attendant*

4 MENDONÇA, Fabiano. Limites da Responsabilidade do Estado: teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado, na Constituição Federal brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. (Série Jurídica) p. 113.

5 Cf. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 249, 253. E, sobre a concepção de direito à propriedade: MENDONÇA, Fabiano André de Souza. O direito econômico fundamental à propriedade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. Coimbra: São Paulo: Coimbra Editora: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 190-212. ARAÚJO, Fernando. A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema econômico do nível ótimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008. p. 30-34. MARCUSE, Peter. O caso contra os direitos de propriedade. In: VALENÇA, Márcio Moraes (org.) Cidade (i)legal. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008. p. 9-19.

uma *Beckettiana* revisão constitucional (prevista pelo artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) que passou mas não veio.

3. CHEERLEADING CASES: AS DECISÕES LÍDERES DE TORCIDA

Em um sistema de precedentes judiciais, a prática utiliza a denominação *leading cases* para os debates paradigmáticos e decisões referenciais em um tema. Sendo assim, não com menos razão prática se pode utilizar a expressão *cheerleading cases* para aquelas das quais resulta o que aqui será denominado do fenômeno das “decisões líderes de torcida”.

Constatado o quadro teórico e prático de ênfase litigante e o uso não assumido de decisões de caráter retórico, é precisamente aqui que se revela o efeito deletério dessa conjunção, na forma das decisões líderes de torcida.

Em situações normais, não há maior razão científica que legitime a vitória de uma dentre duas equipes que se conflitam em uma partida esportiva, além das indissociavelmente relacionada a aspectos metabólicos, biofísicos e psicológicos dos diretamente envolvidos na disputa. Afora esses, qualquer explicação será fruto do engenho humano. Em suma, a torcida de um time ou plateia não detém elementos racionais para lograr o convencimento da equivalente adversária para juntar-se à sua demonstração de apoio.

O empenho da torcida – a parte da platéia envolvida em demonstração de apoio – em motivar seu time tende a ser diretamente proporcional à possibilidade de seu time ter sucesso consoante as regras do jogo. Porém, a atuação de “líderes de torcida” pode animar mesmo a torcida mais apática diante do resultado mais desfavorável. E, como resultado, esse processo motivacional pode mesmo influenciar a atuação dos desportistas e levar a uma vitória que antes parecia impossível. Os aficionados de qualquer modalidade esportiva certamente podem relatar incontáveis exemplos.

O que se diz aqui é que o mesmo ocorre no Estado-Judiciário.

Diante do interesse em fazer prevalecer determinado entendimento, certas decisões atuam como autênticas “líderes de torcida”, de modo a ampliar a expectativa em prol da adoção de um desejado posicionamento. Tanto pode ser uma expectativa de movimentos sociais como de grupo de magistrados. Inclusive, pode ocorrer mesmo a prolação de uma decisão com o intento de satisfazer a opinião pública.

Portanto, as interpretações jurídicas adotadas por uma decisão líder de torcida ou decorrentes dela não são necessariamente nem majoritárias (considerando a plateia), nem democraticamente legitimadas, nem as mais justas. Podem até sê-lo, mas a estratégia adotada não tem a Justiça por fim último.

As decisões líderes de torcida contêm em si um objeto latente diverso daquele diretamente enunciado por suas conclusões, que é o de estimular a ampliação de expectativas como forma de fomentar o surgimento de novas decisões congruentes com a mesma.

4. POLÍTICA E JUDICIALIZAÇÃO NA TORCIDA

Um âmbito propício a tal ocorrência, quando há a ação de fatores não republicanos, é a denominada “judicialização da política”. De modo sucinto, tal se dá com a submissão à apreciação judicial de questões próprias da política, por um entendimento teórico de que aí estaria envolvido uma questão diretamente jurídica, mas que se relaciona a direitos cívicos.

A judicialização da política pode ser classificada da seguinte forma, conforme a maior ou menor proporção entre a política de Estado e a partidária, ou, ainda, com relação aos interesses públicos e individuais envolvidos:

- a. Políticas Públicas: o debate acerca da forma de se implementar ou cobrar os resultados das políticas públicas,

- quando submetidas a Juízo, representam judicialização legítima de uma política de Estado – desde que respeitados os limites da intervenção judicial;
- b. Questões eleitorais: quando litígios envolvendo o processo eleitoral, da candidatura e campanha à diplomação dos eleitos, são levados a debate na Justiça Eleitoral;
 - c. Condicionamento de conflitos políticos: é a judicialização da política propriamente dita, quando se exerce o direito de ação diretamente com vistas a viabilizar ou obstaculizar certas atitudes que denotam nítido objetivo de lograr vantagem em embate político-partidário, de elaboração normativa ou de acesso a cargos políticos por via diversa da eleitoral;
 - d. Causas políticas por afetação: é quando de uma questão submetida a Juízo que tenha por objeto um direito de um sujeito de direito – pessoa natural ou jurídica, dali decorrem consequências políticas para a sociedade em razão das circunstâncias.

Como exemplos das diversas formas de judicialização acima trazidas, tem-se, respectivamente: pedido para reparação de obra pública ou de acesso a um serviço, ação de impugnação de mandato eletivo, pedido para declarar inconstitucional norma que trate do acesso de partido político a fundo financeiro e julgamento de writ impetrado por detentor de alto cargo público.

Todas essas são situações propícias a julgamentos líderes de torcida. Em um nível macro, esse pode ser a afirmação de uma tese por uma Corte Superior cujos defensores apenas aguardam o momento para usar a via judicial como estratégia para impor aos demais membros da sociedade sua forma de pensar. E, em nível micro, pode ser a tentativa de um julgador muito mais de convencer seus colegas de sessão ou de obter o apoio da opinião pública do que de buscar a melhor decisão para o caso submetido à apreciação.

CONCLUSÃO

Muitos elementos se apresentam imbricados na consideração democrática das decisões judiciais proferidas pelas Cortes Superiores. Acima de tudo, não se deve perder de vista sua importância como espaço para revelação do pluralismo social. Pois, ali é onde desemboca, após restrições e controles de diversas espécies, o poder de fazer-se ouvir dentro de uma Democracia. E o diálogo que ela estabelece com a população é um guia sobre direitos e deveres que, grosso modo, constitui-se em uma política pública de afirmação da cidadania.

Isso se torna desafiador em um ambiente no qual a cultura jurídica privilegia o confronto e a partir desse os agentes constroem suas estratégias de afirmação social e de desenvolvimento pessoal. Naturalmente, os direitos fundamentais passam a ser vistos como “propriedade” de uns em detrimento de outros e os conflitos passam a ser regulados de modo a pô-los em confronto para determinar infinitas escalas de superposição e afastamento entre eles. E, a cada direito postergado ou interpretado restritivamente, uma parte da dignidade é relegada a segundo plano.

Por isso a categorização de direitos fundamentais escamoteia a manutenção de direitos relacionados a grupos de poder (sobreinclusão) e posterga a realização do Estado Democrático de Direito. A subversão jurídico-constitucional é, assim, o modo discursivo como essa desintegração se apresenta e mantém seu espaço no cotidiano ecológico, econômico e social.

A subversão oculta uma defesa intransigente de posições ideológicas por meio de uma pseudojuridicidade sem fundamentos conceituais que fomenta segregações e reducionismos. Elas são veiculadas em decisões líderes de torcida, como votos que satisfazem expectativas políticas, manifestações extraprocessuais, votos alterados antes do final da sessão ou que regimentalmente implicam em alteração do procedimento de votação. São estratégias retóricas para ingresso de argumentos no sistema decisório; são técnicas políticas. Isso separa o

momento de Ciência Jurídica e de Ciência Política na questão. Por isso é importante separar o debate judicial da Ciência do Direito. Aquele é uma procedimentalização de estratégias de relacionamento conflituoso, este é uma análise sobre condutas justas a serem adotadas. São círculo secantes.

Esse contexto dificulta a possibilidade do conflito ser tratado estruturalmente, já que tende a manter o modelo de relações sociais. E a tradicional procura pelo Judiciário para encontrar soluções não se mostra um método capaz de trazer respostas satisfatórias a toda a complexidade que um conflito possui. Por isso, conforme ensina a Análise Jurídica Integral, é importante saber o caminho adequado a seguir, qual a melhor estratégia para solucionar um conflito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando. A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. 6. ed. Trad. por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Imagens da imparcialidade entre o discurso constitucional e a prática judicial. São Paulo: Almedina, 2017.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARCUSE, Peter. O caso contra os direitos de propriedade. In: VALENÇA, Márcio Moraes (org.) Cidade (i)legal. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008. p. 9-19.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. O direito econômico fundamental à propriedade. In: LEITE, George Salomão; SARLET,

Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. Coimbra: São Paulo: Coimbra Editora: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDONÇA, Fabiano. *Limites da Responsabilidade do Estado: teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado, na Constituição Federal brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. (Série Jurídica)

LEGAL SUBVERSION AND CHEERLEADING DECISIONS

ABSTRACT

The guarantee of fundamental rights requires the impartiality of judging bodies as one of the corollaries of the rule of law. However, in judicial practice there are cases in which political and legal elements interfere as a decision criterion, especially in the Federal Supreme Court. This phenomenon needs to have its origins and ways of operating identified and systematized. The hypothesis is that the judicial system contemplates moments of legal-constitutional subversion through “cheerleaders” decisions, in which the consideration of Law is away. After delimiting the conceptual elements of legal subversion, it is necessary to understand its dynamics with cheerleading decisions to, finally, consider how this is reflected in the judicialization of politics. From these considerations, the way of functioning of the judicial system reveals

an environment conducive to transposing an adversarial culture in all its dimensions to the Judiciary. This understanding allows for a more accurate analysis of judicial positions on the protection of fundamental rights and how they are applied. It can be seen that there is an inadequacy for dealing with structural social problems and for the integral protection of human and fundamental rights.

Keywords: Legal subversion. Cheerleading decisions. Fundamental rights. Federal Supreme Court.